

# REVISTA ELETRÔNICA



## DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região  
V.8 - n.78 - Maio/19



# Expediente

## **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO**

CURITIBA - PARANÁ  
ESCOLA JUDICIAL

### **PRESIDENTE**

Desembargadora MARLENE TERESINHA FUVERKI  
SUGUIMATSU

### **VICE-PRESIDENTE**

Desembargadora NAIR MARIA LUNARDELLI RAMOS

### **CORREGEDOR REGIONAL**

Desembargador SÉRGIO MURILO RODRIGUES  
LE MOS

### **CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2018/2019**

Desembargador Cássio Colombo Filho (Diretor)

Desembargador Aramis de Souza Silveira (Vice-  
Diretor)

Juíza Titular Morgana de Almeida Richa  
(Coordenadora)

Juíz Titular Luciano Augusto de Toledo Coelho (Vice-  
Coordenador).

Desembargador Célio Horst Waldraff

Desembargador Eliázer Antonio Medeiros

Juíz Titular Leonardo Vieira Wandelli

Juíza Titular Marcus Aurelio Lopes

Juíza Substituta Vanessa Karam de Chueiri Sanches

Juíz Substituto Roberto Wengrzynovski

Juíza Camila Caldas (Presidente da AMATRA IX)

## **GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA**

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Alessandra Souza Garcia

Cristiane Budel Waldraff

Eloina Walter Ferreira Polati

Juliana Cristina Busnardo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues

Simone Aparecida Barbosa

### **COLABORADORES**

Secretaria Geral da Presidência

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

### **FOTOGRAFIAS E IMAGENS**

Assessoria de Comunicação

Acervos online (Creative Commons)

### **APOIO À PESQUISA**

Andrea Duarte Silva

Daniel Rodney Weidman Junior

Flávia Matos de Almeida Gonçalves

### **SETOR DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES**

#### **DIGITAIS**

Patrícia Eliza Dvorak



Edição temática

Periodicidade Mensal

Ano VIII – 2019 – n.78

# EDIÇÕES PUBLICADAS

CLIQUE PARA ACESSAR



1ª edição  
Ação Civil Pública



2ª edição  
Revista Íntima



3ª edição  
Normas Internacionais



4ª edição  
Substituição Processual



5ª edição  
Acidente de Trabalho



6ª edição  
Normas Coletivas



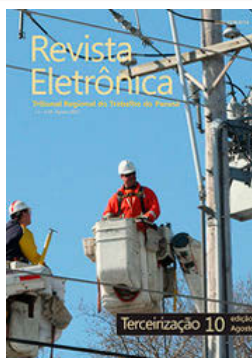
7ª Edição  
Conciliação



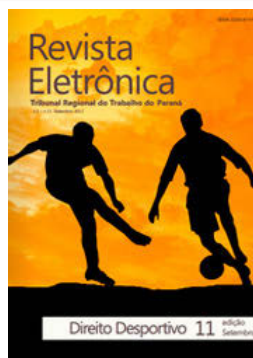
8ª edição  
Execução Trabalhista



9ª edição  
Conciliação II



10ª edição  
Terceirização



11ª edição  
Direito Desportivo



12ª edição  
Direito de Imagem



13ª edição  
Semana Institucional



14ª edição  
Índice



15ª edição  
Processo Eletrônico



16ª edição  
Assédio Moral e  
Assédio Sexual



17ª edição  
Trabalho Doméstico



18ª edição  
Grupos Vulneráveis



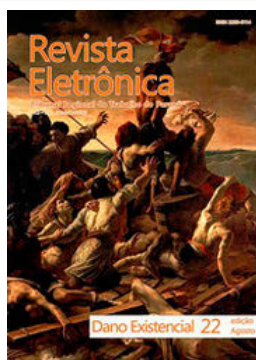
19ª edição  
Correio Eletrônico



20ª Edição  
Aviso Prévio Proporcional



21ª edição  
Dano Moral



22ª edição  
Dano Existencial



23ª edição  
Meio Ambiente  
do Trabalho



24ª edição  
70 anos da CLT





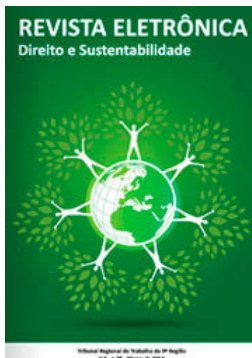
25ª edição  
Ética



26ª edição  
Índice



27ª edição  
Trabalho e HIV



28ª edição  
Direito e Sustentabilidade



29ª edição  
Copa do Mundo



30ª edição  
Trabalho Infantil e Juvenil



31ª edição  
Ações Anulatórias



32ª Edição  
Trabalho da Mulher



33ª edição  
Teletrabalho



34ª edição  
Execução Trabalhista II



35ª edição  
Terceirização



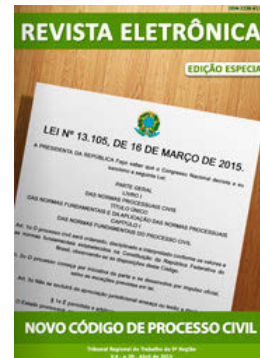
36ª edição  
Índice



37ª edição  
Equiparação Salarial



38ª edição  
Dano Moral Coletivo



39ª edição  
Novo Código de  
Processo Civil



40ª edição  
Recursos Trabalhistas



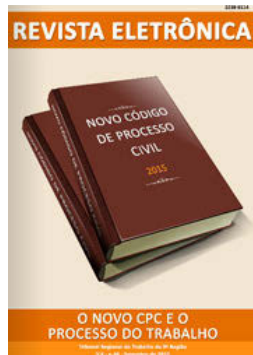
41ª edição  
O FGTS e a Prescrição



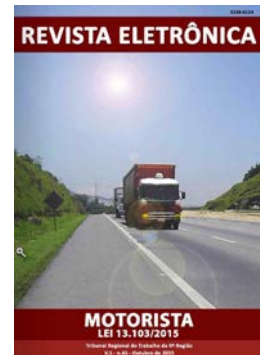
42ª edição  
Discriminação no Trabalho



43ª edição  
Dumping Social



44ª Edição  
O Novo CPC e o  
Processo do Trabalho



45ª edição  
Motorista



46ª edição  
Estatuto da Pessoa  
com Deficiência



47ª edição  
Índice



48ª edição  
Convenção 158 da OIT





49ª edição  
Precedentes, Súmulas  
e Enunciados



50ª edição  
Execução Trabalhista  
e o Novo CPC



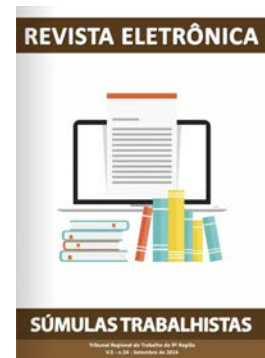
51ª edição  
Negociação Coletiva  
do Trabalho



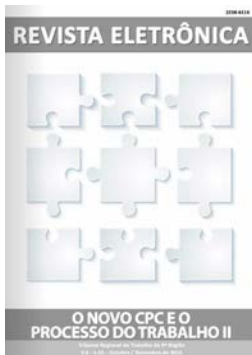
52ª edição  
Trabalho Doméstico II



53ª edição  
Mediação



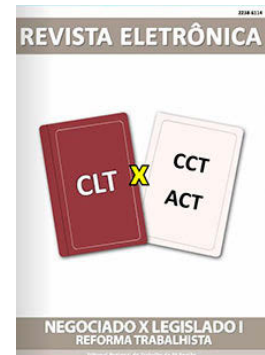
54ª edição  
Súmulas Trabalhistas



55ª edição  
O Novo CPC e o  
Processo do Trabalho II



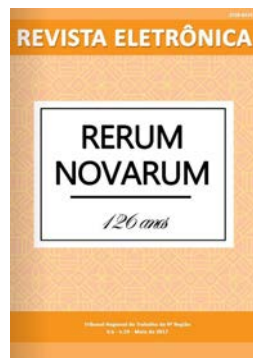
56ª Edição  
Índice



57ª edição  
Negociado x Legislado I



58ª edição  
Negociado x Legislado II



59ª edição  
Rerum Novarum



60ª edição  
O Trabalho do Preso



61ª edição  
Reforma Trabalhista



62ª edição  
Reforma Trabalhista II



63ª edição  
Reforma Trabalhista III



64ª edição  
Segurança e Saúde  
no Trabalho



65ª edição  
Índice



66ª edição  
Salão Parceiro



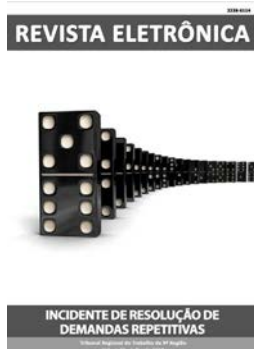
67ª edição  
Reforma Trabalhista IV



68ª edição  
Trabalho e Imigração



69ª Edição  
Ação Rescisória e o Novo CPC



70ª edição  
Incidente de Resolução de  
Demandas Repetitivas

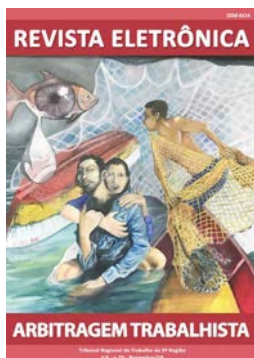


71ª edição  
Contribuição Sindical



72ª edição  
Terceirização: Antes e Depois  
da Reforma Trabalhista





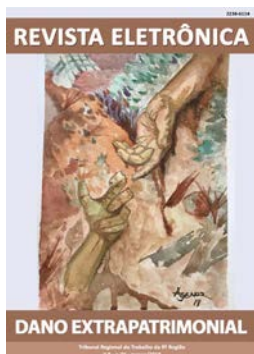
73ª edição  
Arbitragem Trabalhista



74ª edição  
Trabalho Intermitente



75ª edição  
Teletrabalho e a  
Reforma Trabalhista



76ª edição  
Dano Extrapatrimonial



77ª edição  
Execução Trabalhista  
e a Reforma de 2017

## Número de Acessos das edições

27/05/2019

Edição	Tema	
1	Ação Civil Pública	65845
2	Revista Íntima	46028
3	Normas Internacionais	85098
4	Substituição Processual	58261
5	Acidente de Trabalho	52474
6	Normas Coletivas	43669
7	Conciliação	45486
8	Execução Trabalhista	54227
9	Conciliação II	24153
10	Terceirização	39956
11	Direito Desportivo	42154
12	Direito de Imagem	22804
13	Semana Institucional	6400
14	Índice	21028
15	Processo Eletrônico	19691
16	Assédio Moral e Sexual	19337
17	Trabalho Doméstico	31368
18	Grupos Vulneráveis	20707
19	Correio Eletrônico	17150
20	Aviso Prévio	12489
21	Dano Moral	20939
22	Dano Existencial	28088
23	Meio Ambiente do Trabalho	19408
24	70 Anos da CLT	9410
25	Ética	13777
26	Índice	12852
27	Trabalho e HIV	17492
28	Sustentabilidade	20916
29	Copa do Mundo	19055
30	Trabalho Infantil	35032
31	Ações Anulatórias	35083
32	Trabalho da Mulher	49830
33	Teletrabalho	24549
34	Execução Trabalhista	32134
35	Terceirização II	35304
36	Índice	16528
37	Equiparação Salarial	29652
38	Dano Moral Coletivo	41336
39	Novo Código de Processo Civil	53214
40	Recursos Trabalhistas	13208
41	O FGTS e a Prescrição	18130
42	Discriminação no Trabalho	25420
43	Dumping Social	13790
44	O Novo CPC e o Processo do Trabalho	27254



45	Motorista	35119
46	Estatuto da Pessoa com Deficiência	17689
47	Índice	10243
48	Convenção 158 da OIT	13940
49	Precedentes, Súmulas e Enunciados	9777
50	Execução Trabalhista e o Novo CPC	14011
51	Negociação Coletiva do Trabalho	9149
52	Trabalho Doméstico II	7011
53	Mediação	3259
54	Súmulas Trabalhistas	4417
55	O Novo CPC e o Processo do Trabalho II	4439
56	Índice	5742
57	Negociado x Legislado I	7384
58	Negociado x Legislado II	6386
59	Rerum Novarum	3491
60	O Trabalho do Preso	3628
61	Reforma Trabalhista	13913
62	Reforma Trabalhista II	14041
63	Reforma Trabalhista III	8046
64	Segurança e Saúde no Trabalho	3059
65	Índice	3721
66	Salão Parceiro	2774
67	Reforma Trabalhista IV	4264
68	Trabalho e Imigração	1849
68	Ação Rescisória e o Novo CPC	2958
70	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	3925
71	Contribuição Sindical	2609
72	Terceirização: Antes e Depois da Reforma Trabalhista	2271
73	Arbitragem Trabalhista	1894
74	Trabalho Intermitente	2984
75	Teletrabalho e a Reforma Trabalhista	2362
76	Dano Extrapatrimonial	2604
77	Execução Trabalhista e a Reforma de 2017	2112

# Carta ao leitor

A Revista Eletrônica deste mês traz na capa uma parcela do majestoso painel "Guerra e Paz", produzido entre 1952 e 1956 pelo pintor brasileiro Cândido Portinari. O mosaico está na sede da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque e foi um presente do governo brasileiro, representado então pelo Presidente Juscelino Kubitschek. É constituído de dois painéis, um que representa a guerra, demonstrando desolação (que figura em nossa capa) e outro, com cores alegres, representando a paz.

Os direitos humanos, que incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito à educação, entre muitos outros, também devem ser estendidos ao mundo do trabalho. Antigamente, existia a crença de que o trabalho deveria ser realizado apenas por escravos ou por pessoas pobres. A nobreza não o praticava, pelo simples motivo de que poderiam perder sua dignidade. Seguindo este conceito, a escravidão foi considerada uma das primeiras formas de trabalho. Hoje, o entendimento é oposto: a escravidão e a pobreza é que são formas de indignidade. Mudaram-se os tempos, mudaram-se os conceitos.

Nesse contexto, a Revista deste mês traz oito artigos que analisam os direitos humanos trabalhistas em seus meandros, além de três sobre outros temas relevantes.

Acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho da 4ª (Rio Grande do Sul), 5ª (Bahia), 6ª (Pernambuco), 16ª (Maranhão) e 18ª (Goiás) Regiões demonstram como os direitos humanos trabalhistas são julgados na seara trabalhista Brasil afora.

Como Registro Especial, a Revista traz a íntegra da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em Paris em 1948, desenvolvida logo após a Segunda Guerra Mundial e o Holocausto. O texto descreve cada um dos direitos inalienáveis dos indivíduos e determina explicitamente quais direitos todas as pessoas podem esperar e exigir simplesmente por serem humanos.



“Os Estatutos do Homem”, um dos poemas mais conhecidos de Thiago de Mello, ilustra esta edição. Sua criação comporta uma história curiosa: em 1964, o poeta era o adido cultural brasileiro no Chile, posto ao qual renunciou em resposta ao Ato Institucional número 1, por ver a tortura se legitimar como método de interrogatório. A indignação resultou no poema que trazemos nesta edição. Quando o golpe militar aconteceu, Thiago de Mello morava em La Chascona, casa de Pablo Neruda, em Santiago. Neruda, outro ícone da poesia latino-americana, e amigo do poeta brasileiro, fez a versão para o espanhol, que também figura nesta edição.

As sinopses de livros de renomados autores, tanto nacionais como estrangeiros, discorrem sobre os temas de direitos humanos: proteção dos direitos civis, políticos, sociais, culturais, econômicos e ambientais.

A coluna “Direito, trabalho e arte” traz um comovente quadro cujo original faz parte do acervo particular de uma das mulheres mais influentes do mundo e capta um momento extremo de violação aos direitos humanos. A escolha desta pintura foi também para lembrar que no mês de maio foi assinada a Lei Áurea. Quer saber do que estamos falando? Vá direto para o final da Revista!

Caro leitor, dedicamos esta edição com carinho ao militante anônimo dos Direitos Humanos, que, diariamente e desprovido de recursos financeiros e midiáticos, luta por um mundo mais igualitário.

Esperamos que aprecie a leitura!

Conselho Editorial da Revista do TRT9

# Sumário

## ARTIGOS

A Consagração dos Direitos Humanos - René Ariel Dotti .....	17
Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: conceito, objetivo e diferença - Rúbia Zanotelli de Alvarenga.....	22
A Eficácia da Nova Legislação Migratória no Contexto da Crise da Venezuela - Eduardo Biacchi Gomes, Érika Leahy e Juliane Tedesco Andretta .....	32
Direito à Reparação e Crimes Ditatoriais: A Importância das Leis 9.140/1995 e 10.559/2002 para a Adoção de Mecanismos de Justiça Transicional no Brasil - Sidney Guerra e Millena Fontoura Monteiro.....	47
Parlamento do Mercosul e a Tríade Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Humanos e Democracia - Lafayette Pozzoli e Allana Ceará .....	61
Quem dá A Última Palavra? As Relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Ordenamentos Jurídicos Nacionais à Luz do Caso Fontevecchia e D'Amico V. Argentina - Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak.....	83
Uma Nova Leitura do Estado a Partir dos Direitos Humanos: o Estado Constitucional Cooperativo - Priscila Caneparo dos Anjos .....	110
Proteção Internacional aos Direitos Humanos do Ser Humano: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 - Rúbia Zanotelli de Alvarenga.....	128

## ARTIGOS ESPECIAIS

O Déficit Habitacional no Brasil: a Relevância dos Instrumentos Privados na Implementação de Políticas Públicas de Moradia - Henrique Ribeiro Cardoso e Pedro Ernesto Celestino Pascoal Sanjuan .....	152
Os Poderes Paralegislativos e Paraconstituintes da Jurisdição Constitucional: Técnicas de Decisão dos Órgãos da Jurisdição Constitucional na Contemporaneidade e a Produção Normativa Estatal - Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Iensue .....	178



O Serviço Público Adequado e a Cláusula de Proibição de Retrocesso Social - Adriana da Costa Ricardo Schier e Paulo Ricardo Schier .....	196
--	-----

## **ACÓRDÃOS**

Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Relator Marcelo Jose Ferlin D'ambroso, Publicado no DJE em 23/08/2018. ....	213
--	-----

Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Relatora Tania Rosa Maciel de Oliveira publicado no DJE em 07/02/2019. ....	230
--	-----

Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região Relatora Desembargadora Margareth Rodrigues Costa, publicado no DJE em 29/11/2018.....	236
--	-----

Acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Relator Desembargador Alcino Felizola, publicado no DJE em 28/10/2016. ....	246
--	-----

Acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região Relator Desembargador Eduardo Pugliesi, publicado no DJE em 02/05/2019.....	253
---	-----

Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, Relator Desembargador Luiz Cosmo Da Silva Junior, publicado no DJE em 17/10/2018. ....	258
--	-----

Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Relator Desembargador Eugenio Jose Cesario Rosa, publicado no DJE em 25/04/2019. ....	268
---	-----

<b>EMENTAS</b> .....	274
----------------------	-----

## **REGISTRO ESPECIAL**

Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	282
--	-----

Estatuto do Homem (Ato Institucional Permanente) .....	290
--	-----

Estatuto do Homem Adaptado por Pablo Neruda .....	293
---	-----

## **SINOPSES**

A Era dos Direitos - Luiz Eduardo Gunther .....	295
---	-----

Curso de Direitos Fundamentais - Luiz Eduardo Gunther.....	296
--	-----

Delaração Universal dos Direitos do Homem e Notas da Legislação Brasileira - Luiz Eduardo Gunther.....	298
A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial - Luiz Eduardo Gunther .....	299
Direitos Fundamentais Trabalhistas - Luiz Eduardo Gunther.....	301
Direitos Humanos e Direito do Trabalho - Luiz Eduardo Gunther .....	302
Direitos Humanos Fundamentais - Luiz Eduardo Gunther .....	304
Estado e Direitos Humanos em Tempos de Crise - Luiz Eduardo Gunther .....	306
Estudos sobre Direitos Fundamentais - Luiz Eduardo Gunther .....	308
O Processo como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais - Luiz Eduardo Gunther ...	309
Violação de Direitos Fundamentais na Negociação Coletiva - Luiz Eduardo Gunther .....	311
La Dignidad Humana en El Derecho del Trabajo - Luiz Eduardo Gunther.....	312
Los Derechos Fundamentales - Luiz Eduardo Gunther.....	313
<b>NOTÍCIAS</b>	
Lixo Eletrônico Precisa ser Transformado em Fonte de Trabalho Decente, diz OIT .....	314
OIT Premia Iniciativa Regional para Combater Trabalho Infantil na América Latina .....	316
ONU Celebra 100 Anos da Organização Internacional do Trabalho .....	318
Campanha - #BomTrabalhoPraVc .....	321
<b>DIREITO, TRABALHO E ARTE.....</b>	<b>324</b>

# A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

René Ariel Dotti

## (1) *A compreensão do tema*

Existe na sociedade em geral e nos meios de comunicação o entendimento desvirtuado sobre a natureza e a extensão dos *Direitos Humanos*. É comum o equívoco de reduzir esse conceito à proteção das pessoas acusadas ou condenadas por um crime que sofrem tortura ou maus tratos durante o processo ou o cumprimento da pena.

Na verdade, os Direitos Humanos são o conjunto de normas defendidas e aplicadas por instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos fundamentais e que constituem o fundamento do Estado Democrático de Direito. São direitos elementares à dignidade humana e de múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

## (2) *O reconhecimento universal*

Em uma de suas inúmeras entrevistas, o filósofo político, escritor e senador, **Norberto Bobbio** (1909-2004) foi perguntado sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação com o futuro

da humanidade, especialmente quanto ao aumento cada vez maior e descontrolado da população; o progresso cada vez mais rápido e até agora inevitável da degradação do meio ambiente e o aumento cada vez mais rápido e insensato do poder destrutivo das armas. E, ao final, se em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, ele via algum sinal positivo. **Bobbio** respondeu que sim, que via pelo menos um desses sinais: “a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem”<sup>1</sup>.

## (3) *Constituições e Declarações de Direitos*

Tinha toda razão o notável cientista político italiano que acompanhou, com lucidez e dedicação, os fenômenos da consagração e da proteção dos Direitos do Homem que se colocam na base das Constituições democráticas modernas. Com efeito, vale

1 *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 49.



René Ariel Dotti

Advogado. Professor Titular de Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná. Agraciado com a *Medalha do Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados* (2007). Distinguido com a *Medalha Santo Ivo*, concedida pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (2011). Detentor da *Comenda do Mérito Judiciário* concedida pelo TJPR (2014).



transcrever as disposições com as quais as Cartas Políticas de Portugal (1976, revista em 1982) e da Espanha (1978), recepcionaram os princípios e as regras da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas, há meio século: *“Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”* (art. 16.º, n.º 2); *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”* (art. 10, n.º 2).

Entre as vertentes fundamentais das *Declarações de Direitos* que se editaram a seguir como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948); a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950) e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (Nova York, 1966), se destaca a *ideologia de libertação* do ser humano das opressões articuladas por grupos sociais ou manipuladas pelo Estado.

O repertório universal dos direitos do homem e, como extensão, dos direitos da pessoa acusada ou aprisionada, se compõe de esperanças que são modeladas na realidade e na fantasia do cotidiano. Na avaliação entre as conquistas e as perdas no cenário do mundo, da vida e da História, é importante ter presente um dos trechos iluminados das *Declarações de Direitos*. Ao proclamar que o Governo existe para garantir ao ser humano a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis, e que a

lei não pode ordenar senão o que for justo e útil à sociedade, a Constituição francesa de 1793, - acompanhando a Declaração de 1789 - admitia expressamente que *“o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo”*.

#### (4) **O modelo constitucional brasileiro**

A Constituição Federal estabelece que a República se rege nas suas relações internacionais por determinados princípios entre eles a *“prevalência dos direitos humanos”* (art. 4º, II).

A melhor definição para essa categoria jurídica decorre da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948 e que relaciona como *Direitos Humanos* os seguintes bens: vida, liberdade, segurança pessoal, reconhecimento como pessoa; igualdade perante a lei; proteção contra discriminação; acesso à Justiça; presunção de inocência; publicidade dos julgamentos; intimidade da vida privada, imagem, honra, sigilo de correspondência, etc. ; asilo; nacionalidade; matrimônio e criação da família sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião; propriedade; liberdade de pensamento, consciência e religião; liberdade de opinião e expressão; reunião e associação pacíficas; liberdade para associação; participação no Governo de seu País, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; acesso ao serviço público; vontade popular como base da autoridade do governo a ser expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal e voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto;

segurança social; direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade; trabalho; livre escolha de emprego; proteção contra o desemprego; remuneração justa e satisfatória à dignidade humana; organização e ingresso em sindicatos; repouso; lazer; limitação de horas de trabalho; férias remuneradas periódicas; padrão de vida digno (alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis); direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de subsistência em circunstâncias fora de seu controle; cuidados e assistência especiais com a maternidade e a infância; instrução gratuita nos graus elementares e fundamentais; prioridade dos pais na escolha do gênero de instrução a ser ministrado aos seus filhos; participação na vida cultural da comunidade; participação do progresso científico e de seus benefícios; proteção de interesses materiais e morais pela produção científica, literária ou artística da qual seja autor; ordem social e internacional em que os direitos desta Declaração possam ser plenamente realizados; limitação apenas da lei quanto ao exercício de direitos e liberdades.

A sistematização positiva dos Direitos Humanos é fruto de um longo processo de solenes manifestações internacionais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que traduziu os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade prometidos pela Revolução Francesa ao proclamar a República e abolir a Monarquia. Seus primeiros artigos proclamam: “1ª): *Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem ter como fundamento a utilidade comum;* 2ª) *A meta de*

*toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.*

#### (5) **Uma relevante pesquisa**

Segundo a pesquisa de **Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan**,<sup>2</sup> foram ratificados pelo Brasil, a partir desse marco histórico, os seguintes instrumentos: **(a)** Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20.7.1989); **(b)** Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (28.9.1989); **(c)** Convenção sobre os Direitos da Criança (24.9.1990); **(d)** Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (24.1.1992); **(e)** Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (24.1.1992); **(f)** Convenção Americana dos Direitos Humanos (25.9.1992); **(g)** Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27.11.1995); **(h)** Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (13.8.1996); **(i)** Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) (21.8.1996).

Além das indicações acima, o Centro de Estudos da Procuradoria Geral de São Paulo publicou a relação de Declarações e outros instrumentos de Direitos Humanos aprovados pelo Brasil.<sup>3</sup>

No plano *global*, podem ser referidas:

2 Ob. cit., p. 5/6.

3 *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*, São Paulo: edição da Procuradoria Geral do Estado, 1997, p. 7/8. (A menção ao ano após cada documento se refere ao tempo de sua aprovação original e não ao ano de sua ratificação pelo Brasil).

**(a)** Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); **(b)** Declaração do Direito ao Desenvolvimento (1986); **(c)** Declaração e Programa de Ação de Viena (1993); **(d)** Declaração de Pequim (1995).

No plano *regional interamericano* foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

A mesma fonte arrola as Convenções, os Pactos e outros instrumentos, classificados adiante.

No plano *global*: **(a)** Preceitos da Carta das Nações Unidas (1945);<sup>4</sup> **(b)** Convenção contra o Genocídio (1948); **(c)** Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); **(d)** Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); **(e)** Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)<sup>5</sup>; **(f)** Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)<sup>6</sup>; **(g)** Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968); <sup>7</sup> **(h)** Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979)<sup>8</sup>; **(i)** Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);<sup>9</sup> **(j)** Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).<sup>10</sup>

Quanto ao plano *regional interamericano*: **(a)** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – 1969)<sup>11</sup>; **(b)** Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

(1985)<sup>12</sup>; **(c)** Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará - 1994).<sup>13</sup>

## **(6) Instrumentos de proteção interna**

A partir da Carta Política de 1988, os instrumentos jurídicos de proteção interna dos Direitos Humanos teve extraordinário desenvolvimento. Pode-se afirmar que em todo o itinerário histórico da República nenhuma outra *Carta* foi tão bem dotada de princípios e regras em tal direção. Fugiria à finalidade do presente artigo a indicação exaustiva dos dispositivos constitucionais e legais, bem como das instituições oficiais e organizações não governamentais que se encarregam de amparar os valores inerentes aos Direitos Humanos. É possível, entanto, uma pequena relação exemplificativa como segue.

## **(7) A dignidade da pessoa humana**

A Constituição declara que a República se constitui em Estado Democrático de Direito e tem, entre seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Além disso, todos os objetivos fundamentais da República se identificam na proteção, direta ou indireta dos Direitos Humanos: sociedade, livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

4 Ratificada pelo Brasil em 21.9.1945.

5 Ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

6 Ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

7 Ratificada pelo Brasil em 27.3.1968.

8 Ratificada pelo Brasil em 1º.2.1984.

9 Ratificada pelo Brasil em 28.9. 1989.

10 Ratificada pelo Brasil em 24.9.1990.

11 Ratificada pelo Brasil em 25.9.1992.

12 Ratificada pelo Brasil em 20.7.1989.

13 Ratificada pelo Brasil em 27.11.1994.



outras formas de discriminação (art. 3º). Como já foi dito, um dos princípios a serem observados pela República em suas relações internacionais é a *prevalência dos Direitos Humanos* (art. 4º, II). Outros também se incorporam nesse quadro de amparo (autodeterminação dos povos, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo).

Uma simples leitura panorâmica de nossa *lei fundamental* permite a observação segundo a qual as normas garantidoras dos Direitos Humanos constituem a regra geral. Direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos, formação e existência partidária, princípios gerais da atividade econômica, política urbana, política agrícola, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente, idoso, índios, todos esses indicadores mostram, detalhadamente, como são declarados os Direitos Humanos por seu intermédio.

### **(8) Direitos humanos na legislação ordinária**

Na legislação ordinária, na parte geral e na parte especial dos Códigos (Penal, Civil, de Processo Penal e Civil) encontram-se regras de proteção de suspeitos, indiciados, réus e vítimas, além da previsão de ações e recursos para a defesa de direitos e interesses individuais e coletivos. A proibição das penas de morte, de prisão perpétua, de banimento e outras formas cruéis e infamantes, já identifica a orientação do sistema de direitos e garantias.

Também nas leis extravagantes há uma imensa variedade de órgãos, instituições, mecanismos e declarações formais que protegem o ser humano. Valem como referenciais os seguintes diplomas: **(a)** Lei

nº 1.521/51 (Economia Popular); **(b)** Lei nº 2.252/54 (corrupção de menor); **(c)** Lei nº 2.889/56 (define e pune o genocídio); **(d)** Lei nº 4.319/64 (cria o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana); **(e)** Lei nº 4.898/65 (abuso de autoridade); **(f)** Lei nº 5.478/68 (ação de alimentos); **(g)** Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio); **(h)** Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Fiscal); **(i)** Lei nº 7.347/85 (ação civil pública); **(j)** Lei nº 7.716/89 (crimes de preconceito de raça ou de cor); **(k)** Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); **(l)** Lei nº 8.078/90 (proteção do consumidor); **(m)** Lei nº 8.080/90 (proteção e recuperação da saúde); **(n)** Lei nº 8.212/91 (Seguridade Social); **(o)** Lei nº 8.313/91 (incentivo à Cultura); **(p)** Lei nº 8.653/93 (transporte de presos); **(q)** Lei nº 9.029/95 (práticas discriminatórias nas relações de trabalho); **(r)** Lei nº 9.394/96 (diretrizes e bases da educação nacional); **(s)** Lei nº 9.434/97 (remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano); **(t)** Lei nº 9.455/97 (define o crime de tortura); **(u)** Lei nº 9.605/98 (proteção do meio ambiente); **(v)** Lei nº 9.807/99 (proteção à vítimas e testemunhas); **(x)** Lei nº 10.446/02 (infrações penais de repercussão interestadual ou internacional) e **(y)** Lei nº 10.826/2003 (armas de fogo e munição).

Além de todos esses diplomas – de natureza penal e processual penal – há uma infinidade de leis e outros atos normativos (decretos-leis, decretos, portarias, etc) nos mais diversificados ramos jurídicos (civil, administrativo, etc.) que compõem o extraordinário repositório de instrumentos jurídicos de garantia dos Direitos Humanos.<sup>14</sup>

14 A infindável variedade de aspectos a serem protegidos e o universo de textos legais estão em harmonia com o conceito ampliado de Direitos Humanos.

# DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, OBJETIVO E DIFERENÇA

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

## INTRODUÇÃO

Para fins de conceituação dos Direitos Humanos Fundamentais, entende-se, aqui, serem direitos inerentes à condição humana e anteriores ao reconhecimento do direito positivo. São direitos oriundos de consequências ou de reivindicações geradas por situações de injustiça ou de agressão a bens fundamentais do ser humano.

Neste sentido, compreendem direitos da pessoa humana, pela sua natureza, que transcendem os Direitos Fundamentais, em decorrência de o seu conteúdo ser dotado de uma ordem de princípios universais, válidos em todos os lugares e em todos os tempos, para todos os povos, independentemente de mera positividade.

Quanto ao objetivo dos Direitos Humanos Fundamentais, está a proteção que vai além do amparo individual das pessoas, abrangendo toda a coletividade. Por esta

razão, inclusive, foi inserida, na Constituição Federal de 1988, a proteção ao meio ambiente (direitos humanos de terceira geração).

Após se traçarem o conceito e o objetivo dos Direitos Humanos Fundamentais, é necessário estabelecer a distinção entre os “Direitos Humanos” e os “Direitos Fundamentais”, por serem duas expressões comumente consideradas como sinônimas.

Assim sendo, no momento em que os Direitos Humanos são incorporados pela Constituição de um país, eles ganham o *status* de Direitos Fundamentais, haja vista que o constituinte originário é livre para eleger, em um elenco de direitos humanos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado ou Nação. Somente a partir de então, eles serão tidos como direitos fundamentais. Logo, os Direitos Fundamentais têm como antecedente o reconhecimento dos Direitos Humanos.

Eis o que se vai elucidar no presente artigo nas páginas que se seguem.



---

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Professora Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, Brasília. Advogada.

## 1 Conceito de direitos humanos fundamentais

Segundo Fernando Gonzaga Jayme, direitos humanos fundamentais são uma via, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade humana, fim de todos os governos e povos. Por meio dos direitos humanos, assegura-se o respeito à pessoa humana, e, por conseguinte, sua existência digna, capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais, para que possa alcançar o sentido da sua própria existência. Isso significa conferir liberdade no desenvolvimento da própria personalidade.<sup>1</sup>

De acordo com Enoque Ribeiro Santos, o conceito da expressão “direitos humanos” pode ser atribuído aos valores ou direitos inatos e imanentes à pessoa humana, pelo simples fato de ter ela nascido com esta qualificação jurídica. São direitos que pertencem à essência ou à natureza intrínseca da pessoa humana e que não são acidentais ou suscetíveis de aparecerem e de desaparecerem em determinadas circunstâncias. São direitos eternos, inalienáveis, imprescritíveis que se agregam à natureza da pessoa humana pelo simples fato de ela existir no mundo do direito.<sup>2</sup>

Sobre a temática, ensina Cláudio Brandão que o conteúdo dos direitos humanos vincula-se à condição humana, constituindo-se os direitos humanos em exigências cuja satisfação é condição

de possibilidade para que um ser seja reconhecido como homem pelo direito. É por isso que integram a sua condição. Dessa maneira:

Tais exigências não dependem do espaço físico ou do tempo, pois se tendem universais e se traduzem em predicados presentes em todos os seres com patrimônio genético compatível com o humano, independentemente de condição social, traços raciais, religiosos, culturais ou de qualquer outra ordem. Assim, v.g., a vida, a liberdade, a possibilidade de aquisição de propriedade são direitos que se vinculam ao fato de o indivíduo ser reconhecido enquanto homem e, como tal, ser dotado de vontade, de consciência, de percepção e de outras características que o tornam parte do gênero humano.<sup>3</sup>

Seguindo-se, então, a assaz apropriada visão de João Baptista Herkenhoff:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir.<sup>4</sup>

1 JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 9.

2 SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos humanos e negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 38.

3 BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

4 HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994, p. 30.



Já pela ótica de Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais “se colocam como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”.<sup>5</sup>

Assim sendo:

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>6</sup>

Nesta linha de pensamento, os Direitos Humanos Fundamentais constituem “o conjunto institucionalizado de direitos e de garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade

5 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

6 Ibid., Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da. (Coord.). **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. São Paulo: LTr, 2003, p. 229.

humana”.<sup>7</sup> Ainda conforme Alexandre de Moraes:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.<sup>8</sup>

## 2 Objetivo dos direitos humanos fundamentais

Vê-se, concorde Jackeline Guimarães Almeida Franzoi, que o grande objetivo dos direitos humanos compreende a proteção eficaz da dignidade da pessoa humana, incluindo-se, aí, valores como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, dentre outros.<sup>9</sup>

Nessa esteira, pode-se afirmar que os direitos fundamentais “têm a função de promover o ser humano, dando-lhe condições de realizar-se plenamente e de emancipar-se primeiro”.<sup>10</sup>

A respeito, assinala Silvio Beltramelli que qualquer definição do que sejam direitos

7 MORAES, op. cit., p. 20, nota 5.

8 Id., p. 21.

9 FRANZOI, Jackeline Guimarães Almeida. Dos direitos humanos: breve abordagem sobre seu conceito, sua história, e sua proteção segundo a Constituição brasileira de 1988 e a nível internacional. Paraná. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 3, n. 1, 2003, p. 381.

10 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014, p. 44.

humanos não pode deixar de partir da noção de dignidade da pessoa humana, seja sob o prisma teleológico, por possuir um objetivo a ser atingido; seja sob o prisma hermenêutico, por ensejar a utilização de um critério ensejador de interpretação e de aplicação conforme as normas incidentes; seja ainda sob o prisma axiológico, que consiste no domínio dos valores que direcionam as normas enunciadas e a sua aplicação.<sup>11</sup> Como ainda observa o autor em tela, a dignidade da pessoa humana é o norte da positivação dos direitos humanos, tanto em tratados internacionais, quanto em constituições nacionais, consistindo, assim, no fim maior do Direito.<sup>12</sup>

Também consoante o autor em comento, a dignidade da pessoa humana possui caráter multidimensional e individual. Multidimensional, porque congrega diversos atributos intrínsecos do ser humano, como a liberdade, a igualdade, a integridade física e psíquica. E Individual, porque, embora inerente a todo ser humano, é moldada com características próprias, delineadas pelo contexto histórico-cultural que circunda o indivíduo.<sup>13</sup> Não é por menos que:

A salvaguarda da dignidade da pessoa humana, a despeito de ser o viés mediato de toda a prescrição normativa de comportamentos, passou a inspirar e embasar, de modo direto, explícito e enfático, um conjunto de normas jurídicas que se enunciam exclusivamente em função dessa

mesma salvaguarda.<sup>14</sup>

No caso brasileiro, Silvio Beltramelli Neto relata:

Esta realidade é facilmente aferível na Constituição Federal de 1988, que, em resposta aos “anos de chumbo” – que marcaram a ditadura militar que se impôs ao País a partir de 1964 – e proeminentemente fundamentada na dignidade da pessoa humana (art. 1, III), agrupou, sob o seu Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais”, disposições explicitamente reconhecidas como tutelares de direitos fundamentais, sem prejuízo de enunciações alocadas em outros tópicos do documento ou, ainda, feitas de modo implícito, como autorizado, às claras, pelo seu art. 5º, § 2º.<sup>15</sup>

Na percepção de Alexandre de Moraes, o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em sua dupla concepção. Em primeiro lugar, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.<sup>16</sup> Este dever, de acordo com o autor:

Configura-se pela exigência do (sic)

14 Id., p. 31.

15 BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 31.

16 MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da. (Coord.). **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. São Paulo: LTr, 2003, p. 229.

11 BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 29.

12 Id., p. 30.

13 Id., p. 30.

indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).<sup>17</sup>

### 3 Direitos humanos e direitos fundamentais: diferença

Os direitos humanos são aqueles previstos em tratados internacionais e considerados “indispensáveis para uma existência humana digna, como, por exemplo, a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade”.<sup>18</sup>

Neste enleio, Samuel Sales Fonteles conceitua os Direitos Fundamentais como sendo os “direitos relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado, salvaguardando o indivíduo ou a coletividade”.<sup>19</sup> Por implicarem, portanto, “deveres jurídicos ao Estado, os direitos fundamentais são classificados como elementos limitativos das Constituições”.<sup>20</sup>

Quanto aos Direitos Humanos, assevera Flores, citado por Christiana D’arc Damasceno Oliveira: “Mais que direitos propriamente ditos são processos, ou seja, o resultado, sempre provisório, das lutas que os seres humanos põem em prática para poder ter acesso aos

bens necessários à vida”.<sup>21</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, relativamente ao tema, esclarece:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>22</sup>

Os Direitos Fundamentais, assim, são os direitos humanos incorporados, positivados, em regra, na ordem constitucional de um Estado. Em tal temática, convém destacar, adiante, o pensamento de Silvio Beltramelli Neto:

Em sendo a finalidade dos direitos humanos a salvaguarda jurídica do valor maior da dignidade da pessoa humana

17 Id., p. 230.

18 FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 14.

19 Id., p. 15.

20 Id., p. 15.

21 OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010, p. 65.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

e dos demais valores que condicionam a sua preservação (liberdade, igualdade etc.), sua enunciação normativa dá-se, prioritariamente, na forma de princípios que são consagrados pelas constituições democráticas contemporâneas sob a alcunha de direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Vale ressaltar, nesta seara, em consonância com Silvio Beltramelli Neto, que, para sustentar a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, é preciso observar três instrumentos básicos de qualquer ordem jurídica constitucional democrática, a saber: a) o Estado Democrático de Direito, que vincula e limita o poder estatal (histórica aspiração dos direitos humanos); b) a rigidez constitucional, que consiste no escudo contra o retrocesso jurídico em relação aos direitos já enunciados; c) o controle de constitucionalidade, que representa o mecanismo de desconstituição de atos de afronta.<sup>24</sup>

Ainda no tocante à distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, Christiana D'arc Damasceno Oliveira argumenta que os direitos humanos reportam a categorias normativas destinadas a assegurar a dignidade da pessoa humana, com reconhecimento em âmbito internacional – independentemente de vinculação a uma ordem jurídica interna específica – e que os direitos fundamentais se referem a categorias normativas, tomando em conta os direitos humanos acolhidos, expressa ou implicitamente, na ordem jurídica de determinado Estado.<sup>25</sup>

23 BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 42.

24 Id., p. 42

25 OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O)**

Razão pela qual Yara Maria Pereira Gurgel afirma que “os direitos humanos são essenciais à existência do homem em sociedade. É o piso mínimo de direitos que a Ordem Internacional destina a todos os seres vivos, que deve ser respeitado pelo Estado e oferecido a seus jurisdicionados”.<sup>26</sup>

A respeito do tema, assinala Marcelo Freire Sampaio Costa que a distinção mais relevante entre as opções de *nomenclatura* de “direitos humanos” e “direitos fundamentais” cinge-se à questão da “*concreção positiva*”. Os direitos fundamentais possuem sentido preciso, restrito, despido da ideia de atemporalidade e vigência para todos os povos, pois estão juridicamente institucionalizados na esfera do direito positivo de determinado Estado, portanto, também limitados ao lapso temporal de vigência da Carta de direitos desse ente. Os direitos humanos, por sua vez, assumem contorno bem mais amplo, porque estão voltados à previsão em declarações e convenções internacionais com a pretensão de perenidade. Este autor destaca existirem constituições que não reconhecem, em seus textos, a totalidade de direitos humanos consagrados em textos internacionais e a CF/88 ter positivado como direitos fundamentais alguns ainda nem constantes em Cartas internacionais.<sup>27</sup>

No mesmo sentido, sustenta Luño, citado por Jane Reis Gonçalves Pereira:

O termo direitos humanos tem um

.....  
**direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010, p. 65.

26 GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010, p. 67.

27 COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares**: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 32.



alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos direitos do homem reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positividade, ou seja, como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.<sup>28</sup>

Desse modo, afirma com assaz exatidão Fábio Konder Comparato:

A vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.<sup>29</sup>

Carlos Henrique Bezerra Leite também estabelece a distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os direitos humanos, por serem universais, estão reconhecidos tanto na Declaração Universal de 1948 quanto nos costumes, nos princípios jurídicos e nos tratados internacionais; ao passo que os direitos fundamentais estão positivados nos ordenamentos internos de cada Estado,

28 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

29 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

especialmente nas suas Constituições. O autor, todavia, destaca que nem todo direito fundamental pode ser considerado um direito humano, assim como nem todo direito humano pode ser considerado um direito fundamental. É o caso, por exemplo, do direito à vida que, nos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, é um direito fundamental no Brasil, mas, em alguns ordenamentos jurídicos, existe a pena de morte, demonstrando que, em alguns países, o direito à vida não é fundamental, embora seja reconhecido como um direito humano no plano internacional.<sup>30</sup>

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, positivou praticamente todos os direitos humanos, especialmente pela redação dos §§ 2º e 3º do artigo 5º, razão pela qual, Carlos Henrique Bezerra Leite enfatiza não haver motivo para estabelecer a distinção, do ponto de vista do direito interno, entre direitos fundamentais e direitos humanos.<sup>31</sup>

Samuel Sales Fonteles estatui não haver qualquer diferença ontológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, possuindo, ambos, na essência, o mesmo conteúdo. Como observa, “não há o que diferenciar, a não ser quanto ao âmbito de previsão de cada qual: enquanto os direitos humanos estão previstos em tratados internacionais, os direitos fundamentais estão positivados em uma Constituição”.<sup>32</sup>

Concorde Cláudio Brandão, há conexão entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois eles têm a mesma

30 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

31 Id.p. 34.

32 FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 15.

substância. A diferença entre ambos é de forma e não de conteúdo, haja vista que os direitos humanos são institutos jurídicos do direito internacional; ao passo que os direitos fundamentais são institutos jurídicos do direito interno, integrantes do sistema constitucional de norma fundante do ordenamento jurídico interno.<sup>33</sup> E, no caso brasileiro, “a concretização da Constituição Federal de 1988 subordina-se, inescapavelmente, à efetividade dos direitos fundamentais”.<sup>34</sup>

Há de se destacar, portanto, e, finalmente, consoante Norberto Bobbio, que “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos”.<sup>35</sup>

Neste viés, os Direitos Humanos, segundo José Luiz Quadros de Magalhães significam uma proposta de repensar o Direito e a Ciência em razão do ser humano, tendo em vista que a única lógica científica se encontra na sua preservação e na sua dignidade.<sup>36</sup>

Tais direitos visam ao direito de todos a uma vida digna e ao bem-estar social, pois, conforme estatui Cármen Lúcia Antunes Rocha, “[...] não basta o viver-existir. Há que se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão digna, entendida como qualidade

inerente à condição do homem em sua aventura universal”.<sup>37</sup> Assim, os direitos humanos são concebidos na dimensão mais abrangente possível do seu significado: o caminho a seguir na busca da felicidade – direito de todos os seres humanos.

Logo, seguindo-se o pensamento mui assertivo de Fábio Konder Comparato, “a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”.<sup>38</sup>

Contudo, importa destacar, concorde Norberto Bobbio, que o que se tem diante não é filosófico, porém jurídico; e, em sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos (humanos), qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas, sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, a fim de se impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.<sup>39</sup>

## CONCLUSÃO

Observa-se, por derradeiro, que o respeito aos Direitos Humanos representa um princípio comum a todos os povos civilizados.

33 BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

34 BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, p. 99.

35 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Campos, 2014, p. 16.

36 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 86.

37 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida e direito: o direito à vida. Belo Horizonte. **Cadernos da pró-reitoria de extensão da PUC Minas**, v. 8, n. 27, dezembro, 2008, p. 11.

38 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

39 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Campos, 2014, p. 25.

Assim, os Direitos Fundamentais se relacionam com os primeiros reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Vê-se que a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não está no conceito, pois ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é de assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. A diferença substancial, então, entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na localização da norma que dispôs sobre os mesmos.

Por esta razão, no Brasil, os Direitos Fundamentais, destacadamente constitucionalizados e capitaneados pela dignidade da pessoa humana, como se vê na Constituição Federal de 1988, passam ao *status* de normas centrais do ordenamento jurídico, revelando a tábua de valores da sociedade a ser protegida e promovida, incondicionalmente, por todos aqueles submetidos à ordem constitucional, inclusive no momento da aplicação das demais normas desse sistema.

Ademais, o art. 4º, inciso II, da CF/88, estabelece que, nas relações internacionais, o Brasil adotará o princípio da prevalência dos Direitos Humanos. De tal modo, não seria razoável admitir que, na ordem internacional, o Brasil adotasse o princípio da prevalência dos Direitos Humanos e, em contrário, no plano interno, deixe de observá-los ou como somenos aos Direitos Fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Campos, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

FRANZOI, Jackeline Guimarães Almeida. Dos direitos humanos: breve abordagem sobre seu conceito, sua história, e sua proteção segundo a constituição brasileira de 1988 e a nível internacional. Paraná. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 3, n. 1, 2003.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey,

2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da. (Coord.). **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida e direito: o direito à vida. Belo Horizonte. **Cadernos da pro-reitoria de extensão da PUC Minas**, v. 8, n. 27, dezembro, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos humanos e**

**negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



# A EFICÁCIA DA NOVA LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA NO CONTEXTO DA CRISE DA VENEZUELA

**Eduardo Biacchi Gomes**

**Érika Leahy**

**Juliane Tedesco Andretta**

Em meio a uma crise, que está sendo acompanhada pelo mundo inteiro, a população da Venezuela luta pela sobrevivência, e/ou por melhores condições de vida em países vizinhos. Entre os países que vem recebido venezuelanos, está o Brasil.

O Brasil, que vive sua própria crise político-social, acolhe os venezuelanos, desde 2015. Eles entram pelo estado de Roraima, e por comodidade, acesso e conhecimento, permanecem no Estado. Entretanto, Roraima sofre com as decorrências de abarcar um número populacional superior ao esperado, por causa da enorme quantidade de venezuelanos.

Concomitantemente à crise dos venezuelanos, o Brasil publica nova lei de

imigração, na qual o migrante tem garantido um tratamento que respeita à sua dignidade pessoal. Porém, pressupõe uma certa dificuldade na aplicação, uma vez que o número disparado de imigrantes ocasiona aumento da xenofobia, revolta social pelos nacionais brasileiros que não tem recebido auxílio do governo e vivem em situações precárias, se indignando ao ver imigrantes recebendo uma suposta melhor condições, ocupando vagas de emprego, bem como lugares no atendimento de serviços públicos.

Além disso, o próprio governo encontra dificuldade em conciliar a previsão legal com as dificuldades decorrentes da migração venezuelana gerada a partir da crise da

.....  
Eduardo Biacchi Gomes

Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Érika Leahy

Graduanda em Direito pela PUCPR. Membro do Núcleo de Estudos Avançado de Direito Internacional, PUCPR. Membro do Grupo de Estudos em Direito Penal Internacional, PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa Sistema ONU.

Juliane Tedesco Andretta

Graduanda em Direito pela PUCPR. Monitora do Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável, PUCPR. Aluna PIBIC 2016-2017, com bolsa da Fundação Araucária. Aluna PIBIC 2017-2018, na modalidade de Iniciação Científica Voluntária. Aluna PIBIC 2018-2019, com bolsa da PUC-PR.

Venezuela.

A pesquisa feita objetivou a análise de possíveis mudanças no tratamento da situação dos venezuelanos, que por resultado de uma crise política-social tiveram que buscar abrigo no Brasil, esperançosos de oportunidade de trabalho, tratamento de saúde, meios de alimentação, ou escapar de possíveis assassinatos, diante da nova Lei da Migração, que humanizou a situação dos migrantes, baseando-se nos Direitos Humanos.

A linha pesquisada seguida inicia-se pela contextualização da crise vivenciada na Venezuela, buscando a compreensão do que levou às consequências da magnitude que está ocorrendo. Após foi feita uma análise da Lei 13.445/2017, realizando uma comparação com o Estatuto do Estrangeiro, lei que regulava os imigrantes, editada na época do Regime Militar. Em seguida, há apresentação da situação do estado de Roraima, que está tendo que acolher o venezuelanos, apesar de muitas vezes não ter recursos suficientes e, posteriormente, há análise de algumas decisões proferidas a respeito do fechamento das fronteiras. O artigo finaliza-se com o entendimento, resultado da pesquisa, sobre a aplicação da nova lei do imigrante na situação vivenciada do acolhimento aos venezuelanos.

O método utilizado para o presente artigo foi de pesquisa bibliográfica, por meio de livros, revistas, dissertações, artigos resultantes de Seminários e materiais de relevância temática encontrados em notícias da Internet.

## 1 CONTEXTO DA CRISE ECONÔMICA E HUMANITÁRIA NA VENEZUELA: O GOVERNO ANTERIOR À CHAVEZ

Após fim do período ditatorial de Marcos Perez Jimenez, em 1958, instalou-se, na Venezuela, a denominada democracia “Punto Fijo”. Essa época foi marcada pelo domínio de dois grandes partidos, Ação Democrática (AD) e o Comitê de Organização Política Eleitoral Independente (COPEI). Ambos alteravam-se no poder, com uma orientação similar, sendo o primeiro social democrata e o segundo democrata cristão.<sup>1</sup>

A democracia “Punto Fijo” consistia em um “pacto populista de conciliação de elites”. Apesar de existirem naquele momento outros partidos, a eles eram apenas oportunizados atuar em cargos secundários. Estabeleceu-se consenso com as instituições de maior relevância e poder no país, como os sindicatos patronais e dos trabalhadores, a igreja e as Forças Armadas.

O momento inicial da democracia “Punto Fijo” foi marcado por uma economia em momento de ascensão, devido aos bons resultados que as jazidas de petróleo traziam à receita do país, focando o governo predominante nesse setor econômico.

Um dos grandes sucessos que o governo obteve foi o de amenizar as tensões entre as classes sociais, de forma que, mesmo a classe média ser seu maior foco, possuía representatividade em toda a sociedade. Além

1 CARDOSO, Eiel Waldvogel. A VENEZUELA DE HUGO CHÁVEZ (1999-2013). Revista Acadêmica Eletrônica Sumaré, São Paulo, v. 10, n. 2, p.2-11, jul. 2014. Semestral. Disponível em: <<http://revistaqualis.sumare.edu.br/index.php/revista/article/view/40>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

de tudo isso, a oposição encontrava-se sem representatividade perante a sociedade, sendo que os golpes executados por elas eram fadados ao fracasso desde o início da sua execução.<sup>2</sup>

Com o aumento dos preços do petróleo, chegando a quase 400%, devido à crise energética de 1973, houve o desencadeamento da crise política. Como forma de controlar o desempregado, decorrente, houve intensa oferta de empregos na administração pública.

Em 1983, com a entrada de outros produtores de petróleo, crise agravou-se. Houve aumento de juros da dívida externa, obrigando a Venezuela a desvalorizar o Bolívar, dificultando cada vez mais o controle dos programas sociais e resultando no descontentamento da população.<sup>3</sup>

Em 1988, Carlos Andrés Pérez foi eleito para novo mandato, adotando, a fim de controlar a economia, medidas neoliberais, privatizando certas estatais e tomando medidas para oportunizar o investimento externo nas petrolíferas.

Em fevereiro de 1989, ocorreu a rebelião social, conhecida como “Caracazo”. Esse movimento foi gerado pela recomendação do programa de ajuste econômico da FMI, a fim

de conceder justa financeira à Venezuela.

Ao elevar os preços da gasolina e do transporte público, a população rebelou-se, por três dias, deixando ao menos 300 mortos, segundo dados não oficiais<sup>4</sup>.

Nesse período ainda, houve a tentativa de golpe, pelo Tenente Hugo Chávez, contando com quase 10% de apoio das forças armadas. O golpe foi fracassado, resultando na prisão por seis meses dos envolvidos, mas pouco tempo depois houve novas tentativas da esquerda de um golpe, também fracassadas.<sup>5</sup>

A crise foi marcada pela significativa redução do PIB em 8,7% em 1989, inflação passou de aproximadamente 29% em 1988 a 84%, aproximadamente, em 1989. Desemprego em um ano aumentou em 200 mil pessoas, resultando aumento de 3% para a taxa do desemprego da época<sup>6</sup>.

Um dos efeitos da crise foi avanço da liderança esquerdista, chefiada por Hugo Chávez. Após impeachment de Pérez, foram convocadas eleições, em que houve vitória do ex-presidente Caldera, que abandonou seu partido (COPEI) a fim de concorrer, já que a sociedade já não mais acreditava nos partidos

2 CICERO, Pedro Henrique de Moraes. *Revolução Bolivariana e Lutas Sociais: O Confronto Político Nos Primeiros Anos do Governo Hugo Chávez Frías*. 2010. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. Cap. 1. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281656>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

3 CICERO, Pedro Henrique de Moraes. *REVOLUÇÃO BOLIVARIANA E LUTAS SOCIAIS: O CONFRONTO POLÍTICO NOS PRIMEIROS ANOS DO GOVERNO HUGO CHÁVES FRÍAS*. 2010. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. Cap. 1. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281656>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

4 FOLHA DE SÃO PAULO. *A crise venezuelana*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/12/dinheiro/8.html>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

5 VILLA, Rafael Duarte. *Venezuela: mudanças políticas na era Chávez*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

6 SCHMITZ, Gabriela Miqueloto; FERREIRA, Lucas dos Santos. *NEOLIBERALISMO E RECUPERAÇÃO NACIONALISTA NA VENEZUELA: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS*. In: *JORNADAS BOLIVARIANAS*, 12., 2016, Florianópolis. Anais... . Florianópolis: Iela, 2016. v. 12, p. 1 - 15. Disponível em: <<http://178.62.201.127/jornadas-bolivarianas/xii-edicao/anais-da-xii-edicao-das-jornadas-bolivarianas/jornadas-bolivarian-3>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

que foram dominantes<sup>7</sup>.

Ao tentar se afastar das medidas neoliberais que levaram ao fracasso de Perez, Caldera adotou medidas nacionalistas, indo a sentido contrário dos preceitos estabelecidos pelo Conselho de Washington.

Isso resultou em perda de apoio dos empresários locais, aumentando cada vez mais a crise política. Em 1996, a inflação alcançava 103%, obrigando Caldera a readaptar seu plano econômico para mais liberalista. Porém a queda do preço de petróleo fez com que Caldera não obtivesse bons resultados<sup>8</sup>.

Essa época, que iniciou com uma democracia estável, sendo uma referência para os países da América Latina, fracassou ao tentar sobreviver as crises econômicas mundiais e oscilações do mercado. A população, que antes se encontrava em momento de prosperidade, ficou impaciente, condenando o país, de forma indireta e sem consciência, à crise hoje vivenciada na Venezuela.

### 1.1 CONTEXTO VENEZUELANO NO GOVERNO DE HUGO CHÁVEZ

Nas eleições em 1998, Chávez consegue se eleger, seu discurso extremista representava para a população a mudança necessária. Essa nova era, porém, apresentou-se com

algumas transformações: passagem de um parlamento bicameral para unicameral, uma nova constituição, que elevou dos três divisões clássicas do poder público, para cinco, incluindo Poder Cidadão e o Poder eleitoral, alteração do nome de Venezuela para República Bolivariana de Venezuela, maior controle nas mãos do presidente, que passa a ter maior facilidade para legislar, instituição da lei de hidrocarbonetos, exigindo que o capital venezuelano tivesse maioria acionária nas parcerias com petroleiras estrangeiras atuantes no país<sup>9</sup>.

Entretanto, o primeiro mandato de Chávez foi marcado por enorme aprovação da população. O discurso bolivariano utilizado pelo então presidente teve impactos consideráveis, uma vez que reafirmava a nacionalidade venezuelana, legitimando ainda mais o governo de Chávez<sup>10</sup>.

Chávez assumiu o país em um período econômico de inflação, desemprego e crise. Por isso, nos primeiros anos adotou Política de Economia de Transição, a qual foi moderada, não implementando ainda seus ideais socialistas, tendo feito até acordo com o FMI, para controle da instabilidade. Implementou medidas de abertura petroleira, fortalecimento de pequenas e médias empresas, tudo visando a melhoras, pois um país com crise fica suscetível

7 VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. Estudos Avançados, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

8 CICERO, Pedro Henrique de Moraes. REVOLUÇÃO BOLIVARIANA E LUTAS SOCIAIS: O CONFRONTO POLÍTICO NOS PRIMEIROS ANOS DO GOVERNO HUGO CHÁVEZ FRÍAS. 2010. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. Cap. 1. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281656>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

9 BASTOS, Julia Pedroni Batista; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Venezuela em crise: o que mudou com Maduro?. Derecho y cambio social, Cidade, n.11, p.111-222, abr. 2018. Disponível em: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela\\_em\\_crise.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela_em_crise.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

10 BASTOS, Julia Pedroni Batista; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Venezuela em crise: o que mudou com Maduro?. Derecho y cambio social, Cidade, n.11, p.111-222, abr. 2018. Disponível em: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela\\_em\\_crise.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela_em_crise.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2018.



à golpes de Estado.<sup>11</sup>

As medidas econômicas obtiveram o resultado pretendido, com aumento do PIB, recuperação econômica e diminuição do desemprego. A partir desse novo momento, como o Senado era maioria oposição, defendeu ideia de uma nova Constituição, que foi materializado. Essa nova constituição, que foi elaborada por uma assembleia constituinte chavista, implementou eliminação do senado, adotando sistema de assembleia nacional unicameral, mudança do nome do país, além de medidas que favoreciam a futura execução de um país socialista no século XXI<sup>12</sup>.

Com o tempo, houve a radicalização do discurso Chavista, levando ao aumento de tensões classicistas. A classe média sentia que o impacto positivo foi mínimo e sentia-se desconfortável com discurso tão radical. Encontravam-se como opositores também os sindicatos patronais, os setores da mídia e os conservadores. Com isso, iniciou-se por parte da sociedade, movimento pedindo a saída do presidente<sup>13</sup>.

Em 2002, houve tentativa de golpe, apesar de seu fracasso, no mesmo ano ocorreram outras tentativas de desestabilização do governo, como a greve patronal nacional, a partir da PDVSA, que levou ao nível de produção

11 BASTOS, Julia Pedroni Batista; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Venezuela em crise: o que mudou com Maduro?. *Derecho y cambio social*, Cidade, n.11, p.111-222, abr. 2018. Disponível em: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela\\_em\\_crise.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela_em_crise.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

12 VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

13 VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

de petróleo aproximar-se de zero<sup>14</sup>.

Todavia, o referendo revogatório ocorreu em 2004, no qual Chávez ganhou por maioria, permanecendo na sua posição, enfraqueceu a oposição e aumentou o seu apoio político. .

Seu governo permaneceu com a implementação de inúmeras políticas públicas, resultados positivos da economia, que permaneceu focalizada no petróleo, queda do desemprego, crescimento do PIB<sup>15</sup>.

Com a invasão no Iraque e questionável administração de Bush, presidente na época dos Estados Unidos, o petróleo ascendeu novamente. A partir desse quadro, Chávez aproveitou para, ainda mais do que antes, concentrar a economia Venezuelana no petróleo, representando quase que a totalidade da renda venezuelana<sup>16</sup>.

Com o descontentamento de uma parte da sociedade mais conservadora, incluindo o PDVSA, e o bom momento econômico, o presidente em 2005 anunciou adoção do “socialismo do século XXI”<sup>17</sup>.

14 GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luís Alexandre Carta; ROSSI, Amélia Sampaio. PROTESTOS NA VENEZUELA E A BUSCA DO DIÁLOGO. *Cad. da Esc. de Direito*, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Paraná, Curitiba, v. 2, n. 23, p.2-7, 23 jul. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/863/802>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

15 VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

16 BBC NEWS. Crise na Venezuela: o que levou o país vizinho ao colapso econômico e à maior crise de sua história. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45909515?fbclid=iwar1kihds7ma7htrbjly7wwnfcgkm3csj0tguu9bmd4xwiqrlc57m37evyi>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

17 BASTOS, Julia Pedroni Batista; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Venezuela em crise: o que mudou com Maduro?. *Derecho y cambio social*, Cidade,

Em 2006, reelege-se para mais um mandato, aprovando em 2009 o fim do limite de reeleições, para que possa concorrer novamente em 2012. Nessa época também não concedeu a renovação da concessão para redes televisivas opositoras<sup>18</sup>.

Entretanto, no ano de 2008, com a crise mundial, inicia-se novamente crise no mercado venezuelano, dessa vez ainda mais acentuada, pois concentrava mais do que nunca sua economia em apenas um setor, que estava sofrendo muito com a crise<sup>19</sup>.

Mesmo assim, em 2012 elege-se para mais um mandato, porém nunca assumiu devido a ter sido acometido a doença de câncer, morrendo antes de assumir em 2013<sup>20</sup>.

Apesar de já iniciada a crise, Chávez ainda tinha o controle da situação, por causa de sua figura carismática, além de que ainda representava a vários segmentos da população a prosperidade e a futura, mesmo que seja incerta, justiça.

## 1.2 CONTEXTO VENEZUELANO DURANTE GOVERNO DE NICOLÁS MADURO

Com a morte de Chávez, Maduro

n.11, p.111-222, abr. 2018. Disponível em: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela\\_em\\_crise.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela_em_crise.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

18 BASTOS, Julia Pedroni Batista; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Venezuela em crise: o que mudou com maduro?. *Derecho y cambio social*, Cidade, n.11, p.111-222, abr. 2018. Disponível em: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela\\_em\\_crise.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela_em_crise.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

19 VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

20 VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

assumiu como presidente interino, tendo que realizar eleição, a qual ele próprio foi candidato. Opositores entenderam inconstitucionalidade dele assumir primeiramente como interino, uma vez que a constituição assegura esse papel ao presidente da assembleia nacional. Porém, mesmo com reclamações da oposição, a sociedade em sua maioria elegeu Maduro para ser presidente<sup>21</sup>.

No início de 2014, houve uma série de protestos contra governo de Maduro, resultando na forte repressão do governo, mais de 40 pessoas morreram<sup>22</sup>. Em 2015 governo chavista, agora com Maduro, perdeu a maioria do parlamento, dificultando ainda mais seu governo.

Em maio de 2018, com uma eleição muito questionada em âmbito internacional, uma vez que houve mais de 50% de abstenção, Maduro foi reeleito com quase 70%<sup>23</sup>.

Seu governo é marcado por protestos, seguidos sempre de repressão violenta, ocasionando já mais de 200 mortos<sup>24</sup>. A previsão do FMI é de que até o final do ano a inflação venezuelana chegue a 1.000.000%. A Venezuela encontra-se no meio de uma crise de abastecimento de alimentos, sendo que somente entre 2014 a 2017 a pobreza aumentou

21 VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

22 <https://www.infoba.com/2015/02/12/1626403-uno-uno-estos-son-los-43-muertos-las-protestas-contra-el-regimen-maduro-venezuela/>. Acesso em: 09/11/2018

23 MIRANDA, José Alberto Antunes De. A política externa da Venezuela pós-Chávez. *Conjuntura austral*, [S.L.], v. 4, n. 17, p. 27-37, abr./mai. 2013.

24 <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/maduro-e-reeleito-presidente-da-venezuela-diz-conselho-eleitoral.ghtml>>. Acesso em: 09/11/2018

quase 50% (de 48,4 a 87%)<sup>25</sup>.

Quanto à pronúncia da comunidade internacional, a OEA em 2018 suspendeu Venezuela por não cumprir com Carta Democrática.

Toda essa crise resultou no aumento da saída dos venezuelanos de seus país para buscar uma condição de vida melhor, emprego, condições de saúde, melhores do que encontram na Venezuela. Segundo estimativa das Nações Unidas, a quantidade de venezuelanos no exterior em 2015 já se aproximava de 606 mil pessoas. Ao final de 2017, calculou-se uma quantidade de 20 mil venezuelanos que imigraram para o Brasil<sup>26</sup>.

Passa-se a analisar, portanto, o movimento migratório dos venezuelanos ao Brasil, desencadeado pela crise naquele País, em cotejo com a nova lei de migração brasileira.

## 2 DA NOVA MENTALIDADE DA LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA

A nova legislação procura dar concretude ao que estabelece o artigo 5º da Constituição Brasileira, o qual consagra o princípio da igualdade entre os brasileiros e os não brasileiros, pugnando de maneira clara o combate à discriminação, à xenofobia e outras práticas que sejam consideradas atentatórias

25 Encuesta Condiciones de Vida (ENCOVI) 2015. UCAB-USB-UCV. 2014 a 2017. <<https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI-2017-presentaci%C3%B3n-para-difundir-.pdf>>. Acesso em: 09/11/2018

26 Encuesta Nacional sobre Condiciones de Vida. 2017. UCAB-UCV-USB. <<https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI-2017-presentaci%C3%B3n-para-difundir-.pdf>>. Acesso em: 09/11/2018

aos direitos humanos<sup>27</sup>.

De acordo com VITORINO (2018), a reforma migratória se reveste de preceitos constitucionais, estabelecendo-se direitos e deveres para migrantes e turistas no Brasil. No seu texto, a lei reconhece o migrante, independentemente de sua nacionalidade, tratando-o como sujeito de direitos.

No revogado Estatuto do Estrangeiro os princípios gerais sobre admissibilidade do estrangeiro no Brasil, estavam consubstanciados no interesse nacional, na segurança nacional, na organização institucional, nos interesses políticos, socioeconômicos e culturais, bem como na defesa do trabalhador nacional e na discricionariedade, conforme previsão dos artigos 3º, 7º e 21.

Em contrapartida, a nova Lei de Migração possui uma vertente constitucional e fundada nos direitos humanos, tendo como princípios basilares aqueles previstos no artigo 3º.

Deste modo, verifica-se que foram incluídos diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o contexto migratório no território brasileiro, bem como se definiu a estrutura básica, fundamentos e bases da legislação migratória<sup>28</sup>.

Ainda, em consonância com a nova mentalidade da legislação migratória, o artigo 4º da Lei de Migração, dispõe sobre direitos

27 GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, [S.L], v. 09, n. 4, p. 1717-1737, out. 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

28 VITORINO, Cleide Aparecida. Reforma migratória brasileira: novos direitos, multiculturalismo e políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, [S.L], v. 992, p. 309-330, jun. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/RTDoc%2001-07-2018%2012\_32%20(PM).pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

que devem ser garantidos aos migrantes em território nacional, em condição de igualdade com os nacionais. A inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assim como direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos são apenas alguns dos direitos assegurados pela nova lei.

De forma distinta da antiga legislação sobre migração, que tinha como premissas o interesse nacional, a defesa do trabalhador nacional e a discricionariedade<sup>29</sup>, a nova legislação acerca do tema, prevê a não criminalização da migração, a acolhida humanitária e de acesso igualitário e livre a serviços públicos, benefícios e programas sociais. Prevê ainda, o diálogo social na formulação, execução e avaliação das políticas migratórias, bem como a promoção da participação cidadã do migrante, a proteção das pessoas brasileiras no exterior e o direito à migração e ao desenvolvimento humano, como direitos inalienáveis a todas as pessoas.

Verifica-se ainda que o Estatuto do Estrangeiro não possuía em seu texto original disposições acerca da autorização de residência.

A Lei nº 13.344, de 2016, apenas incluiu em sua redação uma única hipótese na qual poderia ser concedida a residência, qual seja para vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, conforme previsão do artigo 18-A<sup>30</sup>.

29 NUNES, Paulo Henrique Farias. **Análise comparada da lei de migração e do estatuto do estrangeiro**. Disponível em <[http://www.academia.edu/33882800/Quadro\\_Comparado\\_Estatuto\\_do\\_Estrangeiro\\_X\\_Lei\\_de\\_Migra%C3%A7%C3%A3o](http://www.academia.edu/33882800/Quadro_Comparado_Estatuto_do_Estrangeiro_X_Lei_de_Migra%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 04 maio de 2018.

30 Dispõe o artigo 18-A, da Lei 6.815: “Conceder-se-á residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial. 1º O visto ou a residência permanentes poderão ser concedidos, a título de reunião familiar: I - a cônjuges, companheiros,

Em contrapartida, a Lei de Migração, bem como a Portaria Interministerial nº 3, de 27 de fevereiro de 2018, trazem inovações legislativas no que tange a autorização de residência, benéficas aos migrantes e que lhes garantem novos direitos.

A nova legislação prevê ainda em seu artigo 14, §3º, e no artigo 36, do Decreto 9.199, a possibilidade de concessão do visto temporário de acolhida humanitária, o qual pode ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário.

Verifica-se que como um avanço na política migratória brasileira, ao imigrante a quem tenha sido concedido o visto temporário de acolhida humanitária, é reconhecida a possibilidade de livre exercício de atividade laboral, conforme dispõe o parágrafo 3º, do artigo 36, do Decreto 9.199, de 20 de novembro de 2017.

O Brasil já adotava políticas de acolhimento humanitário no caso dos haitianos e dos sírios, contudo a inclusão expressa na Lei de Migração de dispositivo que permite a concessão de visto de acolhida humanitária é de extrema importância, visto que sob a égide do Estatuto do Estrangeiro, havia a possibilidade de êxito na concessão de visto para pessoas com poderes aquisitivos e possuidores de bens materiais, em detrimento de pessoas oriundas de situações de baixo orçamento, em busca de

ascendentes e descendentes; e II - a outros membros do grupo familiar que comprovem dependência econômica ou convivência habitual com a vítima.



novas oportunidades de vida<sup>31</sup>.

Portanto, verifica-se que a nova legislação migratória, diverge do antigo Estatuto do Estrangeiro, pois está fundada em diversos princípios constitucionais, que garantem aos migrantes inúmeros direitos, dentre eles a possibilidade de concessão de autorização de residência e de visto de acolhida humanitária, demonstrando assim a nova mentalidade da legislação.

## 2.1 SITUAÇÃO DOS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO BRASIL

A crise econômica e política pela qual a Venezuela está passando tem sido reconhecida pela comunidade internacional como uma crise humanitária. A população da Venezuela tem vivenciado uma generalizada ausência de proteção estatal, com a consequente violação de seus direitos fundamentais, em decorrência da falta de alimentos, remédios e de atendimento de saúde. A hiperinflação diminuiu de forma acentuada o poder de compra da população, o que leva também a um aumento da violência, que decorre de furtos advindos do desespero da população faminta, ou mesmo pela dura repressão das forças policiais aos protestos<sup>32</sup>.

Em decorrência desta grave crise

31 MORAES, Matheus Wellington de. **Entre fronteiras e descasos: uma análise acerca dos entraves normativos à efetivação dos direitos fundamentais ao imigrante na nova lei de migração**. 2017. 56 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

32 MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração Venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Aedos**: Revista do corpo discente do PPG - História da UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 22, p.53-70, ago. 2018. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/aedos/article/view/83376>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

humanitária, milhares de venezuelanos estão deixando a Venezuela para buscar a proteção de outros Estados. Nesse sentido, verifica-se que o Brasil desde 2016, tem sido um país de destino e trânsito para os venezuelanos<sup>33</sup>.

Entre 2017 e 2018, o Brasil recebeu 111 mil venezuelanos. Segundo dados retirados do site do Governo do Brasil, trinta e três venezuelanos, em média, entram no Brasil por hora, aproximadamente 800 por dia. Em março deste ano, o fluxo migratório se intensificou e, de acordo com a polícia federal, chegou a mil pessoas por dia.

Pacaraima, cidade do Estado de Roraima, que fica na fronteira com a Venezuela, tem sido a principal porta de entrada dos Venezuelanos no Brasil. A maior parte dos imigrantes venezuelanos, após buscar a regularização, tem permanecido em Pacaraima ou se dirigido à capital Boa Vista em busca de trabalho.

Segundo estatísticas obtidas pelo CNIg/MT apenas 28,4% dos imigrantes venezuelanos entrevistados se encontravam empregados, enquanto que a grande maioria se encontrava desempregada ou trabalhando em alguma atividade autônoma. Referida realidade é negativa não só para os imigrantes, os quais ficam perambulando ou agrupados em logradouros públicos à espera de algum auxílio ou trabalho eventual, mas também para a estrutura das cidades que estão recebendo referida população e que não estão suportando

33 MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração Venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Aedos**: Revista do corpo discente do PPG - História da UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 22, p.53-70, ago. 2018. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/aedos/article/view/83376>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

o incremento populacional repentino<sup>34</sup>.

A falta de preparo das autoridades locais para receber os imigrantes, assim como a falta de políticas públicas para acolhimento dessa população, tem levado a um agravamento da situação, bem como tem crescido um sentimento xenófobo em meio a população local.

O Conselho Nacional de Imigração, para lidar com o problema, editou a Resolução Normativa nº 216, de 2 de março de 2017, a qual disciplina os procedimentos para a concessão de residência temporária, pelo prazo de até 2 anos, o que seria uma alternativa de permanência legal em solo brasileiro para os que não puderem obter refúgio. Também foram editadas medidas provisórias, a nº 820 de 15 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária e a nº 823, de 9 de março de 2018, a qual abriu crédito extraordinário, em favor do Ministério da Defesa, no valor de R\$ 190.000.000,00, para assistência emergencial e acolhimento humanitário de pessoas advindas da Venezuela<sup>35</sup>.

34 SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E IV AMOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 14., 2018, Santa Cruz do Sul. Migrações Internacionais: análise da situação venezuelana. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2018. 22 p. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/17988>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

35 SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E IV AMOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 14., 2018, Santa Cruz do Sul. **Migrações Internacionais**: análise da situação venezuelana. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2018. 22 p. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/17988>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

Entretanto, apesar das medidas tomadas para tratar o problema, na avaliação das autoridades locais e também de entidades da sociedade civil, tratou-se de resposta tardia e insuficiente. Diante disso, em 13 de abril de 2018, o governo de Roraima entrou com a Ação Civil Originária 3121 (ACO 3121), solicitando que o Supremo Tribunal Federal (STF) determine que a União assumisse efetivamente o controle policial e sanitário na entrada dos migrantes no Brasil, inclusive com o fechamento temporário da fronteira com a Venezuela (RORAIMA, 2018)<sup>36</sup>.

### 3 O TRATAMENTO CONFERIDO PELO ESTADO BRASILEIRO AOS VENEZUELANOS QUE INGRESSAM EM TERRITÓRIO BRASILEIRO

Algumas medidas foram tomadas por parte do governo de Roraima, a fim de controlar a entrada de venezuelanos no Estado, por meio do fechamento das fronteiras. O governo fundamenta tais ações na ineficiência da União em prestar ajuda ao Estado, o que se faria necessário em decorrência dos custos e do caos gerado no Estado, que, segundo este, é consideravelmente pequeno e pobre. Segundo autoridades do Estado, venezuelanos que não se enquadrariam na condição de refugiado teriam aproveitado para entrar no Estado, o que aumentaria a criminalidade e o sobrecarregaria, tornando-o incapaz de atender a toda a população, nem mesmo os cidadãos brasileiros no que tange os serviços públicos.

36 MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração Venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Aedos**: Revista do corpo docente do PPG - História da UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 22, p.53-70, ago. 2018. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/aedos/article/view/83376>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

No dia 13 de abril de 2018, foi protocolada no do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Civil Originária 3121 (ACO 3121), na qual o Estado de Roraima pede a adoção de providências à União para o problema da imigração, com fechamento temporário da fronteira Brasil-Venezuela.

No dia 1º de agosto deste ano, a governadora de Roraima, Suely Campos, assinou o Decreto 25.681-E, o qual pretendia dificultar a entrada de venezuelanos pela fronteira, o acesso aos serviços públicos pelos estrangeiros sem passaporte. O Decreto visava ainda expulsar os estrangeiros que já tivessem se envolvido com a criminalidade e impedir as ocupações pelos venezuelanos.

Sequencialmente, no dia 5 de agosto, o juiz federal Helder Girão Barreto, da 1ª Vara Federal de Roraima, determinou a suspensão do ingresso e da admissão de imigrantes venezuelanos no Brasil. De acordo com a Justiça Federal, a decisão se refere a entradas feitas pela fronteira do país com o Estado de Roraima, não abrangendo outras nacionalidades, de modo a vetar apenas a entrada de venezuelanos<sup>37</sup>.

No dia 6 de agosto, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, deferiu uma liminar para suspender o Decreto 25.681/2018, acolhendo o pedido da União formulado na ACO 3121<sup>38</sup>.

37 G1. **Brasil tem cerca de 30,8 mil imigrantes venezuelanos; somente em 2018 chegaram 10 mil, diz IBGE.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/29/brasil-tem-cerca-de-308-mil-imigrantes-venezuelanos-somente-em-2018-chegaram-10-mil-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

38 NOTÍCIAS STF. **Ministra suspende decreto do governo de Roraima sobre fluxo de imigrantes.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=386255>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

Em seguida, no dia 7 de agosto, após decisão do Tribunal Regional Federal (TRF1) a fronteira do Brasil foi reaberta para os imigrantes venezuelanos. Na decisão o Desembargador Federal Kassio Marques, vice-presidente do TRF1, em regime de plantão suspendeu a liminar do juiz da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima.

Roraima alega ser o Estado mais pobre do Brasil, por isso não teria condições de arcar sozinho com as consequências envolvendo a vinda dos venezuelanos. Apesar de a União ter começado o processo de interiorização, a fim de distribuir os imigrantes a outras partes do País, esse processo ainda é lento, restando ao Estado lidar com a falta de recursos, com as doenças trazidas pelos venezuelanos e com a prestação de serviços públicos.

A Ministra Rosa Weber, ao julgar a ACO 3121, considerou inconstitucional o fechamento das fronteiras, além de ilegal por contrariar em várias partes o tratamento aos estrangeiros, que a Lei de Migração determina.

O fechamento das fronteiras foi considerado inconstitucional uma vez que o artigo 22, inciso XV da Constituição, prevê expressamente que compete privativamente à União legislar sobre “emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros”, além do artigo 21 que prevê que compete à União “executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras”.

Na decisão entende-se que a Lei de Migração assegura um tratamento baseado nos Direitos Humanos, sendo que o artigo 45 da referida lei dispõe que “ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política”. Dessa forma,

não há possibilidade de, respeitando tanto essa lei, quanto à Constituição, adotar as medidas desejadas pelo governo de Roraima.

O ordenamento jurídico brasileiro é fundamentado na dignidade da pessoa humana, sendo previsto na Constituição, no artigo 1º, inciso III, além disso, o artigo 4º, inciso II da CF determina como princípio que rege as relações internacionais a “prevalência dos direitos humanos”. Dessa maneira, seria absolutamente inconstitucional o Brasil fechar as fronteiras ou expulsar os venezuelanos, sujeitando-os a permanência no país deles, em que sofrem risco de vida, falta de alimentos, instabilidade intensa.

## CONCLUSÃO

Assim, verifica-se que até a edição da Lei 13.445, intitulada de Lei de Migração, a matéria relativa a situação jurídica do estrangeiro estava prevista na Lei 6.815, o denominado Estatuto do Estrangeiro, não havendo, até aquele momento, uma lei que tratasse de maneira específica sobre as migrações.

A lei 6.815/80 estabelecia várias restrições aos estrangeiros que foram suprimidas na nova lei, que foi concebida em conformidade com as regras e princípios consagrados na Carta Magna de 88.

Entre as principais mudanças introduzidas pela nova Lei de Migração, estão a desburocratização do processo de regularização migratória, a institucionalização da política de vistos humanitários, a não criminalização por razões migratórias, além de conferir uma série de direitos aos migrantes que até então não

eram garantidos<sup>39</sup>.

A nova lei permite a formulação de políticas públicas que garantam a proteção e a prestação de assistência consular, bem como os serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura. Garante ainda a atuação diplomática, nos âmbitos bilateral, regional e multilateral, bem como a ação governamental integrada, e a melhoria na assistência ao emigrante, promovendo campanhas publicitárias informativas referentes ao novo programa de acolhimento institucional de imigrantes, e à formulação e implementação de políticas públicas inclusivas<sup>40</sup>.

A Lei de Migração assegura o acesso igualitário e livre dos migrantes a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social.

Assim, diante da nova Lei de Migração, que se funda nos princípios constitucionais, com destaque à dignidade da pessoa humana, o Brasil deveria oferecer aos imigrantes venezuelanos uma acolhida digna, que lhes proporcionasse os direitos ora previstos na legislação migratória.

Contudo, o que se verifica no caso concreto é que há um descaso do Estado com

39 GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, [S.L], v. 09, n. 4, p. 1717-1737, out. 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

40 VITORINO, Cleide Aparecida. Reforma migratória brasileira: novos direitos, multiculturalismo e políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, [S.L], v. 992, p. 309-330, jun. 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/Admin/Downloads/RTDoc%2001-07-2018%2012\\_32%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/RTDoc%2001-07-2018%2012_32%20(PM).pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2018



relação a essas pessoas. Muito embora se tenha editado e publicado inovações legislativas no que tange a política migratória, o que se percebe é que muitas vezes não há efetividade destas.

No caso em estudo, pode-se verificar que por dia inúmeros imigrantes venezuelanos chegam ao Estado de Roraima e lá se deparam com a falta de estrutura para o acolhimento, e com um sentimento xenófobo que vem se acentuando não só por parte da população, mas também pelas autoridades locais.

O Governo Federal não tem garantido a efetividade da lei e tem deixado apenas a cargo do Estado de Roraima o manejo da imigração decorrente da crise da Venezuela.

Deste modo, verifica-se que apesar da previsão legislativa de acolhimento dos imigrantes, na prática não existem políticas públicas migratórias efetivas que garantam aos imigrantes venezuelanos o gozo de direitos básicos.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Julia Pedroni Batista; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. **Venezuela em crise: o que mudou com Maduro?**. Derecho y cambio social, Cidade, n.11, p.111-222, abr. 2018. Disponível em: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela\\_em\\_crise.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/venezuela_em_crise.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2018

BBC NEWS. **Crise na Venezuela: o que levou o país vizinho ao colapso econômico e à maior crise de sua história**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45909515?fbclid=iwar1kihds7ma7htrbjly7wnfcgk3csj0tguu9bmd4xwiqrlc57m37evyi>>.

Acesso em: 05 nov. 2018.

CARDOSO, Eliel Waldvogel. A VENEZUELA DE HUGO CHÁVEZ (1999-2013). **Revista Acadêmica Eletrônica Sumaré**, São Paulo, v. 10, n. 2, p.2-11, jul. 2014. Semestral. Disponível em: <<http://revistaqualis.sumare.edu.br/index.php/revista/article/view/40>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CICERO, Pedro Henrique de Moraes. **Revolução Bolivariana e Lutas Sociais: O Confronto Político Nos Primeiros Anos do Governo Hugo Chávez Frías**. 2010. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. Cap. 1. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281656>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

Encuesta Condiciones de Vida (ENCOVI) 2015. UCAB-USB-UCV. 2014 a 2017. <<https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI-2017-presentaci%C3%B3n-para-difundir-.pdf>>. Acesso 09/11/2018

FOLHA DE SÃO PAULO. **A crise venezuelana**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/12/dinheiro/8.html>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luís Alexandre Carta; ROSSI, Amélia Sampaio. **Protestos na Venezuela e a Busca do Diálogo**. Cad. da Esc. de Direito, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Paraná, Curitiba, v. 2, n. 23, p.2-7, 23 jul. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/>>

[index.php/direito/article/view/863/802](http://index.php/direito/article/view/863/802)>. Acesso em: 08 nov. 2018.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, [S.L], v. 09, n. 4, p. 1717-1737, out. 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

G1. **Brasil tem cerca de 30,8 mil imigrantes venezuelanos; somente em 2018 chegaram 10 mil, diz IBGE**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/29/brasil-tem-cerca-de-308-mil-imigrantes-venezuelanos-somente-em-2018-chegaram-10-mil-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração Venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Aedos**: Revista do corpo discente do PPG - História da UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 22, p.53-70, ago. 2018. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/aedos/article/view/83376>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MIRANDA, José Alberto Antunes De. **A política externa da Venezuela pós-Chávez**. Conjuntura austral, [S.L], v. 4, n. 17, p. 27-37, abr./mai. 2013.

NOTÍCIAS STF. Ministra suspende decreto do governo de Roraima sobre fluxo de imigrantes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=386255>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

NUNES, Paulo Henrique Farias. **Análise comparada da lei de migração e do estatuto do estrangeiro**. Disponível em <[http://www.academia.edu/33882800/Quadro\\_Comparado\\_Estatuto\\_do\\_Estrangeiro\\_X\\_Lei\\_de\\_Migra%C3%A7%C3%A3o\\_](http://www.academia.edu/33882800/Quadro_Comparado_Estatuto_do_Estrangeiro_X_Lei_de_Migra%C3%A7%C3%A3o_)>. Acesso em: 04 maio de 2018.

MORAES, Matheus Wellington de. **Entre fronteiras e descasos: uma análise acerca dos entraves normativos à efetivação dos direitos fundamentais ao imigrante na nova lei de migração**. 2017. 56 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

SCHMITZ, Gabriela Miqueloto; FERREIRA, Lucas dos Santos. **Neoliberalismo e Recuperação Nacionalista na Venezuela**: Considerações Introdutórias. In: JORNADAS BOLIVARIANAS, 12., 2016, Florianópolis. Anais... . Florianópolis: Iela, 2016. v. 12, p. 1 - 15. Disponível em: <<http://178.62.201.127/jornadas-bolivarianas/xii-edicao/anais-da-xii-edicao-das-jornadas-bolivarianas/jornadas-bolivarian-3>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E IV AMOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 14., 2018, Santa Cruz do Sul. **Migrações Internacionais**: análise da situação venezuelana. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2018. 22 p. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/17988>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

VILLA, Rafael Duarte. **Venezuela**: mudanças

políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, dez. 2005.

VITORINO, Cleide Aparecida. Reforma migratória brasileira: novos direitos, multiculturalismo e políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, [S.L], v. 992, p. 309-330, jun. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/RTDoc%2001-07-2018%2012\_32%20(PM).pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

# DIREITO À REPARAÇÃO E CRIMES DITATORIAIS: A IMPORTÂNCIA DAS LEIS 9.140/1995 E 10.559/2002 PARA A ADOÇÃO DE MECANISMOS DE JUSTIÇA TRANSICIONAL NO BRASIL

Sidney Guerra

Millena Fontoura Monteiro

## INTRODUÇÃO

Objetiva-se, no presente texto, fazer algumas reflexões acerca da justiça de transição no Brasil pós-ditadura civil-militar de 1965-1988, mais especificamente, de algumas das políticas adotadas pelo Estado brasileiro com relação ao direito à reparação. Para tanto, serão analisadas as leis 9.140/1995 e 10.559/2002, no que diz respeito ao seu conteúdo e às dificuldades envolvendo a sua efetivação. Tal discussão mostra-se de grande importância, uma vez que as respostas dadas pelos governos civis democráticos a essas violações concentraram-se, por muito tempo, de forma lenta e incompleta, na adoção de políticas de reparação, especialmente as reparações de caráter econômico.

O termo justiça transicional, originário das chamadas “transições para a democracia”

na América Latina e no Leste Europeu na década de 1980, foi reconhecido e consagrado na política mundial a partir dos anos 1990 – quando passou a ser incorporado ao campo prático e teórico dos direitos humanos, do direito humanitário e da resolução de conflitos armados constitutivos daquela época –, e, desde então, vem sendo muito difundido, com aceitação cada vez maior no meio acadêmico e internacional (GÓMEZ, 2012).<sup>1</sup>

1 Segundo Barahona de Brito (2009, p. 57), “em 1984, quando a Argentina julgou a Junta Militar no chamado ‘Julgamento do Século’, o termo ‘justiça transicional’ tinha ainda de ser cunhado, e os precedentes históricos mais próximos para a iniciativa do novo governo democrático da Argentina eram os julgamentos e os saneamentos administrativos da Europa pós-Guerra.” No início dos anos 1980 também não haviam especialistas em justiça transicional, e nenhuma instituição lidava diretamente com o assunto (BARAHONA DE BRITO, 2009). Os estudos a respeito do tema também cresceriam consideravelmente a partir desse período. Hoje contamos com uma vasta bibliografia sobre o assunto, material que tende a crescer ainda mais, diante da urgência de realização de muitos de seus aspectos e

Sidney Guerra

Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e Mestre em Direito. Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Millena Fontoura Monteiro

Doutora em Serviço Social Universidade Federal do Rio de Janeiro/UFRJ. Mestre em Direito/Ciências Criminais Universidade Candido Mendes/UCAM, RJ. Graduada em Direito Universidade Candido Mendes/UCAM, RJ. Professora Adjunta na Universidade do Grande Rio/Unigranrio.



Entre as finalidades comumente invocadas por seus defensores e realizadores, por estudiosos, atores políticos e sociais, instituições, grupos e movimentos de defesa dos direitos humanos, podem ser destacadas: dar “voz” às vítimas (aos esquecidos e/ou ignorados pela história oficial, permitindo, assim, a reconstrução da memória histórica a partir do ponto de vista dos vencidos); promover a reparação (na medida do possível, tendo em vista a existência de danos irreparáveis) das violências e danos provocados pelo Estado e seus agentes às vítimas e à sociedade como um todo (a reparação pode ser entendida no seu sentido mais amplo, de reparação moral e material); promover a pacificação e/ou reconciliação da sociedade; enfrentar as consequências e evitar a repetição daqueles atos de violência em massa praticados pelo Estado (genocídio, tortura, execuções sumárias, desaparecimento forçado, estupro e demais crimes contra a humanidade e crimes internacionais) no período anterior e/ou interromper o processo histórico de permanências autoritárias em curso (VAN ZYL, 2009; ANDRIEU, 2010; GÓMEZ, 2012).

Inúmeros mecanismos de justiça transicional são usados, separadamente ou em conjunto, para tentar lidar com o legado de violações sistemáticas aos direitos humanos: políticas de construção da memória pública, comissões de verdade, julgamentos, anistias, reparações, políticas de depuração ou expurgos

.....  
 dos inúmeros questionamentos, disputas e contradições que o cercam. Muitas instituições vêm sendo criadas para cuidar especificamente do tema justiça transicional, com o intuito de desenvolver estudos, verificar “prioridades”, apontar alternativas, principalmente no que tange à responsabilização pelas violações aos direitos humanos. Entre elas, o *International Centre for Transitional Justice*, grupo de pesquisas estabelecido em Nova Iorque, em 2001, para trabalhar com regimes de transição.

administrativos, mudanças institucionais etc. Mecanismos esses muitas vezes tratados como complementares, sendo invocada a necessidade de realização de cada um deles para se chegar à “almejada” realização efetiva de referido processo transicional, que tem como início e fim o reconhecimento e respeito aos direitos humanos e o fortalecimento da democracia.<sup>2</sup>

Inserindo-se em discussões teóricas mais amplas, sobre a política, os direitos humanos, o direito e acesso à justiça (que compreende aspectos múltiplos, como o direito das vítimas à verdade, à memória e à reparação, a responsabilização criminal, civil e administrativa dos violadores dos direitos humanos, a transformação ou extinção de instituições, políticas e práticas), a ética, suas aplicações e significados variam e são determinados e/ou influenciados por um conjunto heterogêneo de discursos, normas, mecanismos, atores e práticas, os quais, por sua vez, manifestam-se em diferentes contextos espaciais (local, nacional, regional, global) e temporais (GÓMEZ, 2012). Gómez (2012: 02) destaca que o tema justiça transicional está relacionado, ainda, a quatro esferas distintas de atividades, em inter-relação e tensões constantes: os processos de normatização, padrões de constrangimentos e intervenções ‘normalizadoras’ por parte de instituições internacionais; as políticas específicas aplicadas pelos Estados no âmbito interno; os estudos acadêmicos; o saber e as lutas dos defensores de direitos humanos.

.....  
 2 Paulo Abrão e Tarso Genro (2012, p. 46), após afirmarem que a utilização e a combinação estratégicas dos mecanismos de justiça de transição estão condicionadas ao contexto e às características de cada transição política, ressaltam que o processo de institucionalização de práticas e mecanismos de justiça de transição disseminam valores democráticos.

Um dos exercícios fundamentais à análise do tema diz respeito à identificação e questionamento das contradições e paradoxos inerentes à realização dos processos de justiça transicional, à identificação das dificuldades e desafios colocados aos Estados, em termos locais, e à comunidade internacional no tocante às propostas de aplicação/implementação de justiça de transição para a democracia que ultrapassem o campo das generalizações e abstrações. Como aplicar, eficazmente, a justiça transicional em sociedades originária e historicamente desiguais e injustas, marcadas por permanências autoritárias (que, em determinados momentos, são exacerbadas), como é o caso do Brasil? Como lidar com o legado de um regime autoritário de longa duração e de grande penetração institucional? Quais as principais dificuldades e desafios encontrados pelos que objetivam pensar e colocar em prática a justiça transicional por aqui? Pode-se afirmar que os anseios pela sua realização estão vinculados a um processo maior, de verdadeira ruptura (de transformação política, econômica, social e cultural)?

As respostas a essas e muitas outras perguntas são buscadas ao mesmo tempo em que os processos são postos em movimento – cedo ou tarde, com maiores ou menores avanços –, em que caminhos/mecanismos são propostos, na medida em que são utilizados e diante das barreiras impostas à sua realização. Para reafirmar a complexidade do tema, pode ser transcrita a definição de justiça transicional proposta pelo *International Centre for Transitional Justice*, e citada por Andrieu (2010, p. 02):

*Transitional justice is a response to systematic or widespread violations of human rights. [...] Transitional justice is*

*not a special kind of justice but justice adapted to societies transforming themselves after a period of pervasive human rights abuse. In some cases, these transformations happen suddenly, in others they may take place over decades.*

O que chama a atenção na definição citada acima é o fato de afirmar que a justiça transicional não é um tipo especial de justiça, mas a justiça adaptada para sociedades transformarem a si mesmas depois de um período de disseminados abusos aos direitos humanos. Tal afirmação sugere que uma das questões mais importantes a serem consideradas quando se fala em justiça transicional é o enfrentamento desejado e feito por determinada sociedade em relação ao(s) seu(s) entulho(s) autoritário(s). Se consiste em um mecanismo (ou um dos mecanismos) através do qual determinada sociedade pode transformar a si mesma – algumas ressalvas podem ser feitas a essa afirmação, diante das inúmeras controvérsias que o tema suscita, inclusive no tocante a sua eficácia –, mostra-se fundamental o questionamento dos interesses em disputa – no tocante à manutenção ou transformação de determinado *status quo*. Para tanto, deve ser considerado o processo político de correlação de forças existente, assim como as divergências e contradições existentes em relação a aspectos que lhe são inerentes – éticos, jurídicos, sociais, culturais etc.

## **1 A LEI 9.140/1995 E A ADOÇÃO DE POLÍTICAS DE REPARAÇÃO**

No Brasil, o processo de acerto de contas com o passado (de violações sistemáticas

aos direitos humanos, pelo Estado, durante a ditadura civil-militar de 1964-1985) tem se mostrado muito lento, repleto de obstáculos e contradições, de avanços e retrocessos. As disputas políticas pela memória histórica acontecem, atualmente, em um contexto político e social marcados pelas discussões a respeito, especialmente: do debate jurídico-político sobre a abrangência da lei de anistia (autoperdão) para os agentes estatais que praticaram crimes contra a humanidade, entre os quais a tortura e o desaparecimento forçado; do debate acerca do significado do conceito de “anistia”, no qual se insere o conflito entre a anistia amnésia e anistia anamnésia, entre a anistia destinada ao perdão (e ao autoperdão) e esquecimento e a anistia destinada ao reconhecimento, pelo Estado, quanto ao direito de resistir ao regime autoritário e o consequente direito à reparação; das reivindicações pelo direito ao acesso aos arquivos da ditadura civil-militar, as quais, por sua vez, estão inseridas em um contexto maior de luta pelo direito à verdade, à memória, à justiça e à reparação; das disputas em relação à criação e funcionamento da Comissão Nacional da Verdade.

Nas últimas décadas os governos civis democráticos concentraram-se, essencialmente, na adoção de políticas de reparação. A opção pela adoção de medidas reparatórias – no sentido, principalmente, da compensação econômica – é carregada de significados.<sup>3</sup> Primeiro, no sentido de que

3 Há outros exemplos, ainda que limitados, de políticas reparatórias adotadas pelo Estado brasileiro nos últimos anos: a criação da Comissão Nacional da Verdade (criada pela lei 12.528/2011 e instalada em maio de 2012, tendo encerrado suas atividades em 17 de dezembro de 2014), resposta dada pelo Estado após sua condenação pela Corte Interamericana no Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, em 24 de novembro

isso provavelmente não seria possível sem o engajamento e a persistência de diversos atores e grupos sociais e políticos que seguem exigindo respostas do Estado, o que implica na luta pela adoção de medidas que possibilitem a reparação aos danos causados no passado, a interrupção/ruptura com as permanências autoritárias do presente e a construção de um futuro sem repetições. Por outro lado, tais medidas consistem, em grande medida, em uma estratégia do Estado de encerrar a questão, de reafirmação do esquecimento coletivo.

Conforme destaca Danyelle Nilin Gonçalves (2008, p. 42), em 1993 um encontro nacional foi realizado – pela Comissão de Familiares, entidades defensoras de direitos humanos e a Comissão de representação Externa de Busca dos Desaparecidos Políticos da Câmara Federal – para elaborar um projeto de lei que estabelecesse o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes provocadas durante a ditadura militar; ocasião em que foi sugerida a formação de uma comissão – por membros dos poderes legislativo, judiciário e executivo, além de representantes da sociedade civil – para estudar, caso a caso, as mortes e os desaparecimentos ocorridos no período. A proposta não foi aceita pelo então presidente, Itamar Franco. Com isso, uma *Carta-Compromisso*, com as mesmas formulações apresentadas anteriormente, foi entregue aos

.....  
de 2010; a criação de Comissões da Verdade em estados da federação, universidades etc; o ajuizamento de ações penais, pelo Ministério Público Federal, em face de agentes da repressão, não obstante, até o momento, não ter havido nenhuma condenação criminal desses agentes, tendo em vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de fazê-lo, o que contraria a sentença da referida Corte e o entendimento das organizações internacionais de defesa dos direitos humanos.

candidatos à Presidência da República nas eleições que se realizariam em 1994. Diante das muitas pressões feitas por entidades internacionais e nacionais, por movimentos de defesa dos direitos humanos etc, o chefe do gabinete do Ministério da Justiça, José Gregori, no governo Fernando Henrique Cardoso (1994-1997), foi encarregado de elaborar um projeto de lei (sobre o assunto) a ser enviado ao Congresso Nacional (GONÇALVES, 2008). Familiares de mortos e desaparecidos políticos e anistiados políticos reivindicaram modificações no projeto – para que fosse incluída a responsabilização judicial do Estado –, chegando a articular com lideranças partidárias a apresentação de emendas ao projeto do governo (GONÇALVES, 2008). No entanto, o governo apresentou o projeto em caráter de urgência, impossibilitando a proposição de qualquer emenda ao texto inicial (GONÇALVES, 2008).

Nesse contexto foi aprovada a lei 9.140/1995 – a denominada “Lei dos Desaparecidos Políticos” –, voltada aos familiares de vítimas fatais do regime civil-militar de 1964/1985, concedendo-lhes basicamente o direito de requerer atestados de óbito de seus entes queridos e de receber indenizações. A lei diz respeito, portanto, às mais graves violações de direitos humanos praticadas pelo Estado no período – sequestros, torturas, desaparecimentos forçados e assassinatos. Referida lei seria muito criticada, pela forma como foi votado e aprovado o projeto – o debate público, a participação da sociedade na sua elaboração havia sido bloqueada mais uma vez –, e pelo seu conteúdo, considerado limitado.

A lei nº 9.140, de 4 dezembro de 1995 – a denominada “Lei dos Desaparecidos Políticos”

– é voltada aos familiares de vítimas fatais do regime civil-militar de 1964/1985, concedendo-lhes basicamente o direito de requerer atestados de óbito de seus entes queridos e de receber indenizações. A lei diz respeito, portanto, às mais graves violações de direitos humanos praticadas pelo Estado no período – sequestros, torturas, desaparecimentos forçados e assassinatos.

Mencionada lei reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 05 de outubro de 1988. Assim, o Estado reconheceu, de certa forma, sua responsabilidade no desaparecimento forçado de 136 pessoas.<sup>4</sup>

A lei 9.140/95 prevê ainda a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que teria as seguintes atribuições: proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas, não relacionadas no anexo I da lei; proceder ao reconhecimento de pessoas que, por terem participado ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1988, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas; proceder à localização de corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que

4 A lei 10.536, de 14 de agosto de 2002 – alterou dispositivos constantes da lei 9.140/95 –, ampliou o período de abrangência da lei 9.140/95 para 5 de outubro de 1988 e reabriu o prazo para apresentação de novos requerimentos. A lei 10.875, de 1º de julho de 2004, ampliou os critérios de reconhecimento, incluindo as vítimas de manifestações públicas ou de conflitos armados com agentes do poder público, e as que tenham morrido em consequência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura.

possam estar depositados; emitir parecer sobre os requerimentos relativos à indenização que venham a ser formulados pelo cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes ou pelos colaterais, até quarto grau, das vítimas.

Os termos da lei 9.140/95 são considerados insuficientes, entre outros motivos, pelo fato de desobrigarem o Estado a identificar e responsabilizar aqueles que estiveram diretamente envolvidos nas violações aos direitos humanos e por deixar aos próprios familiares o ônus da prova sobre as violações – o que constitui um grande obstáculo à reparação, tendo em vista o sigilo documental, a impedir ou dificultar o acesso a arquivos da ditadura (MEZAROBBA, 2010: 111). Os familiares das vítimas também discordam do argumento do governo de que a Lei de Anistia de 1979 – com seus limites – impossibilita o exame das circunstâncias das mortes de seus entes queridos (MEZAROBBA, 2010).

Sobre a responsabilização criminal dos agentes da repressão, vale ressaltar que a mesma é considerada um dos aspectos do direito à reparação, reafirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA em suas decisões, entre as quais as condenações sofridas pelo Estado brasileiro nos casos: *Gomes Lund e outros contra o Brasil*, em novembro de 2010, determinando-se a responsabilização internacional do Estado pelo desaparecimento forçado de, pelo menos, 70 camponeses e militantes da Guerrilha do Araguaia entre os anos de 1972 e 1975; *Herzog e outros contra o Brasil*, em março de 2018, determinando a responsabilização internacional do Estado pela tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, em 25 de outubro de 1975. Em ambos os casos

a Corte considera inválida a Lei de Anistia de 1979, criada pelo regime ditatorial, afirmando que tal lei não pode permanecer representando um obstáculo, para o poder judiciário e demais instituições brasileiras, à adoção das medidas reparatórias consistentes na responsabilização dos agentes da repressão.

E. Teles (2010, p. 316) chama a atenção para o problema de caber à vítima provar sua condição: “Nas leis brasileiras de reparação, o ônus da prova dos crimes ficou a cargo das vítimas, ainda que fosse o Estado o responsável pelos arquivos e informações da repressão”. Portanto, com relação ao ônus da prova, muitos questionamentos ainda são feitos por todos aqueles que lutam pela reparação aos danos provocados pelo Estado, pelo direito à verdade e à justiça. Discussões essas que giram em torno, entre outras questões, do direito de acesso à informação, tendo em vista que o sigilo documental, ao impedir ou dificultar o acesso aos arquivos da ditadura, constitui mais um obstáculo à produção de provas sobre as violações.

Outro problema grave identificado refere-se à composição da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Primeiro porque, tal como disposto na lei 9.140/95, cabe ao Presidente da República escolher os membros que vão integrar a Comissão, o que afeta, em muito, a sua independência. O fato de ser integrada por representantes do Ministério da Defesa, por sua vez, é considerado um dos maiores entraves postos ao seu funcionamento, tendo em vista que aquele Ministério, representado por militares – muitos dos quais, inclusive, fizeram parte e/ou apoiaram a ditadura civil-militar -, ocupa posição de destaque na defesa dos



interesses dos militares, o que explica, como observado nas últimas décadas, a sua atuação - com o exercício constante de pressões e influências sobre os presidentes da República, membros dos poderes legislativo e judiciário etc. - não apenas no sentido de confundir, atrasar, esvaziar qualquer iniciativa ou proposta de elucidação da verdade e realização da justiça com relação às violações aos direitos humanos, mas de propor, frequentemente, a edição de leis que importem na exacerbação das já numerosas políticas autoritárias herdadas do regime ditatorial.

Entre as iniciativas do Estado com relação à localização dos corpos de desaparecidos políticos, destacam-se a criação do Grupo de Trabalho Tocantins (2009), que funcionou por dois anos, e a criação do Grupo de Trabalho Araguaia (2011). Ambos foram instituídos com a finalidade de localizar, recolher e identificar desaparecidos políticos durante a Guerrilha do Araguaia. O chamado Grupo de Trabalho Tocantins foi constituído pelo Ministro da Defesa, Nelson A. Jobim, em de abril de 2009.<sup>5</sup> O fato de pertencer ao Ministério da Defesa a atribuição para constituição e coordenação do Grupo de Trabalho que seria responsável por tarefa tão importante, no que diz respeito ao esclarecimento (de parte) dos crimes praticados

5 O Grupo de Trabalho Tocantins teria sido constituído com o “objetivo de dar cumprimento” à sentença proferida em sede de ação judicial, de natureza não penal, proposta em fevereiro de 1982 por 22 familiares de desaparecidos da Guerrilha do Araguaia contra o Estado, perante a Primeira Vara Federal do Distrito Federal (Ação Ordinária Nº 82.0024682-5), solicitando a indicação das sepulturas de seus parentes mortos e os respectivos atestados de óbito, o traslado de seus restos mortais e o fornecimento do relatório final do Ministério do Exército sobre a operação de repressão à Guerrilha, datado de 1975 (J. TELES, 2010:284). A ação tramitou até dezembro de 2007.

pela ditadura civil-militar e à reparação (em um de seus aspectos) pelos danos causados pelo Estado, mostra-se contraditório.<sup>6</sup> O Grupo de Trabalho Araguaia, que substituiu o GTT, pretendia ser uma ampliação – inclusive no tocante ao tempo de funcionamento – e reformulação deste, principalmente no tocante à sua composição e à coordenação dos seus trabalhos. No entanto, o GTA também enfrenta muitas dificuldades na obtenção de resultados efetivos com relação à localização, recolhimento e identificação dos corpos de desaparecidos, o que se deve à sua composição, à insuficiência de recursos e estrutura, às negativas e/ou dificuldades postas pelo Estado no tocante ao acesso aos documentos da ditadura etc.<sup>7</sup>

Por outro lado, a lei 9.140/95 – assim como aconteceria com a lei 10.559/2002 – não faz referência expressa às vítimas da ditadura, assim como não menciona as violações de direitos humanos e, por muito tempo, não

6 Após destacarem que as Forças Armadas jamais poderiam coordenar esse tipo de trabalho, tendo em vista a magnitude da repressão que desencadearam na região, quando da Guerrilha do Araguaia, os familiares dos desaparecidos políticos, juntamente com entidades de defesa dos direitos humanos chamaram a atenção para o fato de que informações e pistas importantes sobre os desaparecidos podiam estar sendo destruídas, já que na coordenação do grupo de trabalho estava um general de brigada (Mário Lúcio Araújo) que havia declarado, inclusive, sua defesa ao golpe de 1964 (J. TELES, 2010:292).

7 Além de cumprir determinação da Justiça Federal brasileira, a criação do GTA consiste em uma das medidas adotadas pelo Estado para atender às exigências e orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando da condenação do Brasil no caso Gomes Lund e outros. Importante destacar que as buscas por ossadas de guerrilheiros e camponeses mortos durante a Guerrilha do Araguaia foram paralisadas desde que o Presidente Michel Temer assumiu o governo (2016). Através da Portaria Interministerial nº 14, de 08 de agosto de 2018, o Estado prorroga, por mais 24 meses, o prazo de atividades do GTA. Trata-se da quarta ampliação de seu período de atividades.

mencionou a tortura – que somente com a lei 10.875/2004 passou a integrar o texto da lei 9.140/95. Além dessas ausências – consideradas um desdobramento das políticas do esquecimento de que se utilizam os governos civis pós-ditadura –, a previsão, na Lei dos Desaparecidos (lei 9.140/95, artigo 2º), do princípio de “reconciliação e de pacificação nacional” expresso na lei de anistia de 1979 – a orientar a aplicação das disposições da lei e todos os seus efeitos – é considerada mais um legado da ditadura (MEZAROBBA, 2010: 116).

## **2 A LEI 10.559/2002 E A CONTINUIDADE DO PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS REPARATÓRIAS: ALGUMAS REFLEXÕES**

Como consequência, em grande medida, das lutas dos perseguidos políticos, foi promulgada também a lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, prevendo o direito à reparação econômica (reparação material) às vítimas da ditadura, nesse caso os anistiados políticos, aqueles impedidos de exercer suas atividades econômicas por motivação exclusivamente política.<sup>8</sup> A entrada em vigor da referida lei foi precedida da instalação, no

8 A Lei 10.559/2002 prevê, para o cumprimento do direito à reparação, duas fases procedimentais: a declaração da condição de anistiado político e a concessão de reparação econômica. Além disso, dispõe sobre direitos como a contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria, garantia de retorno a curso em instituição pública, o registro de diplomas universitários obtidos no exterior, a localização de restos mortais dos desaparecidos políticos etc. De acordo com o último Relatório Anual da Comissão de Anistia (2014), ao longo da sua história a Comissão recepcionou 74.259 requerimentos e apreciou 64.412 processos, restando 9.847 pedidos a serem julgados. Utilizando-se o ano de 2014 como referência, verifica-se, no referido Relatório, que o maior número de reparações econômicas requerido é indeferido.

Ministério da Justiça, da Comissão de Anistia, no dia 28 de agosto de 2001 – criada pela medida provisória nº 2.151, com a finalidade de analisar os pedidos de indenização formulados pelas pessoas que foram impedidas de exercer atividades econômicas por motivação exclusivamente política desde 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988.<sup>9</sup> Não obstante suas limitações, tanto a instalação da Comissão de Anistia quanto a entrada em vigor da lei 10.559/2002 são consideradas um avanço, ainda que limitado, em matéria de acerto de contas com o passado, tendo em vista que, para muitos, estas medidas ampliaram, uma vez mais, a dimensão da anistia. Conforme Mezarobba (2010: 113), de seu caráter inicial de conciliação pragmática, a anistia teve seu significado transformado no sentido do reconhecimento da responsabilidade do Estado em graves violações aos direitos humanos e da reparação econômica das perdas sofridas por perseguidos políticos.

Reconhecido internacionalmente como um dos instrumentos necessários à realização da justiça transicional, o direito das vítimas à reparação (material e moral ou imaterial) está previsto em diversos tratados, convenções, resoluções etc que versam sobre os direitos humanos.<sup>10</sup>

9 Com relação ao papel desempenhado pela Comissão de Anistia no processo de justiça transicional em curso no Brasil, outras políticas – além da concessão de anistia e de reparações econômicas – são destacadas, entre as quais o funcionamento das chamadas “Caravanas de Anistia”, com a realização de sessões públicas itinerantes de apreciação de requerimentos de anistias políticas, com a realização concomitante de atividades educativas e culturais.

10 Entre esses documentos, destacam-se: a Declaração Universal dos Direitos do Homem/1948 (artigo 8º); a Convenção Americana de Direitos Humanos/1969, que prevê a “compensação adequada” (artigo 10); o

Dentre os muitos documentos que tratam do tema, podem ser destacados os artigos 18 a 23, da resolução 60/147 da Organização das Nações Unidas, aprovada em 2005, em sua Assembleia Geral, referindo-se à Reparação por Dano Sofrido.<sup>11</sup> Isso porque tal documento traz um conceito amplo de reparação, composto de diversas modalidades, consideradas complementares. Eis o conceito de reparação previsto no artigo 18 da Resolução 60/147 da ONU:

Em conformidade com o direito interno e o direito internacional, e tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso, as vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário devem, conforme apropriado e de forma proporcional à gravidade da violação e às circunstâncias de cada caso, obter uma reparação plena e efetiva, conforme estipulado nos princípios 19 a 23, nomeadamente sob as seguintes formas: restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

Cada uma das formas de que deve se revestir a reparação é definida pelo documento. A “restituição” significa restaurar, sempre que possível, a situação original em que a vítima se encontrava antes que ocorressem as graves violações de direitos humanos, adotando os

.....  
Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis/1966; a Convenção contra a Tortura/1984; a Resolução 60/147 da ONU.

11 Resolução essa que dispõe sobre os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações manifestas das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparações.

seguintes mecanismos, conforme apropriado: restabelecimento da liberdade, gozo dos direitos humanos, identidade, vida familiar e cidadania, regresso ao respectivo local de residência, reintegração no emprego, devolução de bens (artigo 19). O direito à indenização, tal como previsto no artigo 20, deve ser garantido, de forma apropriada e proporcional à gravidade da violação e às circunstâncias de cada caso, para qualquer dano avaliável resultante de violações flagrantes de direitos humanos; violações essas que compreendem: a) danos físicos e psicológicos; b) perda de oportunidades, tais como emprego, educação e benefícios sociais; c) danos materiais e perda de ganhos, inclusive ganhos potenciais; d) dano moral. A “reabilitação” deve consistir na prestação de assistência médica e psicológica, bem como o acesso a serviços legais e sociais (artigo 21). Os artigos 22 e 23, por sua vez, destacam as medidas que possam garantir a “não repetição”, entre as quais: declarações oficiais (nas quais deve estar incluído um pedido público de desculpas por parte do Estado) e decisões judiciais que restaurem a dignidade, a reputação e os direitos dos atingidos e de seus familiares; tornar públicas as violações ocorridas, apontando-se para seus responsáveis; sanções judiciais e administrativas contra os responsáveis; procura dos restos mortais dos desaparecidos e sepultamentos de acordo com as tradições culturais e religiosas de seus familiares; afirmações públicas das memórias de todos os atingidos por essas violações; garantia de um controle efetivo das forças militares e de segurança pelas autoridades civis; revisão e alteração de leis que favoreçam ou permitam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos.

As discussões a respeito dos usos e significados do direito à reparação trazem à tona, ainda, outras críticas feitas aos governos civis pós-ditadura militar no que diz respeito ao tratamento dado pelo Estado à questão. Uma delas diz respeito à limitação muitas vezes conferida a esse direito, restringindo-o ao caráter de pagamento de indenizações – à reparação material, ela própria muito dificultada. Além disso, tal processo de reparação concentra-se, especialmente, na esfera privada – com a opção quase exclusiva pelo pagamento de indenizações –, ao invés de envolver toda a sociedade, para realizar plenamente sua dimensão pública e democrática (MEZAROBBA, 2010: 118). Coimbra (2008: 03) afirma:

[...] diante do horror e mesmo da complexidade que é a prática da tortura, assim como a de outras violações, entendemos que a reparação, enquanto compensação econômica, é um direito, mas só tem sentido para a afirmação de algo novo em nossas vidas se for parte integrante de um processo.

Processo esse que envolve a aplicação/realização dos mecanismos de reparação – se não todos, grande parte deles – citados no parágrafo anterior. Caso contrário, continua Coimbra (2008: 03), “as compensações econômicas se transformam – e é o que tem acontecido em muitos países que sistematicamente violam os direitos humanos – em um ‘cala boca’, em especial, para os atingidos e para a sociedade como um todo”. A limitação do alcance do direito à reparação ao âmbito da compensação econômica pode levar – como de fato levou, por muito tempo – ao fortalecimento da ideia

de que não havia mais nada a ser feito, de que o Estado já havia feito o que era possível.<sup>12</sup>

Igualmente questionado o fato da lei 10.559/2002 destinar-se, de forma abrangente, ao “anistiado político”, não destacando nenhum grupo de vítimas em particular, além de se basear na trajetória profissional da vítima, possibilitando que sofrimentos análogos sejam tratados de maneira totalmente desigual (MEZAROBBA, 2010: 116). A denominação (Comissão de Anistia) dada à comissão encarregada de analisar os pedidos de indenização – formulados pelas pessoas impedidas de exercer suas atividades econômicas por motivação exclusivamente política – é igualmente criticada; Mezarobba (2010: 117) entende que outras denominações, condizentes com um regime democrático, deveriam ser utilizadas, tais como “Comissão de Reparação às Vítimas do Regime Militar” ou “Comissão de Reparação de Perseguidos Políticos”.

## CONCLUSÃO

As leis 9.140/1995 e 10.559/2002 são apontadas como um dos principais instrumentos adotados pelo Estado brasileiro para a implementação de políticas reparatórias

12 No tocante ao atual funcionamento da Comissão de Anistia, merece destaque o risco de retrocesso das políticas reparatórias, tendo em vista a intervenção constante do Presidente da República, Michel Temer, na Comissão de Anistia desde que assumiu o poder, em 2016. Nesse sentido o manifesto assinado por movimentos sociais, entidades e cidadãos que defendem os direitos humanos, denunciando que as interferências indevidas do governo têm levado vítimas da ditadura a terem seu pedido de indenização negado pelo Ministério da Justiça, mesmo após decisão favorável do órgão (REDE BRASIL ATUAL, 28/09/2017).

pelos inúmeros danos causados a perseguidos políticos e seus familiares, e à sociedade brasileira como um todo, durante o regime ditatorial.

Apesar de representarem um avanço, se comparadas à lei de anistia de 1979, as duas principais leis que tratam da reparação aos perseguidos políticos pelo regime civil-militar são objeto de muitas críticas. O que se deve, principalmente, à falta de participação efetiva da sociedade em torno do tema e ao conteúdo das referidas leis - tendo em vista suas limitações, por não atenderem, de forma satisfatória, os anseios e reivindicações das vítimas, familiares de vítimas, entidades e movimentos de defesa dos direitos humanos etc.

As disputas pela apropriação do sentido e alcance do direito à reparação estão relacionadas, também, aos debates jurídicos-políticos acerca da abrangência da lei de anistia aos agentes do Estado que praticaram violações sistemáticas aos direitos humanos, muitas das quais consideradas crimes contra a humanidade. Entre as políticas de reparação previstas em documentos internacionais de direitos humanos e reivindicadas por atores políticos e sociais, movimentos sociais e entidades de defesa dos direitos humanos, nacionais e internacionais, encontram-se as que se referem à “não repetição”. Uma das políticas de “não repetição” frequentemente defendidas é a que trata da responsabilização administrativa e judicial (civil e criminal) do Estado e seus agentes pelos danos causados. Política essa que é complementada, entre outras, como o direito de acesso às informações sobre o período, por aquela que propõe a revisão e alteração

de leis que favoreçam ou permitam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos.

Não obstante as duas condenações sofridas pelo Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, no Caso *Gomes Lund e outros* (2010) e no Caso *Herzog* (2018), por crimes praticados durante a ditadura civil-militar de 1964-1985, até o presente momento não houve avanços significativos, no tocante à interpretação dada à lei de Anistia de 1979 pelo Supremo Tribunal Federal – mais elevada instância do poder judiciário nacional –, no sentido de permitir a responsabilização dos agentes que praticaram crimes contra a humanidade em nome do Estado.<sup>13</sup>

Importante destacar, ainda, que as discussões/disputas em torno da (in)validade da lei de anistia em relação aos crimes contra a humanidade praticados pelo Estado ditatorial muitas vezes acabam por deixar em segundo plano outros mecanismos de justiça transicional. Entre esses mecanismos, igualmente apontados, por defensores de direitos humanos e pesquisadores, como imprescindíveis aos anseios de não repetição, podem ser citados: a transformação legal e institucional e a realização de expurgos administrativos, com a retirada efetiva do poder de setores que organizaram e/ou apoiaram o golpe civil-militar e o regime ditatorial, participaram do processo de abertura

13 Entre os desdobramentos da condenação do Brasil no caso *Gomes Lund e outros* (Guerrilha do Araguaia), pode-se destacar a mudança de entendimento de membros do Ministério Público Federal – que passaram a propor ações penais em face de agentes da repressão – e do poder judiciário – juízes federais passaram a receber denúncias em face desses agentes.



controlada e da transição para a democracia e seguem fazendo parte da estrutura de poder.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil – estudos sobre justiça de transição e teoria da democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANDRIEU, Kora. *Transitional Justice: a new discipline in Human Rights*, 2010, <<http://www.massviolence.org>>, data de consulta: 05/10/2017.

BRASIL. Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995, <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140.htm)>, data de consulta: 06/06/2018.

BRASIL. Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10559.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10559.htm)>, data de consulta: 06/06/2018.

BRASIL. Relatório/Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014, vol. I, <[http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_1\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf)>, data de consulta: 13/05/2018.

BRASIL. Relatório Anual/Comissão de Anistia 2014. Brasília: Comissão de Anistia, 2016, <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/anistia-2014-final-reduzido.pdf>>, data de consulta: 24/05/2018.

BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça transicional e política da memória: uma visão global. In: *Revista Anistia. Justiça e política de transição*, n. 1, janeiro-junho, 2009. Brasília:

Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages/Acesso> em: 16/11/2010. p. 56-83

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. **Reparação e memória**. Grupo Tortura Nunca Mais/RJ, 15 maio 2008, <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/artigos>>, data de consulta: 20/12/2008.

\_\_\_\_\_. **Reparação**: afirmando memórias. Grupo Tortura Nunca Mais/RJ, 29 jul. 2009, <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/artigos.asp?Codartigo=68&ecg=0>>, data de consulta: 20/12/2011.

\_\_\_\_\_. As marcas indelévels da tortura. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos On-Line**, n. 358, abril 2011. Entrevista, <<http://www.ihuonline.unisinos.br/>>, data de consulta: 20/10/2012. p. 05-09.

\_\_\_\_\_. **Depoimento às Comissões Nacionais Estaduais da Verdade**. 13 de Junho de 2013, <<http://www.torturanuncamaisrj.org.br/artigos.asp?Refresh=2013071515154123519884&Codartigo=133>>, data de consulta: 10/07/2013.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos, **Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil**. Sentença de 24 de Novembro de 2010. Serie C No. 219, <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>, data de consulta: 28/03/2018.

**CORTE Interamericana de Direitos Humanos, Resolução, 17/10/2014**, <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es.>>, data de consulta: 17/07/2018.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos, **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de Março de 2018, <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>, data de consulta: 20/05/2018.

GÓMEZ, José María. **Globalização dos direitos humanos, legados das ditaduras militares do Cône Sul latino-americano e justiça transicional**. Direito, Estado e Sociedade, Jul-Dez., nº33, 2008.

\_\_\_\_\_. “Justiça transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria”, in: Bethania Assy, Carolina de Campos Melo, João Ricardo Dornelles e José María Gómez (Organizadores): **Direitos Humanos. Justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2012.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. Os processos de anistia política no Brasil: do perdão à “reparação”. **Revista de Ciências Sociais**, v. 39, n. 1, 2008, <<http://www.rcs.ufc.br/edicoes/v39n1>>, data de consulta: 15/02/2018. p. 38-48

MEZAROBBA, Glenda. O processo de acerto de contas e a lógica do arbítrio. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 109-119.

MONTEIRO, Millena Fontoura. **Justiça de transição no Brasil pós-ditadura civil-militar de 1964-1985**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2º Semestre de 2013.

MPF reabre investigações do caso Vladimir Herzog após Brasil ser responsabilizado pela OEA. G1. São Paulo, 30/07/2018, <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/30/mpf-reabre-investigacoes-do-caso-vladimir-herzog-apos-brasil-ser-responsabilizado-pela-oea.ghtml>>, data de consulta: 31/07/2018.

ONU, Assembleia Geral, Resolução 60/147, 2005. <[https://www.academia.edu/8478545/UNA\\_RES\\_60\\_147\\_Princ%C3%ADpios\\_B%C3%A1sicos\\_e\\_Diretrizes\\_sobre\\_o\\_Direito\\_a\\_Medidas\\_de\\_Saneamento\\_e\\_Repara%C3%A7%C3%A3o\\_para\\_V%C3%ADtimas\\_de\\_Graves\\_Viola%C3%A7%C3%B5es\\_ao\\_Direito\\_Internacional\\_dos\\_Direitos\\_Humanos\\_e\\_ao\\_Direito\\_Internacional\\_Humanit%C3%A1rio](https://www.academia.edu/8478545/UNA_RES_60_147_Princ%C3%ADpios_B%C3%A1sicos_e_Diretrizes_sobre_o_Direito_a_Medidas_de_Saneamento_e_Repara%C3%A7%C3%A3o_para_V%C3%ADtimas_de_Graves_Viola%C3%A7%C3%B5es_ao_Direito_Internacional_dos_Direitos_Humanos_e_ao_Direito_Internacional_Humanit%C3%A1rio)>, data de consulta: 20/05/2011.

REDE BRASIL ATUAL, Manifesto. **Comissão de Anistia denuncia intervenção do governo Temer**, 28/09/2017, <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/09/comissao-de-anistia-denuncia-intervencao-do-governo-temer>>, data de consulta: 20/08/2018.

TELES, Edson. Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. Cap. 3, p. 299-318.

TELES, Janaína de Almeida. Os familiares de mortos e desaparecidos políticos e a luta por “verdade e justiça” no Brasil. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 253-298.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito, In: **Revista Anistia**. Justiça e política de transição, nº1. Brasília: Ministério da Justiça, <<http://portal.mj.gov.br/anistia/data/Pages>>, 2009, data de consulta: 16/11/2010, p. 32-55.

# PARLAMENTO DO MERCOSUL E A TRÍADE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

Lafayette Pozzoli

Allana Ceará

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trabalha os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, os demais direitos humanos e a democracia face o Parlamento do Mercosul. Uma instituição que muito poderá ajudar no desenvolvimento dos Estados Membros, bem como os vizinhos. Diante do aspecto subjetivo do que vem a ser dignidade humana, pode-se compreender que o direito à vida, como um direito protegido pelo ser humano, está em um mesmo nível de valor da dignidade humana. Isto porque não é possível dar o direito à vida sem preservar um mínimo de dignidade ao ser humano que é detentor deste direito. É partindo deste raciocínio que é possível identificar no Mercosul um instrumento importante para ressaltar o valor às pessoas para que possam ter uma vida digna e fraterna, dentro do princípio democrático.

É possível a aplicação destes princípios

subjetivos uma vez que podemos analisar cada ato do universo jurídico com uma carga de valores próprios de uma sociedade ou de um Estado Membro, baseando-as nas condutas morais e éticas de cada sociedade que são possíveis de serem encontradas na mera compreensão das práticas sociais. É seguindo este raciocínio que a dignidade da pessoa humana se torna uma categoria importante no processo de efetivação dos direitos aplicados ao Mercosul.

É feita uma análise dos órgãos que compõem o Parlamento do Mercosul como forma de ter uma melhor compreensão da importância do mesmo no contexto da América Latina e dos demais blocos econômicos e sociais.

Finalmente, quando é aceita a dignidade humana com uma carga valorativa intensa e realmente praticada e aceita no universo jurídico, como é o caso da legislação que criou e dá sustentabilidade do Parlamento

.....  
Lafayette Pozzoli

Advogado. Professor, Coordenador do Mestrado em Direito e Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão no UNIVEM, Professor e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Possui graduação em direito, Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutorado pela Universidade La Sapienza, Roma (2002).

Allana Ceará

Doutoranda em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio, de Mesquita Filho” – UNESP.

do Mercosul, estamos diante de um direito que não prima pelo texto que foi escrito, seja ele atual ou retrogrado, mas, um direito que busca a paz entre os seres humanos e que lhes gera o instinto de vida justa e fraterna.

## 1 A CONSTRUÇÃO DO PARLAMENTO DO MERCOSUL

Precedente da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e, por consequência da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), o Mercosul é um bloco econômico de natureza intergovernamental (GOMES; MORÊS; VILLATORE, 2013, p. 09). Na visão de Simões (2012) o Mercosul perde apenas para a Rússia em critérios territoriais e para os Estados Unidos em critérios populacionais, sendo que com relação ao PIB (Produto Interno Bruto) são demonstrados quase US\$ 3 trilhões em uma área com uma alta taxa de crescimento econômico.

Institucionalmente o Protocolo de Ouro Preto de 1994 consolidou sua estrutura jurídico-institucional de forma que o Mercosul possui três órgãos decisórios: Conselho do Mercado Comum (CMC), Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); os demais institutos pertencentes ao bloco são de caráter constitutivo. No ano de 2002 houve uma renovação em sua estrutura quando foi assinado o Protocolo de Olivos que impulsionou a criação do Tribunal Permanente de Revisão.

Dentro do sistema de funcionamento do Mercosul foi incorporado um órgão constitutivo chamado Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (CPC), que “existia antes mesmo da assinatura do Tratado de Assunção. Criada em 1988 para acompanhar as negociações do Acordo

de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, firmado entre Brasil e Argentina [...] e cedeu lugar ao Parlamento do Mercosul.” (DRI, 2007 p. 43). Com o propósito de levar o projeto ao caminho da integração profunda, em 2005, foi assinado pelos Estados Membros do Mercosul, o Protocolo do Parlamento do Mercosul que teve sua instalação somente no ano de 2006, com sede em Montevideú, no Uruguai, ato que aconteceu no período em que o Brasil ocupou a presidência do Mercosul.

O Parlamento do Mercosul (Parlasul)<sup>1</sup> é um órgão unicameral com representantes eleitos por sufrágio universal, pelos cidadãos de seus respectivos países e segundo a legislação de cada país membro, com mandatos de quatro anos com direito à reeleição. De acordo com o artigo 2º do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, seus princípios norteadores são (I) representar aos povos do Mercosul, respeitando sua pluralidade ideológica e política; (II) assumir a promoção e defesa permanente da democracia, da liberdade, e da paz; (III) promover o desenvolvimento sustentável da região com justiça social e respeito à diversidade cultural de suas populações; (IV) garantir a participação da sociedade civil no processo de integração; (V) estimular a formação de uma consciência coletiva de valores cidadãos e comunitários para a integração; (VI) contribuir para consolidar a integração latino-americana mediante o aprofundamento e ampliação do Mercosul e (VII) promover a solidariedade e a cooperação regional e internacional.

1 O Parlamento do Mercosul substituiu a Comissão Parlamentar Conjunta de modo que sua atuação dentro do Mercosul é autônoma e independente. Constituinte, segundo alguns autores o status de órgão consultivo.



É no cenário do Parlamento do Mercosul, que atualmente registra treze anos de atividade, que o presente trabalho busca compreender como os parâmetros da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e da democracia são fomentados em prol de sua promoção e efetividade para o mundo jurídico.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está disposto no Título I da Constituição Federal Brasileira, no artigo 1º, in verbis:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Contudo, a aplicação deste princípio não está determinada, não encontramos no texto Constitucional norma regulamentadora do referido princípio, entendendo-se assim, que o artigo 3º, da Carta Magna, demonstra exemplos de quais seriam os direitos de garantia da dignidade da pessoa humana, vejamos:

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 outras formas de discriminação.

Nessa seara, não há de olvidar-se que estamos diante de um rol meramente paradigmático que o legislador apresentou para nortear o que deve entender a hermenêutica jurídica no tocante a dignidade humana.

Assim, torna-se inevitável a aplicação do princípio da proporcionalidade na tentativa de valorar os direitos entendidos como de dignidade do ser humano e o direito mais preservado pela racionalidade humana que é o direito à vida. Nesse embate, entendemos que tais direitos não devem ser distintamente valorados, sendo que estão no mesmo nível de igualdade por sua importância fundamental. Com uma análise humanística, podemos concluir pela não existência de uma vida humana se esta não é provida de um mínimo de dignidade. Neste sentido, bem afirma Edson Fábio Garutti Moreira:

O ser humano é “pessoa” por não ser objeto nem animal, mas ser dotado de racionalidade e vontade, e é “pessoa humana” porque também é dotado de uma individualidade, isto é, forma um todo completo em si, uma vez que possui valores humanos e um espírito digno de respeito e liberdade (2001, p. 23).

Seguindo este entendimento é de grande valia sustentar que tal tipo de dignidade é inerente ao comportamento humano, mas que a dignidade prescrita na Constituição Federal Brasileira de 1988 reporta-se a um atributo próprio do ser humano, como um valor de todo o ser racional e em virtude disso é que uma pessoa não pode ser privada de seu direito fundamental - a vida. Isto remete sistematicamente à necessidade da discussão

jurídica da dignidade humana, como sendo a garantidora da vida humana.

É dentro deste sentido que foi construído o ordenamento jurídico do Mercosul, considerando e respeitando a dignidade da pessoa humana.

### 3 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO PARLAMENTO DO MERCOSUL

O fortalecimento de instituições pluralistas, em meio a um contexto social em que o cidadão possa exercer livremente, sem ultrapassar o espaço e direito alheio, seu pensamento, linguagem e mobilidade, é um indicativo de que determinada sociedade primou pela aplicação da democracia em seu âmbito rotineiro ou foi fruto conquistado após muita luta. Afinal “uma sociedade democrática não consegue conviver com organizações baseadas em princípios hierárquicos autoritários, que negam e se fecham à participação da coletividade”. (RATTNER, 2002, p. 57). Já dizia Winston Churchill “A democracia é o pior dos regimes, mas não há nenhum sistema melhor que ela”. De fato, nem tudo no regime democrático é perfeito e nem as coisas saem da forma como deveriam ser: justas, igualitárias, participativa e com isonomia. Cabe ao direito regular e garantir que tal sociedade seja assim. Todavia, existem externalidades econômicas, políticas, sociais e culturais que burlam o que deveria ser comum em uma sociedade democrática, mantendo comportamentos e práticas que não estão de acordo com tal regime. Há inclusive o questionamento se o que a maioria decide realmente é o que é melhor para todos. Por vezes as decisões não são acertadas, por outras são, mas isso faz

parte do conceito de democracia participativa. É o risco que se assume para garantir que todos, absolutamente todos, sem exceção, sejam incluídos na legitimidade que se oferta ao cidadão. A Constituição Federal de 1988 já preleciona que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (Art.2º, §único, CF), até porque de que outra forma seria possível garantir essa legitimidade ao cidadão?

Num regime democrático participativo há todos os tipos de adversidades, sendo que muitos daqueles que a habitam ficam desamparados e relegados à própria sorte, portanto aplicar o princípio constitucional da igualdade (Art. 5º, CF) é primordial para reduzir as frequentes mazelas enfrentadas pelo cidadão, pois nas palavras de Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, 1991, “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Um olhar preciso para que uma sociedade seja democrática e participativa.

Assim, o contexto de uma sociedade reflete no seu direcionamento e prioridades ao construir sua agenda de política externa. De acordo com James Fearon (1998) a construção tanto de uma política interna quanto externa faz parte de um único processo que está interligado às ações internas que exteriorizam possíveis dinâmicas externas. Assim quando os princípios da democracia são levados para além da demarcação de uma fronteira

é possível observar que fortes tensões entre uma consciência nacional e a sensibilidade multicultural se manifestam não só dentro do Estado, em sentido clássico, mas também a

nível transnacional, em particular no Mercosul. (POZZOLI, 2003, p. 143).

Portanto, um ponto central que envolveu a criação do Mercosul foi justamente, sob o manto da cláusula democrática, cuja finalidade é manter o viés democrático não apenas no âmbito dos países pertencentes ao Mercosul, como também para disseminar tal ideia nos demais países da região, já que esta cláusula “formalmente reconhecida pelo Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático, conforme art. 1º. O Mercado Comum do Cone Sul pode ser considerado, portanto, como um processo importante para a consolidação dos regimes democráticos na região. (DIZ, 2012, p. 49).

Importante ressaltar que a via democrática se tornou extremamente relevante, principalmente diante do contexto político que surgiu o Mercosul – aproximação entre Argentina e Brasil – pois os países da região vinham de um período de ditadura militar, e o presidente da Argentina Raul Alfonsín “sentia que o nascente processo democrático corria perigo. A integração com o Brasil foi concebida como um instrumento para garantir o incipiente e frágil processo democrático” (NOGUEIRA, 2007, p. 172). Assim, por ter como embrião originário a questão política, Escobar (2007) destaca que não foi um determinado movimento social que angariou as bases do Mercosul, mas reconhece que é justamente a participação de instâncias civis que reforça a presença da sociedade civil como um elemento fundamental para a legitimidade democrática. Neste sentido afirma Escobar:

Deve-se lembrar que o Mercosul não

é o resultado de aspirações coletivas e consultas sociais, e muito menos o produto de uma construção erguida pelas sociedades dos países signatários. É, como é sabido, o resultado de acordos de cúpula intergovernamentais e transações mega-comerciais. Mas, como já foi dito, seu projeto não pode ignorar a participação de entidades civis que o legitimaram socialmente e evitar a validade de um modelo concebido, mais uma vez, como a uniformidade imposta unilateralmente de cima. Além disso, apenas incentivado por dinâmicas geradas internamente, alimentadas por pluralidades, conflitos e consenso e ligadas a diversas representações coletivas, o projeto Mercosul pode alcançar o apoio social e a legitimidade histórica. Tradução livre. (ESCOBAR, 2007, p. 263-264).<sup>2</sup>

Assim, a democracia que não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história (SILVA, 2013, p. 128), é um prisma fundamental no Mercosul e assim foi mantido no Parlamento:

O Mercosul desde o seu inicio

.....  
2 Versão original: Cabe recordar que el MERCOSUR no es resultado de aspiraciones colectivas y consultas sociales ni, mucho menos, producto de una construcción levantada por las sociedades de los países signatarios. Es, como se sabe bien, fruto de acuerdos de cúpulas intergubernamentales y transacciones megaempresariales. Pero, como queda dicho, su proyecto no puede ignorar la participación de instancias civiles que lo legitimen socialmente y eviten la vigencia de un modelo concebido, una vez más, como uniformización impuesta unilateralmente desde arriba. Además, sólo animado por dinámicas generadas internamente, nutrido de pluralidades, conflictos y consensos y vinculado con representaciones colectivas diversas, podrá el proyecto del MERCOSUR lograr sustento social y legitimidad histórica.

demonstrou que havia uma preocupação dos governos envolvidos com a questão democrática. A democracia é um princípio central defendido pelos integrantes do bloco, e sua observação é uma condição obrigatória [...] A democracia também é um aspecto relevante na organização institucional do Mercosul, que desde o seu início demonstrou uma preocupação em garantir a participação de representações da sociedade civil nas suas discussões e negociações. Os Subgrupos de Trabalho (SGTs) sempre garantiram a presença de representantes governamentais e dos setores interessados, podendo ser estes empresários, representações de trabalhadores, movimentos sociais e ONGs, especialistas etc. Essa mesma lógica possibilitou a criação de instâncias como o Foro Consultivo Econômico Social (FCES), o Foro Consultivo de Municípios, Estados Federados, Províncias e Departamentos (FCCR), as Reuniões Especializadas, os Grupos Ad Hocs e tantas outras instâncias de participação. A preocupação com a democracia também estava presente na decisão dos governos de garantir a participação de uma representação do poder legislativo como instância consultiva da integração – a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (CPC), posteriormente substituída pelo Parlamento do Mercosul (Parlasul). Essa mudança foi promovida pela preocupação em aumentar a democratização do processo integracionista e aproximá-lo mais do cotidiano das populações envolvidas (MARIANO, 2013, p. 90-91).

A sociedade civil é parte integrante e essencial para o funcionamento do Parlamento do Mercosul, assim é um vetor propulsor para

as atividades do Parlamento, tendo em vista que uma das formas de sua participação concreta é por meio das eleições diretas para eleger seus representantes parlamentares – o chamado Dia do Mercosul Cidadão – que até o momento só aconteceu no Paraguai e na Argentina; e é um elemento importante sob o qual o Parlamento do Mercosul não pode deixar de lado. Isso porque se o fizesse quebraria com a sequência democrática necessária para a gestão de suas atividades, pois “a sociedade civil cria grupos e pressiona em direção a determinadas opções políticas, produzindo, conseqüentemente, estruturas institucionais que favorecem a cidadania”. (VIEIRA *apud* WANDERLEY, p. 04).

A participação da sociedade civil no Parlamento do Mercosul, além das eleições diretas para eleger os parlamentares mercosulistas, também fornece condições da sociedade caminhar por outros setores do Mercosul, ao “regulamentar espaços de participação direta nos diferentes fóruns temáticos do Mercosul, de forma a garantir que as demandas da sociedade civil recebam encaminhamento dos órgãos decisórios” (KOCH; LAPA, 2012, p. 33). Deste modo, o Parlamento do Mercosul expande o diálogo da sociedade civil com o Foro Econômico Social, Instituto Social do Mercosul, Centro Mercosul de Promoção do Estado de Direito, dentre outros.

Outro mecanismo de participação interessante para sociedade civil é o projeto Parlamento Juvenil do Mercosul, uma iniciativa que começou em 2010 para inserir os jovens dos Estados Membros do Mercosul no debate político. Inserir o jovem na realidade de sua sociedade e como lidar com ela para melhorá-la, com a finalidade de promover a integração

dos povos e contribuições àqueles que vivem a realidade de suas cidades, comunidade, bairro. Este um trabalho organizado pelo Ministério da Educação – MEC, no qual o Parlamento do Mercosul recebe as delegações de representantes parlamentares juvenis para discutir e elaborar projetos sobre educação, direitos humanos, saúde, dentre outros temas. No dia 09 de outubro de 2017, o Parlamento do Mercosul recebeu as delegações que, diante da abordagem proposta, debateram sobre questões latentes à todas as sociedades participantes do bloco.

Dentro das Propostas na Ordem do Dia, encontra-se a Proposta de Recomendação pela qual o Parlamento do Mercosul propõe ao Conselho do Mercado Comum (CMC) criar o Registro Regional de Pessoas Desaparecidas, extraviadas ou perdidas no âmbito do Mercosul. Esta Proposta tem um Relatório da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos pela aprovação, e o Relator será a Parlamentar Cecilia Britto, da Argentina. (PARLAMENTO DEL MERCOSUR, 2017b).

Essas são apenas uma das formas que a sociedade civil pode encontrar um meio de ser atuante tanto no Parlamento do Mercosul como nas demais áreas, como por exemplo, através de ONGS, sindicatos, associações, participação no comércio e envolvendo demais espaços.

[...] sociedade civil não é imediatamente política. Ela é o mundo das organizações, dos particularismos, da defesa muitas vezes egoísta e encarniçada de interesses parciais. Sua dimensão política precisa ser construída. É pela ativação política que a sociedade civil se vincula ao espaço

público democrático. A politização da sociedade civil, portanto, resulta de lutas, da evidenciação de identidades, projetos e perspectivas que se chocam e concorrem entre si. E é apenas essa sociedade civil politizada que se mostra como capacitada para funcionar como base de um outro projeto de hegemonia, como base de uma oposição efetivamente libertadora, popular e democrática às estratégias de dominação referenciadas pelo grande capital. Somente essa sociedade civil pode ser vislumbrada como plataforma para que se redesenhe democraticamente o Estado, ou seja, para que se avance rumo a uma reforma qualitativa e substantiva do Estado. (NOGUEIRA *apud* WANDERLEY, p. 03).

Portanto, a sociedade civil possui muitas outras características que a tornam um organismo vivo, com capacidade de quebrar paradigmas e transformar espaços, que por vezes tem sua efetividade afetada por fatores externos a sua vontade, como exemplo, as assimetrias que existem entre os Estados Membros do Parlasul. Buscar a integração não é tornar o próximo suscetível aos seus usos e costumes, nem a leis e práticas comerciais e políticas, mas “em uma economia globalizada, um único Estado tende a perecer ou ser absorvido por outros economicamente mais fortes. Esta é a razão, a necessidade mesmo, de se integrarem os blocos regionais” (RESEDÁ, 2012, p. 56).

Diante disso as assimetrias podem ser o principal empecilho para a participação da sociedade civil, pois por muitas vezes, segundo Sica (2007, p.77) se tratam de problemas que surgem fora do âmbito do Mercosul e,



como consequência, influenciam em todas as instâncias do Mercosul, apontando os seguintes problemas: estrutural, advindos do descompasso no PIB de cada um, como o fato do PIB do Brasil representar quase 80% do total; instabilidade nos fluxos comerciais; instabilidade interna de cada país membro; interesses divergentes; disparidade de estrutura produtiva e exportadora, dentre outras. (SICA, 2007, p.77-78).

Contudo, o Parlamento do Mercosul foi criado justamente para ir ao próximo nível de integração e trabalhar por meio do viés político para melhorar a integração, cooperação regional para que os projetos saiam do papel de modo a encontrar um caminho alternativo que supere – e porque não possa diminuir seus impactos – as assimetrias entre eles.

Agora para que tanto democracia e sociedade civil expressem sua atuação no Parlamento do Mercosul, é imprescindível que haja um ambiente jurídico presente no mesmo, veja, “para ser efetivo a longo prazo, o arcabouço jurídico-institucional de uma organização deve refletir – em sua acepção mais ampla – os interesses dos Estados que a integram.” (BENJAMIN; CARVALHO, 2007, p. 119), e, nesse sentido, tais autores afirmam que não necessariamente há uma ligação direta entre instituições supranacionais e efetividade, já que tal arcabouço jurídico não garante que objetivos de uma organização sejam de fato colocados em prática para serem alcançados.

Isso se explica pelo fato do Mercosul jamais ter tido uma ordem jurídica autônoma, mas que “é inegável que os atos normativos das instituições do Mercosul, uma vez incorporados às ordens internas dos Estados-membros, derivam do TAs e devem estar conforme a eles.”

(VENTURA, 2003, p. 131). No mesmo sentido:

Isso é especialmente válido em se tratando de sociedades abertas e democráticas, como no caso dos países que integram o Mercosul. É bastante comum, aliás, que distintos atores dentro de um mesmo país tenham interesses conflitantes do Estado como tal e, conseqüentemente, sobre a atuação de seus agentes. (BENJAMIN; CARVALHO, 2007, p. 119).

As decisões do Parlamento do Mercosul têm caráter meramente consultivo, com suas recomendações, declarações, pareceres, anteprojeto de lei, projeto de lei, boa parte deles destinados ao Conselho do Mercado Comum, já que o poder decisório cabe a ele. Apesar da iniciativa, com a instituição do Parlamento do Mercosul, a fim de envolver a participação da sociedade civil no processo decisório de suas ações bem como ao projeto de integração, na ótica de Mariano (2013, p. 91-92) o intuito da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul era justamente democratizar as decisões por meio da representação do legislativo, ideia levada a diante com sua substituição pelo Parlamento, contudo ainda não foi capaz de reduzir um déficit democrático que existe entre a lacuna da figura integração à realidade do cidadão, fator demarcado pela autora como uma forte barreira de distanciamento entre esses dois entes, isso porque “tomada de decisão intergovernamental pode ser criticada pelo chamado déficit democrático, uma vez que as decisões são concentradas nas mãos dos Executivos e, de maneira geral, são pouco transparentes” (BARBOSA, p. 162), ou seja, um desafio a mais para o Parlamento do Mercosul.

Sobre as decisões do Parlamento do Mercosul Clarissa Franzoi Dri e Maria Eduarda Paiva (2016) apresentaram um estudo acerca do papel das recomendações<sup>3</sup> do Parlamento do Mercosul do período de 2007-2013, no qual se concluiu que 58% das recomendações podem ser colocadas na prática quando versam sobre questões que não demandam negociações, diferente de assuntos que não são apreciados porque não houve uma regulamentação prévia ou cujo processo decisório caiba ao Conselho do Mercado Comum e Grupo Mercado Comum que perfaz 42% das recomendações, conforme pode ser visto no gráfico abaixo.

■ Possível execução imediata ■ Difícil aplicabilidade imediata

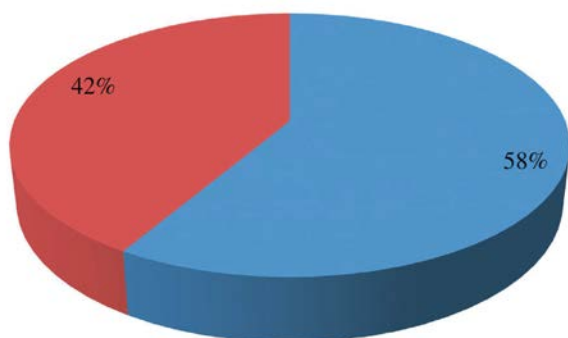


FIGURA 1 – GRÁFICO

FONTE: DRI, CLARISSA FRANZOI; PAIVA, MARIA EDUARDA. PARLASUL, UM NOVO ATOR NO PROCESSO DECISÓRIO DO MERCOSUL? IN: REVISTA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA, V. 24, N. 57, P.38, MARC. 2016.

É o caso da Recomendação n° 07/08, que sugere a assinatura da

3 Clarissa Franzoi Dri e Maria Eduarda Paiva destacam que mesmo que o Parlamento do Mercosul possua pareceres e projetos de lei, bem como disposições, declarações, dentre outros, as recomendações foram escolhidas para objeto de análise porque até o momento nunca tinha sido emitido um parecer e os projetos são raros.

Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Ora: não se trata de um tema que engendre grandes polêmicas, e a recomendação somente requer assinatura e ratificação – e não cumprimento – de um documento já discutido na Assembleia Geral das Nações Unidas. Por sua vez, a Recomendação n° 09/2010 pede ao CMC que estabeleça medidas de controle para as atividades de caça, pesca, extração de madeira e introdução de gado em áreas protegidas limítrofes. Como o documento não expressa quais seriam as medidas a serem tomadas, o CMC precisa remeter a questão ao Subgrupo do GMC responsável pela matéria para sua regulamentação. Isso faz com que a recomendação não possa ter uma aplicabilidade imediata. (DRI; PAIVA, 2016, p. 37-38).

Assim as questões levantadas pelo Parlamento do Mercosul mesmo que não sejam levadas a diante tem um papel fundamental, pois se cogitou trabalhar com determinada necessidade que provavelmente não teria a chance de ser discutida até mesmo para se perceber que precisa ser feita uma regulamentação, conforme visto acima, isto acarreta no pensamento que o Parlamento poderá enfrentar diretamente alguns de seus entraves como

a ausência de mecanismos de transporte e visibilidade das informações referentes ao bloco regional, bem como o insignificante interesse na participação e representatividade cidadã, causando um déficit democrático, e, ainda, a baixa qualidade técnica das normas. (BIZZOZERO, 1997; CASAL, 2007; DRUMMOND, 2005; GRANDI; HIRTS,

1996 *apud* PIETRAFESA, 2011, p. 223).

Portanto, o Parlamento do Mercosul está buscando efetivar maior espaço para a participação da sociedade em suas ações, como visto os desafios são grandes, contudo essa prática de requerer a sociedade civil não veio apenas com o Parlamento do Mercosul, já estava no cerne constitutivo do Mercosul. Assim, esse relacionamento é esperado pelos corredores do Mercosul, a figura do Parlamento vem para corroborar a afirmação democrática do bloco.

### 3.1 OBSERVATÓRIO DA DEMOCRACIA

Com o intuito de contribuir com o fortalecimento dos objetivos do Protocolo de Ushuaia sobre o compromisso democrático no Mercosul, na República da Bolívia e na República do Chile há dentro da organização do Parlamento do Mercosul o Observatório da Democracia. Seu papel é (I) acompanhar os processos eleitorais nos Estados Partes; (II) coordenar as ações do Grupo de Observadores Eleitorais do Mercosul; (III) realizar atividades e estudos vinculados à consolidação da democracia; (IV) constituir um Fórum de Consulta integrado para estabelecer o vínculo do Observatório com a Sociedade Civil; dentre outras (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2013f) e sua efetivação possibilita que o Parlamento do Mercosul cumpra com o seu propósito de assumir a promoção e a defesa permanente da democracia, da liberdade e da paz. (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2013b).

Suas atividades tiveram início logo no ano em que foi criado em 2008, com a visita dos observadores mercosulistas na Bolívia, tendo em vista que havia rumores de que o

resultado obtido nas urnas bolivarianas não seria respeitado. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008).

O Observatório conta com um Conselho de Representantes integrado por três parlamentares de cada Estado Parte, com mandato de dois anos. O presidente do Parlamento coordena o Conselho, podendo delegar essa função a outro membro da Mesa Diretora. A revisão do regulamento será realizada depois de transcorridos dois anos de sua entrada em vigor. Uma das primeiras ações do ODPM foi a missão de Observação do Mercosul às Eleições Gerais e Referendos de Autonomia do Estado Plurinacional da Bolívia, realizada a pedido da Corte Nacional Eleitoral daquele país. Integraram a delegação, presidida pelo parlamentar brasileiro Doutor Rosinha (PT-PR), os parlamentares Juan Bentancor e Pablo Abdala (Uruguai), Arturo Vera (Argentina), Cándido Vera, Zacarias Cárdenas e Ramón Domínguez (Paraguai), além do presidente da Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul, deputado José Paulo Tóffano (PV-SP). A missão teve início em 3 de dezembro de 2009 e esteve presente nas cidades de La Paz, El Alto e em zonas rurais do Departamento de La Paz. (MERCOSUL SOCIAL E PARTICIPATIVO, 2010, p. 24).

Uma participação mais recente aconteceu no ano de 2017, momento em que aconteceu o segundo pleito eleitoral no Equador. A iniciativa recebeu o nome de Missão Eleitoral Internacional, com a finalidade de garantir que a vontade do eleitor equatoriano fosse afirmada, preservando o essencial do processo democrático.

Os delegados do ODPM participaram do processo de instalação das urnas de votação e estiveram em diversas juntas receptoras de votos, onde verificaram cada passo do processo. No momento de fechamento das mesas de votação, observou-se aos cidadãos proceder na contagem dos certificados de votação recolhidos das urnas, com a presença de delegados de ambas opções eleitorais, assegurando assim a confiabilidade e segurança do sistema. Os delegados também verificaram o processo de digitalização e de transmissão de dados dos resultados eleitorais. Durante a contagem de votos os delegados do ODPM constataram que tudo ocorreu dentro dos parâmetros democráticos aceitos universalmente, marcados por um processo eleitoral transparente e plural, representando o triunfo da democracia nacional e a consolidação dos mecanismos e organismos de Observação Eleitoral Internacional, como os da UNASUL, OEA, a A-WEB e o PARLASUL. (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2017b).

Nesta medida, a criação do Observatório da Democracia pelos parlamentares do Parlamento do Mercosul, é um significativo ponto de estratégia para o fomento da democracia na região, não apenas os Estados Membros do Parlamento do Mercosul são atendidos pelo Observatório, como também se estende aos países associados. De acordo com o regulamento do Observatório da Democracia, as missões eleitorais devem respeitar o ordenamento jurídico de cada país membro, bem como emitir um parecer imparcial, além do que as missões não são vistas como uma intromissão na soberania daquele que está sendo monitorado, pois

no exercício de sua soberania, os Estados poderão solicitar ao Parlamento do Mercosul o envio de missões de observação eleitoral em seus territórios. Para ele, o referido Estado e o Parlamento do Mercosul acordarão seu alcance, cobertura e financiamento (ART. 26, PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2017c)<sup>4</sup>.

Essa é apenas uma das atuações possíveis no âmbito do Observatório que visa em primeiro plano à manutenção, garantia e resguardo da democracia na região. Sua instituição é resultado da participação da sociedade civil.

#### 4 OS TRABALHOS DO PARLASUL EM PROL DOS DIREITOS HUMANOS

No que tange aos direitos humanos que de forma singela pode-se dizer que são direitos “considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar plenamente da vida” (DALLARI *apud* RAMOS, 2001, p. 27), a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos construiu-se um sistema internacional de proteção aos direitos humanos que passou por um processo histórico no qual até os direitos inerentes tiveram que ser codificados devido às assimetrias históricas, sociais e culturais. Um longo percurso decorreu da Revolução Francesa e, por conseguinte das constituições revolucionárias até o

4 Tradução livre. Art. 26. En el ejercicio de su soberanía, los Estados podrán solicitar al Parlamento del MERCOSUR el envío de misiones de observación Electoral a sus territorios. Para ello, el referido Estado y el Parlamento del MERCOSUR acordarán su alcance, cobertura y financiamiento.

atual momento na conjuntura dos direitos humanos. Apesar da projeção cada vez maior da temática no cenário internacional, a luta pelos direitos humanos ainda enfrenta muitas adversidades mesmo em locais de democracia. O meio encontrado para emergir a proteção internacional dos direitos humanos deve ao que Trindade (2009) chama de multiplicidade de instrumentos que seriam os tratados e as resoluções de organismos internacionais.

A questão dos direitos humanos é uma das questões centrais do Mercosul. Antes da criação do Parlamento do Mercosul resultou ser o único responsável pelo tema nas Reuniões de Altas Autoridades de Direitos Humanos (RAADH), que também subdivide sua agenda com outros foros de atuação dentro do Mercosul.

A Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos (RAADH), como é chamada a instância que trata das questões dos direitos humanos no Mercosul, foi criada em 2005 e atualmente é constituída por quatro comissões permanentes (Iniciativa Niñ@sur; Memória, Verdade e Justiça; Discriminação, Racismo e Xenofobia; Educação e Cultura em Direitos Humanos) e quatro Grupos de Trabalho (Indicadores de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Direitos dos Idosos; Orientação Sexual e Identidade de Gênero; e Direitos das Pessoas com Deficiência). Também fazem parte da agenda da RAADH temas como pobreza, segurança pública, migrações, trabalhos forçados, sistema carcerário, juventude e implementação dos instrumentos jurídicos internacionais sobre direitos humanos. (MERCOSUL SOCIAL E PARTICIPATIVO, 2010, p.92)

A iniciativa criada em 2008, no âmbito do Mercosul, o Programa Mercosul Social e Participativo (PMSP), uma proposta do governo brasileiro para abrir espaço para o diálogo com a sociedade civil. Decreto lei nº 6.594/2008.

Art. 2º O Programa Mercosul Social e Participativo tem as seguintes finalidades:

- I - divulgar as políticas, prioridades, propostas em negociação e outras iniciativas do Governo brasileiro relacionadas ao Mercosul;
- II - fomentar discussões no campo político, social, cultural, econômico, financeiro e comercial que envolvam aspectos relacionados ao Mercosul;
- III - encaminhar propostas e sugestões que lograrem consenso, no âmbito das discussões realizadas com as organizações da sociedade civil, ao Conselho do Mercado Comum e ao Grupo do Mercado Comum do Mercosul.

Assim que o Mercosul surgiu, o tema dos direitos humanos não veio imediatamente na discussão, em primeiro plano ficou o plano econômico, todavia com o tempo, inevitável que se pensasse para além deste viés, já que “a integração é algo mais do que um projeto econômico limitado na amplificação do mercado e uma liberalização de trocas mútuas. É também um projeto político, cultural e social de convergência na visão do mundo e das relações externas” (POZZOLI, 2003, p. 147). Logo, não há um projeto de integração que vise um único objeto, faz parte do processo natural que haja o desdobramento para outras áreas. O Mercosul veio da aproximação política entre Argentina e Brasil, a região vinha de um período tenso com a ditadura militar, a intenção máxima



era promover e expandir a democracia para a região. Isso só é possível quando se atribui a essa democracia várias capacidades, dentre elas a cultural.

Um dos pressupostos básicos da democracia cultural é a assunção da diversidade de sistemas de pensamento e criação. Os países que se integram devem, portanto, estabelecer um sistema de garantias que protejam os direitos das diferenças culturais. A multiplicidade de imagens, ideias e práticas deve ser apoiada não só como uma série de opções culturais diferentes, mas como condição da existência de patrimônios complexos alimentados por muitas memórias e animados pelos sonhos. (ESCOBAR, 2007, p. 270)<sup>5</sup>. (Tradução livre).

Desta forma, o Parlamento do Mercosul primou por colocar dentre seus princípios a pauta dos direitos humanos com o intuito de se firmar como foro de fomentação para a democracia. Apesar de não ter poder decisório, sua presença reforça “o fortalecimento da democracia e de seus vínculos com as políticas de desenvolvimento sustentável, respeito aos direitos humanos e justiça social. O Parlamento tem muito a ver com esse amadurecimento” (MERCOSUL SOCIAL E PARTICIPATIVO, 2010, p. 20). E tal amadurecimento envolve diálogo permanente com a sociedade civil, segundo

5 Versão original: “Uno de los presupuestos básicos de la democracia cultural es la asunción de la diversidad de sistemas de pensamiento y creación. Los países que integran deben, por ello, establecer un sistema de garantías que protejan los derechos de la diferencia cultural. La multiplicidad de imágenes, ideas y prácticas debe ser apoyada no sólo en cuanto cifra de opciones culturales diferentes, sino en cuanto condición de la existencia de complejos patrimonios nutridos de muchas memorias y animados por sueños”.

Rattner (2002, p. 61) apenas por meio de incentivo, organização e motivação de grupos da sociedade civil poderá se alcançar uma sociedade mais justa, fraterna e baseada por princípios de direitos humanos.

#### 4.1 COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

A Comissão de Cidadania e Direitos Humanos que discute e informa (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2013c) sobre questões de etnia, cidadania, infância, juventude, idosos, gêneros e minorias; petições de cidadãos encaminhados ao Parlamento; liberdade de expressão e de culto religioso; instrumentos de democracia participativa; colaboração com entidades não governamentais que atuem na defesa dos direitos humanos e na defesa do consumidor tem no seu processo decisório democrático pareceres, projetos de lei, declarações, recomendações e vários outros instrumentos que junto com a criação do Foro Econômico Social segundo Amaral Júnior (2012) ampliou a participação da sociedade civil e trouxe maior transparência para elevar o grau de democratização. Vide por exemplo, a recomendação número 07 de 2008 que sinalava para a necessidade de assinatura da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. (DRI; PAIVA, 2012, p. 11).

A primeira reunião da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos no ano de 2017<sup>6</sup> aconteceu em 27/03/17, sendo que até o término deste trabalho mais duas

6 Esta pesquisa apresentou apenas os dados do ano de 2017 das reuniões da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos porque que não há maiores informações sobre os anos anteriores.

reuniões aconteceram: 24/04/17 e 29/05/17. Basicamente os temas debatidos nessas três reuniões foram a respeito de: marcar audiência pública para questões que segundo deliberação dos parlamentares não cabe à comissão, discussão sobre a situação da Venezuela (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2017d), temas como dignidade da mulher, repúdio contra todo e qualquer tipo de violência à mulher, primar pela igualdade de gênero, rejeição a qualquer tipo de discriminação e perseguição tanto com os cidadãos do Mercosul como de seus parlamentares, projeto de declaração pela a vida e pela humanidade com o projeto Paz na Síria (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2017e) e tratar de parcerias com convênios, asilo e refugiado no âmbito do Mercosul e prevenção do trato de pessoas (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2017f).

Normalmente os direitos humanos são tratados pelo Parlamento do Mercosul no âmbito da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos e quando necessário é marcado audiência pública podendo ou não envolver outros representantes da sociedade civil, por vezes a questão colocada em debate – procedimento que pode ser feito por meio de um projeto de lei, uma declaração, parcerias com outras instituições com o intuito de promoção dos direitos humanos – pode ser resolvida entre os parlamentares na reunião de discussão, contudo a audiência pública sempre irá prevalecer em caso de dúvidas, quando for o melhor procedimento e principalmente quando os parlamentares decidirem que não é de sua competência resolver tal questão internamente.

Às Comissões do Parlasul é facultado convocar reuniões com representantes da sociedade civil, como audiências públicas ou seminários, para estimular processos de consulta e de intercâmbio

de informações com os movimentos sociais, as universidades e os setores produtivos. Para essas reuniões também podem ser convidados representantes dos governos dos Estados Partes e autoridades do Mercosul. É possível requisitar cópias de documentos, resoluções e comunicados considerados necessários pelos participantes, ampliando o acesso às informações sobre as negociações em curso. (MERCOSUL SOCIAL E PARTICIPATIVO, 2010, p. 23).

Além disso, o Regimento Interno do Parlamento do MERCOSUL determina em seu artigo 76 sua competência:

Art. 76. À Comissão de Cidadania e Direitos Humanos compete discutir e informar por escrito ao Plenário sobre os seguintes temas: a) direitos humanos; b) elaboração do relatório anual previsto no Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul (PCPM, art. 4.3); c) questões de etnia, cidadania, infância, juventude, idosos, gênero e minorias; d) petições de cidadãos encaminhadas ao Parlamento; e) liberdade de expressão e de culto religioso; f) instrumentos de democracia participativa, g) colaboração com entidades não governamentais que atuem na defesa dos direitos humanos, h) defesa do consumidor. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Em audiência pública, a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos já discutiu sobre a situação dos direitos humanos no Uruguai (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2017g) e do Brasil (SENADO NOTÍCIAS, 2008) para a elaboração anual do Relatório sobre Direitos Humanos que é confeccionado para o bloco, justamente para

cumprir uma de suas competências.

Educação. Prevê a inclusão obrigatória da disciplina História da Integração da América Latina nos currículos escolares dos Estados Partes. Tecnologias de Informação e Comunicação. Trata da adoção, a curto e médio prazo, de políticas de estímulo às TICs no Bloco, especialmente a implantação de Internet por banda larga em todas as escolas públicas do Mercosul. Harmonização dos Currículos Universitários. Aprovada em maio de 2009, visa permitir, mediante o reconhecimento de diplomas, o livre exercício profissional entre os países do Bloco. Idioma Guarani Transforma o guarani em idioma oficial e de trabalho do Mercosul. O guarani é falado por 85% da população do Paraguai - além de cidadãos de regiões da Argentina, Bolívia e Brasil [...]. Corredores Bioceânicos. Propõe a realização de projeto, no âmbito do Focem, para execução de obras viárias de construção de corredores bioceânicos através dos Estados Partes. Livre circulação e migrações Propõe a ratificação de acordos sobre residência para nacionais dos Estados Partes e sobre regularização migratória interna de cidadãos do Mercosul, Bolívia e Chile. Honduras. Condena o “anacrônico e absurdo” golpe de Estado em Honduras. Moção de Repúdio à Diretiva de Retorno. Repudia as regras migratórias europeias, considerando-as uma violação aos direitos humanos. Meio Ambiente. Prioriza iniciativas que buscam combater os efeitos da desertificação e recomenda o desenho de uma política comum para o uso dos recursos do Aquífero Guarani. Infância. Recomenda medidas para evitar a difusão de material pedófilo

pela Internet. (MERCOSUL SOCIAL E PARTICIPATIVO, 2010, p. 25).

#### 4.2 INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL

Nessa toada, um dos temas tratados pelo Parlamento do Mercosul versa sobre os direitos humanos. Nesse sentido a comissão de parlamentares ajudou, no ano de 2009, com criação do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH), com sede em Buenos Aires, Argentina, cujos objetivos são “elaborar políticas públicas e assistir os Estados Partes no processo de harmonização de suas obrigações internacionais na matéria de direitos humanos.” (MERCOSUL, 2018).

O IPPDH foi aprovado pelo Conselho do Mercado Comum e desenvolve várias atividades para promover uma agenda mais ativa para a região, fundando projetos como por exemplo, o de Cooperação Humanitária Internacional para migrantes, apátridas, refugiados e vítimas de tráfico de pessoas, além de emitir relatórios de audiências públicas, estudos de temas que envolvem a agenda dos direitos humanos como tortura, pessoas idosas, participação social etc. Para que seus objetivos sejam alcançados traçou o seguinte plano de ação:

- 1.- Contribuir com o fortalecimento das capacidades, instituições e políticas públicas nacionais em Direitos Humanos
- 2.- Aprofundar a cooperação e a coordenação regional de políticas públicas em Direitos Humanos
- 3.- Ampliar e visibilizar a atuação regional coordenada no âmbito internacional em matéria de Direitos Humanos
- 4.- Estimular o pensamento e a cultura

de Direitos Humanos na sociedade

5.- Promover o desenvolvimento institucional do IPPDH. (Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos no Mercosul, 2018).

Basicamente sua estrutura é constituída pelo Conselho de Representantes Governamentais e Secretaria Executiva que se subdivide em cinco departamentos: relações institucionais; investigação e gestão da informação; assistência técnica; comunicação e cultura; e administração e recursos humanos. Esta estrutura teve que se socorrer da iniciativa dos parlamentares brasileiros do Mercosul para que fosse aprovada pela legislação brasileira. O Projeto Legislativo nº 1292/13 foi elaborado para o Plenário Brasileiro em 2013, contudo apenas em abril de 2017 tal instrumento foi aprovado pelos deputados e atualmente cabe ao Senado Federal mais uma análise (AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS, 2017). Além de aprovar a decisão do Conselho do Mercado Comum sobre a opção de sua estrutura, o pequeno projeto também determinou no parágrafo único que:

Parágrafo único: Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Decisão, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. (REPRESENTAÇÃO BRASILEIRA NO PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2013, p. 1).

O IPPDH faz aliança institucional com vários entes e organizações, dentre eles com o Parlamento do Mercosul, uma parceria com a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos,

a atuação do IPPDH é muito importante, uma vez que o atual secretário executivo do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH) Víctor E. Abramovich afirmou em entrevista que apesar dos avanços na última década e de cada país membro ter instituições governamentais voltadas para tratar dos direitos humanos, esta ainda é um ativo do Mercosul porque as assimetrias regionais ainda acarretam em grandes desafios frente às diversas violações no que tange aos direitos humanos. (REVISTA PARLASUR, 2014, p. 05).

#### 4.3 CONVÊNIOS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E INTERNACIONAIS

O Parlamento do MERCOSUL possui convênios, com algumas organizações sociais e internacionais, com a finalidade de fomentar a democracia, os direitos humanos e o processo integracionista, mas até o momento não aconteceu nenhuma convocatória para reuniões com tais organizações<sup>7</sup>, esses convênios representam um importante avanço para as temáticas sociais de uma forma ampla, sendo que algumas são voltadas para os direitos humanos, como é o caso do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), convênio estabelecido no ano de 2009 no qual

ambas partes coincidem na promoção dos Direitos Humanos e os princípios democráticos [...]. O acordo permitirá o desenvolvimento de atividades conjuntas que promovam e fortaleçam o respeito dos Direitos Humanos no marco do processo de integração

7 De acordo com informação do Parlamento do Mercosul.

do Mercosul.<sup>8</sup> (PARLAMENTO DEL MERCOSUR, 2017h).

O convênio seguinte, também firmado no ano de 2009, é com o Programa Mercosul Social e Solidário (PMSS) que envolve as instituições não governamentais dos Estados Membros do Mercosul. Aliás o PMSS foi criado em 2004 com o intuito de inserir e trabalhar com a temática social no Mercosul.

a. A realização de cursos, seminários, conferências, foros, oficinas e outros de natureza similar. As partes acordam realizar atividades públicas de difusão, em particular a organização de audiências públicas à iniciativa de ambas partes; b. O intercâmbio de informações, documentos, incluindo a troca de publicações. O Parlasul se compromete a enviar o Boletim de Notícias do Parlamento do Mercosul, editado pela Secretaria de Relações Institucionais e Comunicação Social, à associadas do PMSS, e está se comprometendo a difundir a informação entre as organizações sociais vinculadas e outros âmbitos de articulação; e c. A elaboração de estudos e monografias sobre temas específicos (PARLAMENTO DO MERCOSUL, 2017i, p. 2)<sup>9</sup>. Tradução livre.

8 Versão original: “ambas partes coinciden en la promoción de los Derechos Humanos y los principios democráticos [...] El acuerdo permitirá el desarrollo de actividades conjuntas que promuevan y fortalezcan el respeto y garantía de los Derechos Humanos en el marco del proceso de integración del MERCOSUR”.

9 Versão original: a. La realización de cursos, seminarios, conferencias, foros, talleres y otros de similar naturaleza. Las Partes acuerdan realizar actividades públicas de difusión, en particular la organización de audiencias públicas a iniciativa de ambas partes; b. El intercambio de información, documentos, incluyendo el canje de publicaciones. El PARLASUR se compromete a enviar el Boletín de Noticias del Parlamento del

Outro importante convênio firmado em prol do desenvolvimento foi com o Instituto de Energias Alternativas da América Latina (IDEAL) localizado em Florianópolis, que trabalha em encontrar novos meios alternativos que não poluam tanto o meio ambiente. Há também convênios com o Centro de Formação para a Integração Regional (CEFIR) e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPS). No âmbito de cooperação internacional há convênio com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a União Europeia (UE).

## CONCLUSÃO

Sob a responsabilidade de trabalhar no desenvolvimento da integração na área política, o Parlamento do Mercosul surgiu com um escopo jurídico institucional, lastreado numa capacidade para ampliar e efetivar temas que até então não encontravam muito espaço na pauta do Mercosul. O Mercosul como bloco econômico – inicialmente, mas, oportunamente foi sendo agregadas as área social, cultural e política - sempre primou pela via democrática, vide a adoção da cláusula democrática no qual os Estados Membros devem se submeter. É neste sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana é sempre primado em toda ação desenvolvida pelo Parlamento do Mercosul.

Com as atividades desenvolvidas pelo Parlamento do Mercosul, a partir de 2006, foi possível compreender que ao mesmo tempo em que houve uma maior busca em democratizar

MERCOSUR, editado por la Secretaría de Relaciones Institucionales y Comunicación Social, a las asociadas del PMSS, y éstas se comprometen a difundir la información entre las organizaciones sociales vinculadas y otros ámbitos de articulación; y c. La elaboración de estudios y monografías sobre temas específicos.



suas decisões, por meio da participação da sociedade civil, também persiste um certo grau de déficit democrático que precisa ser superado pelos parlamentares, configurando um dos principais desafios do Parlamento junto à questão que ainda não se sabe se algum dia terá solução que advém do fato das decisões do Parlamento do Mercosul não terem, no momento, força normativa, tendo caráter apenas de recomendação.

Apesar disso, o Parlamento conseguiu dentro dessa conjuntura desenvolver importantes programas e atividades em prol do enaltecimento da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e da democracia. Como por exemplo, a criação do Observatório da Democracia, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, incentivos para que tais ramos cresçam no organograma institucional, como no caso do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul, sem deixar de contabilizar os esforços em ampliar para a região da América do Sul convênios internacionais que promovam a capacidade de atuação de temas tão importantes e essenciais, não apenas para os ditames do mundo jurídico, como também para à aplicabilidade da vida social.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. **Deputados aprovam acordo que cria Instituto de Direitos Humanos no MERCOSUL.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/relacoes-exteriores/529942-deputados-aprovam-acordo-que-cria-instituto-de-direitos-humanos-no-mercosul.html>. 2017. Acesso em 18/11/2018.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato:** noções de direito e direito internacional. 4. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BARBOSA, Regina Kfuri. **O Mercosul e o regionalismo multifacetado na América do Sul.** Tese de Doutorado em Ciência Política. Apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientadora: Maria Regina Soares de Lima, 2015.

BENJAMIN, Daniela; CARVALHO, José Antônio Marcondes de. Supranacionalidade ou efetividade? A dimensão jurídica institucional do MERCOSUL. In: BARBOSA, Rubens A. (Org). **Mercosul quinze anos.** São Paulo: Fundação Memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Parlamento terá Observatório da Democracia no Mercosul.** 2008. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/125767.html>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno do Parlamento do MERCOSUL (Português).** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/parlamento.html/regimento-interno-do-parlamento-do-mercosul-portugues>. Acesso em 18/11/2018.

CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. POZZOLI, Lafayette. **Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito Fraternal.**

Revista Em Tempo, [S.l.], v. 9, aug. 2011. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/283>>. Acesso em 18/11/2018.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Direito da Integração Regional**. Curitiba: Juruá, 2012.

DRI, Clarissa Franzoi. Perspectivas de desempenho do Parlamento do MERCOSUL à luz da modelagem política sul-americana. **Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis**, Florianópolis, v.4, p.42-65, jul/dez, 2007.

DRI; Clarissa Franzoi, PAIVA, Maria Eduarda. **Parlasul, um novo ator no processo decisório do Mercosul?** In: Revista de Sociologia e Política, v. 24, n. 57, p.31-48, marc. 2016. [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782016000100031](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100031). Acesso em: 18/11/2018.

ESCOBAR, Ticio. 15 años Del MERCOSUR: el debe y el haber de lo cultural. In: BARBOSA, Rubens A. (Org). **Mercosul quinze anos**. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

FEARON, James D. **Domestic politics, foreign policy and theories of international relations**. Rev. Polit. Sci, 1998.

GOMES, Eduardo Biacchi; MORÊS, Francielli; VILLATORE, Marco Antônio. **O Sistema de Solução de Controvérsias no MERCOSUL e na União Europeia**. p. 01-13. [http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Eduardo\\_Biacchi\\_Gomes.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Eduardo_Biacchi_Gomes.pdf). Acesso em 18/11/2018.

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS

HUMANOS. **Plano de Ação**. Disponível em: <http://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/plan-pt/>. 2018. Acesso em 18/11/2018.

KOCH, Camila de Oliveira; LAPA, Fernanda Brandão. **Relatório Direitos Humanos e Participação Social no MERCOSUL – 2012**. Joinville: Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos, 2012.

MARIANO, Karina Lilia Pasquariello. **Parlamento do Mercosul, Integração e Déficit Democrático**. pgs 90-91. Disponível em: <http://sumario-periodicos.espm.br/index.php/seculo21/article/viewFile/1869/152>. 2013. Acesso em 18/11/2018.

MERCOSUL. **Saiba mais sobre o MERCOSUL**. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>. Acesso em 18/11/2018.

MERCOSUL. **Site do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos no Mercosul**. 2018. <http://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/>. Acesso em 18/11/2018

MERCOSUL SOCIAL E PARTICIPATIVO. **Construindo o Mercosul dos Povos com democracia e cidadania**. Brasília: Secretaria Geral da Presidência da República, Assessoria para assuntos internacionais, 2010. Disponível em: [http://ismercosur.org/wp-content/uploads/downloads/2012/09/Mercosul\\_Social-e-Participativo-2010.pdf](http://ismercosur.org/wp-content/uploads/downloads/2012/09/Mercosul_Social-e-Participativo-2010.pdf). Acesso em 18/11/2018.

MOREIRA, Edson Fábio Garutti. **Humanismo de Maritain e a Burocracia**. Coleção Instituto

Jacques Maritain do Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

NOGUEIRA, Uziel. **MERCOSUL Político e Social: Integração ou Desintegração**. In: BARBOSA, Rubens A. (Org). Mercosul quinze anos. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

PARLAMENTO DEL MERCOSUR. 2013a. **Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR**. Disponível em: [http://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/175/1/parlasur/documentos\\_de\\_referencia.html](http://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/175/1/parlasur/documentos_de_referencia.html). Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017a. **Parlasul recebe ao Parlamento Juvenil MERCOSUL**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/14273/2/parlasur/parlasul-recebe-ao-parlamento-juvenil-mercosul.html>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2018b. **Observatório para Democracia**. Disponível em: [http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/4525/2/parlasur/observatorio\\_da\\_democracia.html](http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/4525/2/parlasur/observatorio_da_democracia.html). Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017b **Observatório da Democracia do Parlasul manifesta que equatorianos exerçam de maneira livre e pacífica o direito ao voto**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/13437/1/secretaria/observatorio-da-democracia-do-parlasul-manifesta-que-equatorianos-exerceram-de-maneira-livre-e-pacifica-o-dereito-ao-voto.html>. Acesso em: 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2013c. **Comissão de Cidadania e Direitos Humanos**. Disponível em: [http://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4517/1/parlasur/comissao\\_de\\_cidadnia\\_e\\_direitos\\_humanos.html](http://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4517/1/parlasur/comissao_de_cidadnia_e_direitos_humanos.html). Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017c. **Reglamento del Observatorio de la democracia del Parlamento del MERCOSUR**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/4525/1/disp.-07.09.pdf>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017d. **Ata Nº 01/2017**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/13811/1/reunion-27-de-marzo-acta-1-2017.pdf>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017e. **Ata Nº 02/2017**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/13804/1/reunion-24-de-abril-acta-2-2017.pdf>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017f. **Convocatória Nº 03/2017**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/14015/1/convocatoria---plan-de-labor-3---mayo.pdf>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017g. **Parlamento do Mercosul realizou uma audiência sobre Direitos Humanos no Uruguai**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4026/1/parlasur/parlamento-do-mercosul-realizou-uma-audi%C3%Aancia-publica-sobre-direitos-humanos-no-uruguai.html>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017h. **Convenios con Organizaciones Sociales e Internacionales**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/179/1/parlasur/convenios-con-organizaciones-sociales-e-internacionales.html>. Acesso em 18/11/2018.

\_\_\_\_\_. 2017i. **AcordodeCooperação**. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/7829/1/acuerdo-pmss-parlasur.pdf>. Acesso em 18/11/2018.

PIETRAFESA, Pedro Araújo. **Parlamento do Mercosul: formação, característica e desafios**. Universidade de Relações Internacionais, Brasília: v.9, n.1, p.199-226, jan/jun. 2011.

POZZOLI, Lafayette. **Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina**. São Paulo: Editora Método, 2003.

\_\_\_\_\_. **Maritain e o Direito**. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. Humanismo = Dignidade da pessoa humana. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 4, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/126>>. Acesso em 18/11/2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RATTNER, Henrique. **Mercosul e Alca. O futuro incerto dos países sul-americanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

REPRESENTAÇÃO BRASILEIRA NO PARLAMENTO DO MERCOSUL. **Projeto de Decreto Legislativo nº 1292/13**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1139201&filename=P-DC+1292/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1139201&filename=P-DC+1292/2013). Acesso em 18/11/2018.

RESEDÁ, Sílvia Regina Riccio. **O direito da integração e os reflexos na concepção de Estado-Nação. A supranacionalidade normativa da integração regional e um novo conceito de soberania nacional**. Dissertação de Mestrado. Pós-Graduação em Direito. Apresentada na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2012. Orientador: Ivo Dantas.

REVISTA PARLASUR. **¡Apoyo Unánime! 1982 Maldivas Argentina**. Entrevista. nº 01, nov. 2014. p. 05. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/9310/1/revista-parlasur.pdf>. Acesso em 18/11/2018.

SENADO NOTÍCIAS. **Comissão de Direitos Humanos Debaterá Situação dos direitos humanos no Brasil**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/09/02/comissao-do-parlamento-do-mercosul-debatera-situacao-dos-direitos-humanos-no-brasil>. Acesso em 18/11/2018.

SICA, Dante. **MERCOSUR: Evolución y Perspectivas**. In: BARBOSA, Rubens A. (Org). Mercosul quinze anos. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

SIMÕES, Antonio José. **Eu sou da América do**

Sul. Brasília: FUNAG, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao longo das últimas décadas (1948-2008)**. In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: FUNAG, 2009.

VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional**. São Paulo: Manole, 2003.

WANDERLEY, Luiz Eduardo W. **Sociedade Civil, Gestão Pública Democrática e Mercosul: participação do empresariado e dos trabalhadores**. In: 2º Curso sobre Integração Regional. Governos Locais e Sociedade Civil, Módulo III. Mercocidades: Centro de Estudos e Cultura Contemporânea.



# QUEM DÁ A ÚLTIMA PALAVRA? AS RELAÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COM OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS À LUZ DO CASO FONTEVECCHIA E D'AMICO V. ARGENTINA

Melina Girardi Fachin

Bruna Nowak

## INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2017, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* emitiu decisão acerca do caso *Fontevicchia y D'Amico*, julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) seis anos antes. As repercussões advindas desta decisão consideraram-na precedente ameaçador apto a justificar futuras inadimplências da Argentina quanto ao Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Porque a Corte Suprema, invocando disposições de direito interno, decidiu por cumprir apenas parcialmente as imposições da Corte IDH, estar-se-ia demonstrando certa insubmissão da Argentina ao sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Com o intuito de apresentar considerações sobre as relações internas-

internacional, em especial à luz da alta inadimplência das sentenças da Corte IDH é que o presente artigo foi elaborado. O objetivo principal que se pretende alcançar é a demonstração de que o descumprimento de uma sentença internacional não significa necessariamente a negação estatal da autoridade que emana dos tribunais internacionais. Muito existe por detrás da questão de autoridade, o que é crucial para a compreensão das interações entre o interno e o internacional na proteção dos direitos humanos.

A primeira parte do trabalho compreende breve análise do estado da arte das relações da Corte Suprema argentina com a Corte IDH. Mediante a referência a casos emblemáticos julgados pela primeira, é possível observar que suas reações à segunda

.....  
Melina Girardi Fachin

Mestra e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Visiting Researcher da Harvard Law School. Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFPR. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da UFPR (NESIDH-UFPR).

Bruna Nowak

Mestra em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR. Bacharela em Direito pela UFPR. Membro do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da UFPR (NESIDH-UFPR).

variaram ao longo da consolidação do Sistema Interamericano na Argentina – e tais variações e inconstâncias permanecem características às intersecções entre referido Estado e a Corte IDH.

Num segundo momento, são apresentados os principais aspectos das decisões proferidas pela Corte IDH e pela Corte Suprema argentina no caso *Fontevicchia y D'Amico*. Com base na análise da responsividade da Argentina em relação às sentenças da Corte IDH, será possível tecer algumas conclusões sobre as razões que conduziram à fundamentação da Corte Suprema no julgamento do caso em comento.

Finalmente, o último tópico explora alguns aspectos críticos sobre as relações entre a Corte IDH e as ordens jurídicas estatais, por meio de referências e considerações ao caso *Fontevicchia y D'Amico*. São referenciadas algumas propostas doutrinárias acerca das relações entre cortes, expondo-se a necessidade de superação de disputas de autoridade entre estes organismos, a fim de que a proteção dos direitos humanos seja reforçada mediante efetivos diálogos sem que seja preciso recorrer à última palavra.

## **1 A RESPONSABILIDADE DA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUANTO ÀS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

A República Argentina ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção Americana) em 1984, ano em que reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH. No momento da ratificação da Convenção Americana, o sistema jurídico

argentino adotava preponderantemente a tese da supremacia constitucional, no sentido de que o direito interno teria prevalência sobre o direito internacional, o qual estava submetido à máxima interpretação Corte Suprema<sup>1</sup>.

Em 1994, promoveu-se uma reforma constitucional na Argentina, por meio da qual a Convenção Americana e outros dez instrumentos internacionais adquiriram hierarquia constitucional<sup>2</sup> e, nos termos do artigo 75, inciso 22 da Constituição, “*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”. Este caráter de complementaridade é importante para a análise que se seguirá sobre as relações entre a Corte Suprema argentina e a Corte IDH, sobretudo porque tal dispositivo privilegia as normas contidas na primeira parte do texto constitucional em detrimento dos tratados internacionais.

Como resultados dos compromissos internacionalmente firmados, foram propostos alguns projetos de lei na Argentina, visando definir as relações do ordenamento interno com os tribunais internacionais. Mencionam-

1 AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*. v. 12, n. 14, 2014, p. 68. O autor comenta que, em 1947, a Corte Suprema, mediante perspectiva eminentemente dualista, julgou o caso *Merck*, definindo que o direito internacional se sobressairia em relação ao direito argentino apenas em tempos de guerra.

2 HARO, Ricardo. *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina relativa a su vinculación jurisdiccional con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Arnaud Martin (Dir.). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 396.

se especialmente o *Expediente 1566 – S – 2000*, que propôs uma revisão das normas regulamentadoras do processo penal para possibilitar a execução das sentenças da Corte IDH, e o *Expediente S – 01 – 0327*, o qual definiu o caráter obrigatório das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH)<sup>3</sup>. Até o momento, nenhum destes projetos foi convertido em lei, nem foram aprovados novos projetos em prol da execução das sentenças da Corte IDH.

Apesar da ausência de mecanismos internos próprios para o cumprimento das decisões da Corte IDH, pode-se constatar que a Argentina é um dos Estados mais engajados do Sistema Interamericano. Desde sua submissão ao Sistema, a Corte IDH julgou dezessete casos em face da Argentina. Destes, dois foram arquivados sem condenação<sup>4</sup>. Das sentenças condenatórias, três tiveram as recomendações integralmente cumpridas<sup>5</sup>, uma foi arquivada mesmo com parcial cumprimento das

3 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: Center for Justice and International Law – CEJIL, 2007, p. 163-189.

4 Caso *Maqueda v. Argentina*, arquivado pela sentença de objeções preliminares de 17 de janeiro de 1995; Caso *Grande v. Argentina*, arquivado pela sentença de exceções preliminares e mérito de 31 de agosto de 2011.

5 De acordo com o artigo 68.1 da Convenção Americana, “os Estados partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Compete à Corte IDH emitir resoluções de acompanhamento da implementação de suas sentenças. Em relação à Argentina, os três casos que tiveram as recomendações integralmente cumpridas são: Caso *Kimel v. Argentina*, sentença de cumprimento de 5 de fevereiro de 2013; Caso *Mohamed v. Argentina*, sentença de cumprimento de 13 de novembro de 2015; Caso *Mémoli v. Argentina*, sentença de cumprimento de 10 de fevereiro de 2017.

recomendações<sup>6</sup> e onze possuem sentenças de supervisão de cumprimento em aberto<sup>7</sup>.

As reparações que foram implementadas acompanharam a lógica característica da jurisprudência da Corte IDH: oferecer às vítimas uma reparação integral pelos danos sofridos<sup>8</sup>. Via de regra, as espécies de reparações que costumam ser cumpridas pela Argentina são: publicação das decisões, pagamento de indenizações por danos materiais e imateriais, promoção de atos públicos de reconhecimento de responsabilidade, declaração de ineficácia de sentenças, adequação do direito interno à Convenção Americana, adoção de medidas de garantia de acesso à justiça (sobretudo o acesso a recursos judiciais).

A fim de colocar em evidência a postura da Corte Suprema da Argentina em relação às reparações impostas nas sentenças condenatórias prolatadas pela Corte IDH, comentam-se alguns casos julgados pela primeira nos quais houve consideração ou rechaço das decisões da segunda. O critério de seleção dos casos, sem qualquer pretensão exauriente, é da relevância para demonstrar

6 Em Resolução de 14 de novembro de 2017, a Corte IDH decidiu arquivar o caso *Cantos v. Argentina* mesmo que as recomendações não tenham sido integralmente cumpridas pelo Estado. A justificativa foi a falta de interesse por parte das vítimas, seus representantes e da Comissão IDH em dar prosseguimento à supervisão em relação aos pontos resolutivos da sentença que ainda não haviam sido implementados pela Argentina.

7 Em ordem cronológica: Casos *Garrido y Baigorria*, *Bulacio*, *Bueno Alves*, *Bayarri*, *Torres Millacura y otros*, *Fontevicchia y D’Amico*, *Fornerón e hija*, *Furlán y familiares*, *Mendoza y otros*, *Gutiérrez y familia*, *Argüelles y otros*.

8 Sobre as reparações, ver: LOIANNI, Adelina. Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. n. 8, p. 389-413.

que as respostas da Corte Suprema não são uniformes e podem variar mesmo no que tange a um mesmo tema, como, por exemplo, o da liberdade de expressão e pensamento.

O primeiro caso apreciado pela Corte Suprema argentina que refletiu o impacto da jurisprudência da Corte Interamericana foi o caso *Giroldi Horacio David y otros*, de 1995. Estabeleceu-se que os julgados da Corte Interamericana devem servir de guia interpretativo aos preceitos da Convenção Americana.<sup>9</sup> Reafirmou-se o dever dos juízes de aplicarem tratados internacionais, motivo pelo qual a Corte Suprema declarou inconstitucional artigo do Código de Processo Penal argentino, por ser contrário ao artigo 8.2 da Convenção Americana, que protege garantias judiciais.<sup>10</sup> A declaração de inconstitucionalidade evidencia o caráter constitucional da Convenção Americana, a ela atribuído no ano anterior e reforçado pela Corte Suprema quando do julgamento do caso *Giroldi*.

Em 1998, a Corte Suprema se referiu às recomendações da Comissão Interamericana quando analisou o caso *Abella, Carlos y otros*. A Comissão havia concluído que a Argentina deveria reparar o dano de ter privado os petionários da oportunidade de revisão de sentença condenatória. A Corte Suprema afirmou que os órgãos do Sistema Interamericano proferem decisões que devem pautar a interpretação da Convenção Americana,

9 AYALA, Carlos. The judicial dialogue between international and national courts in the Inter-American human rights system. In: SCHEININ, Martin; KRUNKE, Helle; AKSENOVA, Marina. *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 309.

10 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 116.

mas que isso não significa que a Corte Suprema incorporaria estes conteúdos, principalmente as decisões da Comissão Interamericana.<sup>11</sup>

Em 2002, a Corte IDH condenou a Argentina pela violação aos artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana no caso *Cantos*, ordenando a Corte Suprema que diminuísse as custas processuais e retirasse as restrições ao patrimônio de José Maria Cantos, empresário que teria sido prejudicado devido ao sequestro de seus bens pelo Estado. Por maioria, a Corte Suprema decidiu não acatar a sentença da Corte IDH<sup>12</sup>, ainda que isto implicasse a violação do direito de acesso à justiça de Cantos, utilizando-se do mesmo argumento que embasou a decisão no caso *Fontevicchia y D'Amico*: a impossibilidade, por razões de direito interno, de rever uma sentença transitada em julgado<sup>13</sup>, além da vulneração de direitos de terceiros que não haviam integrado o processo internacional.<sup>14</sup>

Diferente foi a postura da Corte Suprema no julgamento do caso *Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción*, de 2004, razão pela qual Damián González-Salzberg aduz que, até então, “*el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH no había implicado la necesidad de pronunciarse en contra de los criterios jurídicos de la propia*

11 *Ibidem*, p. 118.

12 A despeito da decisão da Corte Suprema, o Poder Executivo expediu alguns decretos objetivando o cumprimento das reparações. Até o momento, foram emitidas quatro resoluções de cumprimento de sentença pela Corte IDH (2005, 2007, 2009 e 2010), estando o caso parcialmente cumprido pela Argentina.

13 HARO, Ricardo. *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, p. 416.

14 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 120.

CSJN [Corte Suprema de Justicia de la Nación]<sup>15</sup>. A Corte Suprema, em estrito cumprimento da sentença proferida pela Corte IDH no caso *Bulacio v. Argentina* no ano anterior, tornou sem efeito decisão transitada em julgado que havia declarado prescrita a ação e realizou novo julgamento. Importante mencionar que o caso Bulacio concerne à responsabilidade da Argentina pela morte de um indivíduo detido sob a custódia de agentes estatais. O Estado não apenas reconheceu as violações que praticou, como também consentiu em firmar acordo de solução amistosa com a Corte IDH.<sup>16</sup>

Dois aspectos relativos a este caso merecem destaque. O primeiro corresponde à ênfase dada à Corte Suprema ao fato de que se estavam aplicando parâmetros de imprescritibilidade a uma causa que, a princípio, não se enquadrava nas regras de direito internacional incorporadas pelo ordenamento argentino, referentes a crimes contra a humanidade.

O segundo concerne à observação de Victor Bazán, para o qual não foi sem críticas que a Corte Suprema observou a jurisprudência da Corte IDH. O tribunal argentino destacou estar diante de um paradoxo segundo o qual só seria possível cumprir as obrigações impostas ao Estado mediante restrições ao direito de defesa e ao direito a um julgamento em prazo razoável, direitos estes que também são garantidos pela Convenção Americana. A

15 GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. La Implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*. v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 128.

16 Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Sentença, 18/09/2003, Série C, nº 100.

Corte Suprema também consignou que, como estas restrições foram determinadas pelo próprio tribunal internacional responsável por assegurar a efetividade dos direitos humanos, caberia à Corte Suprema, apesar das ressalvas assinaladas, dar cumprimento à sentença da Corte IDH.<sup>17</sup>

A conclusão que se pode extrair é a de que, a despeito de a Corte Suprema ter afirmado que para proteger certos direitos a Corte DH por vezes impõe parâmetros que flexibilizam ou, até mesmo, violam outros direitos previstos na própria Convenção Americana, constituía dever da Argentina observar os ditames da Corte IDH, uma vez que a esta competiria a palavra final sobre os direitos humanos na região.

No ano de 2005, em julgamento emblemático, a Corte Suprema seguiu a linha jurisprudencial de tornar sem efeitos sentenças contrárias aos direitos humanos. No caso *Júlio Héctar y otros*, houve a declaração de inconstitucionalidade das leis de *Obediencia Debida* e *Punto Final* com base na consolidada jurisprudência da Corte IDH sobre leis de anistia que pretendam obstar a investigação, o processamento e a sanção de responsáveis por graves violações de direitos humanos.<sup>18</sup> Recepcionando o paradigmático caso *Barrios*

17 BAZÁN, Victor. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos*. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera Garcia (Coord). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 589.

18 GARCÍA-SAYÁN, Diego. *Justicia interamericana y tribunales nacionales*. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera Garcia (Coord). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 816.



*Altos v. Peru*<sup>19</sup>, a Corte Suprema exerceu claro controle de convencionalidade, valendo-se de condenação de outro Estado perante o Sistema Interamericano.

Não se pode ignorar que o tema da justiça de transição é traço comum na jurisprudência latino-americana, o que apenas reforça a importância do caso em comento. Conforme salienta Diego García-Sayán<sup>20</sup>, os efeitos gerais das sentenças da Corte IDH em casos como o *Barrios Altos v. Peru* tiveram impacto nos ordenamentos jurídicos dos Estados, sendo “representativos de tendencias y/o de numerosos otros casos o situaciones semejantes, lo que le da a los mismos una relevancia cualitativa que trasciende el caso mismo”<sup>21</sup>. Usar precedente do sistema em relação a outro Estado pressupõe um grau de institucionalidade sobre o tema que ainda não

conseguimos atingir no Brasil, por exemplo<sup>22</sup>.

Outro exemplar impacto das sentenças da Corte IDH nos institutos jurídicos argentinos diz respeito ao caso *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, também de 2005. Em observância ao Informe 24/92 da Corte DH e ao julgado no caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, a Corte Suprema definiu o alcance do recurso de cassação para compatibilizá-lo às exigências do duplo grau de jurisdição determinadas pelo Sistema Interamericano. Houve alteração radical da interpretação da Corte Suprema sobre referido recurso, o qual passou a não mais se restringir a questões de direito.<sup>23</sup>

Já em 2007, em postura oposta ao que se vinha observando, a Corte Suprema rechaçou o julgamento da Corte IDH no caso *Bueno Alves v. Argentina*. Declarou, no caso *René Jesus s/ incidente de prescripción de la acción penal*, prescrita a ação penal em face de um dos agentes policiais acusados da prática de atos de tortura contra Bueno Alves, ainda que a Corte IDH tenha condenado o Estado a investigar os fatos e sancionar os responsáveis. No entanto, em 2011, a Corte Suprema reviu a decisão e optou por torná-la sem efeito, remetendo os autos às instâncias inferiores para o reprocessamento. Dessa forma, aplicou-se a imprescritibilidade ainda que, a princípio, o delito não constituísse crime contra a humanidade.<sup>24</sup>

19 “No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas” Em: PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 6, n. 2, julho-setembro 2014, p. 144.

20 GARCÍA-SAYÁN, Diego. *Justicia interamericana y tribunales nacionales*, p. 808 e 814.

21 A respeito, Jorge Alejandro Amaya evidencia que há dúvidas se os precedentes da Corte IDH produzem espécie de doutrina a ser obrigatoriamente incorporada pelos Estados apenas nos casos que versam sobre crimes contra a humanidade, ou se isto se estenderia a outros casos em quaisquer dos Estados signatários. Em: AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales, p. 75.

22 Por todos, ver: MOREIRA FILHO, J. C. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

23 HARO, Ricardo. *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, p. 408.

24 GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. La Implementación de las sentencias de la Corte Interamericana, p. 128-129.

Nesta breve retrospectiva, pode-se observar que, conforme salienta o CEJIL<sup>25</sup>, a jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* é um tanto quanto oscilante no que tange ao cumprimento das sentenças e à implementação das reparações. A Corte Suprema varia entre a negação de obrigatoriedade das recomendações da Comissão (caso *Abella, Carlos y otros*) e das sentenças da Corte (caso *René Jesus*), a afirmação do caráter obrigatório das sentenças da Corte IDH referentes a casos argentinos (caso *Espósito Miguel Ángel*), o reconhecimento dos órgãos do Sistema Interamericano ora como guias interpretativos (caso *Giroldi*), ora como possuindo pronunciamentos de cunho vinculante (caso *Júlio Héctar*).<sup>26</sup>

Há variações, também, no que concerne à revisão de processos que transitaram em julgado, decidindo a Corte Suprema tanto pela impossibilidade de fazê-lo, como nos casos *Cantos* e *Fontevicchia y D'Amico*, quanto não

25 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 114 e 125.

26 A respeito, Carlos Ayala comenta que: “As we have seen above, some criteria developed by the Inter-American jurisprudence and implemented by national courts are neither purely binding nor purely instructive in nature, but rather serve to link both categories. Some cases of the Argentinean Supreme Court of Justice belong to this group. In *Videla, Jorge Rafael and Simón, Julio Héctor et al.*, the judges declared that the jurisprudence of the IACtHR (case *Barrios Altos v. Peru*) represents an ‘essential interpretation guideline’ of ‘imperative’ application. On other occasions, the Argentinean Supreme Court has simply made reference to the Inter-American judicial precedent in adopting it subsequently as a direct interpretation of what ‘must be understood’. Following this path, in the case *Casal, Matías Eugenio et al.*, the Argentinean Court, adhering to the judgment of the IACtHR in the case *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, issued as interpretative judgment over the mandatory content of the right to appeal as an essential element of due process.” In: AYALA, Carlos. *The judicial dialogue between international and national courts*, p. 314-315.

só pela possibilidade, mas dever, tal qual nos casos *Espósito Miguel* e *René Jesús*. Alguns casos engendraram a alteração e a declaração de inconstitucionalidade de leis devido à incidência da Convenção Americana (casos *Júlio Héctar* e *Giroldi*), enquanto outros conduziram a uma interpretação legislativa convencional (caso *Casal*).

Com intuito de reforçar as particularidades das reações da Corte Suprema argentina quanto ao Sistema Interamericano, expõem-se de maneira sucinta alguns aspectos do caso *Kimel*<sup>27</sup>, que, assim como o caso *Fontevicchia y D'Amico*, gira em torno do direito à liberdade de pensamento e expressão.

O caso versa sobre a publicação do livro *El Masacre de San Patricio* pelo historiador e jornalista Eduardo Gabriel Kimel, no qual se relataram os fatos do assassinato de cinco religiosos e criticou-se o desempenho das autoridades responsáveis pela investigação, inclusive do Poder Judiciário. A alegação de Kimel foi no sentido de que “*la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial*”, além de um dos juízes federais ter deixado de considerar “*una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato*.”<sup>28</sup>

Em 1991, o juiz mencionado por Kimel ingressou com uma demanda penal, processando-o pelo crime de calúnia. Após divergências entre a primeira e segunda instâncias e a Corte Suprema, na decisão final prolatada pela *Sala IV de la Cámara de Apelaciones* em 1999, Kimel foi condenado à

27 Corte IDH. Caso *Kimel v. Argentina*. Sentença, 02/05/2008. Série C, nº 177.

28 Parágrafo 42 da sentença.

pena de prisão pelo período de um ano e multa de vinte mil pesos. O caso foi levado ao Sistema Interamericano e submetido à apreciação da Corte IDH em 19 de abril de 2007.

A análise da Corte IDH foi específica quanto à verificação da tipificação dos delitos de injúria e calúnia e a possível afetação da estrita legalidade quando da restrição do direito à liberdade de expressão por via penal; à idoneidade da sanção penal para a salvaguarda da reputação dos juízes enquanto objetivo legítimo a ser perseguido; à proporcionalidade da medida para a garantia da reputação do funcionário público.<sup>29</sup>

A Corte levou em consideração o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pela Argentina, por meio do qual o Estado afirmou que a cominação da sanção penal em face de Kimel consistiu em violação ao seu direito à liberdade de expressão, além de o processamento da ação penal não ter se dado em prazo razoável, em clara vulneração ao artigo 8.1 da Convenção Americana. Ademais, a Argentina reconheceu que a falta de precisão na tipificação dos crimes de injúria e calúnia era violadora do dever de adotar disposições internas consoantes aos direitos consagrados na Convenção Americana (artigo 2º da Convenção)<sup>30</sup>.

Assim, a Corte IDH concluiu que, embora a via penal seja legítima para a proteção da honra e da dignidade (direitos previstos no artigo 11 da Convenção Americana), no caso de Kimel, a aplicação de sanção penal mostrou-se desnecessária e desproporcional<sup>31</sup>, motivo

pelo qual a proteção do direito à liberdade de expressão teria preponderância. Não só os tipos penais de calúnia e injúria eram excessivamente amplos, o que acarretou cerceamento indevido da liberdade de expressão, como Kimel emitiu um juízo de valor crítico sobre a atuação do Poder Judiciário durante a ditadura militar, nada tendo relação com a vida pessoal do juiz ou com a imputação de um delito a este, o que afasta qualquer violação ao direito à honra.<sup>32</sup>

Neste sentido, a Corte IDH condenou a Argentina pela violação aos artigos 2, 8 e 13 da Convenção Americana, além dos artigos 9 (princípio da legalidade) e 25 (proteção judicial) do mesmo instrumento, todos cumulados com a violação ao artigo 1.1. As medidas de reparação determinadas em benefício de Kimel foram: o pagamento de dez mil dólares a título de indenização por danos materiais e de vinte mil dólares a título de indenização por danos imateriais; o dever de tornar sem efeito a sentença penal condenatória; a publicação da decisão em Diário Oficial e outro meio midiático de grande circulação; a promoção de ato de reconhecimento de responsabilidade internacional por parte do Estado. Também se determinou a adequação do direito interno à Convenção Americana, a fim de que o direito à liberdade de expressão não fosse mais afetado por imprecisões normativas.<sup>33</sup>

Após a prolação da sentença pela Corte, em maio de 2008, três resoluções de cumprimento de sentença foram emitidas.<sup>34</sup> Em fevereiro de 2013, foi atestada a implementação de todas as reparações pela Argentina,

29 Parágrafo 58 da sentença.

30 Parágrafo 18 da sentença.

31 Parágrafo 71 da sentença.

32 Parágrafo 91 da sentença.

33 Parágrafos 110 a 133 da sentença.

34 Em maio de 2010, novembro de 2010 e fevereiro de 2013.

inclusive a cessação de efeitos da sentença penal condenatória. Observando o dever de compatibilizar o direito interno à Convenção Americana, o Estado aprovou legislação modificadora do Código Penal, excluindo da abrangência dos crimes de injúria e calúnia questões relativas ao interesse público, fixando multas pecuniárias quando do cometimento destes crimes.<sup>35</sup>

Estes breves apontamentos sobre as respostas da Corte Suprema argentina às sentenças da Corte IDH servem de guia para a análise do caso *Fontevecchia y D'Amico* e permitem, desde já, que se afaste o entendimento de que se trata de um precedente de negação da obrigatoriedade dos preceitos da Corte IDH. As variações e oscilações da jurisprudência argentina são necessárias para a compreensão crítica do que ocasionou o cumprimento apenas parcial da sentença pela Corte Suprema.

## 2 O CASO FONTEVECCHIA Y D'AMICO: DUAS CORTES, DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

A sentença proferida pela Corte IDH em 2011 no caso *Fontevecchia y D'Amico*<sup>36</sup> tem sua origem na propositura de uma petição perante a CIDH em 15 de novembro de 2001. Na ocasião, os peticionários e vítimas, Jorge Fontevecchia e Hector D'Amico (que, a partir de 2006, contaram com o auxílio e a representação do *Centro de Estudios Legales y Sociales* – CELS), alegaram a violação do artigo 13 da Convenção

35 Parágrafos 30 e 33 da Resolução de 18 de maio de 2010.

36 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Sentença, 29/11/2001. Série C, nº 238.

Americana, o qual protege o direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Os fatos do caso remontam à publicação, em 1995, de três matérias na revista *Noticias* (do qual Fontevecchia era diretor e D'Amico, editor), as quais diziam respeito a aspectos da vida pessoal do então Presidente da Argentina, Carlos Saúl Menem. Em síntese, veiculou-se a existência de um filho extraconjugal do Presidente Menem com a deputada Martha Meza; comentou-se acerca de substanciais somas de dinheiro dados por Menem à deputada e ao filho, Carlos Meza; sobre visitas destes últimos à *Casa de Gobierno*, bem como da possibilidade de reconhecimento da paternidade por Menem quando da conclusão do divórcio com sua ex esposa.<sup>37</sup>

Outras circunstâncias relevantes à opinião pública que também foram divulgadas nas matérias jornalísticas concernem à alegação da existência de ameaças ao filho de Menem e Meza, o que motivara pedido de asilo ao Paraguai, à celebração de acordo entre ambos por meio do qual se estabeleceu o pagamento de pensão mensal no valor de vinte mil dólares, à criação de fideicomisso em favor de Carlos Meza no valor aproximado de um milhão de dólares, além da suposta cobertura política dada ao marido de Meza, acusado por desfalque em uma obra social. A publicação no periódico *Noticiais* fez menção expressa ao livro *El Jefe: Vida y Obra de Carlos Saúl Menem*, do qual haveria sido extraído grande parte do conteúdo divulgado<sup>38</sup>.

Em virtude das publicações, Menem ingressou, em 1995, com uma demanda

37 Parágrafos 32 a 34 da sentença.

38 Parágrafo 35 da sentença.

civil em face de Fontevecchia, D'Amico e do *Editorial Perfil S.A. (Noticias)*, objetivando o ressarcimento econômico pelos danos morais causados pela alegada violação ao seu direito à intimidade. O montante demandado a título indenizatório foi de um milhão e quinhentos mil pesos, somados aos custos processuais.<sup>39</sup>

Em primeira instância, a demanda foi julgada improcedente. Tal decisão foi apelada por Menem. A *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal* reverteu o julgamento *a quo* e condenou Fontevecchia, D'Amico e o *Editorial Perfil* ao pagamento de cento e cinquenta mil pesos ao autor da ação devido à violação de seu direito à intimidade. Em face desta sentença, os demandados interpuseram recurso extraordinário federal. Em 25 de setembro de 2001, a Corte Suprema argentina confirmou a decisão recorrida, reduzindo o valor indenizatório para sessenta mil pesos e dividindo as custas processuais entre as partes. A sentença se fundamentou no caráter íntimo das informações difundidas, as quais, embora não tivessem a veracidade controvertida, violaram "*la esfera de la vida privada del 'hombre público'*"<sup>40</sup>.

O processo de execução da decisão resultou no embargo dos haveres de D'Amico de março de 2004 a novembro de 2005, devido a ofício dirigido à empresa onde este trabalhava, o qual determinou que deveriam ser embargados os haveres e quaisquer outros valores por ele percebidos para o pagamento de mais de cento e oito mil pesos a título de indenização, somados a trinta mil pesos referentes às custas processuais. Ao total, D'Amico teve retidos cerca

de quarenta e seis mil dólares.<sup>41</sup> O *Editorial Perfil* arcou com as despesas relativas à taxa de justiça, no valor de mais de cinco mil pesos.<sup>42</sup>

Após a apresentação do caso à CIDH, em 2011, houve a expedição do informe de admissibilidade (Informe 51/05), em 12 de outubro de 2005, seguido do informe de mérito, em 13 de julho de 2010 (Informe 82/10). Devido ao não cumprimento das recomendações da CIDH pela Argentina, o caso foi submetido à Corte IDH em 10 de dezembro de 2010<sup>43</sup>, mediante a alegação de que a condenação civil imposta dos petionários não observou as exigências do artigo 13 da Convenção Americana.

O argumento principal da Comissão IDH foi o de que a sanção civil aplicada aos petionários era desnecessária, uma vez que as informações publicizadas já estavam em domínio público e versavam sobre questões de interesse público. Ainda que a restrição ao direito à liberdade de expressão estivesse devidamente prevista em lei (artigos 19 da Constituição argentina e 1.071 do Código Civil) e consoante ao objetivo permitido pelo artigo 13.2 da Convenção Americana<sup>44</sup>, a inadequação da sanção civil aplicada seria violadora do direito à liberdade de expressão das vítimas.<sup>45</sup>

39 Parágrafo 37 da sentença.

40 Parágrafos 38 e 39 da sentença.

41 Parágrafo 20 da sentença.

42 Parágrafo 40 da sentença.

43 Conforme o artigo 51 da Convenção Americana, a Comissão IDH pode submeter o caso à Corte IDH transcorridos três meses do relatório de mérito e não cumpridas as recomendações dirigidas ao Estado.

44 O inciso 2 do artigo 13 da Convenção Americana prevê que o exercício do direito à liberdade de pensamento e expressão, embora não possa ser censurado previamente, pode sujeitar responsabilização posterior para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou moral públicas.

45 Parágrafo 18 da sentença. Para os representantes



Em sua contestação, o Estado argentino procurou ressaltar seu comprometimento com o Sistema Interamericano, enaltecendo as alterações institucionais, normativas e a adequação jurisprudencial, sobretudo após a sentença condenatória no caso *Kimel*. Reconheceu-se que, quando da prolação da decisão pela Corte Suprema que originou o caso *Fonvecchia y D'Amico*, a proteção do direito à liberdade de expressão na Argentina não era conforme os padrões internacionais; porém, as reformas que se sucederam teriam tornado a ordem jurídica argentina consoante aos ditames da Corte IDH.

A análise de mérito da Corte IDH centrou-se em responder se a responsabilização civil dos peticionários cumpriu com os requisitos de i) previsão em lei, ii) objetivação de um fim legítimo e iii) idoneidade, necessidade e proporcionalidade. Quanto à primeira exigência, concluiu-se que o direito à intimidade por cuja violação foram as vítimas civilmente condenadas contém previsão no Código Civil argentino, que é lei em sentido formal e material.<sup>46</sup>

A Corte também aludiu que a via civil é idônea para salvaguardar, por meio de medidas de reparação de danos, o direito à proteção da honra e da dignidade, consagrado no artigo 11<sup>47</sup>

.....  
das vítimas, “*la sanción en el presente caso resultó desproporcionada dado que la cifra establecida por la Corte Suprema fue trescientas veces superior al salario mínimo argentino y unas cincuenta veces superior al salario promedio de un periodista, distando mucho de ser un monto razonable*”. Em: Parágrafo 25 da sentença.

46 Parágrafos 51 e 52 da sentença.

47 Os incisos 2 e 3 do artigo 11 da Convenção Americana dispõem que: “2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

da Convenção Americana. Também a via penal é considerada legítima e convencional para a tutela de referido direito, tal qual decidido no já mencionado caso *Kimel*. Devem-se verificar, caso a caso, a conduta supostamente violadora da vida privada e as características do dano alegadamente causado, a fim de se constatar se o recurso às vias civil e/ou penal é passível de justificação.<sup>48</sup>

Neste viés, a Corte IDH considerou que a Corte Suprema argentina, em sua decisão de 25 de setembro de 2001, não estabeleceu os fatos específicos que teriam afetado a vida privada de Menem, tendo apenas apresentado argumentos para solucionar o embate entre os dois direitos constitucionalmente protegidos. Ainda, entendeu que as informações veiculadas pela revista *Noticias* possuíam caráter de interesse público, principalmente devido às alegações de utilização de fundos públicos para fins pessoais por parte do ex Presidente Menem. Finalmente, a Corte IDH concluiu que os fatos relativos à paternidade não reconhecida de um filho extraconjugal já tinham sido publicamente difundidos.<sup>49</sup>

Com base nesta análise, a Corte IDH definiu que “*la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad*

48 Parágrafos 53 a 56 da sentença.

49 Parágrafos 57 a 64 da decisão. Ademais, a Corte IDH ressaltou que “*el derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo. En este caso, su conducta no fue de resguardo de la vida privada en ese aspecto*”, tendo em vista que o comportamento de Menem possibilitou, inclusive, que fossem tiradas fotografias suas ao lado de Meza e de Carlos Meza. Em: Parágrafo 165 da decisão.

de proteger en derecho a la vida privada". Por estas razões, a responsabilização civil dos petionários, as conseqüentes imposição do dever de indenizar Menem e a execução da sentença violaram o direito à liberdade de expressão dos petionários<sup>50</sup>, motivo pelo qual a Corte condenou o Estado da Argentina pela violação do artigo 13 da Convenção Americana, cumulado com o artigo 1.1<sup>51</sup>.

Como medidas de reparação, a Corte IDH determinou tornar sem efeito as sentenças proferidas na demanda civil proposta em face de Fontevecchia e D'Amico e a atribuição de responsabilidade civil aos petionários. Impôs a reintegração dos valores atualizados que foram pagos pelos petionários e pelo *Editorial Perfil* a título de indenização e o pagamento de custas processuais.<sup>52</sup>

Também se ordenou a publicação de resumo da sentença pelo Estado argentino em Diário Oficial e em jornal de ampla circulação nacional, bem como a disponibilização da integralidade da decisão, pelo período de um

50 Em contrapartida, a Corte reconheceu os avanços na proteção do direito à liberdade de expressão: "Por otra parte, el Tribunal toma nota de los cambios que se han producido a nivel interno en materia de libertad de expresión, tales como la reforma legislativa derivada del caso Kimel, que modificó el código penal argentino eliminando la posibilidad que las expresiones u opiniones relacionadas con asuntos de interés público configuren supuestos de calumnia o injuria, la sanción de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, así como los cambios institucionales y jurisprudenciales ocurridos en la Corte Suprema en materia de libertad de expresión." Em: Parágrafo 95 da sentença.

51 Parágrafos 71 a 75 da sentença.

52 Parágrafo 105 da sentença. Cumpre observar que o artigo 68.2 da Convenção Americana possibilita que os Estados definam, de acordo com o processo vigente para a execução de sentenças contra o Estado, de que forma a indenização compensatória imposta como medida de reparação em sentença condenatória da Corte IDH será executada.

ano, no *Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. A Corte fixou os montantes de cinco mil e dois mil dólares a serem pagos a cada um dos petionários por conta dos gastos relativos ao processo interno e à participação na audiência pública perante a Corte, respectivamente. Ao CELS, a Corte dispôs que o Estado deve repassar a quantia de sete mil, setecentos e setenta dólares como reintegração dos gastos com a tramitação do caso perante o Sistema Interamericano<sup>53</sup>.

Aproximadamente quatro anos após a sentença de mérito, a Corte IDH publicou resolução de supervisão do cumprimento da sentença.<sup>54</sup> Transcorridos dois anos e oito meses do prazo disposto na sentença para o cumprimento das recomendações e de quatro informes realizados pela Corte, a Argentina não havia informado acerca da implementação da sentença, nem remetido qualquer escrito à Corte. Diante da inatividade estatal, a Corte IDH concedeu até 31 de março de 2016 como prazo para a Argentina apresentar informe indicando as medidas adotadas.

Em novembro de 2016, a Corte IDH expediu nova resolução de cumprimento da sentença no caso *Fontevecchia y D'Amico*.<sup>55</sup> A Argentina cumpriu com o requerimento da Corte, tendo encaminhado informe sobre a implementação das reparações ordenadas. A Corte considerou totalmente cumprida a obrigação de publicação da sentença condenatória e seu resumo oficial. Manteneve-

53 Parágrafos 108, 128 e 129 da sentença.

54 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de setembro de 2015.

55 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 22 de novembro de 2016.

se aberto o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença quanto às demais reparações.

A *Procuración General de la Nación*, a pedido da *Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación*, apresentou manifestação sobre o caso *Fontevicchia y D'Amico*, em 26 de novembro de 2014.<sup>56</sup> Para a Procuradora Geral, a Corte Suprema argentina possui o dever de tornar sem efeito tanto a sentença por si proferida, quanto revogar o pronunciamento da *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, devido aos fundamentos da decisão da Corte Interamericana.

Ressaltou-se que compõe a jurisprudência da Corte Interamericana<sup>57</sup> ordenar que os Estados deixem sem efeito decisões de natureza civil ou penal em casos nos quais se considerou violado o direito à liberdade de expressão. Em consonância aos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado argentino, a Procuradora Geral também aludiu que

*la carencia de normas internas que regulen específicamente la ejecución de sentencias de los órganos de protección de los derechos humanos no puede constituirse em um óbice para satisfacer los compromisos*

56 ARGENTINA. *Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros*. Procuración General de la Nación Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357161&cache=1503661678510>>. Acesso em 25 ago. 2017.

57 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de setembro de 2010; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 12 de setembro de 2005.

*internacionales de la República*<sup>58</sup>.

Em 14 de fevereiro de 2017, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* prolatou decisão acerca da sentença da Corte IDH no caso *Fontevicchia y D'Amico*.<sup>59</sup> Já de início, destacou-se que a obrigatoriedade das sentenças da Corte IDH alcança apenas aquelas decisões expedidas por dito tribunal nos limites de suas atribuições para determinar reparações. Desta forma, por contrariar a Constituição argentina, não poderia a Corte Suprema tornar sem efeito as decisões internas que culminaram na propositura da demanda perante a Corte IDH.<sup>60</sup>

Baseando-se no entendimento segundo o qual a Corte IDH não é uma quarta instância jurisdicional revisora de processos internos dos Estados, a Corte Suprema afirmou que o próprio tribunal de direitos humanos sustenta, em sua jurisprudência, que sua atuação quanto ao processamento de casos pelos Estados se limita à verificação da (in)observância dos direitos processuais consagrados na Convenção Americana.<sup>61</sup>

Para a Corte Suprema, o dever de tornar sem efeito uma sentença que transitou em julgado corresponde à modalidade de reparação fora das previsões da Convenção Americana.

58 Página 5 da Manifestação da *Procuración General de la Nación*.

59 ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros s/ daños y perjuicios*. Fallos 340:47. Ementa: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA - EFECTO VINCULANTE - PUBLICIDAD - CORTE SUPREMA - DERECHO PUBLICO - CONSTITUCION NACIONAL - COSA JUZGADA - CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.

60 Parágrafos 6 e 8 da sentença.

61 Parágrafo 9 da sentença.

Seria espécie de restituição não contemplada nas competências da Corte regional, pois a literalidade do artigo 63. 1 da Convenção apenas dispõe que deverão “ser reparadas as consequências da medida ou situação (...), bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”. Portanto, cumprir com esta reparação não iria de encontro apenas ao direito público argentino, mas ao próprio Sistema Interamericano.<sup>62</sup>

Sobre o direito argentino, a Corte Suprema aduziu que a revogação da sentença por si proferida retiraria seu caráter de órgão máximo do Judiciário e a substituiria por um tribunal internacional, em clara violação ao artigo 27 da Constituição. Referido dispositivo estabelece que

*el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que esten en conformidad con los principios de derecho publico establecidos en esta Constitución.*

Mesmo com a reforma constitucional de 1994 e a concessão de hierarquia constitucional à Convenção Americana, definiu-se que as normas dos tratados internacionais não derogam as disposições da parte primeira da Constituição argentina, à qual o artigo 27 integra.<sup>63</sup> Designando os limites da atuação da Corte IDH, a Corte Suprema concluiu sua decisão defendendo que não se trata de negar o cunho vinculante das sentenças da Corte IDH, mas tão somente de entender que as reparações fixadas por este tribunal devem ser compatíveis com as

62 Parágrafos 12 a 16 da sentença.

63 Parágrafos 17 a 19 da sentença.

competências a ele atribuídas.<sup>64</sup>

Assim, manifestou-se no sentido de que a Argentina cumpriria apenas parcialmente a decisão da Corte IDH no caso *Fontevicchia y D’Amico*, pois o contrário implicaria “*clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y el exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema.*”<sup>65</sup>

Cindiram-se as competências atribuídas a cada uma das cortes: a Corte IDH seria a intérprete última da Convenção Americana, enquanto a Corte Suprema o seria em relação à Constituição argentina<sup>66</sup>, razão pela qual deve ser considerada cumprida a sentença da Corte IDH no caso *Fontevicchia y D’Amico* em consonância aos compromissos internacionais assumidos pela Argentina. A posição de contraposição, ao revés de diálogo, entre direito interno e internacional avulta clara nesta cisão, o que entoa visão dualista não mais compatível com o fenômeno jurídico na contemporaneidade.

Em contrapartida, o voto dissidente do Ministro Juan Carlos Maqueda reforçou o dever de se cumprir integralmente a decisão da Corte Interamericana com base nos princípios da responsabilidade internacional do Estado e da boa fé, além da proibição, prevista no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de se invocar razões de direito interno para deixar de cumprir obrigações internacionais.<sup>67</sup> Para o Ministro estariam

64 Parágrafo 20 da sentença.

65 Parágrafo 11 da sentença.

66 Página 20 da sentença.

67 Página 25 da sentença.

sem efeitos as decisões internas, cabendo aos demais poderes a efetuação da restituição pecuniária determinada pela Corte IDH.

Em agosto de 2017, durante a sessão regular da Corte IDH, foi realizada audiência pública de acompanhamento do cumprimento da sentença no caso *Fontevicchia y D'Amico*. Na ocasião, os representantes da Argentina aduziram que, em virtude da separação dos poderes, o Executivo não poderia interferir nos encaminhamentos conferidos pela Corte Suprema à sentença da Corte IDH. Informaram que estava em elaboração um decreto presidencial com vistas à reintegração dos valores despendidos por Fontevicchia, D'Amico com o pagamento de custas processuais.

Em 18 de outubro de 2017, a Corte IDH emitiu outra resolução sobre o cumprimento da sentença no caso *Fontevicchia y D'Amico*<sup>68</sup>, na qual comentou sobre a decisão da Corte Suprema argentina. A Corte IDH foi bastante clara ao indicar que os Estados não podem invocar disposições de direito interno para embasar o descumprimento de obrigações advindas da Convenção Americana e acrescentou que “não se trata de resolver o problema da supremacia do direito internacional sobre o nacional no ordenamento interno, mas unicamente de fazer cumprir aquilo com o que os Estados se comprometeram soberanamente.”<sup>69</sup>.

Interessante verificar que a Corte IDH afirmou que ao ordenar a medida de reparação de tornar sem efeito a sentença da Corte Suprema, em nenhum momento a corte regional

estabeleceu que isto devesse se dar mediante a revogação da decisão judicial. Recordou que esta mesma medida já foi cumprida por outros Estados e pela própria Argentina em casos similares nos quais houve responsabilização penal ou civil contrária ao direito à liberdade de expressão. A Corte IDH sugeriu à Argentina que eliminasse a publicação da sentença no sítio eletrônico da Corte Suprema ou, ainda, que se mantenha a publicação, mas que se registre que esta decisão foi declarada contrária à Convenção Americana pela Corte IDH.<sup>70</sup>

Mediante análise de decisões argentinas anteriores, a Corte IDH registrou a própria inconsistência do caso *Fontevicchia y D'Amico* com a jurisprudência da Corte Suprema e alegou que não cabe ao tribunal doméstico julgar os limites das competências da corte regional, sobretudo por ser este uma das poucas ocasiões em que a restituição dos direitos violados se mostra possível. Por fim, para a Corte IDH, irrelevante o argumento de que a sentença interna foi proferida pela mais alta corte argentina, pois a atribuição de responsabilidade por ação ou omissão internacionalmente ilícita independe da hierarquia do organismo estatal envolvido.<sup>71</sup>

A resistência da Corte Suprema argentina em cumprir a totalidade dos mandamentos da Corte IDH revela posição ainda moderna do conceito de supremacia estatal e constitucional que deságua em disputa de poderes que permeia as relações entre as cortes domésticas e os tribunais internacionais. Poderia a Corte Suprema ter afirmado tão firmemente de que

68 Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico v. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 18 de outubro de 2017.

69 Tradução livre. Parágrafo 14 da Resolução de 18 de outubro de 2017.

70 Parágrafos 20 e 21 da Resolução de 18 de outubro de 2017

71 Parágrafos 26 e 31 21 da Resolução de 18 de outubro de 2017.



maneira a Corte IDH deve atuar? Se a Corte IDH, no exercício do controle de convencionalidade, pode criticar a aplicação de normas pelo Poder Judiciário dos Estados quando considera-a indevida, não podem as cortes domésticas fazer o mesmo em relação à atuação da Corte IDH? Estas e outras indagações serão comentadas no tópico que segue.

### 3 ÚLTIMA PALAVRA EM DIREITOS HUMANOS? A CORTE IDH DE DIREITOS HUMANOS, AS CORTES SUPREMAS DOS ESTADOS E A DISPUTA DA AUTORIDADE DE SUAS DECISÕES

A sentença da Corte Suprema argentina no caso *Fontevicchia y D'Amico* suscita discussões acerca das relações entre a Corte IDH e as cortes dos Estados submetidos à sua jurisdição. As tensões identificadas conduzem à indagação se seria pertinente que um dos tribunais possua a última palavra sobre a proteção dos direitos humanos.

A partir do cumprimento parcial das reparações determinadas pela Corte IDH e da fundamentação desenvolvida ao longo da decisão da Corte Suprema, podem-se deduzir algumas justificativas para a tomada desta posição pela Argentina.

Passou-se tempo considerável desde a sentença em face de *Fontevicchia y D'Amico* pela Corte Suprema (2001) e a decisão da Corte IDH (2011), o que pode ter conferido a impressão de que a gravidade da violação de direitos humanos cometida estaria mitigada. Outra possibilidade, conforme vislumbrado na análise das oscilantes reações da Corte Suprema quanto ao Sistema Interamericano, seria o caráter civil da demanda proposta contra os petionários, diferentemente da ação penal

no caso *Kimel*.

Ademais, a Corte Suprema foi bastante enfática ao aduzir que o regime de proteção do direito à liberdade de pensamento e expressão na Argentina em muito se aprimorou desde 2001, o que, em sua visão, poderia tornar menos necessárias as medidas de reparações impostas. Também se deve considerar que o caso *Fontevicchia y D'Amico* não se enquadra no espectro das consideradas graves violações de direitos humanos<sup>72</sup>, o que pode ter favorecido a contestação por parte da Corte Suprema.

Passível de maiores críticas e problematizações é o argumento elucidado pela Corte Suprema de que a Corte IDH não deve atuar como quarta instância revisora das sentenças domésticas. Para tanto, reforçou-se a prevalência da parte primeira da Constituição argentina (cujos dispositivos protegem a segurança jurídica, a ordem pública e o interesse público) em prejuízo da Convenção Americana – embora esta possua *status* constitucional. Esta linha argumentativa vai de encontro ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tão caro ao direito internacional, de acordo com o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”<sup>73</sup>.

72 Para Flávia Piovesan, a jurisprudência da Corte IDH pode ser categorizada em seis eixos temáticos com base nas violações perpetradas, dois dos quais correspondem a violações consideradas mais graves por conta do contexto em que se inserem, envolvendo questões de justiça de transição e ao legado do regime autoritário ditatorial. . Em: PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos, p. 144.

73 BRASIL. *Decreto 7.030/2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

O fato de a sentença proferida pela Corte Suprema ter transitado em julgado fortalece esta justificativa de salvaguarda do direito interno defendida pela Argentina, sobretudo porque a definitividade de um provimento jurisdicional e a segurança jurídica que desta advém também compõem os direitos afetos ao devido processo legal, igualmente protegidos pela Convenção Americana em seus artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial).

Estas reflexões sobre as implicações da sentença da Corte Suprema no caso *Fontevicchia y D'Amico* revelam o persistente embate se quem teria preponderância acerca da definição do conteúdo e da proteção dos direitos humanos seria o direito interno dos Estados (mais especificamente o direito constitucional) ou o direito internacional. Tal conflituosidade demonstra que resquícios da perspectiva dualista permeiam as relações entre as ordens jurídicas, ainda que muitos Estados procurem internalizar os tratados internacionais de direitos humanos diretamente em seus ordenamentos, conferindo-lhes, inclusive e como é o caso da Argentina, hierarquia constitucional.

Segundo Roberto Gargarella, a decisão da Corte Suprema engendra questionamentos sobre o caráter autoritativo das sentenças da Corte IDH.<sup>74</sup> Importante evidenciar, neste sentido, a concepção teórica de Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, para os quais uma teoria de direito público sobre os tribunais internacionais permite que estes sejam

concebidos como atores que exercem autoridade pública internacional. Para os autores, este conceito significa “*la capacidad, basada en derecho, de restringir o limitar la libertad de otros actores, o de darle forma al uso de la libertad de manera similar*”.<sup>75</sup>

Esta autoridade pública se desdobra, portanto, nos efeitos e no controle que os tribunais internacionais exercem sobre os órgãos jurídicos e políticos que integram a estrutura dos Estados e a forma pela qual estes recepcionam os mandamentos emanados por aqueles. A autoridade pública dos tribunais internacionais se choca com a autoridade dos Estados e é este embate que ocasiona as problemáticas ora analisadas.

Uma das críticas elaboradas por Gargarella diz respeito à espécie de cisão de competências que foi referenciada na sentença da Corte Suprema argentina como forma de tentar solucionar a disputa de autoridade: a de que a atuação de cada corte deve permanecer circunscrita às suas jurisdições, sendo a Corte IDH autoridade final quanto à Convenção Americana e a Corte Suprema, quanto à Constituição.<sup>76</sup>

Neste sentido, a opinião majoritária da Corte Suprema procurou reafirmar seu poder frente à corte regional de direitos humanos, definindo, mediante interpretação nacional

74 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*. Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Disponível em: <<http://seminariogargarella.blogspot.com.br/search?updated-max=2017-04-21T09:47:00-03:00&max-results=25&reverse-paginate=true>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

75 BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Colômbia: Universidad Externando de Colombia, 2016, p. 40. Os autores detalham que “... *la autoridad pública debe ser definida más ampliamente como la capacidad, basada en actos legales, de impactar a otros actores en el ejercicio de sus libertades, bien sea jurídicamente o de facto*”. Em: *Ibidem*, p. 166.

76 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

de um tratado internacional<sup>77</sup>, os limites e a forma de atuação da Corte IDH. A análise de Roberto Gargarella sobre este aspecto da decisão é bastante precisa ao constatar que se questionaram os alcances do poder da Corte IDH, pois

*la auto-percepción de esta última [es] alimentada por numerosos académicos locales y extranjeros, y que han llevado a que el tribunal internacional se asuma como máxima, suprema e indiscutible instancia del derecho interamericano*<sup>78</sup>.

O autor comenta característica interessante sobre a América Latina e que contribui para a análise crítica da questão: muitas das decisões tomadas no continente são pobres em termos democráticos, razão pela qual os pronunciamentos da Corte IDH acabam obtendo especial relevo e cunho emblemático.<sup>79</sup> Isto acarreta, no mais das vezes, que pouco se repense acerca do papel desempenhado pelo tribunal internacional e se acatem seus

77 De acordo com André de Carvalho Ramos, uma das formas de descompasso entre as ordens jurídicas interna e internacional é a interpretação nacional de tratados, que pode conduzir ao que o autor denomina de “tratados internacionais nacionais”, deslocados da interpretação internacional que se tem do instrumento. Em: RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 106-107, 2011-2012, p. 497-524.

78 E prossegue o autor: “*puede coincidir con el tribunal argentino en poner un freno a dicha auto-percepción, para desafiarle y preguntarse ‘por qué’, así también corresponde preguntarle ‘por qué (o ‘de dónde lo deriva’) la respuesta que (se) da la Corte argentina, frente a dicha cuestión*”. Em: GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

79 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

posicionamentos sem problematizá-los: porque a Corte disse, estes devem ser cumpridos.

Dessa forma, Gargarella propõe que a Corte IDH atue de maneira mais deferente nos casos em que haja maior reflexão interna sobre a proteção dos direitos humanos, e que seja mais ativa e intervencionista se as circunstâncias democráticas forem menos expressivas e o debate, pouco ensejado. Entretanto, cumpre destacar que a realidade se distancia desta proposta, haja vista que o perfil da Corte IDH<sup>80</sup> é bastante interventivo e propulsor da adoção de modificações nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Acerca deste ponto, pertinente é indagar se a imposição do dever de tornar sem efeito as decisões domésticas do caso *Fontevicchia y D’Amico* era realmente necessária para as repercussões que se pretendiam alcançar. O próprio Estado argentino alegou que os parâmetros interpretativos que basearam a condenação civil de Fontevicchia, D’Amico e o *Editorial Perfil* se tornaram incompatíveis com o posterior desenvolvimento da proteção do direito à liberdade de expressão e pensamento em seu ordenamento, de maneira que as outras medidas de reparação determinadas pela Corte IDH seriam suficientes. Isto não apenas porque reparariam os danos causados pelas violações cometidas, mas solucionariam de maneira efetiva o caso concreto, ainda mais por conta

80 Flávia Piovesan destaca que o Sistema Interamericano tem rompido com o paradoxo de sua origem: “Nascido em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais – seguramente com a expectativa de reduzido impacto por parte dos então Estados autoritários – o sistema se consolida e se fortalece como ator regional democratizante, provocado por competentes estratégias de litigância da sociedade civil em um *transnational network* a lhe conferir elevada carga de legitimação social”. Em: PIOVESAN, Flávia. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, p. 153.

do trânsito em julgado da decisão da Corte Suprema. No entanto, sabe-se que a tendência jurisprudencial da Corte IDH é de justamente estimular a maior adequação possível das ordens jurídicas estatais aos preceitos da Convenção Americana, o que justifica a imposição de tornar sem efeitos a condenação civil.

A respeito do tema, referenciam-se as teorizações de Mônia Leal, para quem é possível atribuir aos tribunais internacionais as críticas concernentes ao ativismo judicial desenvolvidas acerca das cortes constitucionais. A autora questiona se é adequada a adoção de sentenças estruturantes que imponham medidas de reparação como, por exemplo, o dever de os Estados adotarem políticas públicas (tal qual ocorreu no caso *Gomes Lund e outros v. Brasil*), ou se não se estaria indevidamente ingressando em “espaços de autodeterminação dos Estados” ou em “matéria própria da soberania”.<sup>81</sup>

Embora se discorde de argumentação apelativa ao conceito de soberania dos Estados, coaduna-se com a defesa da autora de que alguns tribunais internacionais se manifestam de forma bastante interventiva em esferas de competência dos Estados. Especificamente quanto às reparações de violações de direitos humanos, entende-se que as cortes devem avaliar quais os efeitos que se esperam com a implementação das reparações pelos Estados. No entanto, entende-se que esta é uma análise que deve ser realizada caso a caso e não mediante divagações genéricas sobre os limites de atuação das cortes internacionais.

81 LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigaciones Constitucionales*. v. 1, n. 3, set./dez. 2014, p. 134 e 135.

Ainda sobre as consequências da decisão da Corte Suprema argentina, Gargarella concluiu que esta desejou reafirmar os alcances de seu próprio poder sem esvaziar a autoridade da Corte IDH. Por este motivo, o autor salienta que esta sentença não significa que o Estado se tornou avesso aos ditames da Corte IDH, uma vez que indica a possibilidade de que se reafirmem as obrigações da Argentina em casos futuros. Contudo, o jurista não descarta a hipótese de que esta decisão também seja invocada como justificativa do descumprimento de sentenças da Corte IDH em casos futuros.<sup>82</sup>

A questão de autoridade está diretamente relacionada ao papel que os tribunais internacionais vêm exercendo. Segundo Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, suas decisões “*estabilizan y generan expectativas normativas; también controlan y legitiman la autoridad ejercida por otras instituciones*”.<sup>83</sup> É justamente esta multiplicidade de funções das cortes internacionais que suscita problemas de autoridade e de legitimidade:

*¿en nombre de quién deciden o deberían decidir las cortes internacionales?, ¿en nombre de las partes de un caso concreto, en nombre de la comunidad*

82 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

83 BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?*, p. 18. Os autores problematizam o próprio exercício da função de solucionar controvérsias pelos tribunais internacionais, questionando se a inconclusão de um caso refletiria a inefetividade destes organismos: “*la función de solucionar controversias no puede ser erigida como un absoluto, en primer lugar, porque la controversia puede continuar incluso después de que haya sido emitida la decisión. Si eso ocurre, acaso significa que la corte ha fracasado en su tarea?*”. Em: *Ibidem*, p. 29.

*internacional o en nombre de un régimen funcional?*<sup>84</sup>

A doutrina tem elaborado algumas propostas para que a disputa de autoridade entre cortes e o fato destas decidirem também em nome de cidadãos não prejudiquem a tutela dos direitos consagrados internacional e constitucionalmente. Em oposição à adoção de última palavra, seja pelos tribunais internacionais, seja pelas cortes domésticas, apresentam-se como alternativas teorizações sobre diálogos entre cortes, as quais serão analisadas a partir de recentes reflexões teóricas e também à luz do caso *Fontevicchia y D'Amico*.

Para os fins do presente, entende-se por diálogos o uso, por cortes domésticas e internacionais, do raciocínio e da argumentação desenvolvidos por outros tribunais, com o intuito de se construir melhor interpretação de uma norma jurídica contida num tratado internacional ou em uma Constituição. Segundo Eduardo Mac-Gregor, no campo dos direitos humanos, os diálogos visam promover a fertilização cruzada de padrões constitucionais e internacionais de proteção de direitos humanos entre cortes de diferentes jurisdições.<sup>85</sup>

Primeiramente, salienta-se que os diálogos ora ilustrados devem ser compreendidos para além das limitações do exercício do controle de convencionalidade. Este mecanismo foi instituído para a implementação harmônica do direito internacional por meio de uma abordagem *top down* da Corte IDH em

relação aos Estados, principalmente devido às dificuldades de efetivação encontradas pelo Sistema Interamericano nos primórdios de seu funcionamento.<sup>86</sup>

Como contraponto a esta autoridade de cima para baixo, Jorge Contesse sustenta que a aplicação dos parâmetros interpretativos da Corte IDH quando do exercício do controle de convencionalidade pelos juízes domésticos deveria incluir as concepções desenvolvidas pelas cortes domésticas a respeito da proteção dos direitos humanos.<sup>87</sup> Para o autor, muitas respostas advêm dos ordenamentos jurídicos dos Estados, razão pela qual a supremacia do direito internacional se mostra insuficiente para regular as relações entre cortes.<sup>88</sup>

Neste sentido, a perspectiva a que se refere é dialógica porque (i) de mão dupla, ou seja, tanto a direção da Corte IDH em relação às cortes supremas quanto a direção destas em relação àquela são consideradas e (ii), o que se espera é que não haja mera referência do pronunciamento de um tribunal por outro, mas

84 *Ibidem*, p. 22.

85 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?: Reflections of A Judge Of The Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*. v. 30, 2017, p. 91.

86 CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. A final Word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. *International Journal of Constitutional Law*. v. 15, n. 2, 2017, p. 441.

87 Para o autor, “*International law does not necessarily provide the best answer to a particular situation. Sometimes domestic constitutional law may best situate the problem at hand and, therefore, provide a sounder response to it. Thus it is no longer true that international law must act as the moral or legal superior. Rather, it must sometimes follow, letting domestic constitutionalism lead the way*”. Em: CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*. v. 15, n. 2, 2017, p. 416.

88 CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. *International Journal of Constitutional Law*. v. 15, n. 2, 2017, p. 443-445.



que “*el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso*”.<sup>89</sup>

Victor Bazán formula considerações sobre um “diálogo crítico” que permita às cortes domésticas questionarem a jurisprudência interamericana sem que isto seja visto como contrariedade ao Sistema Interamericano. Dissidências e observações fazem com que a jurisprudência internacional não seja aplicada cegamente pelos juízes domésticos.<sup>90</sup> Exemplo desta concepção seria a interpretação crítica realizada pela Corte Suprema no anteriormente referido caso *Espósito Miguel Ángel*.

Na mesma linha, Carlos Ayala propõe um “diálogo responsável”, no qual cada parte esteja disposta a ouvir o que a outra tem a dizer, possibilitando-se, assim, a mitigação da noção de que a autoridade do tribunal internacional é superior à da corte doméstica. O autor elenca as variadas formas pelas quais as cortes nacionais interagem com o Sistema Interamericano<sup>91</sup>, o que ilustra a necessidade de a outra direção do diálogo (da Corte IDH em relação aos tribunais internos) se aprimorar.

Como alternativa aos diálogos jurisprudenciais, uma vez que, para Jorge Contesse, estes acabam conferindo maior

peso à palavra da Corte IDH, o autor, em concepção mais relacionada com os efeitos práticos dos diálogos, apresenta exemplos bem sucedidos do que denomina de “conversação transnacional”<sup>92</sup>. Esta supremacia do tribunal internacional se daria por conta do papel privilegiado – o enquanto intérprete última da Convenção Americana – que exerce a corte regional nos diálogos judiciais multidimensionais que envolvem cortes domésticas.<sup>93</sup>

Jorge Contesse comenta sobre dois casos julgados pela Corte IDH do ano de 2012 – em face de dois Estados cujos regimes constitucionais estavam em formação à época das decisões, Chile e Costa Rica – que versaram sobre situações até então inéditas de violações de direitos humanos no Sistema Interamericano.

No caso *Atala Riffo y niñas v. Chile*, a Corte IDH citou decisões constitucionais de países latino-americanos para embasar sua interpretação acerca do direito à igualdade e da proibição à discriminação na constituição de famílias homoafetivas.<sup>94</sup> Jorge Contesse ressalta que a mensagem transmitida pela Corte IDH foi a de que a doutrina sobre o direito à igualdade também provém de interpretações locais efetuadas pelas Estados que compõem o Sistema Interamericano e não somente de diretrizes globais de proteção de direitos.<sup>95</sup>

89 AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales, p. 64 e 65.

90 BAZÁN, Victor. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 590-591.

91 “They do so by following the interpretative standards provided by the IACtHR on specific matters, by acknowledging the binding nature of international human rights jurisprudence, by incorporating the Inter-American case law in the body of constitutional rules and principles, and by enabling national judges to perform judicial review of compliance of their entire internal legal system with the standards of the American Convention on Human Rights”. Em: AYALA, Carlos. The judicial dialogue between international and national courts, p. 359.

92 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Marisa Iglesias y otros. Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Librería, 2014, p. 113.

93 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?, p. 109.

94 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Sentença, 24/02/2012. Série C, nº 239.

95 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo...*, p. 115.

No caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, a Corte IDH observou que a Costa Rica era o único país da região que proibia a realização da fertilização *in vitro*.<sup>96</sup> Segundo o autor, a Corte tinha conhecimento de que estava apreciando matéria controversa, o que a levou a demonstrar que existia certo consenso entre os Estados latino-americanos sobre o tema. Em resumo, a Corte IDH defendeu que a ausência de proibições nas Constituições dos Estados indica a adoção de interpretação segundo a qual o direito à vida não é incompatível com as técnicas de reprodução assistida.<sup>97</sup>

Como exemplo de diálogo crítico entre a Corte IDH e as cortes supremas dos Estados, Jorge Contesse referencia os desdobramentos do caso *Radilla Pacheco v. México*.<sup>98</sup> O Estado mexicano foi condenado a realizar novas investigações sobre o desaparecimento forçado de Radilla Pacheco, bem como a processar e julgar a causa pela justiça comum e não pela justiça militar. A Corte Suprema mexicana se reuniu para deliberar sobre a maneira pela qual o Poder Judiciário mexicano acataria os pontos resolutivos da decisão do caso *Radilla Pacheco*. Tal reflexão estendeu-se em prol de definições sobre o valor das sentenças da Corte IDH no país e o modo de exercício do controle de convencionalidade. Estes aspectos foram incorporados na reforma constitucional levada a cabo pelo México no ano de 2011.<sup>99</sup>

96 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*. Sentença, 28/11/2012. Série C, nº 257.

97 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo*, p. 116.

98 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco v. México*. Sentença, 23/11/2009. Série C, nº 209.

99 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo*, p. 117-119.

A conclusão tecida por Jorge Contesse é a de que estes exemplos ilustram oportunidades em que a Corte IDH atuou como ampliadora da compreensão de direitos humanos na região. Trata-se de uma perspectiva *bottom up*, mediante a qual a Corte não apenas incorporou parâmetros interpretativos e protetivos dos Estados, mas lhes concedeu espaço para internalizarem o direito internacional dos direitos humanos.<sup>100</sup>

Estes processos de aproximação de debates entre a Corte IDH e os ordenamentos estatais, sobretudo as cortes supremas, revelam que os organismos assumem o ônus argumentativo de considerarem as decisões uns dos outros. A principal conclusão a que se chega é a de que “a coordenação entre as atuações dos sistemas judiciais nacional e internacional não é responsabilidade apenas das instituições nacionais, mas, também, deve ser objeto de preocupação por parte dos órgãos do sistema regional”.<sup>101</sup>

Parte da doutrina comenta que um mecanismo facilitador destes intercâmbios interpretativos seria a margem de apreciação nacional<sup>102</sup>, por meio da qual a Corte IDH admitiria que os organismos estatais conferissem interpretação própria – desde que compatível com os parâmetros convencionais – sobre os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos do Sistema Interamericano. Isto pois, “é importante o reconhecimento

100 *Ibidem*, p. 119.

101 SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 16, v. 66. Belo Horizonte: Editora Fórum, outubro/dezembro 2016, p. 278.

102 *Ibidem*, p. 279.

de que certas decisões precisam ser feitas pelas autoridades nacionais ou com padrões construídos nacionalmente”.<sup>103</sup>

Outra parcela dos teóricos vislumbra a margem de apreciação com cautela, em virtude da insegurança jurídica que pode ser acarretada à implementação interna dos pronunciamentos dos tribunais internacionais e do perigo de desnaturação das obrigações internacionais assumidas pelos Estados, haja vista o amplo espectro decisório que se deixa aos Estados.<sup>104</sup>

A questão principal que se coloca sobre referida margem de apreciação é a de que, por vezes, esta é tida como válvula de escape para justificar certo grau de descumprimento das sentenças internacionais. Neste viés, indaga-se se a recusa da Corte Suprema argentina no caso *Fontevicchia y D’Amico* de tornar sem efeito as sentenças internas não corresponderia ao exercício de margem de apreciação nacional, mediante a qual se optou por respeitar os institutos jurídicos nacionais, limitando os efeitos da condenação internacional. Assim, pergunta-se: esta postura da Corte Suprema pode ser considerada como exemplo de um diálogo interjurisdicional, nas formas acima referidas pela doutrina, ou este ocorre somente quando há concordância entre os atores envolvidos?

Observa-se que a Corte Suprema argentina não rechaçou injustificadamente as imposições da Corte IDH, mas procurou adequá-las a uma interpretação que considerou mais acertada sobre os efeitos das sentenças condenatórias da Corte IDH no ordenamento jurídico interno. As razões colacionadas pela

103 *Ibidem*, p. 291.

104 BAZÁN, Victor. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 597.

Corte Suprema evidenciaram certa disputa de autoridade entre as duas cortes, o que prejudica em grande medida a produção de conclusões precisas sobre a coexistência de cortes que decidem sobre direitos humanos, principalmente no que diz respeito às consequências práticas de suas sentenças e a forma pela qual podem dialogar entre si.

## CONCLUSÃO

Refletir sobre a última palavra acerca da proteção dos direitos humanos gera questionamentos que demandam análises para além do papel desempenhado pelas cortes nacionais e internacionais. Limitado aos objetivos iniciais propostos, este trabalho procurou colocar em questão alguns efeitos concretos das disputas de autoridade entre a Corte IDH e as cortes supremas dos Estados, mais precisamente a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina.

A breve retomada das ações e reações da Corte Suprema quanto às sentenças da Corte IDH possibilitou chegar-se à conclusão de que afirmações categóricas sobre o (des) cumprimento de decisões internacionais podem conduzir a interpretações equivocadas. Questionar os limites de atuação de um tribunal internacional não significa negar sua imperatividade ou autoridade, motivo pelo qual não é adequada a conclusão de que a sentença da Corte Suprema no caso *Fontevicchia e D’Amico* rechaçou o caráter vinculante dos pronunciamentos da corte regional.

É necessário que os tribunais internacionais deixarem de vislumbrar quaisquer questionamentos e problematizações tecidas a suas decisões como descumprimentos

destas. O caso *Fontevicchia y D'Amico* é um bom exemplo, tendo em vista que as reações advindas da postura da Corte Suprema argentina se construíram não no sentido de se pensar a imbricação entre o internacional e o interno, mas no sentido de este ser um precedente ruim e que poderá ser invocado para justificar futuras inadimplências das sentenças da Corte IDH.

Para tanto, obviamente, é necessário estar disposto e aberto ao diálogo, além deste dever ser conduzido criticamente. Em outras palavras, não se pode simplesmente acatar decisões internacionais porque as cortes assim disseram. Acerta Gargarella ao afirmar que

*la Corte argentina, repito, debió hacer caso a la Corte Interamericana (...) no porque la Corte Interamericana la obligue con sus ordenes, sino porque – bajo un razonamiento que el derecho argentino ya ha afirmado – mostraba tener razón, en este caso.*<sup>105</sup>

Impõe-se o aprimoramento dos diálogos interjurisdicionais, a fim de que estes não sejam mais um mecanismo de utilização *top down* pela Corte IDH. Entretanto, reconhece-se a dificuldade em fazê-lo, uma vez que o cunho institucional destas comunicações acaba acarretando a prevalência de uma voz sobre outra: normalmente, da corte internacional. Como inserir nestes debates os cidadãos da comunidade internacional “*en nombre de quien*” se decide é desafio ainda sem resposta. Provisoriamente, a consideração da jurisprudência doméstica nas fundamentações das decisões da Corte IDH se coloca como possível resposta à atenuação das disputas de

105 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

autoridade.

A conflituosidade que caracteriza as relações entre os tribunais internacionais e as cortes domésticas não é necessariamente negativa. Os embates podem produzir o aperfeiçoamento das relações institucionais e da proteção dos direitos humanos. Resta saber se a última palavra permanecerá sendo o objeto principal de disputa ou se se concederá aos Estados mais espaço para deliberação – desde que democraticamente guiada – sobre as sentenças da Corte IDH.

## REFERÊNCIAS

AYALA, Carlos. The judicial dialogue between international and national courts in the Inter-American human rights system. In: SCHEININ, Martin; KRUNKE, Helle; Aksenova, Marina. **Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 306-328.

AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**. v. 12, n. 14, 2014, p. 63-81.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros s/ daños y perjuicios**. Fallos 340:47.

\_\_\_\_\_. **Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros**. Procuración General de la Nación Disponible em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357161&ca->

[che=1503661678510>](#). Acesso em 25 ago. 2017.

BAZÁN, Victor. **Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos**. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera Garcia (Coord). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?** Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional. Colômbia: Universidad Externando de Colombia, 2016.

BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. A final Word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, 2017, p. 436-442.

CONTESSÉ, Jorge. **La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. In: Marisa Iglesias y otros. *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Librería, 2014, p. 106-124.

\_\_\_\_\_. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights.

**International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, 2017, p. 414-435.

\_\_\_\_\_. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, 2017, p. 443-446. Corte IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica. Sentença, 28/11/2012. Série C, nº 257.**

\_\_\_\_\_. **Caso Atala Riffo y niñas v. Chile. Sentença, 24/02/2012. Série C, nº 239.**

\_\_\_\_\_. Corte IDH. **Caso Bulacio v. Argentina. Sentença, 18/09/2003, Série C, nº 100.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Sentença, 29/11/2011. Série C, nº 238.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de setembro de 2015.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 22 de novembro de 2016.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 18 de outubro de 2017.**

\_\_\_\_\_. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisão de Cumprimento de Sentença.**



**Resolução** de 12 de setembro de 2005.

\_\_\_\_\_. **Caso Kimel v. Argentina. Sentença, 02/05/2008. Série C, n.º 177.**

\_\_\_\_\_. **Caso Kimel v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução 18 de maio de 2010.**

\_\_\_\_\_. **Caso Radilla Pacheco v. México. Sentença, 23/11/2009. Série C, n.º 209.**

\_\_\_\_\_. **Caso Tristán Donoso v. Panamá. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução** de 1 de setembro de 2010.

GARGARELLA, Roberto. **La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana.** Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Disponível em: <http://seminariogargarella.blogspot.com.br/search?updated-max=2017-04-21T09:47:00-03:00&max-results=25&reverse-paginate=true>. Acesso em: 19 jun. 2017.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. La Implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos.** v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 117-135.

HARO, Ricardo. **La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina relativa a su vinculación jurisdiccional con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** In: Arnaud Martin (Dir.).

Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 393-435.

KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. **Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales.** Buenos Aires: Center for Justice and International Law – CEJIL, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?** *Revista de Investigações Constitucionais.* v. 1, n. 3, set./dez. 2014, p. 123-140.

LOIANNO, Adelina. Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.** n. 8, p. 389-413.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?: Reflections of A Judge Of The Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal.** v. 30, 2017, p. 89-127.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdiccionales e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** v. 6, n. 2, julho-setembro 2014, p. 142-154.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106-107, 2011-2012, p. 497-524.

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 16, v. 66. Belo Horizonte: Editora Fórum, outubro/dezembro 2016, p. 267-282.

# UMA NOVA LEITURA DO ESTADO A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS: O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Priscila Caneparo dos Anjos

## INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são tidos como os valores mais indispensáveis para a consolidação da dignidade da pessoa humana em um entrecho global. De tal forma, devem ser reconhecidos, normatizados e efetivados em todas as sociedades mundo afora.

Neste sentido, sua proteção demanda esforços cooperativos de toda e qualquer ordem jurídica nacional, encadeada e conjugada à existência de mecanismos efetivos de proteção internacional. Ocorre que, para tanto, fora necessário o rebentamento do processo de internacionalização dos direitos humanos, pautados, aqui, primordialmente, em seus sistemas internacionais de proteção.

O Estado, desde seus primórdios, pautou o desenvolvimento de seus institutos nos objetivos comuns da sociedade. Com o desenrolar dos tempos, a figura estatal se flexibilizou para melhor atender aos anseios societários relativos à dignidade da pessoa

humana: não mais se comportara o poder estatal desatrelado das exigências dos direitos humanos. Para tanto, valores ligados à cooperação e ao jus cogens emergiram na ordem jurídica nacional.

Simultaneamente, a definição de soberania adequou-se à crescente interdependência dos Estados na comunidade internacional e à edificação do Direito Internacional – mais especificamente do Direito Internacional dos Direitos Humanos –, a partir da criação de mecanismos que garantam o efetivo compartilhamento das soberanias em defesa, em última análise, dos direitos humanos. Desponta, neste cenário, o Estado Constitucional Cooperativo, atualizando o papel do Estado por intermédio de vetores cooperativos.

Nessa perspectiva, a realidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos aduz a um plexo indispensável de sujeitos, valores e institutos encarregados de concretizarem a eficácia deste ramo do Direito. Não mais

.....

Priscila Caneparo dos Anjos

Professora (UFPR e UNICURITIBA) de Direito Internacional Público, Direito Humanos, Direito Constitucional e Ecológica Internacional. Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (2007). Doutora, Mestre e Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora do Grupo “Sistema ONU” (UNICURITIBA) Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/PR.

se comporta que o arranjo social, pautado na dignidade da pessoa humana, esteja atrelado exclusivamente a uma única formatação estatal: neste entrecho, despontam as organizações e as cortes internacionais, bem como a interligação entre os Estados por aportes cooperacionais.

Não obstante, os Estados cumprem o papel primário na proteção dos direitos humanos, prevendo em seus ordenamentos jurídicos os direitos protegidos e as formas de buscá-los caso ocorram violações. Para alcançarem esta proteção, os Estados podem se valer, em tempos mais recentes, de instrumentos cooperativos, aproveitando experiências positivas de ordenamentos estrangeiros nesta temática ou desenvolver, conjuntamente, novas técnicas de proteção.

Nesse diapasão, vislumbra-se a eclosão de um novo arranjo estatal, pautado nos valores atrelados aos direitos humanos e em esforços cooperativos para concretizá-los em uma realidade local e global, chamando-se de Estado Constitucional Cooperativo – sendo este o objeto deste artigo.

## 1 A CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM UMA SOCIEDADE INCLUSIVA

Os direitos humanos, como hoje se apresentam, permitem o reconhecimento dos valores de uma sociedade. Encontram-se representados nas constituições internas de cada Estado – em uma conceituação de direitos fundamentais – e, igualmente, em tratados, garantindo a proteção da dignidade da pessoa humana.

De tal forma, compreendem-se como o aglomerado de direitos mais importantes, indissociavelmente ligados à dignidade da

pessoa humana. Sem eles, não se vislumbra a possibilidade da vida humana se desenvolver satisfatoriamente.

O cerne primordial repousa no fato de que a dignidade da pessoa humana traduz a unidade e a permanência dos direitos humanos. Quando um determinado ordenamento jurídico diz que suas leis devem ser interpretadas em acordo com esta dignidade, entende-se que os direitos humanos estão inerentes, permanentes e em congruência com o completo aparato de leis, podendo ser muito bem traduzido na seguinte esquematização:

Na busca de tal conceito, previamente devemos observar seu principal fundamento – a dignidade da pessoa humana –, pois é a partir dele que se dá a construção de um significado de direitos humanos válidos para todos. Já antecipamos que a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, em 1918, a expressão “direitos humanos” vinculou-se definitivamente ao valor da dignidade da pessoa humana, no viver, no conviver e no porvir dos indivíduos dentro da comunidade. Essa é a ideia máxima dos direitos humanos, seu núcleo valorativo e estável, que concede a estes um sentido de unidade e de permanência.<sup>1</sup>

O conceito de direitos humanos – tal como o conceito de dignidade humana<sup>2</sup> – não possui apenas um único condão, dependendo,

1 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.207.

2 Segundo Vladimir Oliveira da Silveira, apesar da dignidade da pessoa humana não ter um conceito pronto e acabado, há alguns valores que não podem ser dissociados dela própria, quais sejam: justiça, vida, liberdade, igualdade, segurança e solidariedade.

ao longo do tempo, dos interesses inerentes a uma dada sociedade, podendo ser flexibilizado ou, até mesmo, transformado. Por isso mesmo, a dificuldade em se estabelecer um conceito único para os direitos humanos é incontestável.

Os direitos humanos, assim, não compreendem uma única natureza: impossível condensá-los apenas como condição básica de existência humana ou como caráter apenas moral. São, de fato, todo o esquema organizatório da vida humana, compreendendo aspectos morais, positivação, historicidade e universalidade. É por estes motivos que este trabalho se filia à corrente doutrinária de Flávia Piovesan, que apreende os direitos humanos por diversas naturezas. Em suas palavras:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. Como leciona Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais [...].<sup>3</sup>

Direitos humanos, em suma, seriam aqueles reconhecidos e exigíveis em plano internacional, atrelados à normativa própria de

3 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p.109.

Direito Internacional – tratados, por exemplo –, não sendo, em todos os casos, exigíveis em um determinado ordenamento jurídico. Diferentemente, os direitos fundamentais são aqueles positivados e plenamente exigíveis em plano nacional, por intermédio do Direito Constitucional do Estado em tela.

Ocorre que, a partir do surgimento das bases estatais e concomitantemente às angústias populares por melhores condições de vida, emergiram as primeiras Declarações, cujas quais impactaram no desenrolar dos direitos humanos, cristalizando sua natureza positiva e conferindo um teor permanente, estável e seguro<sup>4</sup>. Observa-se, assim, a centralidade do Estado em um papel de consolidação dos direitos humanos, bem como a sua atuação institucional alargada, abarcando temas que outrora não se vislumbravam em sua seara de atuação.<sup>5</sup>

Outra circunstância que cabe a investigação norteia-se a partir da compatibilização entre os traços de universalidade dos direitos humanos e a indispensabilidade de atendimento ao

4 Neste momento, cabe apenas ressaltar o papel das Declarações, em um aspecto geral, no histórico dos direitos humanos, sendo que o papel primordial e específico das principais Declarações será, em momento oportuno, melhor estudado.

5 Como bem pontua Melina Fachin: *a convivência entre diferentes estruturas nacionais, supracionais e internacionais é um sinal de nossos tempos, que se estende para além de nossos horizontes. Em um mundo cada vez mais globalizado e inter-relacionado, os Estados enfrentam desafios que exigem a articulação de respostas jurídicas, a transcender o âmbito meramente estatal.* FACHIN, Melina. A Nova Ordem Pública Internacional: direitos humanos, novos atores e solidariedade. IN: BARBOZA, E. de Q.; COSTALDELLO, A. C.; CHUEIRI, V. K. de; IMMORDINO, M.; KOZICKI, K. **Direito Comparado: diálogos de direito constitucional e administrativo entre Brasil e Itália**. Curitiba: Instituto da Memória, 2018. p. 300.



relativismo cultural. Para melhor compreensão da problemática, conceitua-se o relativismo cultural:

O relativismo cultural estabelece que a atividade humana individual deve ser interpretada em contexto, nos termos de sua própria cultura. Ele compreende que há uma incompatibilidade entre os sistemas de valores de diversas culturas e que não existem critérios objetivos que possibilitem classificar cada uma delas, pois todas devem ser observadas como igualmente habilitadas a satisfazer as necessidades de seus membros. É um método que observa a estrutura fundamental de funcionamento de cada cultura em relação às suas expressões, normas, padrões e valores.<sup>6</sup>

Em um primeiro momento, pode-se, erroneamente, achar que ambos não seriam passíveis de acomodação em local comum. Ledo engano: há sim um ponto de encontro entre eles. Quando se observa o relativismo cultural atrelado ao valor da dignidade da pessoa humana, verifica-se estar este totalmente alinhado aos caracteres dos direitos humanos. É que estes surgem, justamente, para a proteção, em última análise, da própria dignidade. E se todos têm direito a uma vida digna, observadas suas peculiaridades culturais, então todos têm direito à consolidação e efetivação dos direitos humanos, provando-se, assim, a convivência pacífica de tais valores.

O que não se pode confundir é universalidade com uniformidade: os direitos humanos, precisamente por respeitarem

os relativismos culturais, não preveem uma uniformidade, um conceito único para todas as sociedades do globo. Almejam apenas que o mínimo seja garantido a todos, atrelando-se à dignidade da pessoa humana. Não querem ser um instrumento de dominação, a ponto de acabar com a diversidade cultural, mas sim fazer prevalecer a dignidade em todas as culturas mundanas.

Juntamente a estas características, coordena-se o caráter dialético dos direitos humanos, sendo a *tensão em todos os planos da realidade social delineada pela teoria desses direitos* [...]<sup>7</sup>. Neste tópico, cabe ressaltar que o caráter dialético toma conta de boa parte da teoria e da prática dos direitos humanos, quando então se abre a possibilidade de choque entre dois deles. É inescusável o fato de que, para a superação de seus possíveis choques, tenha-se o dever de interpretá-los e garantir sua concretização, com argumentos racionais e fundamentados. Para tanto, utiliza-se a *reserva de consistência*<sup>8</sup> na seara de sua aplicação, garantindo uma certa previsibilidade e segurança jurídica. Em última análise, quer-se os direitos humanos garantidos na prática jurisdicional, por intermédio da interpretação

7 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos...**, p.237.

8 Para André de Carvalho Ramos, a chamada *reserva de consistência* faz algumas exigências à interpretação dos direitos humanos, quais sejam: 1) *transparente e sincera, evitando a adoção de uma decisão prévia e o uso da retórica da 'dignidade humana' como mera forma de justificação da decisão já tomada*; 2) *abrangente e plural, não excluindo nenhum dado empírico ou saberes não jurídicos, tornando útil a participação de terceiros, como 'amici curiae'*; 3) *consistente em sentido estrito, mostrando que os resultados práticos da decisão são compatíveis com os dados empíricos apreciados e com o texto normativo original*; 4) *coerente, podendo ser aplicada a outros temas similares, evitando as contradições que levam à insegurança jurídica*. pp. 102-103.

6 MALHEIROS, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 40.

no caso prático. Elucida-se os entornos aqui tratados a partir da passagem:

A função da interpretação é concretizar os direitos humanos por meio de *procedimento fundamentado*, com *argumentos racionais e embasados*, que poderá ser coerentemente repetido em situações idênticas, gerando *previsibilidade jurídica* e evitando o arbítrio e decisionismo do intérprete-juiz. A argumentação jurídica deve, então, justificar as decisões jurídicas referentes aos direitos humanos de modo *coerente e consistente*. [...] a estrutura principiológica dos direitos humanos gera vários resultados possíveis em temas com valores morais contrastantes. Não há certo ou errado, mas sim uma conclusão que deve atender a uma “reserva de consistência” em sentido amplo [...].<sup>9</sup>

Mais recentemente, dado o contexto de Estado Constitucional Cooperativo, estrutura-se uma nova realidade conjectural dos direitos humanos: sua realização cooperativa por toda a sociedade internacional. É que, como bem se observa, a cooperação para a realização dos direitos fundamentais só encontra respaldo se, anteriormente, ordenar-se tal cooperação em prol dos direitos humanos. É assim que deduz Peter Häberle:

A realização cooperativa dos direitos humanos não se limita a *uma* dogmática dos direitos fundamentais: ou seja, a defesa jurídica dos direitos humanos é um lado, mas não o “único” da liberdade do direito fundamental que o Estado

9 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 102.

constitucional cooperativo deve toar por base para a diretriz de sua atuação. A esta acrescentem-se outros “lados” do direito fundamental. Atividades dos direitos humanos realizadas estatalmente não são formas menos importantes de cooperação efetivas dos direitos fundamentais. [...] <sup>10</sup>

Em conclusão, imprescindível se faz elucidar que todos estes direitos estão em constante movimento, impossibilitando a consolidação de um conceito que venha a englobar todas as suas particularidades<sup>11</sup>. Entretanto, na busca por sua universalidade, com o devido respeito às particularidades culturais, subsistem pontos conexos que tornam possível não a consolidação de um conceito, mas a prevalência de estruturas basilares que os distingam, independentemente de seu período histórico ou da sociedade que observa sua efetivação e exercício. Neste diapasão, demonstra-se ser o Estado constitucional cooperativo o melhor dos caminhos para consolidá-los e, de fato, efetivar os valores de uma sociedade multifacetada, justa e inclusiva.

## 2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O PAPEL NUCLEAR DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Preliminarmente, diz-se que a preocupação dos Estados e dos próprios

10 HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 67.

11 Ainda que seja impossível a estruturação de um único conceito, a Organização das Nações Unidas conceitua direitos humanos como sendo “direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, lugar de residência, sexo, nacionalidade ou etnia, cor, religião, língua ou qualquer outro status”.

indivíduos com a proteção internacional dos direitos humanos transformou-se no condão central regente da sociedade. Evidencia-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos só se incorpora à realidade jurídica e social quando permeado pela proteção que lhe é demandada, juntamente com a abrangência de todos os campos da atividade humana em momento recente. Nas palavras de Cançado Trindade:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. [...] o reconhecimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos.<sup>12</sup>

Assim, descreve-se ser a proteção efetiva dos direitos humanos essencial à consolidação deste novo ramo do Direito, sendo que, em primeiro plano, dar-se-á por instrumentos nacionais, próprios da jurisdição interna de cada Estado. Caso esta não se mostre efetiva na proteção e na consolidação dos referidos direitos, abre-se caminho para a proteção internacional dos direitos humanos, taxando-se que, sempre, deverá ser efetivado *standard* mínimo de direitos humanos ao indivíduo, esteja onde ele estiver.

*Traditionally, human rights norms*

12 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. pp. 20-21.

*are supposed to be provided for in national constitutions and laws for domestic application by the judicial and executive organs of the state as a matter of national sovereignty. But because experience has shown that the state cannot be trusted sufficiently to protect the rights of all persons and groups within its territorial jurisdiction, the idea of international protection emerged as a means of ensuring certain minimum human rights standards everywhere.*<sup>13</sup>

Novas necessidades humanas, acompanhadas de lutas e conflitos, fizeram-se presentes na vida em sociedade, influenciando, definitiva e essencialmente, a evolução dos direitos humanos. Pontos indissociáveis das necessidades aqui elencadas são o florescimento da democracia e da dignidade da pessoa humana e que, em um momento mais recente, vão demandar a remodelagem das engrenagens estatais.

O processo de internacionalização dos direitos humanos acompanhou a própria humanização do Direito Internacional. Se outrora os direitos humanos eram considerados ramo do Direito Internacional Público, subjugado à vontade soberana dos Estados, o processo evolutivo do Direito e da sociedade fez com que hoje sejam considerados como ramo autônomo jurídico, reclamando conceitos e normatividade própria que alcancem a proteção que lhes é indispensável.

Isto posto, cabe entender que o processo de internacionalização dos direitos humanos vem a ser melhor explicado pela história da

13 NA'IM, Abdullahi Ahmed. **Cultural transformation and human rights in Africa**. London: Zed Books, 2002. p. 15.

humanidade, constituindo o *segundo pilar da estrutura de uma nova ordem jurídica internacional na comunidade internacional contemporânea* [...].<sup>14,15</sup>

Valida-se o fato de ser a internacionalização dos direitos humanos fruto da interpolação de diversos fatores e valores, uma vez que *les droits de l'homme constituent l'achèvement de valeurs et de principes généraux et l'aboutissement d'une évolution inscrite dans l'histoire de la philosophie, dans laquelle ils puisent en premier lieu leurs racines*.<sup>16</sup>

Considera-se o processo de internacionalização dos direitos humanos a partir de dois momentos: da segunda metade do século XIX até a 2ª Guerra Mundial; e pós 2ª Guerra, quando do nascimento da Organização das Nações Unidas.

A primeira fase – ou também conhecida como primeiros precedentes históricos do processo de internacionalização dos direitos humanos - atrela-se ao surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho.

As circunstâncias aqui expostas, como precursoras dos processos de internacionalização dos direitos humanos, trouxeram grandes inovações: diversificaram o campo de atuação do Direito Internacional, abrigando interesses além do relacionamento entre Estado – Estado, ou Estado – organismos internacionais, supervisionando a efetivação dos direitos humanos pelos Estados aos indivíduos,

14 MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**, p.55.

15 Segundo Wagner Menezes, o primeiro pilar de referida estrutura estaria pautado no surgimento e desenvolvimento das organizações internacionais.

16 FAVOREU, Louis et al. **Droit des libertés fondamentales**, 4ª ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 15.

além de disponibilizarem instrumentos e meios próprios para tanto, já que estes direitos se internacionalizaram.<sup>17</sup>

Sucedem-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como hoje se apresenta, estabeleceu-se, definitivamente, com o final da Segunda Guerra, vindo a ser compreendido como o *conjunto de normas internacionais criadoras e processadoras das obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos, sob sua jurisdição, sejam nacionais ou não*.<sup>18</sup>

Os direitos humanos, como tema autônomo do Direito Internacional, emergem na crença coletiva de que, caso estivessem presentes em momento anterior, muitas das violações ocorridas na Segunda Grande Guerra

17 Na lógica de Flávia Piovesan: *o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário registra o fim de uma época em que o Direito Internacional era salvo raras exceções, confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental. Por meio desses institutos, não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados, visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Tais institutos rompem, assim, com o conceito tradicional que situava o Direito Internacional apenas como lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional, Rompem ainda com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos. Prenuncia-se o fim da era em que a fora pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado, decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade. Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional.* pp. 172-173.

18 SIMMA, Bruno. **International Human Rights and General International Law: a comparative analysis**. Netherlands: Kluwer Law International, 1995. p.166.

poderiam ter sido evitadas ou prevenidas.<sup>19</sup>

Nesse cenário de caos e destruição em massa, impôs-se a reconstrução de uma sociedade pautada na ordem moral e ética dos direitos humanos. Não mais se demonstra concebível a ineficácia e a falta de proteção efetiva aos referidos direitos, uma vez que as atrocidades da Segunda Guerra não poderiam, novamente, vingar em qualquer lugar, a qualquer tempo.

A continuidade da espécie humana demandava, então, novos parâmetros, a partir da confecção de uma nova ordem internacional, orientada por padrões éticos, morais e jurídicos pautados nos direitos humanos. É neste traçado que se permeia caminho para o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU).

A ONU delimitou, definitivamente, a prospecção de uma nova ordem internacional, com um novo modelo para o desenvolvimento das relações internacionais voltado à manutenção da paz e da segurança internacional, socorrendo-se, para tanto, da cooperação internacional.

Vale ressaltar que, apesar de sua inestimável contribuição para a consolidação dos direitos humanos em plano internacional, não havia um rol expresso de tais direitos, tendo em vista seu tratado constitutivo ser bastante amplo, contando apenas com disposições gerais acerca da temática.<sup>20</sup>

19 Para Thomas Buergenthal: *o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.* p. 17.

20 Ainda nos ensinamentos de Flávia Piovesan: *embora a Carta das Nações Unidas seja enfática em determinar a importância de defender, promover*

Em decorrência, três anos após sua instauração, estabeleceu-se uma declaração englobando todos os direitos previstos ao longo da histórica. Imputa-se a este novo documento a utilidade de servir como código moral e ético cabível de internalização pelos ordenamentos jurídicos estatais.

Alude-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>21</sup>, datada de 10 de dezembro de 1948. Elaborada no âmbito da ONU, estipulava a universalidade e a afirmação ética dos direitos humanos, impossibilitando reservas acerca dos temas ali contidos.<sup>22</sup>

O objetivo central deste documento fora a consolidação do respeito à dignidade da pessoa humana e o advento de uma nova sociedade global pautada nos valores dos direitos humanos. Ainda, assentou como requisito único a condição de ser humano para gozo e proteção dos direitos ali referenciados.<sup>23</sup>

É a partir de então que se impõe moralmente<sup>24</sup> aos Estados a necessária conduta ativa na proteção e efetivação dos

.....  
*e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, ela não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto.* [...] p. 190.

21 Atenta-se, inicialmente, ao fato de que, sendo uma declaração, não possui, por si só, caráter impositivo àqueles que com ela consentiram. Entretanto, inegável é seu teor moral, ético e jurídico, capaz de influenciar todos aqueles ordenamentos jurídicos estatais que dos valores ali mencionados compartilham

22 Como bem explica André de Carvalho Ramos: *embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada por 48 votos a favor e sem voto em sentido contrário, houve oito abstenções (Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul). Honduras e Iêmen não participaram da votação.* p. 47

23 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p.137.

24 É uma imposição moral por estar se tratando de declaração, cuja qual, não obstante a relevância de seu tema, ainda não conta com normatividade própria.



direitos humanos, traduzindo-se em preceitos constitucionais. Em ambiente internacional, influi no surgimento de instrumentos que supervisionem e fiscalizem a conduta dos Estados para com os direitos humanos de seus cidadãos. Como bem detalha Cançado Trindade:

Ademais, a Declaração Universal também se projetou no direito interno dos Estados. Suas normas encontraram expressão nas Constituições nacionais de numerosos Estados, e serviram de modelo a disposições das legislações nacionais visando a proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões. A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno encontram-se em constante *interação*, em benefício de todos os seres humanos.<sup>25</sup>

É neste momento que irrompe a responsabilidade internacional dos Estados no campo dos direitos humanos. Esta será deflagrada quando as ações estatais de promoção e proteção dos direitos não mais se demonstrem efetivas, em consonância com a

25 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.641.

falha ou omissão de suas instituições.<sup>26</sup>

Posto que a sociedade continuou a se alterar, os direitos humanos, igualmente, acompanharam esta transmutação. Cada vez mais, povos e Estados, a partir de uma relação de interdependência, vincularam-se uns aos outros, mas a situação não consecutiva, imperiosamente, em um maior respeito e efetividade aos direitos humanos.

Há, neste modelo atual de vida em sociedade, consequências negativas aos direitos humanos<sup>27</sup>, especialmente quando se observa a sobreposição de uma cultura à outra, ou ainda, a supervalorização do poderio econômico, materializado nas empresas transnacionais, voltando-se ao ser humano como mercadoria.

26 Para Flávia Piovesan, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca dos temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do 'mínimo ético irreduzível'. p. 41.

27 Nesta vertente, avalia-se: *el fenómeno de la globalización disparó por lo menos acentuado el sentimiento extendido de que el hombre de hoy está rodeado de peligros terribles, que condicionan su vida. El fenómeno es, en parte, real y en parte cultural, porque a los riesgos convencionales de siempre (accidentes, enfermedades) se le sumaron los procedentes de modelos sociales que ya no garantizan el futuro a nadie. También han aparecido fenómenos novedosos de gran intensidad, como el terrorismo, la degradación ecológica, el deterioro urbanístico de las grandes ciudades y peligros propios de las tecnologías modernas, como los accidentes nucleares, escapes de gas, envenenamiento de aguas, accidentes o efecto inesperados de manipulaciones genéticas, uso en el tercer mundo de medicamentos dudosos prohibidos en el primero etc., aumentando el listado de peligros para los seres humanos en las sociedades del siglo XXI.* ELBERT, Carlos. **La Exclusión Global y los Derechos Humanos**. IN: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Oliveira de Barros. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. V. 11, n. 11. Fortaleza: IBDH, 2011. p. 42.

Para contornar este cenário, a partir da diluição das fronteiras e do rápido acesso à informação, examina-se a indispensabilidade do advento e assentamento do Estado Constitucional Cooperativo, tentando a eficácia e proteção efetiva dos direitos humanos. Precisa-se:

[...] torna-se imprescindível que os Estados soberanos venham, na mesma velocidade, a adequar-se à nova sociedade global que cada vez mais se consolida. Os direitos emersos do contexto aterrador da Segunda Guerra e da esperança representada pela fundação da ONU inauguram uma perspectiva de cooperação internacional, em que o Estado-Nação é superado por uma nova concepção de Estado, que Häberle denomina “Estado Constitucional Cooperativo”. Nele, a consolidação desse novo paradigma estatal gera expectativas para o incremento da cidadania nos planos doméstico e internacional, mormente no que se refere a seus efeitos jurídicos. Nesse passo ainda, a “solidariedade estatal de cooperação” ou “cooperação para além das fronteiras”, em que a assistência mútua entre Estados é encarada como corresponsabilidade, é um dos fundamentos do “Estado Constitucional Cooperativo”, ao lado das normas universais de direitos humanos.<sup>28</sup>

Se outrora o Estado Constitucional

28 MEZZAROBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **O princípio da dignidade da pessoa humana: uma leitura da efetivação da cidadania e dos direitos humanos a partir dos desafios impostos pela globalização**. IN: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass. **A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais- Desafios do Século XXI**. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011. pp. 455-456.

Cooperativo se comportava apenas como nova teoria de modelo estatal, hoje é impreterível sua conformação para a proteção efetiva dos direitos humanos.<sup>29</sup>

Sem embargos, o que se observa é que os direitos humanos, em conjunto com o desenrolar societário, acabaram por demandar, cada vez mais, esforços cooperativos para sua consolidação e efetivação no âmbito interno dos Estados. Não mais dependem única e exclusivamente da ordem normativa interna, vindo a trilhar caminhos próprios no Direito Internacional para que seu processo de internalização se cumpra efetivamente.

### 3 O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

#### 3.1 PRIMEIRAS NOÇÕES

O Estado Constitucional Cooperativo, figura complexa demandada por uma realidade múltipla, leva em seu seio dois caminhos jurídicos confluentes: o do Direito Constitucional e do Direito Internacional.

Em consonância, os princípios salutares do Direito Constitucional, tais como

29 Pode-se compreender, em suma, que o Estado Constitucional Cooperativo abarca, em si, uma visão transconstitucional dos direitos humanos quanto a sua tutela: *uma tutela dos direitos humanos, nesta perspectiva, para ser universalmente válida e eficaz, deve ser sobretudo ‘transconstitucional’*. Mas com um sentido muito claro: *deve começar por ser ‘metaconstitucional’, quando tem como ponto de partida o próprio direito interno de cada Estado, no sentido de que o fundamento dos direitos humanos se encontra fora da Constituição, mas nela ganha valor normativo – isto quer dizer que a Constituição vem a ser indispensável na tutela dos direitos humanos; mas uma visão igualmente ‘transconstitucional’, quando o ângulo é o da transestadualidade, como deve ser o dos direitos humanos [...]*. MONTE, Mário Ferreira. **Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: uma visão transconstitucional**. p.75.

o alcance de uma sociedade justa, equânime, livre e solidária, devem estar devidamente conformados com aqueles previstos em plano externo – direitos humanos, igualdade dos Estados na sociedade internacional, prevalência da paz e, indispensavelmente, a cooperação entre seus atores e sujeitos.

Certifica-se tal referência quando, a partir de um estudo preliminar, determina-se ser a cooperação a possibilidade de garantia, no interior dos diversos Estados existentes, de prevalência da dignidade da pessoa humana. É que, mesmo em um contexto de Estado soberano, pautado no constitucionalismo, não mais se opera uma independência absoluta de tais entidades, devendo, de fato, socorrer-se a meios próprios de cooperação para adequar-se à nova realidade de interdependência.

Estar-se-á, de fato, em momento de sobreposições de institutos do Direito Constitucional e do Direito Internacional, tendo como escopo fático o gradativo desaparecimento das fronteiras dos Estados e o aumento quase que onipresente da conectividade entre sociedades, culturas, políticas, economias e nações mundo afora, acarretando na existência de ordenamentos jurídicos abertos, influenciados por outros estrangeiros e, sobremaneira, por novos modelos institucionais, tais como normas provenientes de organismos internacionais e, especialmente, pela temática decorrente dos direitos humanos.

Repagina-se, então, a discussão do Direito Constitucional não apenas em ambiente interno, mas em aportes ampliativos, além do ordenamento jurídico previamente estabelecido, levando em conta aspectos práticos demandados pela realidade

cooperativa.

Se é notável a tarefa do Direito Constitucional em atualizar o caráter associativo de uma sociedade, então indispensável se registra o acatamento da cooperação em seus ordenamentos jurídicos e, mais, assegurá-la em efetividade e legalidade<sup>30</sup>. Justifica-se o aludido papel do Direito Constitucional pela seguinte passagem:

[...] o direito constitucional, a legislação constitucional e a concretização da constituição têm a incumbência de atualizar a unidade política da associação da sociedade no Estado, de fornecer fundamentos e critérios de aferição à instituição e efetivação de normas no ordenamento jurídico infraconstitucional e de assegurar, paralelamente a essa garantia de *legalidade*, também a geração, o reconhecimento e a preservação de *legitimidade* no sentido do que é aceito como conteúdo “correto” pela sociedade.<sup>31</sup>

Evidente se constata que só urgem novas cobiças em uma sociedade que não se contenta com a realidade que lhe transparece aos olhos. E, em termos atuais, o Estado passa por uma crise de legitimidade justamente por não conseguir alcançar os anseios impostos por seus cidadãos, especialmente na seara dos direitos humanos. De fato, a via cooperativa pode ser

30 Fato este já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do art. 4º, inciso IX, de sua Constituição, assim dispendo: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; [...].

31 Müller, Friedrich. **Metodologia de Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

a melhor forma de satisfazer duradouramente as exigências da sociedade. Correlaciona-se ao aqui transcrito a seguinte passagem:

*[...] El Estado encuentra graves dificultades para cumplir sus objetivos porque la globalización sitúa fuera del ámbito estatal de decisión una serie de cuestiones de gran importancia en el ámbito de la política nacional, con la consiguiente insuficiencia del Estado para lograr los objetivos que se le han confiado: garantizar la seguridad de quienes habitan en su territorio, movilizar recursos para hacer efectivo su carácter social y, de manera más discutible, proteger y estimular la identificación de los ciudadanos con sus instituciones. Como ya se ha señalado, los instrumentos tradicionales de la acción estatal soberana, el mandato y la coacción, son insuficientes para alcanzar siquiera los dos primeros objetivos mencionados, para ello es necesario que el Estado utilice otros medios e incluya a otros sujetos en la evaluación de posibilidades y la adopción de decisiones. [...]*<sup>32</sup>

Ainda assim, não se propõe o abandono do Estado Constitucional, pautado em valores da Revolução Francesa: organização dos Estados, separação dos poderes e direitos humanos – todos eles confluindo à supremacia normativa da Constituição no ordenamento jurídico interno. Quer-se, como certo, uma atualização deste modelo estatal, disposto a melhor atender às reivindicações sociais. E, inquestionavelmente, o modelo de Estado Cooperativo, atrelado ao

32 TORRADO, Jesús Lima; OLIVAS, Enrique; FUENTE, Antonio Ortiz-Arce de la. **Globalización y Derecho: una aproximación desde Europa y América Latina**. Madrid: Editorial Dilex S. L., 2007. p. 584.

Direito Constitucional – produzindo, em suma, o Estado Constitucional Cooperativo –, esboça-se o melhor engendramento para alcançá-lo.

### 3.2 A CONCEITUAÇÃO MULTIPOLARIZADA DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Em uma visão conjectural, o Estado Constitucional Cooperativo tenta acoplar os Estados Constitucionais atuais em uma comunidade global de Estados, acentuando a interdependência entre seus institutos para melhor consolidação de direitos humanos. Discute-se, para tanto, a indispensabilidade de um aporte democrático que garanta o desenvolvimento da cooperação sem imposição de valores. Desponta, então, a demanda por uma democracia deliberativa que sustente os pilares da cooperação.

A concepção aqui defendida incorpora elementos de ambos os modelos, ao sustentar que o estado de direito deve ser estruturado com o propósito de garantir as condições que permitem e fomentam a “cooperação democrática”. Pode ser definida, por isso, como uma concepção “cooperativa” de democracia deliberativa. [...] Preliminarmente, basta ressaltar que, assim entendida, a democracia deliberativa fornece elementos não só procedimentais, mas também substantivos, para a tarefa de reconstrução da relação entre democracia e estado de direito.<sup>33</sup>

Ademais, existem aspectos externos, próprios do Direito Internacional, que muito vêm a influenciar a ordem normativa interna atinente à cooperação. Nos ensinamentos de

33 BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro Renovar, 2007. p. 45.

Peter Häberle:

Expressão, pressuposto e consequência da cooperação entre Estados (constitucionais) é o desenvolvimento do *Direito comum*, que deve chamar-se “Direito de cooperação”. Tal Direito comum de cooperação é reconhecível entre os Estados constitucionais. O panorama tipológico mostra isso. Normas, processos e competências, objetivos e conteúdos típicos afeitos ao Direito Internacional já se adensaram aqui, amplamente, e de forma considerável: surge um efetivo “comum” em formas e normas de Direito cooperativo que a comparação constitucional deve continuar a especificar. [...] <sup>34</sup>

Aprofundando o estudo, há de ser dito que o Direito Internacional destaca-se no Estado Constitucional Cooperativo. Clarifica-se: é que falar em cooperação adstrita unicamente ao âmbito interno do Estado não garante que os anseios da sociedade global sejam atendidos. De fato, a cooperação encontra caminho mais próspero em cenário internacional, reclamando por normativas e instrumentos que se atenham não apenas à realidade de uma dada sociedade, mas da conjugação de todas aquelas existentes mundo afora.

Os Estados entenderam a necessidade de cooperarem e coordenarem-se entre si para atingirem fins e objetivos comuns, transmutando seu caráter único e exclusivo soberano para adequarem-se à realidade do Estado Constitucional Cooperativo. Nesse sentido, necessitou-se do compartilhamento de sua soberania para a criação de organismos

34 HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 63-64.

internacionais, como bem se traduz Cançado Trindade:

O chamado “domínio reservado dos Estados” (ou “competência nacional exclusiva”), particularização do velho dogma da soberania estatal, foi superado pela prática das organizações internacionais, que desvendou sua inadequação ao plano das relações internacionais. Aquele dogma havia sido concebido em outra época, tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados e organizações internacionais e outros sujeitos de Direito Internacional), e como expressão de um poder *interno* (tampouco absoluto), próprio de um ordenamento jurídico internacional, de coordenação e cooperação, em que os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais. <sup>35</sup>

Entrelaçando as origens das organizações internacionais e a possível abertura dos textos constitucionais à formação e delineamento de um Estado Constitucional Cooperativo, elenca-se o fato de que o direito comunitário europeu, em seus primórdios, só fora possibilitado por conta da congregação de entendimentos constitucionais de seus membros. <sup>36</sup>

35 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das organizações internacionais**, p.528-529.

36 [...] *Á medida que os novos artigos constitucionais inseridos, em vista à integração europeia, permitem a transferência de poder soberano a organizações e instituições supranacionais ou de Direito Internacional, eles documentam a disposição para uma renúncia à soberania que era, até então, estranha ao Direito Internacional, eles documentam a disposição para uma renúncia à soberania que era, até então, estranha ao Direito Internacional tradicional. Pela primeira vez foram ancorados tais dispositivos na Constituição da Itália, de 1947 (art. 11), e na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 (art. 24 alínea 2). A Constituição grega, de 1975, a contém no art. 28, alínea 2. [...]*



Em um desenrolar histórico, muitas outras Constituições trouxeram a incrementação da cooperação regional e global, por intermédio da internalização de instrumentos próprios de Direito Internacional, tal como a Constituição da África do Sul, de 1996/97, a Constituição do Azerbaijão de 1995, a Constituição da Ucrânia de 1996, a Constituição da Federação Russa, de 1993, a Constituição da Lituânia, de 1992 e, por fim, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, quando, em seu art. 4º, inciso IX, prevê o regimento de suas relações internacionais por intermédio da *cooperação entre os povos para o progresso a humanidade*.

Outro ponto que merece destaque, mesmo que brevemente, envolve a responsabilidade internacional<sup>37</sup> do Estado Constitucional Cooperativo, tema próprio de Direito Internacional.

Nesta esfera, faz-se presente e necessária a cooperação entre os Estados para inibir o desenrolar de atitudes que configurem ilícitos internacionais por parte de outros e, igualmente, a eficácia da medida protetiva e reparadora daquela atitude. Para melhor discriminação da questão, a Assembleia Geral da ONU, por intermédio de sua Comissão de Direito Internacional, elaborou, no ano de 2001, a Convenção sobre Responsabilidade

.....  
HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 48-49.

37 A responsabilidade internacional do Estado surge com o dever de indenizar em virtude da violação do dever geral de não causar dano diretamente aos demais Estados e, indiretamente, aos bens ou à integridade física dos seus nacionais. As últimas décadas indicaram a crescente importância do caráter punitivo da responsabilidade internacional do Estado, que não mais se confina unicamente ao aspecto reparatório. AMARAL JR., Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 329.

Internacional do Estado<sup>38</sup>, prevendo todas as suas peculiaridades e aplicação ao caso concreto.<sup>39</sup>

Relata-se que quando a violação de um Estado recair sobre normas imperativas de Direito Internacional<sup>40</sup>, ter-se-á uma violação mais grave, gerando consequências mais sérias ao Estado, sendo indispensável a cooperação entre os Estados para coibí-las e findar toda e qualquer violação de norma imperativa de Direito Internacional. Por óbvio, neste ponto, vislumbra-se todo um aparato institucional para que Estados, mutuamente, fiscalizem-se em relação à efetiva proteção dos direitos humanos em seus interiores. Em alusão:

Os Estados deverão cooperar para pôr fim, por meios legais, a toda violação séria de norma imperativa de direito

.....  
38 **STATE RESPONSABILITY – International Law Commission**. Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/summaries/9\\_6.htm](http://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.htm). Acesso em: 21 de maio de 2015, 17 horas.

39 Segundo AMARAL JR., o projeto, dividido em quatro partes, aborda o nascimento da responsabilidade internacional do Estado, as formas e os graus que ela reveste, as sanções, o uso do direito costumeiro, de maneira subsidiária, e a possibilidade de responsabilização individual de um agente público. [...] o projeto prima pela abrangência, pois se aplica a todas as esferas do direito internacional público, ao estatuir normas que preveem o que sucederá quando uma regra primária vier a ser infringida. p. 330.

40 Este estudo acompanha o entendimento doutrinário de Cláudio Finkelstein, que identifica uma verticalização das normas de Direito Internacional a partir da afirmação do *jus cogens*. Em seus ensinamentos: *O surgimento e afirmação do 'jus cogens' no direito internacional contemporâneo preenche a necessidade de uma verticalização mínima do ordenamento jurídico internacional, erguido sob pilares de onde o jurídico e a ética se fundem. A evolução do conceito de 'jus cogens' transcende hoje o âmbito do Direito dos Tratados e da Responsabilidade Internacional dos Estados ao atingir o direito internacional geral e a base da ordem jurídica internacional*. FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 206

internacional geral. Previu-se um dever positivo de cooperação, mas não se regulou a forma que assumirá. [...] O dever de cooperar vincular os Estados que sofreram os efeitos da violação séria e os que não forma individualmente atingidos. O que se fez, na verdade, foi impor um esforço conjunto e coordenado de todos os Estados com o excopto de neutralizar o efeitos da infração cometida. Cada situação ditará, na prática, a escolha dos meios legais apropriados para efetivar a cooperação. [...]<sup>41</sup>

Compatibiliza-se apenas a este entendimento o fato de que a responsabilidade internacional dos Estados, no que tange aos direitos humanos, acaba por ser majorada, dada a relevância da temática. Nesta linha de raciocínio entende André de Carvalho Ramos:

[...] esses tratados de direitos humanos são diferentes dos tratados que normatizam vantagens mútuas aos Estados contratantes. Com efeito, o objetivo dos tratados de direitos humanos é a proteção de direitos de seres humanos diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contratante, sem levar em consideração a nacionalidade do indivíduo-tema. Assim, um Estado, frente a um tratado multilateral de direitos humanos, assume várias obrigações para com os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade, e não para com outro Estado contratante, criando o chamado regime objetivo das normas

41 AMARAL JR., Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 336-337.

de direitos humanos. Esse regime objetivo é o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, em contraposição aos regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pro* nas relações entre os Estados. Logo, os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas, entendendo estas como obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>42</sup>

Diz-se que a cooperação alude a um sistema democrático, a partir de uma democracia deliberativa, onde todos têm o dever e a possibilidade de participação, tendendo, assim, à estruturação de bases cooperativas desde o indivíduo, passando pelos aglomerados societários, até se chegar aos altos escalões do governo. É esta chamada democracia deliberativa que possibilita o diálogo entre o Estado, o Direito Internacional e os instrumentos próprios para a cooperação internacional, consolidando a nova realidade em uma sociedade internacional de Estados, agente e paciente do regime internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>43</sup>

42 RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.27-32.

43 Nos dizeres do Ministro Luís Roberto Barroso: A concepção defendida incorpora elementos de ambos os modelos, ao sustentar que o estado de direito deve ser estruturado com o propósito de garantir as condições que permitem e fomentam a “cooperação democrática”. Pode ser definida, por isso, como uma concepção “cooperativa” de democracia deliberativa [...]. Preliminarmente, basta ressaltar que, assim entendida, a democracia deliberativa fornece elementos não só procedimentais, mas também substantivos, para a tarefa de reconstrução da relação entre democracia e estado de direito. BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45.

## CONCLUSÃO

Verifica-se, de imediato, que os direitos humanos necessitam – analisadas suas particularidades e sua importância em um entrecampo mundano – de um repensar da forma societária, bem como da figura estatal como hoje se demonstra. Se, anteriormente, o Estado vislumbrava-se soberano para buscar seus interesses individuais, hoje há de se pensar em seu papel institucional, a serviço da consolidação dos valores mais indispensáveis à humanidade, quais sejam, os direitos humanos.

Nesta conjuntura, observou-se a indispensabilidade de aportes cooperativos para se chegar até tal conjuntura. Assim, neste viés, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Cooperativo, cujo qual alinha a figura do Estado à concretização de uma sociedade global, inclusiva e multifacetada, vem a ser a configuração que melhor atende aos anseios de uma sociedade internacional totalmente dicotômica ao antigo sistema de Estados.

Assim, conclui-se que a soberania do Estado viera a se transformar em consonância com as pretensões da nova ordem internacional: não mais se comporta, nesta realidade, a soberania como poder de império e dominação do Estado, flexibilizando-lhe para atender ao *jus cogens*. Para tanto, desenvolveu-se sobremaneira o instituto da cooperação. Assim, a soberania, hoje, garante a independência e a não-ingerência dos Estados em ambiente internacional, bem como o respeito aos direitos humanos e ao axioma da paz.

A partir desta nova realidade e com o advento da globalização, despontou a interligação entre os Estados, requerendo

esforços cooperativos para que a igualdade entre eles opere de maneira efetiva. Ademais, esta interconexão resultou no surgimento das organizações internacionais, capazes de estabelecer definitivamente o *jus cogens*.

Finalmente, pode-se aludir ao fato de que a cooperação internacional se destaca por transformar a própria instituição estatal, fazendo eclodir o chamado Estado Constitucional Cooperativo, cujo qual diluiu fronteiras e conectou sociedades em prol da realização dos direitos humanos. Em última análise, a cooperação possibilitou a atualização do Estado frente às novas demandas da sociedade, efetivando o compartilhamento de suas soberanias.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JR., Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOZA, E. de Q.; COSTALDELLO, A. C.; CHUEIRI, V. K. de; IMMORDINO, M.; KOZICKI, K. **Direito Comparado: diálogos de direito constitucional e administrativo entre Brasil e Itália**. Curitiba: Instituto da Memória, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro Renovar, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das Organizações Internacionais**. 4ª ed. Belo

Horizonte: Del Rey, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

ELBERT, Carlos. **La Exclusión Global y los Derechos Humanos**. *IN*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Oliveira de Barros. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. V. 11, n. 11. Fortaleza: IBDH, 2011.

FAVOREU, Louis et al. **Droit des libertés fondamentales**, 4ª ed. Paris: Dalloz, 2007.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: *jus cogens* e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MALHEIROS, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**, Ijuí: Editora Unijui, 2005.

MEZZAROBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **O princípio da dignidade da pessoa humana: uma leitura da efetivação da cidadania e dos direitos humanos a partir dos desafios impostos pela globalização**. *IN*: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass. **A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais- Desafios do Século XXI**. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011.

MONTE, Mário Ferreira. **Direitos humanos e**

**sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NA'IM, Abdullahi Ahmed. **Cultural transformation and human rights in Africa**. London: Zed Books, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMMA, Bruno. **International Human Rights and General International Law: a comparative analysis**. Netherlands: Kluwer Law International, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMMA, Bruno. **International Human Rights and General International Law: a comparative analysis**. Netherlands: Kluwer Law International,

1995.

**STATE RESPONSABILITY – International Law Commission.** Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/summaries/9\\_6.htm](http://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.htm). Acesso em: 21 de maio de 2018, 17 horas.

TORRADO, Jesús Lima; OLIVAS, Enrique; FUENTE, Antonio Ortiz-Arce de la. **Globalización y Derecho: una aproximación desde Europa y América Latina.** Madrid: Editorial Dilex S. L., 2007.



# PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS DO SER HUMANO: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 1. A Carta da Organização das Nações Unidas – ONU – de 1945; 2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – de 1948; 2.1 Os Direitos Humanos dos Trabalhadores na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – de 1948; CONCLUSÃO.

**RESUMO:** Este estudo realiza um estudo acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Trata-se da norma jurídica internacional mais importante na história da humanidade, por agregar e por traduzir as ideias e as regras basilares de respeito, de convivência e de existência digna entre todos os seres humanos do planeta. Ao consagrar princípios e valores universais e fundamentais da ordem jurídica internacional, que devem caracterizar

a civilização contemporânea, a Declaração Universal de 1948 é considerada a fonte máxima da hierarquia no mundo do Direito e de toda a humanidade. É o mais importante e o mais completo documento concebido em favor da humanidade, pelo qual se reconhece, solenemente, a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da igualdade, da justiça, da paz, além de outros ideais.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Organização das Nações Unidas (1945); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

**ABSTRACT:** This study carries out a study on the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948, elaborated by the United Nations (UN), in 1945. It is the most important international juridical norm in the history of the humanity, to add and to translate the ideas and the basic rules of respect, coexistence and dignified existence among all the human beings of the planet. In enshrining universal and fundamental



Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Professora Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, Brasília. Advogada.

principles and values of the international legal order, which should characterize contemporary civilization, the Universal Declaration of 1948 is considered to be the highest source of hierarchy in the world of law and of all mankind. It is the most important and the most complete document conceived in favor of humanity, by which the dignity of the human person as the basis of freedom, equality, justice, peace and other ideals is solemnly acknowledged.

**Key words:** Human rights; United Nations Organization (1945); Universal Declaration of Human Rights (1948).

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo estudar a proteção internacional aos direitos dos seres humanos, destacando-se o importante papel atribuído à *Carta das Nações Unidas de 1945* no processo de arregimentação dos valores e dos princípios universais estabelecidos pela **Organização das Nações Unidas (ONU)** por meio da *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948* e, conseqüentemente, na própria formação do **Direito Internacional dos Direitos Humanos**.

Assim, pretendem-se elucidar aspectos fulcrais constitutivos do embasamento das garantias e da proteção dos Direitos Humanos em âmbito internacional. Estes se concretizam a partir do escólio de documentos representativos que servem como referencial para quaisquer ações protetivas aos *Direitos Humanos do Ser Humano*.

Os Direitos Humanos possuem importância ímpar para a história do Direito, pois concretizam os direitos inerentes à

condição humana. Nesta hipótese investigativa, será demonstrada a premência de se fortalecer a defesa dos Direitos Humanos, a fim de não serem apenas conhecidos, reconhecidos, respeitados e defendidos pela observância dos preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; todavia, ademais, com vistas a serem eles, sim, também – em caráter essencial – a base do respeito, da convivência e da existência digna entre todos os seres humanos do planeta.

Eis o que ora se propõe a exame nesta oportunidade.

### 1. A Carta da Organização das Nações Unidas – ONU – de 1945

A Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) representa um importante documento deste século no tocante à matéria do reconhecimento e da proteção aos Direitos Humanos do ser humano no mundo pós-guerra. Era preciso evitar que as atrocidades e que os horrores cometidos durante o nazismo fossem praticados novamente, garantindo-se às gerações vindouras não sofrerem tais atrocidades.

A referida Carta possui, no seu conteúdo, as principais disposições para a manutenção da paz e da segurança internacionais, dando prioridade ao estabelecimento das condições necessárias para a efetivação da justiça e ao respeito às obrigações advindas da assinatura dos tratados. A Carta ainda garante as condições necessárias ao progresso humano e social e à melhoria das condições de vida dos seres humanos.

Em tal contexto, preceitua o seu preâmbulo, *in verbis*:

Faço saber, aos que a presente Carta de ratificação vierem, que, entre a República dos Estados Unidos e os países representados na Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, foi concluída e assinada, pelos respectivos Plenipotenciários, em São Francisco, a (sic) 26 de junho de 1945, a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tudo do teor seguinte:

#### CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS:

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e

a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E para tais fins:

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e

unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e pela instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser

no interesse comum,

a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e em devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Por meio da formulação da Carta das Nações Unidas, conhecida pela nomenclatura Carta de São Francisco, adotada e aberta à assinatura na Conferência de São Francisco, que ocorreu no estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América em 26 de junho de 1945, surgiu, jurídica e politicamente, a Organização das Nações Unidas – ONU. Foi assinada pelo Brasil em 21 de setembro de 1945 e aprovada pelo Decreto Lei n. 7.935/1945, tendo sido promulgada pelo Decreto n. 19.841/1945.

Neste desiderato, foi criada a ONU, ao final da Segunda Guerra, em 1945, com os objetivos, além de assegurar a paz e a segurança mundial, de alavancar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações e de promover o progresso humano e social, bem como garantir melhores padrões de vida a toda a humanidade.

Constata-se, de tal modo, que o objetivo

central da ONU é promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos sem fazer qualquer tipo de distinção, seja por motivo de raça, sexo, língua ou religião, dentre outras.

Nesta tarefa, conforme Leilane Serratine Grubba (2017):

Fundada com o objetivo e a determinação dos povos em preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, a Organização das Nações Unidas nasceu com alcance universal e, dessa forma, promulgou direitos humanos inerentes e universais a todos os povos e a todas as pessoas membros da família humana. Nesse sentido, a Declaração Universal de 1948 representa o reconhecimento global de que os direitos básicos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os humanos, inalienáveis e aplicáveis a todos, considerando-se que cada ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos. (GRUBBA, 2017, p. 40).

Logo, segundo a autora em tela:

A partir de 1945, as Nações Unidas inauguraram o mencionado novo sistema de proteção do ser humano, que se propôs a algumas metas importantes: (a) praticar a tolerância e viver em paz; (b) garantir, pela aceitação de princípios e pela instituição de métodos, que não deve ser usada a força armada, salvo no caso de interesse comum; e (c) empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos. (GRUBBA, 2017, p. 40).

É importante frisar que foi após a ratificação da Carta das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945, por seus cinco Membros permanentes do Conselho de Segurança (China, Estados Unidos da América, França, Reino Unido e Ex-União Soviética), bem como pela maioria dos demais signatários presentes, que a ONU passou a oficialmente existir no plano jurídico e político.

Quanto a este ponto, faz-se mister destacar o Artigo 1º do primeiro Capítulo da Carta das Nações Unidas, que se dedica a regular sobre os seus principais objetivos e propósitos, *in verbis*:

Artigo 1º. Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e (sic) reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou (sic) solução das controvérsias ou (sic) situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos

humanos e às liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Nesta esteira, reza o Artigo 2º do primeiro Capítulo da Carta das Nações Unidas, ao dispor sobre os seus princípios regulares, visando a garantir a realização dos objetivos ou dos propósitos delineados no artigo precedente, *in verbis*:

Artigo 2º. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.

2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.

3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os Membros deverão evitar, em suas relações internacionais, a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos

das Nações Unidas.

5. Todos os Membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.

6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

Impende ressaltar que a Assembleia-Geral das Nações Unidas se reuniu pela primeira vez em 10 de janeiro de 1946 na cidade de Londres (Reino Unido). Nessa reunião, ficou decidido que a sede permanente da Organização seria nos Estados Unidos. Atualmente, além da sede central em Manhattan (Estados Unidos), a Organização possui sedes em Genebra (Suíça), Viena (Áustria) e Nairóbi (Quênia), além de escritórios em outros países.

Em 24 de janeiro de 1946, a Assembleia-Geral adotou a sua primeira resolução, que teve como principais objetivos a regulação do uso pacífico da energia atômica e a eliminação de armas atômicas e das armas de destruição



em massa. Foi a partir dessa primeira resolução, reportando ao descobrimento da energia atômica, que a grande intenção da organização das Nações Unidas se tornou a manutenção da paz internacional e da segurança das nações.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia-Geral das Nações Unidas proclamou o documento mais importante da história do Direito Internacional dos Direitos Humanos – *a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*.

Observa-se, assim, na assaz aprofundada visão de Grubba (2017), que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é considerada:

Um ato histórico na luta contra a guerra e para a manutenção da paz e da dignidade humana. A Declaração, adotada sob a forma de resolução, preceituou os direitos inerentes a todos e qualquer ser humano, entendendo esses direitos como universais. Em seu texto, a resolução preceituou direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, assim como a igualdade e a fraternidade como valores universais. (GRUBBA, 2017, p. 34).

Enfatize-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi aprovada por unanimidade, isto é, 48 votos, havendo apenas 08 abstenções: URSS, Belarus, Ucrânia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul. Afora a ausência, na deliberação, dos representantes de Honduras e do Lêmen.

Ainda consoante Grubba (2017), foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que a ONU proclamou diversos outros instrumentos internacionais

que aprofundaram os direitos já proclamados em 1948 e que criaram outros direitos antes não dispostos. Segundo a autora, dentre as normativas internacionais proclamadas, podem-se destacar as seguintes:

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença, de 1981; a Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradante, de 1984; a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1990; bem como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2008. (GRUBBA, 2017, p. 34).

Depois de oficializada a Carta das Nações Unidas de 1945, processou-se uma onda de transformações no Direito Internacional, simbolizando um novo modelo de relações internacionais que visam à proteção internacional dos direitos humanos.

É preciso ressaltar que a Carta da das Nações Unidas tem como objetivos principais respeitar os direitos e as liberdades fundamentais do ser humano, manter a paz e a segurança internacional e promover o desenvolvimento humano e social, garantindo a melhoria das condições de vida dos indivíduos e, por consequência, o progresso de toda a

humanidade.

Mais precisamente, este documento foi fundamental, pois pretende a proteção internacional dos direitos humanos por meio da criação de uma Organização internacional que abrangesse todas as nações do mundo na defesa da dignidade da pessoa humana, na manutenção da paz e da segurança internacional e no estabelecimento de políticas sociais e econômicas para garantir o desenvolvimento social das nações mais pobres.

Eis a razão pela qual Grubba (2017) esclarece:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece obrigações que os Estados são obrigados a respeitar. Ao tornar-se parte dos tratados internacionais, o Estado assume obrigações e deveres perante a lei internacional de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos. Respeitar significa que o Estado deve abster-se de interferir ou cercear o exercício dos direitos humanos. Proteger significa que o Estado deve proteger os indivíduos e grupos contra os abusos aos direitos humanos. Realizar, por sua vez, significa que os Estados devem tomar as medidas possíveis para facilitar o gozo dos direitos humanos básicos. (GRUBBA, 2017, p. 37).

E mais:

A ratificação de um Tratado Internacional de Direitos Humanos implica um comprometimento do Estado em realizar medidas internas e a legislação compatível com as suas obrigações e os seus deveres. Nesse sentido, o sistema jurídico interno fornece a principal proteção legal dos

Direitos Humanos garantidos pelo Direito Internacional. (GRUBBA, 2017, p. 37).

No que se refere à dignidade humana, explana Grubba (2017) que as Nações Unidas proclamaram, ao longo de sua história, direitos humanos universais e direitos dirigidos especificamente para populações consideradas em desvantagem social e empírica no acesso aos bens materiais e imateriais, como a população indígena, as mulheres, as crianças, bem como os migrantes refugiados, os apátridas, dentre outros grupos populacionais.

Seguindo-se ainda a elucidativa visão de Grubba (2017):

O corpo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, segundo as Nações Unidas, continua a crescer e a elaborar os direitos e liberdades fundamentais, abordando questões como a discriminação racial, a tortura, os desaparecimentos forçados, as deficiências, os direitos das mulheres, das crianças, dos imigrantes, das minorias e dos povos indígenas. (GRUBBA, 2017, p. 37).

Hodiernamente, verifica-se ainda, concorde Grubba (2017), que a Organização das Nações Unidas atua mundialmente...

Por meio de programas de manutenção da paz, prevenção de conflitos, assistência humanitária, desenvolvimento sustentável, proteção do meio ambiente e de refugiados contra terrorismo, de não proliferação de armas e desarmamento, promoção da democracia, direitos humanos, igualdade de gênero, governabilidade, desenvolvimento econômico e social,

saúde internacional, erradicação de minas terrestres, expansão da produção de alimentos, além de outros programas que objetivam alcançar os propósitos da Organização no intuito da obtenção de um mundo mais seguro para as gerações atuais e futuras. (GRUBBA, 2017, p. 41).

Neste sentido, a *proteção aos Direitos Humanos* é o principal objetivo e o princípio basilar da ONU – garantido por meio do núcleo básico de tratados de Direitos Humanos e positivado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Logo, *Direitos Humanos*, entendidos a partir do *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, no escólio de Grubba (2017):

São conceituados como aqueles direitos universais e inerentes ao ser humano, que têm por finalidade concretizar a dignidade de todos e para todos. Esses direitos universais e inerentes, proclamados pelo Direito Internacional, estabelecem obrigações aos Estados que tornarem parte dos Tratados Internacionais. (GRUBBA, 2017, p. 65).

## 2. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – de 1948**

...A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em Paris, por 48 nações, pela Resolução n. 127 A (III), de 10 de dezembro de 1948. É relevante destacar o papel atribuído à Declaração Universal de 1948 como o mais importante instrumento de proteção aos Direitos Humanos da história da humanidade em âmbito internacional.

Na mui apropriada visão de José Augusto Lindgren Alves (1997, p. 26), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seus trinta artigos “define de maneira clara e singela os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como alicerces da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Assim sendo, consoante Alves (1997)

Evita fundamentá-los do ponto de vista religioso ou filosófico, atribuindo-os tão-somente à “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Difere, assim, desde o início, de suas antecessoras e modelos norte-americanos – tanto a Declaração de Independência, de 1776, quanto as Declarações de Direitos em vários estados, particularmente à da Virgínia, também de 1776 – e da *Déclaration es Droits de l’Homme et du Citoyen*, francesa, de 1789, que invocavam a Deus, no primeiro caso, e à Natureza e à Razão, típicas do Iluminismo, no segundo, como respectivas bases doutrinárias. (ALVES, 1997, p. 26).

O Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

O Artigo 2º, item 1, preceitua que todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. No item 2, a Declaração

estabelece que também não será feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou do território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Dispõe o Artigo 3º da DUDH de 1948 que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Seguindo a apropriada análise de Alves (1997), os artigos 3º ao 21 da Declaração de 1948 dispõem sobre os direitos civis e políticos, ao passo que o Artigo 22 introduz o conceito de pessoa como ser social e, por conseguinte, os direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade a serem realizados pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e com os recursos de cada Estado. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão, assim, todos eles estabelecidos nos artigos 23 a 27 da referida Declaração.

No tocante ao Artigo 28 da DUDH de 1948, Alves (1997) afirma que ele se dirige, de maneira difusa, à construção de uma verdadeira comunidade nacional e internacional, por destacar o direito de todos a uma ordem social e internacional em que os Direitos Humanos possam ser plenamente realizados.

Ainda para Alves (1997), no entanto, o Artigo 29 corresponde à contrapartida dos direitos por afirmar que todos têm deveres para com a respectiva comunidade, determinados por Lei. Neste enleio, o autor explana:

As limitações legais aos direitos visam, essencialmente, a assegurar

o respeito aos direitos dos outros e a satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática, assim como os propósitos e princípios das Nações Unidas. Evidencia-se, dessa forma, que os direitos humanos têm como pré-requisito essencial o sistema democrático, não se amoldando a regimes ditatoriais. (ALVES, 1997, p. 29).

Quanto ao Artigo 30, último artigo da Declaração Universal de 1948, Alves (1997) enfatiza com exatidão:

É a ressalva interpretativa habitual de instrumentos internacionais e visa a evitar a aplicação distorcida da Declaração, negando reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou ato destrutivo dos direitos e liberdades nela estabelecidos. (ALVES, 1997, p. 29).

Sob tal prisma, a Declaração de 1948 é o primeiro documento internacional a tratar de todas as gerações ou de todas as dimensões de Direitos Humanos, dispondo, a só tempo, acerca tanto dos direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais – *de maneira universal, indivisível e interdependente* – não fazendo qualquer distinção entre as referidas categorias de Direitos Humanos.

Grubba (2017) reitera que a DUDH de 1948 reconheceu que os direitos básicos e as liberdades fundamentais são direitos universais inerentes a todos os seres humanos, sendo inalienáveis e sendo igualmente aplicáveis a todos, considerando que cada ser humano nasce livre e igual em dignidade e em direitos.

Nesta temática, afirma o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *in verbis*:

#### PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

[...]

Urge reiterar que as atrocidades nazistas e que os crimes cometidos contra a humanidade na Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), como também o lançamento das bombas atômicas em Hiroshima e em Nagasaki (06 e 09 de agosto de 1945, respectivamente), contribuíram, em 1948, para a construção da Declaração Universal dos Humanos (DUDH) de 1948. Assim como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal é um documento de repúdio às atrocidades cometidas pelas nações com poderio e sofridas pelas nações vencidas, para que se reconheçam e para que se preservem os Direitos Humanos.

Por sua destinação universal, Alves (1997) pontua que a redação da Declaração de 1948 é enxuta, é secular e é desprovida de referências metafísicas. Sob tal prisma, ela é resultado de um trabalho admirável de negociações diplomáticas de que participaram importantes personalidades como: o francês René Cassin, o canadense John Humphrey, o libanês Charles Malik e o chinês (nacionalista) P.C. Chang, presididos pela ilustre senhora Eleanor Roosevelt – viúva do ex-presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt –



que, com o seu New Deal e os seus discursos, foi o primeiro líder dos aliados a ressaltar a importância dos Direitos Humanos para a reconstrução de uma ordem internacional no mundo após a Segunda Guerra.

Pela mui precisa abordagem de Arnaldo Sussekind (2000), na Declaração Universal de 1948, há *direitos supraestatais*, inerentes ao ser humano, que devem ser usufruídos e que devem ser respeitados independentemente de Leis Nacionais ou de Tratados Internacionais ratificados. Além do mais, a DUDH visa a explicitar tais direitos e a ressaltar o dever de as nações efetivá-los.

Nesta esteira, por consagrar princípios e valores universais e fundamentais da ordem jurídica internacional – que devem caracterizar a civilização contemporânea – a referida Declaração de 1948 é considerada a fonte hierárquica máxima no mundo do Direito e em toda a humanidade.

Por conseguinte, mais uma vez sob a providencial lição de Grubba (2017)

A Declaração inspirou, de fato, mais de oitenta Tratados e Declarações Internacionais de Direitos Humanos, além de Convenções Regionais de Direitos Humanos e Disposições Constitucionais, os quais (sic), em conjunto, constituem um Sistema Global juridicamente vinculante para a promoção e para a proteção dos direitos humanos. (GRUBBA, 2017, p. 68).

Sob ótica correlata, Flávia Piovesan (2003) sinaliza que a Declaração Universal de 1948 surgiu como um código de princípios e de valores universais a serem respeitados pelos Estados. Ela demarca a concepção inovadora

de que os Direitos Humanos são universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenunciase, por meio da dita Declaração, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era vista como um aspecto de jurisdição doméstica dada a sua soberania.

Destarte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de **Direitos Humanos**, constitui o marco da criação do *Direito Internacional dos Direitos Humanos* como sistema jurídico normativo de alcance internacional com o objetivo de proteger os Direitos Humanos.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli (2016):

Trata-se do instrumento considerado o ‘marco normativo fundamental’ do sistema protetivo das Nações Unidas, a partir do qual se fomentou a multiplicação dos Tratados relativos a direitos humanos em escala global. (MAZZUOLI, 2016, p. 81).

Piovesan (2008, p. 10) afirma que, a partir da Declaração de 1948, começa a se “desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção”.

E, para Piovesan (2013, p. 189), “a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX em decorrência da Segunda Guerra Mundial”.

Por assim ser, Piovesan (2013) observa:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um movimento extremamente recente na história,

surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. (PIOVESAN, 2013, p. 441).

Através da DUDH de 1948, Piovesan (2013) salienta que:

Desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. (PIOVESAN, 2013, p. 190).

Conforme elucida Piovesan (2013), tanto a Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto a Liga das Nações e o Direito Humanitário, cada qual ao seu modo, assemelham-se haja vista terem sido os marcos para o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e terem contribuído para a sua universalização, seja ao assegurarem parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixarem como objetivos internacionais a manutenção da paz e da segurança internacional, seja, ainda, ao protegerem direitos fundamentais em situações de conflito armado. E os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm como fonte o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por isso, Piovesan (2013) é enfática:

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na

história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. (PIOVESAN, 2013, p. 190).

No mesmo viés, destaca Antônio Augusto Cansado Trindade (1991):

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constitui um ímpeto decisivo no processo de generalização da proteção dos direitos humanos, testemunhado pelas quatro últimas décadas, permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e (sic) convergência dos instrumentos de direitos humanos a nível global e regional [...]. (TRINDADE, 1991, p. 1).

Sob tal ótica, magistra Fábio Konder Comparato (2003):

A Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu Artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional,

como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos. (COMPARATO, 2003, p. 223).

Neste enleio, asseveram Flavia Piovesan, Alessandra Passos Gotti e Janaína Senne Martins (2003):

A Declaração rompe com as concepções anteriores decorrentes das modernas Declarações de Direitos, que apenas ressaltavam ora o discurso liberal da cidadania (como, por exemplo, a Declaração Francesa e a Declaração Americana do final do século XVIII), ora o discurso social (como, por exemplo, a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa do início do século XX). Até então, os valores liberdade e igualdade vinham divorciados. A Declaração de 1948 vem inovar, prevendo, de forma inédita, que não há liberdade sem igualdade e não há igualdade sem liberdade. (PIOVESAN; GOTTI; MARTINS, 2003, p. 92).

Carlos Roberto Husek (2015) também defende com maestria que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 constitui uma espécie de “*código de natureza universal*” pela sua amplitude, ou seja, pelo reconhecimento de direitos sem os quais o ser humano não pode completar-se, como o desenvolvimento pleno de suas condições físicas, de suas faculdades intelectuais, de sua espiritualidade; bem como pela universalidade que é aplicável independentemente de sexo, religião, raça, nacionalidade e ideologia professada.

Assim, o autor lança luzes a iluminar aspecto de tamanha relevância:

Faz parte esta Declaração da ordem pública internacional, e, portanto, nenhuma regra, nenhuma convenção internacional, bilateral ou multilateral, pode contrariá-la, porque se trata da dignidade inerente a todo ser humano, que deve ser respeitada em qualquer espaço geográfico da Terra sob qualquer espécie de governo. (HUSEK, 2015, p. 64).

E complementa de forma categórica:

A Declaração de 1948 proclama a condição da pessoa humana como requisito exclusivo para a titularidade de direitos universais e a indivisibilidade dos direitos reconhecidos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), com o binômio liberdade e igualdade. (HUSEK, 2015, p. 64).

Atesta Mazzuoli (2016):

A Declaração Universal nasceu como um código de conduta mundial para dizer a todo o planeta que os direitos humanos são universais, bastando a condição de ser pessoa para que se possa reivindicar e exigir a proteção desses direitos em qualquer ocasião e em qualquer circunstância. (MAZZUOLI, 2016, p. 82).

Ainda consoante o autor:

São significativas as referências à Declaração Universal nos preâmbulos de inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tanto do sistema global como dos sistemas regionais de proteção, de que são exemplos as Convenções Europeia (1950) e Americana (1969) sobre Direitos Humanos e a Carta Africana

dos Direitos Humanos e dos Povos (1981). São incontáveis, também, as referências à Declaração nas sentenças de tribunais internacionais e internos. Tal demonstra nitidamente que a Declaração Universal tem se tornado constante fonte de inspiração dos instrumentos internacionais de proteção e das decisões judiciais internacionais e internas, o que aumenta sobremaneira a sua importância como instrumento, de fato, utilizado no Direito Internacional Público como *standart* mínimo de proteção dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2016, p. 83).

Explicita Lauro César Mazetto Ferreira (2007) que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inaugurou uma ordem internacional de respeito e de proteção à dignidade humana e a reconheceu, sobretudo, como fundamento dos Direitos Humanos, pois estatui que a condição de pessoa pressupõe-se como o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, consagrando a universalidade dos mesmos. Há um reconhecimento de direitos inerentes a toda pessoa – anteriores a qualquer forma de organização política ou social.

Ferreira (2007) também aponta que a Declaração Universal de 1948 se constitui na interpretação autorizada da expressão “*Direitos Humanos*” constante da Carta das Nações Unidas de 1945. Ela complementa a eficácia deste instrumento jurídico internacional e demarca a concepção contemporânea dos Direitos Humanos. Por esta, tais direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, indivisível e universal ao conjugarem o valor da liberdade com o da

igualdade.

E acentua Piovesan (2006, p. 45): “A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, a consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”.

Também de acordo com a autora supracitada, a Declaração de 1948 traçou uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana ao consagrar valores básicos universais. Desde o seu Preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana – titular de direitos iguais e inalienáveis. Desse modo, para a Declaração Universal, a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo à titularidade de direitos. A universalidade dos Direitos Humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça conforme já exposto alhures. A dignidade humana, como fundamento dos Direitos Humanos e valor intrínseco à condição humana, é concepção, posteriormente, incorporada por todos os Tratados e por todas as Declarações de Direitos Humanos que passaram a integrar o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Além da universalidade dos Direitos Humanos, a Declaração de 1948 introduz a indivisibilidade desses direitos, ao conjugar, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais. De tal sorte, ela estabelece duas categorias de direitos, quais sejam: *os direitos civis e políticos* e *os direitos econômicos, sociais e culturais*. Desta feita, coaduna o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando os valores da liberdade e da igualdade.

Assim acentua Piovesan (2015):

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, marcada pela universalidade e (sic) indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2015, p. 172).

Sob esta perspectiva integral, ensina Piovesan (2013, p. 214) que duas são as inovações introduzidas pela Declaração de 1948: “a) parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; b) afirmar a interrelação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos”.

Enfatize-se, então, que a Declaração de 1948 é o mais importante e completo documento concebido em favor da humanidade, pelo qual se reconhece, solenemente, a dignidade da

pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz, além de outros ideais.

Como elucida Alves (1997, p. 27): “a Declaração não representa um mínimo denominador comum de distintos sistemas e culturas. Ela se proclama o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”.

A esse respeito, Piovesan, Gotti e Martins (2003) asseguram:

A Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitera-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. (PIOVESAN; GOTTI; MARTINS, 2003, p. 38).

Desde a Carta Magna de 1215 até a Carta das Nações Unidas de 1945, muitos documentos legislativos, declarações e resoluções versaram sobre Direitos Humanos. Todavia, nenhum deles foi tão adiante e tão amplo quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

Isso se comprova pelo fato de os 21 (vinte e um) primeiros dispositivos discorrerem sobre direitos e sobre garantias individuais, impregnados das conotações de: igualdade, dignidade, não-discriminação; direito à vida, à liberdade, à liberdade de pensamento e de crença, inclusive religiosa; liberdade de opinião, de reunião, de associação; direito a



uma nacionalidade; proibição de escravidão e de prisões arbitrárias; proteção igual perante os tribunais; direito ao julgamento pelo juiz natural; presunção de inocência; garantia contra medidas arbitrárias; direito à segurança pessoal, à nacionalidade; liberdade de ir e vir; direito de asilo e de propriedade; condenação da escravidão, da servidão, da tortura, das penas ou dos tratamentos cruéis ou degradantes; reconhecimento da personalidade jurídica; respeito à intimidade pessoal; direito de constituição de família; direito de circular e de escolher a residência; direitos políticos de participação no governo, de votar e de ser votado, de acesso às funções públicas; garantia de eleições autênticas, periódicas, mediante sufrágio universal e igual e voto secreto ou procedimento equivalente. Sendo que os demais artigos estabelecem, principalmente, os direitos sociais do homem como o direito ao trabalho, à saúde e à educação.

Diante o exposto, Comparato (2003) argumenta:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu Artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível, quando, ao término da

mais desumanizadora guerra de toda a história, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião sobre todas as demais põe em risco a própria sobrevivência da humanidade. (COMPARATO, 2003, p. 240).

A partir daí, os princípios da DUDH de 1948 foram inseridos nas principais Constituições contemporâneas. Os seus 30 artigos fixaram um código universal dos Direitos Humanos ao constituírem *uma sùmula de direitos e de deveres fundamentais do homem* sob os aspectos individual, social, cultural, político etc.

A Declaração Universal de 1948 inaugura, pois, uma ordem internacional de respeito e de proteção à dignidade humana e a reconhece, sobretudo, como fundamento dos Direitos Humanos. Para ela, a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos. Portanto, demarca a concepção contemporânea dos Direitos Humanos, por meio da qual os mesmos passam a ser concebidos como unidade interdependente, indivisível e universal, representando um verdadeiro ideal de preservação da dignidade da pessoa humana.

Ademais, no inciso XXVIII da DUDH de 1948, vê-se o mais fundamental dos denominados **“direitos da humanidade”** – aquele cujo escopo é estabelecer uma ordem internacional que valoriza a dignidade da pessoa humana, conforme erigido, *in verbis*: *“Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”*.

Constata-se, pois, que os Direitos Humanos, após a Declaração de 1948, passam a ser – **além de universais** – *unidade indivisível, interdependente e interrelacionada*, devendo ser conjugados uns aos outros para a sua plena eficácia.

Mais uma vez em consonância com o pensamento de Piovesan (2015):

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2015, p. 173).

Prosseguindo-se no respeitável magistério de Piovesan (2015):

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação e um sistema internacional de proteção desses direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível”. Neste sentido, cabe destacar que, até 2014, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 167 Estados-Partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com 61; a Convenção contra a Tortura, com 154; a Convenção

sobre a Eliminação da Discriminação Racial, com 176; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, com 187; e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-Partes. (PIOVESAN, 2015, p. 173).

Por conseguinte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 promoveu uma mudança no modo de pensar de diversos Estados acerca dos Direitos Humanos. Ela supriu a necessidade de se instaurar um mecanismo internacional de reconhecimento e de proteção aos direitos do ser humano, a partir de um novo referencial ético imprescindível para orientar a nova ordem internacional em resposta às atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras mundiais.

De acordo com Sidney Guerra (2014):

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consolida a ideia de uma ética universal e, combinando o valor da liberdade com o valor da igualdade, enumerando tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28), proclama também a indivisibilidade dos direitos humanos. (GUERRA, 2014, p. 40).

Ainda para Guerra (2014):

A questão sobre a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos torna-se tema global, e a dignidade da pessoa humana reflete-se como fundamento de muitas Constituições a partir de então. Inaugura-se, portanto, o momento cuja essência dos direitos humanos, parafraseando Hannah Arendt, consiste no “direito a ter

direitos”. Os direitos humanos entram em definitivo na agenda internacional e, por consequência, surgem os sistemas internacionais de proteção. (GUERRA, 2014, p. 40).

Novamente, conforme Piovesan (2013), sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais; enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade – entendida em seu mais amplo sentido – os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como se cogitar a liberdade divorciada da justiça social. Assim também se torna infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. De tal modo, todos os Direitos Humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, dentro do qual os diferentes direitos, necessariamente, estão interrelacionados e são interdependentes entre si.

Como ainda se pode extrair dos ensinamentos da autora, a Declaração, ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, introduz a concepção contemporânea de Direitos Humanos, pela qual os mesmos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Sendo assim, uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage, afastando a equivocada visão da sucessão geracional de direitos, na medida em que se acolhem as ideias de expansão, de cumulação e de fortalecimento dos Direitos Humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Tendo-se em vista que os Direitos Humanos constituem uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade,

quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez, revela-se esvaziado o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.

No tocante à força jurídica e vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, seguem-se aqui os acertadíssimos entendimentos de Flávia Piovesan, Carlos Roberto Husek e Fábio Konder Comparato.

Conforme Piovesan (2013), a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de Tratado Internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, visto que constitui a interpretação autorizada da expressão “*Direitos Humanos*” constante dos artigos 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Neste sentido, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos Direitos Humanos.

Por acréscimo, a autora em destaque aponta que a natureza jurídica vinculante da referida Declaração também é reforçada por ter se transformado – na qualidade dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ao longo de mais de cinquenta anos de sua adoção – em *direito costumeiro internacional* e em *princípio geral do Direito Internacional*.

E ainda prossegue a respeitável autora:

A Declaração se impõe como um Código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos Direitos Humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A Declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais,

na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais. Internacionalmente, a Declaração tem estimulado a elaboração de instrumentos voltados à proteção dos Direitos Humanos e tem sido referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas. (PIOVESAN, 2013, p. 220).

Este também é o lumiar pensamento de Husek (2011) para quem:

Faz parte esta Declaração da ordem pública internacional, e, portanto, nenhuma regra, nenhuma convenção internacional, bilateral ou multilateral pode contrariá-la, porque se trata da dignidade inerente a todo ser humano, que deve ser respeitada, em qualquer espaço geográfico da Terra, sob qualquer espécie de governo. (HUSEK, 2011, p. 60).

Também na brilhante visão de Husek (2011), a Declaração Universal de 1948:

[...] proclama a condição da pessoa humana como requisito exclusivo para a titularidade de direitos universais e a indivisibilidade dos direitos reconhecidos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), com o binômio liberdade e igualdade. (HUSEK, 2011, p. 60).

E cabe destacar, ademais, por assaz apropriado, o pensamento de Comparato (2015):

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos

independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não [...]. (COMPARATO, 2015, p. 239).

Ainda em conformidade com a ótica elucidativa deste autor:

Já se reconhece, aliás, de há muito, que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional é também constituído pelos costumes e pelos princípios gerais de direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38). Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que os costumes e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). A própria Corte Internacional de Justiça assim tem entendido. Ao julgar, em 24 de maio de 1980, o caso da retenção, como reféns, dos funcionários que trabalhavam na embaixada norte-americana em Teerã, a Corte declarou que “privar indevidamente seres humanos de sua liberdade e sujeitá-los a sofrer constrangimentos físicos é, em si mesmo, incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos”. (COMPARATO, 2015, p. 240).

A propósito, ressaltem-se, por fim, mais alguns dos acertadíssimos apontamentos de Piovesan (2013). A autora reafirma que o processo de juridicização da Declaração

começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois Tratados Internacionais distintos, correspondentes ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal de 1948. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois Pactos Internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos Direitos Humanos.

## 2.1 Os Direitos Humanos dos Trabalhadores na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH – de 1948

Um dos fundamentos da Declaração em tela consiste na melhoria dos padrões de proteção social ao trabalhador, garantindo a ele uma vida adequada pelo trabalho.

Como elucida Márcio Morena Pinto (2014), de todos os instrumentos internacionais, o mais significativo na história do desenvolvimento do Direito Internacional do Trabalho é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O autor assevera:

O seu texto retoma várias das disposições consagradas da filosofia social que havia sido proclamada na Declaração de Filadélfia, passando a ser acolhido como inspiração e orientação do processo de desenvolvimento humano e social de toda a comunidade internacional. (PINTO, 2014, p. 38).

O primeiro considerando da Declaração

Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, previsto em seu Preâmbulo e no Artigo 1º, consagra o reconhecimento da dignidade humana. Se não, *in verbis*:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo;

Artigo I

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

O Artigo 23, item 1, da Declaração Universal de 1948 consagra os direitos sociais dos trabalhadores, *in verbis*:

Artigo XXIII

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a



proteção de seus interesses.

A Declaração de 1948, no Artigo 24, assegura também, *in verbis*: “*Toda pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente a uma limitação razoável da duração do trabalho, e às férias periódicas pagas*”.

Em tal contexto, o Artigo 25 desta Declaração garante ainda, *in verbis*:

#### Artigo XXV

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

E, desta feita, a Declaração representa o cume do amadurecimento e da evolução dos Direitos Humanos, especialmente em direção aos direitos sociais dos trabalhadores – *expressão contumaz do respeito máximo aos seres humanos que trabalham para viver dignamente*.

Em tal perspectiva, Mazzuoli (2015) acentua com destacada precisão:

Tanto o Tratado de Versailles, que instituiu a Organização Internacional do Trabalho, quanto os demais

instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estabelecem princípios jurídico-sociais de promoção e de proteção dos direitos trabalhistas de dignificação do trabalhador. (MAZZUOLI, 2015, p. 1.110).

A esse respeito, Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017) elucida:

A Declaração Universal da ONU é um marco especificamente, também, em relação aos direitos sociais em relação aos direitos sociais, antes praticamente olvidados nas declarações supranacionais. Desenvolve-se, assim, um processo de universalização desses direitos com um aparato de proteção compartilhado pelos Estados em busca de um consenso para a construção de um patamar civilizatório mínimo. Nesse contexto, a participação de organismos internacionais é imprescindível, passando pelas diversas organizações e abrangendo atores estatais e não estatais. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 86).

Luciane Cardoso Barzotto (2011, p. 50) defende que “os direitos reconhecidos como direitos fundamentais no trabalho pela OIT, em 1988, já estão contemplados na Declaração Universal de 1948”.

Sobre esta temática, o Artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 garante que ninguém será submetido à servidão, proibindo, a seguir, a escravidão, *in verbis*: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

Vale ressaltar a proibição de

discriminação prevista no Artigo 7º da DUDH de 1948, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Nesta senda, o Artigo 22 da Declaração Universal preceitua que todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e com os recursos de cada Estado, aos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

E, por derradeiro, reitera-se, por expressivo, o que acentuam os Artigos 23 e 25 desta Declaração supratranscritos.

## CONCLUSÃO

O presente texto buscou evidenciar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), representa a Constituição Universal dos Direitos Humanos no mundo. Trata-se da norma jurídica internacional mais importante na história da humanidade, por agregar e por traduzir as ideias e as regras basilares de respeito, de convivência e de existência digna entre todos os seres humanos do planeta.

Ao consagrar princípios e valores universais e fundamentais da ordem jurídica internacional, que devem caracterizar a

civilização contemporânea, a Declaração Universal de 1948 é considerada a fonte máxima da hierarquia no mundo do Direito e de toda a humanidade. É o mais importante e o mais completo documento concebido em favor da humanidade, pelo qual se reconhece, solenemente, a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da igualdade, da justiça, da paz, além de outros ideais.

Em razão disso, entende-se, aqui, que todo País-Membro da ONU, ao legislar o seu direito interno, deve, em observância aos Direitos Humanos, respeitar as disposições contidas na DUDH de 1948 pela dignificação da pessoa humana.

Objetivou-se, portanto, no presente texto, demonstrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constitui a origem e a fonte de toda a regulamentação internacional concernente à proteção dos Direitos Humanos e das principais Constituições contemporâneas do mundo, com previsão, inclusive, do mínimo regulatório dos Direitos Humanos do trabalhador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça**. São Paulo: LTr, 2017.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho.

Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRUBBA, Leilane Serratine. **Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas**. Curitiba: Prismas, 2017.

FERREIRA, Lauro César. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2007.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014.

HUZEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINTO, Márcio Morena. **Introdução ao direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cansado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

# ARTIGOS ESPECIAIS

# O DÉFICIT HABITACIONAL NO BRASIL: A RELEVÂNCIA DOS INSTRUMENTOS PRIVADOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE MORADIA

Henrique Ribeiro Cardoso

Pedro Ernesto Celestino Pascoal Sanjuan

## INTRODUÇÃO

A complexa sociedade contemporânea, em seu crescente volume de demandas sociais, tem exigido cada vez mais do Estado a implementação de políticas públicas que proporcionem a efetivação dos direitos sociais, sendo que uma das maiores imposições consiste no acesso ao direito à moradia, diante do reconhecimento desse direito como uma necessidade para uma existência humana digna.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 elevou o direito à moradia a categoria de Direitos Humanos, como um corolário da dignidade da pessoa humana, de modo que é impossível imaginar uma vida minimamente digna sem uma moradia.

No Brasil, a Constituição Federal elencou o direito à moradia no capítulo dos direitos sociais, de forma que, o direito à moradia deve ser interpretado em duas dimensões, sendo

uma positiva, consubstanciada no dever de implementar uma política de habitação de interesse social e outra negativa, lastreada no princípio da não remoção, abstendo-se o Estado de promover deslocamentos involuntários da população carente que pode ser regularizada nos locais que ocupa.

Contudo, mesmo diante dessa proteção constitucional, o déficit habitacional brasileiro ainda persiste, de forma que o tema ganha ainda maior força e ressonância na sociedade, a qual clama por políticas públicas que proporcionem aos menos favorecidos o acesso à moradia, como instrumento efetivador de uma existência humana

Assim, o problema a ser enfrentado no presente trabalho, consiste na compreensão do déficit habitacional no Brasil, identificando soluções possíveis, notadamente com um reforço à segurança jurídica dos contratos para implementação e efetivação do direito à moradia por meio de instrumentos de direito

.....  
Henrique Ribeiro Cardoso

Doutor em Direito, Estado e Cidadania, pela Universidade Gama Filho (UGF), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC/CDH) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB).

Pedro Ernesto Celestino Pascoal Sanjuan

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Anhanguera. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Graduado em Economia pela Universidade Tiradentes (UNIT).



privado, a par da busca por sua efetivação também através de instrumentos públicos, em sintonia e complementariedade.

## 1 DIREITO HUMANO À MORADIA

A moradia surge como uma necessidade humana de fixação a um determinado espaço físico na sociedade, lugar esse onde o indivíduo se vinculará, habitando e alojando os seus familiares e ainda, local onde estabelecerá vínculos diretos com a sociedade e executará atos da vida civil. Nesse sentido Luís Cabral de Oliveira de Moncada esclarece:

É, todavia, muito grande a importância que ela assume na vida jurídica da pessoa, pois que da sua determinação positiva ou negativa é que resulta o poderem tornar-se estáveis e regulares muitas das relações jurídicas em que a pessoa intervém, havendo muitas disposições jurídicas, que não é possível aplicar sem essa relação se achar definida e precisada. A pessoa não tem mais ou menos direitos em virtude dessa relação com um determinado lugar, mas a determinação de tal relação é a condição para ela poder exercer certos direitos, podendo inclusive, pela falta prolongada desse exercício, dar origem a certas presunções que a prejudicam, beneficiando outros.<sup>1</sup>

Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza, conceitualmente, a moradia é um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil, portanto, indisponível, irrenunciável e indissociável da vontade humana, sendo objeto

1 MONCADA, Luís Cabral de Oliveira de. **Lições de direito civil**: parte geral. Coimbra: Atlântida, 1932, v. 1, p. 288-289.

de direito e protegido juridicamente, como os bens extrapatrimoniais da imagem, honra e intimidade, não guardando, dessa forma, qualquer relação com a propriedade do bem.<sup>2</sup>

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948<sup>3</sup> proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) elevou o direito à habitação à categoria de Direitos Humanos em seu artigo XXV, como um corolário da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>, de modo que é impossível imaginar uma vida minimamente digna sem uma moradia.

Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu como uma resposta às atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra Mundial, tendo o Estado figurado como o principal violador dos Direitos Humanos. Para Flávia Piovesan, “é neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar

2 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

3 Conquanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos traga a expressão habitação, esse deve ser entendida na acepção de moradia, e ainda, como um elemento efetivação da dignidade da pessoa humana.

4 Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como a qualidade intrínseca de cada pessoa que o faz merecedor de mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, assegurando: a) um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano; b) as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, através de prestações da sociedade e do Estado; c) a promoção da participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência da vida, em comunhão com os demais seres humanos, pautada pelo respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.)

a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª. Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução”.<sup>5</sup>

Nessa quadra, essa reconstrução provocou a institucionalização dos Direitos Humanos no Plano Universal, cuja consecução fora dividida em duas etapas, a primeira com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a segunda com o Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966) e Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), sendo que, na primeira etapa, tratou-se da concepção moderna de Direitos Humanos e do Sistema Internacional de Direitos Humanos e a segunda, promoveu o detalhamento dos Direitos Humanos no âmbito convencional, com a consagração definitiva na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993.<sup>6</sup>

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, até hoje, é considerada

um marco no processo de reconstrução dos Direitos Humanos, por introduzir a concepção contemporânea de universalidade e indivisibilidade desses direitos e representar o início do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo pela implementação e adoção de tratados internacionais com esse conteúdo<sup>7</sup>.

Joaquín Herrera Flores, avança ainda mais ao formular a sua Teoria Crítica dos Direitos Humanos, asseverando que esses precisam ser entendidos como um processo social, econômico, político e cultural, em contraponto com a doutrina ocidental hegemônica de direitos humanos que atenua, ou até mesmo fulmina, o potencial emancipador dos processos de luta pela dignidade humana, de modo que urge a necessidade de “reinventar os direitos humanos”, mediante o enfrentamento da globalização e dos diferentes tipos de injustiças e opressões. Nesse sentido, são as palavras do autor:

Os direitos humanos devem ser entendidos como processos sociais, econômicos, políticos e culturais que configuram materialmente o ato de criar uma nova ordem, servindo como matriz para constituir novas práticas sociais, novas subjetividades antagonistas, revolucionárias e

5 PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direito ao Desenvolvimento**. Texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002, p. 2.

6 Segundo Ignacy Sachs, foi na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993 que os povos e os Estados democráticos se mobilizaram para fazer dos Direitos Humanos a base do sistema da ONU, e ainda, trazendo o conceito do “irredutível humano”, em suas palavras: “O Século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio constituído como projeto político e industrial. Ele está terminando em uma sequência de massacres na África Central e na Argélia, sem esquecer a limpeza étnica na Bósnia. É para exorcizar esta descida aos infernos que, imediatamente após a guerra, os povos e os Estados democráticos se mobilizaram para fazer dos Direitos Humanos a base do sistema da ONU, “a quintessência dos valores pelos quais afirmamos, em conjunto, que somos uma só comunidade humana”, ou seja, “o irredutível humano”.(SACHS, Ignacy. **O Desenvolvimento Enquanto Apropriação dos Direitos Humanos. Estudos Avançados**. São Paulo, v. 12, n. 33, p. 149-156, 1998).

7 Sobre essa concepção contemporânea de universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos, Flávia Piovesan explica que a “universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos cíveis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são”. (PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direito ao Desenvolvimento**. Texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002, p. 2.)

subversivas da injusta ordem global.<sup>8</sup>

Com efeito, os Direitos Humanos sempre trarão em seu bojo a noção de proteção da “dignidade de pessoa humana”, que, por se tratar de um vetor aberto com forte carga cultural e social, só terá seus limites efetivamente conhecidos e valorados quando da aplicação do caso concreto pelo intérprete.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, os Direitos Humanos ganharam “centralidade” no ordenamento pátrio e, por terem conteúdo de princípios, são, por definição e natureza, abertos, o inciso II do artigo 4º, determina que a República Federativa do Brasil rege-se-á pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, de modo que os Direitos Humanos, mesmo quando não expressamente previstos, tem força normativa constitucional, coadunando-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>9</sup>.

Com efeito, essa nova hermenêutica constitucional, consubstanciada na aplicação horizontal da Constituição Federal em todas as relações jurídicas sejam elas públicas ou privadas, promoveu uma retomada da intervenção estatal no campo privado, concretizada pelo fortalecimento do direito constitucional e por meio da previsão de normas de caráter social e do fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, rompendo a barreira imposta pela dicotomia entre direito público e direito

privado. Nesse sentido, são as palavras de Rodrigo de Oliveira Kaufman:

Pelo discurso moderno do direito constitucional, em oposição à lógica privatista do rigor dos institutos e dos métodos, direitos humanos são orientações normativas, *standards* principiológicos, que, assimilados no âmbito de uma dimensão objetiva, funcionam como norte de todo o ordenamento jurídico, sejam as relações desenvolvidas perante os agentes públicos, sejam as relações tidas entre os particulares.<sup>10</sup>

Assim, à luz da Constituição Federal vigente, o direito à moradia deve ser interpretado em duas dimensões<sup>11</sup>, sendo uma positiva, consubstanciada no dever de implementar uma política de habitação de interesse social e outra negativa, lastreado no princípio da não remoção, abstendo-se o Estado de promover deslocamentos involuntários de população carente, que pode ser regularizada nos locais que ocupa.

Dessa forma, seja por imposição das normas internacionais, seja por imposição do próprio texto constitucional, emerge hialina a responsabilidade do Estado brasileiro, no sentido de empreender todo o esforço de legisferar com a finalidade precípua de beneficiar, proteger e facilitar o acesso ao direito à moradia.

Na via oposta, sob a mesma fundamentação, o Estado brasileiro não deve

8 Herrera Flores, Joaquín. **La reinvencción de los derechos humanos**. Ed. Atrapasueños. 2008. p. 78.

9 O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 consagra que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, podendo-se inferir desse dispositivo que o direito à moradia tem aplicabilidade imediata, afastando, *a priori*, a aceção programática desse direito.

10 KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 268-269.

11 SARLET, I. **O direito fundamental à moradia na constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

permitir retrocessos nas conquistas alcançadas, ao longo dos anos, de forma que, qualquer lei infraconstitucional eventualmente aprovada que colida com a efetivação do direito à moradia, invariavelmente será tida como inconstitucional.

Assim, o Estado brasileiro tem o dever de adotar políticas públicas que assegurem o acesso ao direito à moradia, sobretudo para as classes economicamente desfavorecidas, por meio de planos e programas habitacionais financiados com recursos públicos e privados, garantido, dessa forma, a efetivação de uma vida digna.

### 3 A QUESTÃO DO DÉFICIT HABITACIONAL NO BRASIL

Não obstante a expressa garantia constitucional, o déficit habitacional<sup>12</sup> brasileiro ainda persiste, sendo inclusive, fator de grande instabilidade social, decorrente de um crescente adensamento populacional nas

12 A Fundação João Pinheiro (FJP), referência no estudo do déficit habitacional brasileiro, adota o seguinte conceito: “O conceito de déficit habitacional utilizado está ligado diretamente às deficiências do estoque de moradias. Engloba aquelas sem condições de serem habitadas em razão da precariedade das construções ou do desgaste da estrutura física e que por isso devem ser repostas. Inclui ainda a necessidade de incremento do estoque, em função da coabitação familiar forçada (famílias que pretendem constituir um domicílio unifamiliar), dos moradores de baixa renda com dificuldades de pagar aluguel e dos que vivem em casas e apartamentos alugados com grande densidade. Inclui-se ainda nessa rubrica a moradia em imóveis e locais com fins não residenciais. O déficit habitacional pode ser entendido, portanto, como déficit por reposição de estoque e déficit por incremento de estoque.” (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). **Déficit habitacional no Brasil 2013-2014**. Fundação João Pinheiro: Belo Horizonte, 2016, p. 18. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/informativos-cei-eventuais/634-deficit-habitacional-06-09-2016/file>. Acesso em: 18 set. 2018.)

grandes cidades, sem a devida infraestrutura básica, possibilitando a formação de cortiços, favelas e ocupações irregulares por todo o país, relegando a essas famílias condições insalubres de moradia, de forma que, a compreensão da relação entre direito à moradia e dignidade humana é fulcral, tendo como referencial a trajetória dos Direitos Humanos no mundo e no Brasil.

Dessa forma, a industrialização e a migração da população da zona rural para os centros urbanos exigiu maiores investimentos do Poder Público em infraestrutura, notadamente a necessidade de proporcionar habitações salubres<sup>13</sup>. Esse deslocamento da população para os centros urbanos, com o estabelecimento das massas em moradias precárias e insalubres, um fator de tensão foi gerado nos centros urbanos, sobretudo nos mais populosos, levando as massas a cada vez mais exigir do Poder Público medidas efetivas no sentido de implementar políticas públicas, não só de habitação, mas de desenvolvimento urbano como um todo, estimulando a construção de casas e conjuntos habitacionais e abrindo oportunidades de empregos.

Historicamente, a questão da moradia no Brasil, somente começou a ser imposta como um problema a ser enfrentando e solucionado pelo Poder Público após a segunda metade do

13 Para Friedrich Engels, a crise da habitação para os trabalhadores oprimidos e explorados e para uma pequena parte da burguesia nas grandes cidades modernas sempre existiu e decorre do modo capitalista de produção. (ENGELS, Friedrich. **La question du logement, 1872**, comentado por Henri Lefebvre, *Le droit à la ville suivi de espace et politique*, Paris: Éditions Anthropos, 1972. Para a questão da habitação. 2. ed. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa-Moscou: Avante-Progresso, 1984, p. 210-211).

século XIX<sup>14</sup>, antes, a questão habitacional estava circunscrita à esfera privada, notadamente os latifundiários, responsáveis pela fornecimento e moradia aos seus trabalhadores, sobretudo trabalhadores escravos.

Assim, longo dos anos, inúmeros foram os atos de intervenção governamental nessa seara, porém, sempre de forma pontual, notadamente alguns Estados que relacionavam o problema da habitação à saúde pública e as questões de política agrária, contudo, somente durante o governo do Presidente Getúlio Vargas, os primeiros conjuntos habitacionais foram construídos, nesses casos, destinados a determinadas categorias profissionais, cujos recursos eram provenientes dos recém-criados Institutos de Aposentadoria e Pensões.

Em 1946, foi criada a Fundação da Casa Popular, contudo, em seguida, como política de pacificação das massas e de aumento de popularidade do governo, foi sancionada a Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964<sup>15</sup>, que, dentre outras disposições, instituiu o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e o Banco Nacional de Habitação (BNH), que por meio de uma ação conjunta entre o Estado, os agentes financeiros e a sociedade civil, lastreado em um novo sistema ideológico, representou uma tentativa real de resolver o déficit habitacional

no país.<sup>16</sup>

Dessa forma, o Banco Nacional de Habitação (BNH), fruto de uma proposta conjunta do Sindicato das Indústrias da Construção Civil do Estado da Guanabara e da Câmara Brasileira da Indústria da Construção<sup>17</sup>, assumiu o protagonismo do sistema e se tornou o principal provedor dos recursos financeiros para consecução dos objetivos habitacionais, cujas fontes de recursos decorriam da poupança voluntária e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), de modo que, ao promover a expansão da oferta imobiliária no país, sobretudo nas classes baixa e média, parcela das referidas classes conseguiram efetivamente realizar o “sonho da casa própria”, e ainda, promoveu uma mudança no perfil das grandes cidades decorrente da verticalização das edificações.

Contudo, alguns estudiosos teceram pertinentes críticas acerca da importância dada ao capital em detrimento dos demais aspectos, sobretudo urbanísticos, destacando o papel secundário que foi atribuído ao Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU)

14 A partir de 1870 surgem as primeiras medidas com cunho habitacional no Brasil, por meio dos Decretos Imperiais 4.461/1870, 4.784/1871, 5.216/1873, 5.084/1972 e 5.094/1872.

15 Com o advento da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, o crédito passou a condição de figura central na implementação da política pública de habitação, sobretudo para as classes economicamente menos favorecidas, haja vista que esse novo sistema previa a concessão de financiamentos a curto, médio e longo prazo com pagamento de parcelas mensais pelos mutuários.

16 Sobre o momento político brasileiro quando da promulgação da Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964, insta transcrever as reflexões de Luiz Ribeiro Gonçalves: “Com o movimento revolucionário de 31 de março de 1964, nasceu a ideia de acordar o Brasil que dormia desde o seu descobrimento, levantaram-se as forças vivas da Nação para com coragem e destemor procurarem resolver os problemas, pendentes em todos os setores, principalmente na parte relacionada com a habitação. Procurou o Chefe do Supremo da Nação estudar um plano que instituído acabasse de uma vez por todas com o sistema improvisado, explorativo e demagógico de habitação, sancionado em 21 de agosto de 1964 a lei votada pelo Congresso Nacional.” (GONÇALVES, Luiz Ribeiro. **Plano habitacional**. São Paulo: Editora Livro, 1965, p. 9-10).

17 ARRETCHE, Marta. Intervenção do Estado e setor privado: o modelo brasileiro de política habitacional. **Espaço & Debates**, n. 31, 1990, p. 24.



na formulação da política habitacional.<sup>18</sup>

Nessa quadra, em que pesem as críticas em sentido contrário, essa política de promoção da habitação desencadeou um círculo virtuoso na economia brasileira, tendo proporcionado diretamente o recrudescimento da construção civil no Brasil, notadamente, por disponibilizar uma massa de recursos financeiros para os negócios imobiliários, possibilitando garantir o empréstimo antes de ser ter efetivamente a propriedade imobiliária, eliminando, dessa forma, a responsabilidade hipotecária do incorporador.

Não obstante os avanços acima mencionados, Marta Arretche suscitou críticas ao modelo implementado, asseverando que o SFH se revelou incapaz de atender às necessidades habitacionais, haja vista que, entre 1964 e 1986, aproximadamente 4,4 milhões de unidades foram financiadas por

18 Nesse sentido, afirmou Waldírio Bulgarelli que “dá ênfase dada ao problema financeiro em relação ao problema técnico, deixando ao BNH o papel de dirigente geral da política habitacional, quando (...) isto caberia ao Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, cujo objetivo se afina mais com um programa desta ordem, e cujas virtualidades contidas em sua estrutura o indicam para isso, enquanto o BNH é simplesmente um órgão financeiro que deveria ficar subordinado à orientação técnica desse Serviço (...) o governo partiu da ideia de que o problema da habitação no Brasil era substancialmente um problema financeiro, e desta forma o chamado Plano Nacional de Habitação não é exatamente um plano, mas uma série de diretrizes gerais de política financeira do governo no setor imobiliário”. (BULGARELLI, Waldírio. **As cooperativas e o plano da habitação**. São Paulo: Pioneira, 1966, p. 93). Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza, “[...] o direito à moradia passou a ser tratado, a nosso ver, como um problema secundário, tornando-se, pelas atividades e medidas governamentais, interesse exclusivamente econômico, em prejuízo da função social desses contratos e, sobretudo, em manifesta vulnerabilidade e desestímulo gradativo do Estado ao direito à moradia”. (SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51).

esse sistema, cujo incremento no estoque de moradias urbanas no período foi de apenas 27%, considerando um estoque de 16,6 milhões de unidades.<sup>19</sup>

No entanto, o SFH não resistiu às sucessivas crises econômicas dos anos 80 e 90, associada a arrocho salarial, queda poder aquisitivo e aumento da inadimplência, de forma que, o seu suporte financeiro, o BNH, foi extinto em 1986, deixando um prejuízo de bilhões de reais, cabendo à Caixa Econômica Federal, a administração dessa carteira.

Após a extinção do BNH, em 1986, a questão habitacional fora tratada de forma dispersa por diferentes órgãos do Governo Federal, com programas voltados a aquisição de lotes urbanizados em parceria com Governos Estaduais e Municipais. Assim, a associação de uma desmobilização da política pública de habitação centralizada e da Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964, que trazia a hipoteca, um frágil instituto garantidor aos contratos nas hipóteses de inadimplementos dos mutuários, revelou-se claudicante e desencorajador, de modo que houve uma sistemática redução da oferta de crédito para aquisição de imóveis, com o conseqüente aumento do déficit habitacional brasileiro ano a ano.<sup>20</sup>

19 ARRETCHÉ, Marta. Intervenção do Estado e setor privado: o modelo brasileiro de política habitacional. **Espaço & Debates**, n. 31, 1990, p. 28.

20 Esse desencorajamento, decorreu, notadamente, dos inmensuráveis e dispendiosos periplos na tentativa de recomposição do capital mutuado pelo agente financiador na esfera judicial, haja vista que o processo de execução se arrastava por anos, muitas vezes, tornando inócua a garantia constituída, seja pelo custo da retomada, seja pela depreciação da própria garantia ao longo dos anos. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 308 de 25 de abril de 2005, fulminou o instituto da hipoteca ao determinar que “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da

Dessa forma, mais uma vez, a experiência de outros países mostrava claramente que o crescimento habitacional estava diretamente ligado à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, autonomia na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário capaz de captar recursos de longo prazo.

Com base nessa necessidade de se estabelecer um robusto sistema de garantias, em 20 de novembro de 1997 foi sancionada a Lei nº 9.514/1997, que dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel, cujo modelo foi delineado a partir dos mais modernos mercados de financiamento imobiliário, inclusive latino-americanos, inspirados no modelo norte-americano, tendo por princípio a integração das operações imobiliárias com o mercado de capitais, viabilizando o mercado secundário de títulos imobiliários.

A Lei nº 9.514/1997, proporcionou, sem sobra de dúvidas, o recrudescimento do mercado imobiliário brasileiro, notadamente, em face da instituição da garantia fiduciária do imóvel e com o procedimento extrajudicial imensamente mais célere e eficaz para retomada da garantia pelo agente financiador na hipótese de inadimplemento do devedor.

Esse novo sistema atraiu o capital privado que investiu vultuosas quantias na construção de empreendimentos imobiliários, promovendo a expansão do crédito para aquisição de imóveis com taxas de juros mais baixas, retroalimentando a cadeia produtiva,

.....  
promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”, ou seja, o agente financiador efetivamente não dispunha de garantia real idônea para recompor o capital que havia investido.

sobretudo a construção civil, gerando emprego e renda, em um típico caso de repercussão econômica positiva da norma.<sup>21</sup>

Contudo, esse importante instrumento de expansão do crédito imobiliário e por conseguinte da oferta de imóveis propriamente dita, não decorreu do direcionamento de uma política pública central, pelo contrário, a expansão dessa modalidade de operação, decorreu de uma maior segurança jurídica contratual, proporcionada aos agentes financeiros privados, notadamente a instituição da garantia em alienação fiduciária, que proporcionou a retomada extrajudicial da garantia para fins de recomposição do capital mutuado, nas hipóteses de inadimplemento do mutuário.

Dessa forma, os principais bancos múltiplos privados que operavam e ainda operam, no mercado brasileiro, expandiram as suas carteiras imobiliárias, porém, concedendo crédito para as classes sociais média e alta, de modo que, as classes mais baixas continuaram sem acessar o direito à moradia mesmo com a implementação desse novo instrumento.

Assim, com objetivo de oportunizar o acesso à moradia às classes mais baixas da

.....  
21 A Associação Brasileira das Empresas de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), constituída no I Encontro Nacional das Empresas de Crédito Imobiliário e Poupança, realizado no Club Nacional, em São Paulo, de 17 a 19 de agosto de 1967, como um sociedade civil de direito privado, sem fins lucrativos, representante do setor financeiro de crédito imobiliário, congregando as instituições integrantes do SFH, do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e, a partir de 1997, também do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), elaborou alentado estudo, demonstrando esse recrudescimento, asseverando que, em 1997, antes da promulgação da Lei nº 9.514, 35.000 (trinta e cinco mil) imóveis foram financiados, em cotejo com mais de 538.000 (quinhentos e trinta e oito mil) financiadas em 2014.

sociedade e ainda, de reaglutinar as políticas públicas de habitação, até então dispersas desde a extinção do BNH, em 2003, foi criado o Ministério das Cidades (MCidades), cuja principal atribuição consistia na definição de um novo marco político de habitação social e reestruturação do sistema de crédito imobiliário no país.

Em 2005, com objetivo de integrar todos os programas de habitação de interesse social em todas as esferas do governo, foi criado o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) por meio da Lei nº 11.124/2005, nessa esteira, em 2008, foi criado o Plano Nacional de Habitação (PLANHAB), cujo objetivo precípuo de reduzir o déficit habitacional brasileiro por meio de estabelecimento de diretrizes de política habitacional urbana e voltada para às famílias de baixa renda, de forma que, o PLANHAB entendia que a atividade imobiliária era fundamental para alavancar o ciclo de crescimento e o nível de emprego no país, sobretudo diante de uma crise econômica mundial que se avizinhava à época<sup>22</sup>.

Assim, por meio da Medida Provisória nº 459 de 25/03/2009, convertida na Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009, foi criado o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV),

22 Segundo a Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional brasileiro, em 2008, correspondia a 5,5 milhões de domicílios, sendo 83% desse déficit nas áreas urbanas e 89%, concentrando-se na faixa de renda de até três salários-mínimos (89,6%), com déficit mais acentuado na Região Nordeste (95,6%) (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). **Déficit habitacional no Brasil 2013-2014**. Fundação João Pinheiro: Belo Horizonte, 2016, p. 18. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/informativos-cei-eventuais/634-deficit-habitacional-06-09-2016/file>. Acesso em: 18 abr. 2017).

considerada umas das mais importantes e efetivas políticas públicas de habitação das últimas duas décadas no Brasil, sobretudo porque diante de subsídios oferecidos pelo Estado, do incentivo de utilização de saldo em conta de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), proporcionou que famílias de baixa renda acessassem o seu imóvel, tirando-os das ocupações irregulares e promovendo o desenvolvimento urbano de localidades até então abandonadas em várias cidade do país, e mais, compatibilizando a prestação da unidade habitacional com a capacidade de pagamento das famílias<sup>23</sup>, sendo que, os imóveis financiados foram concedidos aos agentes financeiros credores em garantia de alienação fiduciária nos termos da Lei nº 9.514/1997.

Contudo, como toda política pública dessa envergadura, críticas não são incomuns, sendo a maioria delas relacionadas ao não cumprimento das metas nacionais de contratação do programa, baixa qualidade das obras e na escolha de localidades não dotadas dos equipamentos públicos urbanos básicos, de modo que, diante dessas críticas o Tribunal de Contas da União elaborou alentado estudo em que detectou vícios construtivos ou patologias consideradas graves em alguns empreendimentos, que geram desconforto e

23 O Programa Minha Casa Minha Vida estabeleceu benefícios para as famílias de rendas mais baixas adquirirem as suas moradias, nos seguintes moldes: a) subsídios elevados para as famílias com renda mensal de até R\$ 1.600,00 (Faixa 1); b) financiamentos com redução de taxas de juros e subsídios mais brandos para as famílias com renda mensal de até R\$ 3.275,00 (Faixa 2); c) financiamentos com redução de taxas de juros para as famílias com renda mensal de até R\$ 5.000,00 (Faixa 3); d) desoneração e descontos incidentes sobre os custos de escrituração e registro cartorial; e) descontos sobre o Imposto de Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis e Direitos a eles Relativos (ITBI).

depreciam o imóvel recém-adquirido, e ainda, identificou vícios nos projetos, sendo que, em alguns deles, houve o descumprimento das especificações mínimas do programa, mesmo tendo, supostamente, passado pela apreciação técnica da Caixa Econômica Federal.<sup>24</sup>

Não obstante a importância das críticas e até mesmo dos defeitos identificados, os aspectos construtivos não estão, ao nosso sentir, diretamente ligados aos esforços de implementação da política habitacional brasileira, circunscrevendo-se às questões de fiscalização da execução propriamente dita dos empreendimentos.

Contudo, em que pese o aspecto secundário dessa questão para o trabalho em desenvolvimento, as críticas identificadas jamais podem ser desprezadas, devendo a autoridade gestora e ordenadora de despesa, certificar-se de que os empreendimentos foram executados em estrita observância às normas técnicas e aos projetos, sob pena de avocar para si eventual responsabilidade futura<sup>25</sup>.

24 BRASIL. Tribunal de Contas da União. TCU. GRUPO I – CLASSE V – Plenário - **TC 033.568/2012-0** [Apenso: TC 034.402/2012-8] - Natureza: Relatório de Auditoria - Órgão/Entidade: Caixa Econômica Federal e Ministério das Cidades (vinculador) - Responsáveis: Caixa Econômica Federal e Ministério das Cidades - Interessado: Congresso Nacional - Advogado constituído nos autos: Guilherme Lopes Mair (OAB/SP 241.701) e outros, peças 54/55. SUMÁRIO: AUDITORIA OPERACIONAL. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO. Disponível em: [https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A524%20ANOACORDAO%3A2014/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A524%20ANOACORDAO%3A2014/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1/false). Acesso em: 27 jul. 2017.

25 Nesse sentido, vide os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.203.882/MG**. Terceira Turma. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília. DJe de 26 fev. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29 jul. 2017, grifo nosso e BRASIL. Superior

Assim, não obstante os esforços empreendidos e os avanços do Programa Minha Casa Minha Vida no sentido de reduzir o déficit habitacional no Brasil, atualmente, estima-se eu cerca de 2,3 milhões de famílias vivem em casas inadequadas, compreendidas nesse número, famílias que vivem em situação de risco, em condições insalubres e sem qualquer infraestrutura urbana. Esse crescente adensamento populacional nas grandes cidades, sem a devida infraestrutura básica, possibilita a formação de cortiços, favelas e ocupações irregulares, relegando a essas famílias condições insalubres de moradia.

Com efeito, os números analisados evidenciam que as políticas públicas implementadas não foram capazes de resolver ou pelo menos mitigar, esse grave problema que assola a sociedade brasileira, de modo que resta imperiosa a adoção de novos modelos de negócios que atraiam a iniciativa privada para que essa, em um ambiente de segurança jurídica contratual, possa verter vultuosas quantias nesse segmento, somando-se aos instrumentos públicos, assegurando o direito fundamental à moradia.

#### 4 A SEGURANÇA E A REGULAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

A ideia de conhecimento das leis e do ordenamento jurídico, em linhas gerais, traz em seu bojo a noção de segurança jurídica, de modo que, a referida noção remonta aos períodos mais longevos da história, cujos

.....  
Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 738.071/SC**. Quarta Turma. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. DJe de 09 dez. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29 jul. 2018, grifo nosso.

registros alcançam até mesmo a Lei das 12 tábuas em 462 a C. e a Carta Inglesa de 1215.

A história nos revela que, em ambos os casos, houve uma luta pela segurança jurídica, inicialmente com o propósito de obrigar o poder constituído a reconhecer as limitações e restrições na condução dos assuntos de interesse público e, em seguida, proporcionar segurança jurídica nas relações travadas entre os agentes privados que possuem verdadeiro temor de um ambiente imprevisível e inseguro.

Essa segurança jurídica revela-se como capital pressuposto da própria função do Direito e do Estado, cujo contrato serve como instrumento materializador e garantidor das posições assumidas pelas partes na avença entabulada, proporcionando a transição de uma situação em que o homem tivesse uma liberdade ilimitada para uma limitada, porém garantida e protegida, ou seja, ultrapassar o estado natural para o estado de segurança jurídica. Por meio de uma abordagem filosófica, esclarece Antonio-Enrique Pérez Luño:

Hobbes, Pufendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito desde el estado de naturaleza a las sociedades como superación del ius incertum y su conversión en estado de seguridad. Tras el pacto social los sujetos contratantes sabrán a qué atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos, ahora tutelados. Incluso Rousseau, pese a su nostalgia por la simplicidad e inocencia del estado natural, reconoce que la mudanza de la libertad natural en libertad civil, regulada por la voluntad general, supone la transformación del individuo de animal estúpido y limitado

a ser inteligente y humano. Rousseau que había responsabilidad a las leyes positivas de haber destruido la libertad natural, termina por reconocerles su función de garantía de la justicia y la libertad en la convivencia social<sup>26</sup>.

Dessa forma, não seria desarrazoado se afirmar que a segurança jurídica funciona como um dos principais motores da história jurídica, sendo um valor jurídico<sup>27</sup>, não é algo espontâneo com a mesma intensidade e sentido nos mais diversos sistemas normativos e sim, em decorrência das lutas políticas e das vicissitudes culturais de cada uma dessas sociedades.

Assim, a segurança jurídica é uma forma política de instauração das proteções dos direitos e liberdades, funcionando ao mesmo tempo como pressuposto e função do direito em suas acepções objetivas e subjetivas, de forma oposta, a insegurança jurídica é incompatível com a própria razão de ser do Estado de Direito.

Nessa mesma linha, José Luis Mezquita del Caucho afirma que a segurança jurídica está enraizada no instinto de sobrevivência

26 LUÑO. Antonio-Enrique Pérez. La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia. **Boletín de La Facultad de Derecho**. Seville. n. 15. p. 25-38, 2000, p. 27.

27 Jorge Zavala Egas, suscita importante cuestionamiento se a segurança jurídica é um princípio ou valor jurídico, concluindo que é um valor jurídico instrumental para consecução da justiça, sendo esse o valor absoluto para o Direito. Essas são as suas palavras: “Lo que sí es necesario considerar es que la justicia es o valor final del Derecho, mientras que la seguridad jurídica es valor instrumental con respecto a aquélla. Se la consolida, se la estructura y se la garantiza funcionalmente para llegar a la justicia. Es un valor fundante de la seguridad jurídica, mientras que la justicia es un valor fundado o valor superior”. (ZAVALA EGAS, Jorge. Teoría de la seguridad jurídica. **Iuris Dictio Revista de Derecho**. n. 14. p. 13-18. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011, p. 18.)



do homem e serve de apoio para a própria organização social. Essas são as suas palavras:

La seguridad es ciertamente un afán de cada hombre enraizado en su instinto de supervivencia, y planteado por tanto, sobre todo inicialmente como una necesidad en la que se apoya la propia organización social; por lo que siendo el Derecho el instrumento de ésta, resulta lógica señalarla entre los fines del mismo. Pero se trata de un fin que, al menos en una cierta medida, se realiza intrínsecamente desde el propio establecimiento del Derecho y como secuela del Orden que el mismo comporta; por lo que asimismo es lógico que se califique de inmediato como efecto objetivo<sup>28</sup>.

Assim, para Pérez Luño, a correção estrutural da lei decorre da existência dos seguintes requisitos: a) *lex promulgata* - necessidade de promulgação da lei para conhecimento dos destinatários e o seu devido cumprimento; b) *lex manifesta* – necessidade de normas claras, sem ambiguidade, equívoco, obscuridade, conceitos vagos e indeterminados e com delimitação precisa das consequências jurídicas, limitando a discricionariedade do órgão aplicador do Direito; c) *lex plena* – com base no brocardo principiológico *nullo crimen nulla poena sine lege*; d) *lex stricta* – corolário da divisão de poderes; e) *lex previa* – prévia análise dos efeitos jurídicos dos comportamentos, com base na máxima *savoir c'est prévoir*; f) *lex perpetua* – a estabilidade do direito é um pressuposto básico para gerar um clima de

confiança em seu conteúdo<sup>29</sup>.

Dessa forma, não é imprudente afirmar que a segurança jurídica é o somatório de certeza, legalidade, hierarquia, publicidade normativa, irretroatividade e prevenção de arbitrariedades, sendo essa última, notadamente em relação a qualquer autoridade pública que venha a transgredir o conjunto normativo, de modo que a segurança jurídica não se reduz a puro legalismo, mas um fim idôneo para afastar qualquer risco a confiança depositada pelos cidadãos ao direito e ao sistema normativo como um todo.

Ainda é importante destacar que a segurança jurídica não se restringe à seara legislativa, no sentido desse poder constituído elaborar o arcabouço jurídico que almeje esse mister, a segurança jurídica também é esperada do Poder Judiciário quando da correta aplicação das leis ao caso concreto, evitando que demandas idênticas tenham desfechos distintos e demandas diferentes tenham resultados iguais.

Assim, a promoção da segurança jurídica deve ser um exercício contínuo de todo os poderes políticos constituídos e não só do legislativo, sobretudo por se converter em um princípio e valor jurídico inevitável que serve de taburno para todos os outros valores constitucionais, não por seu apego à legalidade, mas por sua vinculação a direitos que sustentam toda a ordem constitucional.

Como instrumento da segurança jurídica, exsurge o contrato como fonte principal do direito das obrigações, revestindo-

28 DEL CAUCHO, José Luis Mezquita. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**. Bosch: Barcelona, 1989, p. 48.

29 LUÑO. Antonio-Enrique Pérez. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. **Boletín de La Facultad de Derecho**. Seville. n. 15. p. 25-38, 2000, p. 29.

se como instituto primordial ao Direito Privado, que não se subjaz aos aspectos meramente econômicos ou jurídicos, assumindo uma função instrumental na sociedade, sobretudo diante da segurança jurídica que se espera que o contrato promova.

Para Enzo Roppo, o contrato em sua acepção exclusivamente jurídica é instrumento elaborado com “o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa”<sup>30</sup>, instrumento esse de formalização jurídica e materialização da operação econômica.<sup>31</sup>

De acordo com as teorias clássicas da Economia, o contrato é uma instituição essencial e expressão maior da liberdade individual, de forma que, o contrato se revela como a principal fonte de criação de obrigações jurídicas voluntárias, de modo que, para Pothier, o “consentimento das partes é o que produz a obrigação [...]”<sup>32</sup>, cuja definição é “uma convenção pela qual as duas partes reciprocamente, ou apenas uma das duas,

30 ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 7

31 Robert D. Cooter e Hans-Bernd Schäfer afirmam que “o Direito inventou um mecanismo superior de fazer as pessoas dizerem a verdade em suas transações: o Contrato”, ou seja, o contrato possibilitou que pessoas estranhas entre si pudessem se comprometer e cooperar para cumprimento do ajustado, mesmo quando vultuosas quantias de dinheiro estão em jogo, em um ambiente em que as sanções sociais não são suficientes para garantir a segurança dos contraentes. (COOTER, Robert Dandridge; SCHÄFER, Hans-Bernad. **O nó de Salomão**: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. 1. ed. Curitiba: CRV, 2017, p. 107).

32 POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução Adriano Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 1.120.

prometem e se obrigam uma para com a outra a dar alguma coisa, ou a fazer ou não fazer tal coisa, de forma que o princípio da autonomia da vontade é a base estrutural dos contratos.

Essa liberdade individual, entendida como liberdade contratual, representa uma das principais funções do contrato e um dos pilares mais sólidos da forma de organização das relações em uma sociedade capitalista, assegurando a justiça em cada relação contratual em face da igualdade jurídica que existe entre os contraentes, de forma que bons contratos são delineados para chegar o mais próximo de contratos auto executáveis possíveis.

Dessa forma, o contrato proporciona segurança e previsibilidade às operações econômicas, protegendo as expectativas dos agentes econômicos, sendo esse o papel institucional que o mercado busca do Direito Contratual. Para Luciano Benetti Timm, o Poder Judiciário tem papel preponderante no cumprimento dos contratos:

Nesse ponto, o Direito Material deve combinar-se com o Direito Processual, sendo este visto não mais como um fim em si mesmo, mas como um instrumento posto a serviço do Direito Material. O Poder Judiciário deveria funcionar agilmente, fazendo cumprir rapidamente as obrigações assumidas pelas partes, e não servir como um incentivo para a parte que busca nele apenas ganhar tempo.<sup>33</sup>

Esse conteúdo social e discricionário, na maioria das vezes justificado no princípio do

33 TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem** n. 21, v. 33, 2006, p. 14.

livre convencimento do juiz, também representa um fato de insegurança jurídica, haja vista que casos semelhantes podem alcançar resultados diversos ou decisões idênticas podem ser prolatadas para casos distintos, tendo como única explicação a forma como fora proposto à apreciação do Poder Judiciário e não à questão de direito propriamente dita.<sup>34</sup>

Nesse sentido, advertem Humberto Theodoro Júnior *et al*, de que o risco de desintegração do direito, caracterizada pelo conjunto de decisões distintas para casos semelhantes, geradores de dispersão e insegurança, contrapõe-se a ameaça de hiperintegração do direito, com a aplicação de um conjunto de decisões idênticas para situações distintas, em um contexto de sumarização da cognição e padronização decisória do direito jurisprudencial. O meio-termo, fugindo dos vícios extremos, seria a integridade do Direito<sup>35</sup>.

Em ações que versam sobre efetividade de políticas públicas, sejam elas de qualquer natureza, é possível que o julgador não consiga enxergar os limites e impactos da sua decisão, uma vez que os autos do processo trazem somente a verdade visível e individual, enquanto existe um vasto espectro que será impactado pelos efeitos da sua lavra, de forma que, uma decisão aparentemente justa no caso

concreto, pode produzir mais injustiça do que justiça analisada sob a ótica do seu impacto coletivo.<sup>36</sup>

Com efeito, a decisão judicial no caso individual concreto promoverá uma realocação de recursos financeiros, haja vista que esses recursos são escassos e que a decisão não gerará novos recursos ou novas fontes de custeio, de modo que impactará na execução do que estava planejado com esse recurso ora realocado, frustrando e até desatendendo o beneficiário expectativa, ou seja, aquele cidadão que esperou para ter a sua demanda atendida restará frustrado por uma decisão judicial superveniente e sem qualquer solução para o seu caso concreto.

Nessas bases, decisões que dificultem a retomada da garantia pelo credor fiduciário, em contratos com garantia de alienação fiduciária, poderão ensejar uma majoração da taxa de juros média, haja vista que o credor terá que despender consideráveis quantias e tempo na tentativa de recomposição do capital mutuado, ou seja, a insegurança jurídica e o ativismo judicial serão considerados na composição da taxa média de juros, sobretudo diante dos custos de transação maiores que a incerteza traz no seu bojo.

Os contratos de locação de imóveis seguem a mesma dinâmica, decisões judiciais que retardem ou obstaculizem a retomada do

34 Em estudo realizado por Marcos Juruena Villela Souto no Estado de São Paulo em 2003, o autor concluiu que os magistrados quando se deparam com um conflito entre o disposto no contrato e uma questão social, 73,1% optam pela questão social em detrimento do contrato, ou seja, o próprio Poder Judiciário desestimula que os contratos sejam executados nos moldes em que fora ajustado quando da sua assinatura. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 23)

35 THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 383.

36 Para Henrique Ribeiro Cardoso, esse é um típico caso de Ponto Cego do Direito, cuja expressão consiste no “excesso de confiança no privilégio da percepção e das capacidades conjugadas dos sentidos e da razão para ver e decidir”, de modo que, no afã de fazer justiça o aplicador promove mais injustiça social atingindo reflexamente toda a sociedade. (CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.133).

imóvel locado, em face de descumprimento contratual por parte do locatário, implica em majoração do valor médio do aluguel e maiores exigências e garantias quando da contratação, e ainda, há que se considerar o desestímulo aos agentes em redirecionar o seu capital para construção e oferta de mais imóveis para locação.

Esse verdadeiro círculo vicioso e pernicioso, não se limita aos exemplos acima referidos, a insegurança jurídica, o ativismo judicial<sup>37</sup> e a exacerbada judicialização não traz benefícios sustentáveis para a coletividade, muito pelo contrário, eleva os custos médios de transação, custo esse que será absorvido por toda a sociedade, de modo que, processos judiciais incertos ou morosos fazem com que agentes racionais descartem soluções legais.

Dessa forma, os juízes deveriam preocupar-se com a eficiência da entrega da prestação jurisdicional e não a utilização da Lei para fins distributivos, haja vista que essa função, em tese, seria mais eficiente se fosse deixada com os legisladores. Para Luciano Timm, o Poder Judiciário também pode atuar em defesa da livre iniciativa e livre concorrência:

37 Alguns autores divergem acerca da correição do uso da expressão ativismo judicial na judicialização de políticas públicas, sustentam esses juristas que o Poder Judiciário apenas está enfrentando as demandas sociais postas. Nesse sentido, esclarece Felipe Braga Albuquerque: “[...] existe muito mais um reconhecimento de pedidos astutos/inovadores/originais de advogados, membros dos Ministérios Públicos e Advocacia Pública, do que uma atitude proativa do Judiciário. A inovação no direito, o ativismo, é um reclame social e, caso seja levado ao judiciário, pode ser reconhecido. Assim, talvez fosse até um pouco equivocado diagnosticar como ativismo judicial a inovação no mundo jurídico.” (ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático: Florianópolis, 2013, p. 101).

Ele pode também, complementarmente ao CADE, fazer atuar a Lei da Concorrência, evitando abuso do poder econômico e os acordos empresariais que visam a minar a estrutura concorrência do mercado, comprometendo-se efetivamente com a livre iniciativa e a livre concorrência. Ainda, o Poder Judiciário deve concentrar a sua atuação em ações coletivas, que trazem mais impactos à estrutura social, ao invés de focar repetidas ações individuais idênticas, próprias de uma sociedade menos complexa, como as sociedades antigas romanas, nas quais foram forjados princípios de processo civil ainda repetidos em manuais da matéria.<sup>38</sup>

No Brasil, o papel do Poder Judiciário como promotor da estabilidade e segurança jurídica, não se limita às relações entabuladas entre os agentes privados, mas as relações em que envolvem a população e o poder público, haja vista o fenômeno da “judicialização de políticas públicas”, nas mais diversas áreas, como saúde, educação e moradia.

Para Henrique Ribeiro Cardoso, no Brasil, a hermenêutica constitucional decorrente do movimento denominado neoconstitucionalismo, pavimentou o caminho para a atuação ativa do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas (ativismo judicial), com foco na inafastabilidade do controle jurisdicional, no mínimo existencial e na efetivação do direito fundamental à própria existência e dignidade, ativismo esse

38 TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem** n. 21, v. 33, 2006, p. 17.

chancelado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>39</sup>.

De mais a mais, é cediço que com uma maior segurança jurídica, os interesses coletivos e difusos atingidos pelas relações contratuais serão preservados, e mais, estimulará o ingresso de recursos financeiros, principalmente diante da diminuição dos riscos, das incertezas e dos custos de transação.

Contudo, o que se verificou no Brasil foi um crescimento exponencial do número de ações judiciais individuais propostas, revelando uma população extremamente belicosa, em uma acepção exclusivamente judicial, ou seja, o judiciário passou a ser a primeira opção para qualquer desavença na sociedade, aumentando sobremaneira os custos de transação da sociedade, e ainda, a decisão judicial muitas vezes coloca fim ao processo e não ao litígio que o originou.

Assim, a segurança e a regulação jurídica dos contratos exercem papel de capital importância na implementação e efetivação do direito à moradia por meio de instrumentos de direito privado, a par da busca por sua efetivação também através de instrumentos públicos, em sintonia e complementariedade.

## 5 A COMPLEMENTARIEDADE DOS INSTRUMENTOS PRIVADOS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A necessidade de complementariedade entre os instrumentos de direito público e de direito privado para efetivação do direito à moradia no Brasil norteou o presente trabalho

desde a sua concepção, passando pelo estudo da trajetória do direito à moradia, o déficit habitacional, políticas públicas de habitação, direito, segurança e regulação jurídica dos contratos.

Dessa forma, sem qualquer pretensão de esgotar o tema e mantendo em foco sobre importância das políticas públicas de promoção e acesso ao direito à moradia no nosso país, o trabalho em tela apresenta alguns institutos de direito privado que podem complementar as referidas políticas públicas e com isso, reduzir o déficit habitacional no Brasil.

Dentre os mais diversos institutos, o presente trabalho elenca a locação – seja ela contratada entre particulares ou entre particulares e poder público por meio do aluguel social –, o financiamento de novas unidades habitacionais com garantia de alienação fiduciária de imóveis, de modo que esses institutos podem complementar as políticas públicas de habitação e contribuir sobremaneira para redução do déficit habitacional.

Insta destacar a importância dessas políticas públicas, no sentido de abranger os sobreditos institutos, sem, contudo, o Estado deixar de realizar a parte que lhe incumbe nesse processo, principalmente diante do risco de financeirização das cidades e de transformá-las em ativos financeiros em detrimento do urbanismo e outros aspectos subjacentes à ocupação social das cidades.

Nesse contexto, as políticas públicas devem buscar a igualdade através de um aumento no crescimento econômico e não o inverso, sacrificar o crescimento para tentar alcançar a igualdade, de modo que, conforme exaustivamente colocado em tópico próprio, a efetivação dos direitos humanos, sobretudo o

39 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 91.



direito à moradia, precede da necessidade de elevação da segurança jurídica como motor do desenvolvimento, diante da segurança e previsibilidade que os agentes terão para decidir.

As políticas públicas de habitação no Brasil, sempre privilegiou a propriedade e o seu acesso para realização do “sonho casa própria, mesmo que esse “sonho” seja realizado nas periferias sem infraestrutura mínima e equipamentos públicos básicos, de forma que a locação nunca teve destaque como um instrumento complementar capaz de contribuir para redução do déficit habitacional, posição essa, defendida no presente trabalho. Essa predileção à propriedade, contribuiu para o crescimento desordenada das cidades ao longo dos anos e a ocupação irregular do espaço urbano, fomentando a disputa pela ocupação dos melhores espaços urbanos das cidades pelas diferentes classes sociais.

Diante desse cenário, é preciso que as políticas públicas de habitação, reconsiderem esse modelo calcado na propriedade e volte-se a vista para a locação privada e aluguel social, como instrumentos capazes de promover uma ocupação social e economicamente eficiente dos espaços urbanos, haja vista que o direito social de moradia não se confunde com a propriedade privada ou o direito de ser proprietário de imóvel.

No Brasil, o instituto da locação de imóveis sempre provocou acaloradas discussões, por se tratar de um dos principais temas do direito contemporâneo, sobretudo por versar sobre matéria sensível e de grande inquietação social, notadamente por estar intimamente ligada à moradia, propriedade e trabalho, notadamente em um país em que

grande parte da população não tem acesso à casa própria, de modo que, antes da Lei nº 8.245/1991, a tendência do legislado foi sempre proteger o locatário em detrimento do locador.

Contudo, essa demasiada proteção ao locatário, provocou, ao longo do tempo, um efeito diametralmente oposto e reduziu a oferta de imóveis para locação, e por consequência, um aumento sistemático do valor dos alugueres médios e uma maior exigência de garantias contratuais, razão pela qual, restou imperiosa a aprovação da Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991, que atualizou a regulação desse instituto e promoveu uma maior estabilidade ao segmento, de modo que, essa maior estabilidade proporcionou uma maior oferta de imóveis para locação, contribuindo para a redução do déficit habitacional.<sup>40</sup>

Nesse mesmo giro, o aluguel social também se apresenta como um importante instrumento complementar de política pública de habitação voltada para redução do déficit habitacional, de modo que, a política de aluguel

40 Nesse sentido, são as palavras de Sílvio de Salvo Venosa: “No entanto, experiência das anteriores leis do inquilinato demonstrou que a exagerada proteção ao inquilino, a médio e longo prazo, provoca efeito contrário. Isto é, tão acossado se vê o proprietário de imóvel e detentor de certo capital, que foge do mercado imobiliário, não adquire nem constrói imóveis para locação. Assim sendo, diminuem os imóveis disponíveis e como consequência inevitável da lei econômica, com excesso de procura e pouca oferta, disparam os preços das locações. Ficam apenas na memória dos que mais viveram as “vilas” construídas nas grandes cidades do país por capitalistas, conjunto de casas dirigidas a classes menos favorecidas ou até mesmo à classe média, exclusivamente para locação. Se a iniciativa particular se viu inibida de ofertar moradias à locação, o poder público se viu asoberbado na tarefa de construir a casa própria, ingressando em irremediável fracasso que só mais recentemente foi remediado.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5-6).

social como forma de provisão definitiva de habitação é muito indicada, pois permite que para uma população heterogênea, devem ser aplicados soluções habitacionais também heterogêneas.<sup>41</sup>

O aluguel social consiste na locação de casas e apartamentos por parte do Estado destinando-os para famílias de baixa renda, por um determinado período de tempo, com o objetivo de melhorar as condições de moradia dessa população e ainda, estimular a construção de unidades habitacionais voltadas para esse tipo de locação pela iniciativa privada.

No Brasil, no âmbito do Governo Federal, o aluguel social é um benefício assistencial temporário destinado a atender pessoas e famílias que moram em áreas consideradas como de risco, que resultam em vulnerabilidade temporária, em caso de calamidades públicas ou obras do Programa de Aceleração do Crescimento, sendo esse benefício assegurado pela Lei nº 8.742/1993. Alguns Estados e Municípios brasileiros, também instituíram no âmbito das suas administrações o programa de aluguel social, também aplicável às famílias de baixa renda em situação de extrema vulnerabilidade, sendo alguns, deles o Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Minas Gerais e Sergipe.

Assim, separando a vetusta ideia de moradia a propriedade, o aluguel social tem a capacidade de não só contribuir com a redução do déficit habitacional, mas de promover a melhoria da qualidade de vida desses lares, inclusive as suas diretrizes estão estabelecidas

41 MILANO, J. Z. Aluguel social no Brasil: algumas reflexões sobre a ideologia da casa própria. In: ENCONTRO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM PLANEJAMENTO URBANO E REGIONAL (ENAMPUR), 15. Recife. **Anais...** Recife, 2013. v. 15.

no Conselho das Cidades e no Plano Nacional de Habitação<sup>42</sup>.

O Plano Nacional de Habitação prevê a utilização desse instrumento em centros históricos e áreas urbanas consolidadas e visa constituir-se numa alternativa de “acesso à moradia que permite mobilidade espacial dos beneficiários que necessitam mudar os locais de residência ou que, por sua condição de vulnerabilidade social, não podem se responsabilizar pela propriedade de um imóvel”.<sup>43</sup>

Dessa forma, a utilização do aluguel social como previsto no Plano Nacional de Habitação, proporcionaria uma utilização econômica e socialmente eficiente de centros históricos e áreas urbanas consolidadas, haja vista que essas localidades apresentam um considerável número de prédios ociosos, justamente em áreas dotadas de infraestrutura e próximas do trabalho da maioria das pessoas, de forma que, uma ordenada ocupação dessas áreas para fins residenciais, sobretudo para as camadas sociais de menores rendas, elevaria a qualidade de vida destas que não “perderiam” valiosas horas do seu dia simplesmente em deslocamento de casa para o trabalho e vice versa e contribuindo ainda para uma melhor

42 O Plano Nacional de Habitação, em apertada síntese, foi criado pela Lei nº 11.124/2005 que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e institui o Conselho Gestor do FNHIS e tem como principal objetivo formular uma estratégia de longo prazo para equacionar as necessidades habitacionais do Brasil direcionando os recursos disponíveis com base em quatro pilares, são eles: financiamento e subsídio; política urbana e fundiária; arranjos institucionais e cadeia produtiva da construção civil.

43 BRASIL. Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Habitação**. Versão para debates. Brasília: Ministério das Cidades/ Secretaria Nacional de Habitação. Primeira impressão maio de 2010. p. 156.

mobilidade urbana.

Ademais, a instituição do aluguel social constitui um importante instrumento de contribuição para solução a diversos problemas urbanos e sociais, dentre os quais: combate à desocupação e gentrificação<sup>44</sup> das zonas centrais das cidades; melhoria da segurança pública, por ocupação das zonas centrais antes desertas; otimização de uso da infraestrutura existente; aumento e arrecadação de impostos em áreas antes abandonadas e aumento da inclusão das famílias mais carentes.

França, Estados Unidos e Alemanha utilizam o aluguel social como política pública de habitação, permitindo e estimulando que os cidadãos residam mais próximo ao seu lugar de trabalho e que possam ainda durante a sua trajetória de vida produtiva, mudarem de endereço para áreas mais adequadas e condizentes com o seu ciclo de vida.<sup>45</sup>

A experiência francesa é um exemplo bem-sucedido da utilização do aluguel social

44 Sobre gentrificação, transcrevemos o conceito formulado pelo Instituto de Urbanismo Colaborativo (COURB), a saber: Gentrificação vem de gentry, uma expressão inglesa que designa pessoas ricas, ligadas à nobreza. O termo surgiu nos anos 60, em Londres, quando vários gentrifiers migraram para um bairro que, até então, abrigava a classe trabalhadora. Este movimento disparou o preço imobiliário do lugar, acabando por “expulsar” os antigos moradores para acomodar confortavelmente os novos donos do pedaço. O evento foi chamado de gentrification, que numa tradução literal, poderia ser entendida como o processo de enobrecimento, aburguesamento ou elitização de uma área. Mas nós preferimos ficar com o aportuguesamento do termo original. (INSTITUTO DE URBANISMO COLABORATIVO (COURB). O que é Gentrificação e por que você deveria se preocupar com isso. 2016. Disponível em: <http://www.courb.org/pt/o-que-e-gentrificacao-e-por-que-voce-deveria-se-preocupar-com-isso/>. Acesso em: 20 jan. 2018.)

45 BALBIM, Renato. **Mobilidade**: uma abordagem sistêmica. Palestra proferida na CETESB, Secretaria do Meio Ambiente. São Paulo, 2004, p. 34.

como um instrumento permanente na política pública de habitação para famílias de menores rendas, calcado na manutenção de um regime jurídico próprio, resistente às pressões do mercado imobiliário e a existência de organismos reguladores próprios denominados HLM (*organismes d’habitation à loyer modéré*)<sup>46</sup>. Nesse sentido, esclarecem Angela Moulin S. Penalva Santos, Mariana Gomes Peixoto Medeiros e Rosangela Marina Luft:

O modelo francês fornece elementos que apontam direções possíveis para se institucionalizar políticas de moradia social mais eficazes no Brasil, no sentido da ampliação da cobertura ao direito à moradia. Isto porque o aluguel social na França tem sido uma experiência positiva no sentido de o mercado imobiliário exercer menos pressão sobre a promoção de moradia. Além disso, o aluguel social não implica apenas a definição de valores de repasse pelos poderes públicos às famílias e a limitação dos valores de locação, ele exige mudanças estruturais na forma de provisão da moradia para famílias de rendas mais modestas. Envolve, enfim, a articulação das políticas sociais de enfrentamento à pobreza, com a construção de cidades socialmente mais justas e inclusivas.<sup>47</sup>

Outro importante instrumento privado, surgiu da necessidade de se estabelecer um robusto sistema de garantias, de modo que em

46 Em tradução livre “agências de habitação em renda moderada”.

47 SANTOS, Angela Moulin Simões Penalva; LUFT, Rosangela Marina; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto. Direito à moradia: um direito social em construção no Brasil—a experiência do aluguel social no Rio de Janeiro. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 46, 2015, p. 238-239.

20 de novembro de 1997, conforme mencionado algures, foi sancionada a Lei nº 9.514/1997, que dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel<sup>48</sup>, proporcionando, sem sombra de dúvidas, o recrudescimento do mercado imobiliário brasileiro, notadamente, em face da instituição da garantia fiduciária do imóvel, com o procedimento extrajudicial imensamente mais célere e eficaz para retomada da garantia pelo agente financiador na hipótese de inadimplemento do devedor.

Esse novo sistema atraiu o capital privado que investiu vultuosas quantias na construção de empreendimentos imobiliários, promovendo a expansão do crédito para aquisição de imóveis com taxas de juros mais baixas, retroalimentando a cadeia produtiva, sobretudo a construção civil, gerando emprego e renda, em um típico caso de repercussão econômica positiva da norma, haja vista que os agentes financeiros expandiram as suas carteiras imobiliárias.<sup>49</sup>

48 A base desse novo instituto é a “fidúcia”, cuja origem remonta ao Direito Romano oriundo da antiga *fidúcia cum amico*, baseado no contrato de confiança que possibilitava o acautelamento de bens no intuito de evitar riscos e proteger o devedor fiduciante de circunstância aleatórias, que poderiam ocasionar o perdimento de bens, ou seja, consistia numa venda provisória ou fictícia, lastreada na convenção da qual uma das partes, ao receber de outra a propriedade de um bem, obrigava-se a restituí-lo assim que alcançado determinado objetivo estipulado em um pacto adjeto, denominado *pactum fiduciae*.

49 Diferente da hipoteca, que o imóvel permanecia na esfera de domínio do devedor que apenas gravava-o como para garantia da obrigação, a alienação fiduciária consiste no desdobramento da propriedade, ficando o devedor fiduciante com a posse direta do imóvel e o credor com a posse indireta, ou seja, o credor fiduciário adquire o imóvel, para fins de garantia, sob a condição resolutiva e, de outra banda, o devedor fiduciante torna-se titular do direito de aquisição sob a condição suspensiva, sendo que os direitos do credor e devedor, apresentam-

Essa expansão do crédito imobiliário e, por consequência lógica, do aumento da oferta de imóveis habitacionais, decorreu de uma Lei que proporcionou uma maior segurança jurídica aos agentes financeiros, que ansiavam por um instrumento eficaz que garantisse a recomposição do capital mutuado com a retomada do imóvel dado em garantia. Nesse passo, comentando acerca desse novo instituto, Marcelo Terra asseverou que “esta eficácia absoluta integra o próprio conceito da garantia, que somente é garantia se eficaz e eficiente for, principalmente quanto à agilidade da recuperação do crédito”.<sup>50</sup>

Embora não decorrente de uma política pública, o instituto da alienação fiduciária contribuiu para expansão da oferta de imóveis, contudo, imóveis direcionados para as classes média e alta, dessa forma, esse instrumento também pode contribuir para redução do déficit habitacional das classes mais baixas e desassistidas, atraindo para esse segmento de renda capital privado para construção de unidades habitacionais, capital esse que requer regras claras e segurança jurídica.

Por fim, insta destacar que a análise crítica que se faz aos institutos de direito privados mencionados no presente trabalho, consiste basicamente na denominada “financeirização” do direito à moradia e das políticas pública de habitação, haja vista que os referidos institutos, na ótica de seus críticos, elevaram o conteúdo financeiro à condição central do modelo em detrimento do urbanismo e de outros aspectos

se opostos e, ao mesmo tempo, complementares, haja vista que o acontecimento que aniquila o direito de um, consolidará, invariavelmente, o de outro.

50 TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóveis em garantia**: Lei 9.514/1997. Primeiras linhas. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 22.

subjacentes à ocupação social das cidades, revelando uma nova faceta do capitalismo contemporâneo. Nesse sentido, esclarece Raquel Rolnik:

Trata-se da conversão da economia política da habitação em elemento estruturador de um processo de transformação da própria natureza e forma de ação do capitalismo em sua versão contemporânea – era de hegemonia das finanças, do capital fictício e do domínio crescente da extração de renda sobre o capitalismo produtivo. Na literatura internacional sobre economia política de habitação, esse processo tem sido identificado como “financeirização”, isto é, “o domínio crescente dos atores, mercados, práticas, narrativas [e subjetividades] financeiros em várias escalas, o que resulta na transformação estrutural de economias, empresas (inclusive instituições financeiras), Estados e grupos familiares.”<sup>51</sup>

Segundo esses críticos, a “financeirização” das moradias nas cidades, transformou o espaço urbano em um ativo financeiro e contribuiu de forma determinante para o aumento da violência, da pobreza e da depredação do meio ambiente em centros urbanos, de modo que, a qualidade de vida urbana tornou-se um ativo bastante apreciado e procurada pelas classes sociais mais abastadas, tornando a questão habitacional uma questão individual e não social.

Para essa corrente, o direito à moradia não pode se limitar a programas

habitacionais edificados com recursos públicos e até mesmo privados, mas sim às condições de habitabilidade desses núcleos habitacionais e as suas relações com a cidade como um todo<sup>52</sup>, de modo que, política de habitação inclusiva e socialmente desejável, não pode se promover somente com mecanismos financeiros, mas, pelo contrário, requer políticas públicas e intervenções estatais mais holísticas, cujo norte deve ser a concretização dos direitos humanos.

Ainda para esses críticos, esse processo de “financeirização” provoca a “gentrificação” de um determinado bairro ou localidade, processo esse que promove uma elevação dos preços não só dos imóveis, mas do custo de vida também, “expulsando” os antigos moradores em benefício da nova classe social a ser instalada, em um processo também conhecido como enobrecimento, aburguesamento ou elitização.

Quanto às referidas críticas sejam de extrema relevância e pertinência com o objeto do presente trabalho, entende-se ser plenamente possível a coexistência de instrumentos de direito público e privado com o objetivo de reduzir o déficit habitacional brasileiro, especialmente nas classes menos favorecidas, haja vista a possibilidade de atuação complementar entre esses institutos em consonância com os objetivos e políticas públicas de moradia capitaneada pelo Estado.

Aspectos urbanísticos que privilegiem o crescimento ordenado das cidades, a integração entre os moradores, os espaços públicos de convivência e a preservação do meio ambiente devem nortear a política pública de habitação, direcionando o capital privado para a execução

51 ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças**. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 20.

52 MUKAI, Toshio. **Temas de Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 66.



em estrita observância as essas diretrizes holísticas voltadas para a concretização dos direitos humanos.

Assim, o poder público por meio de uma política pública de habitação bem planejada voltada para o coletivo e social, e sobretudo bem gerida e articulada com os agentes econômicos (público e privado) e com a sociedade, tem a possibilidade de proporcionar concretude aos ao direito à moradia digna e salubre para as famílias e pessoas, efetivando os direitos humanos, haja vista que não há como se falar em dignidade da pessoa humana sem uma moradia adequada.

## CONCLUSÃO

A complexa sociedade contemporânea, em seu crescente volume de demandas sociais, tem exigido cada vez mais do Estado a implementação de políticas públicas que proporcionem a efetivação dos direitos sociais, sendo que uma das maiores imposições o acesso ao direito à moradia, diante do reconhecimento desse direito como uma necessidade para uma existência humana digna.

O direito à moradia exsurge como um direito da personalidade, um elemento inato de integridade física e moral do indivíduo, diferenciando-se do direito à habitação que é um direito real de natureza patrimonial, de modo que a moradia surge como uma necessidade humana de fixação a um determinado espaço físico na sociedade, lugar esse onde o indivíduo se vinculará, habitando e alojando os seus familiares e ainda, local onde estabelecerá vínculos diretos com a sociedade e executará atos da vida civil.

A Declaração Universal dos Direitos

Humanos elevou o direito à moradia como um dos integrantes da categoria de Direitos Humanos, como corolário da dignidade da pessoa humana, haja vista que é impossível falar em vida digna sem o acesso à moradia.

A Constituição Federal vigente, em seu artigo 5º, XI assegura que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, de forma que o direito à moradia fora elevado à categoria constitucional, como instrumento garantidor da privacidade, do segredo doméstico e a própria liberdade do indivíduo em seu lar, ou seja, a própria dignidade da pessoa humana, devendo ainda ser interpretado em duas dimensões, sendo uma positiva, consubstanciada no dever de implementar uma política de habitação de interesse social e outra negativa, lastreada no princípio da não remoção, abstendo-se o Estado de promover deslocamentos involuntários de população carente que pode ser regularizada nos locais que ocupam.

Com efeito, conquanto a expressa proteção constitucional, ainda persiste no Brasil um grande déficit habitacional, decorrente de políticas públicas malfadadas e ineficazes, e ainda, políticas públicas norteadas pela vetusta confusão entre moradia e propriedade, e ainda, com a superada ideia de que política pública deve ser implementada com recursos públicos, ignorando importantes instrumentos complementares privados de combate a esse déficit.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho, foi inicialmente compreender o déficit habitacional no Brasil e identificar soluções possíveis, notadamente com um reforço na segurança jurídica dos contratos para implementação e efetivação do direito à moradia por meio de instrumentos de direito

privado complementares, a par da busca por sua efetivação também através de instrumentos públicos.

Essa abordagem parte da premissa que os Direitos Humanos não são fruto de um conhecimento racional e sim de uma história vivida, lastreada nas relações intersubjetivas construído como um projeto de longo prazo, como resultado de um “equilíbrio intersubjetivo reflexivo”, não se limitando ao campo do pensar e da razão, muito pelo contrário, encontram terreno fértil em termos de efetivação e significação no campo do agir, consubstanciado na prática recorrente da tolerância e da sensibilidade, não sendo uma temática restrita aos juristas, filósofo e sociólogos.

Dessa forma, sem qualquer pretensão de esgotar o tema e mantendo em foco sobre importância das políticas públicas de promoção e acesso ao direito à moradia no nosso país, o trabalho em tela apresentou alguns institutos de direito privado que podem complementar as referidas políticas públicas, e com isso, reduzir o déficit habitacional no Brasil, são eles: o aluguel social e locação privada e o financiamento de novas construções com garantia de alienação fiduciária de imóveis.

Esses instrumentos, quando bem aplicados e sob a direção de uma política pública clara e transparente, promovem uma expansão da oferta de imóveis para habitação, contribuindo de forma determinante para redução do déficit habitacional no Brasil.

Assim, o poder público por meio de uma política pública de habitação bem planejada voltada para o coletivo e social e sobretudo bem gerida e articulada com os agentes econômicos público e privado e com a sociedade, tem a possibilidade de proporcionar concretude

ao direito a moradias dignas e salubres para as famílias e pessoas, efetivando os direitos humanos, haja vista que não há como se falar em dignidade da pessoa humano sem uma moradia adequada.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política:** pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA (ABECIP). **Financiamento Imobiliário.** Disponível em: <<http://www.abecip.org.br>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ARRETCHE, Marta. Intervenção do Estado e setor privado: o modelo brasileiro de política habitacional. **Espaço & Debates**, n. 31, 1990.

BALBIM, Renato. **Mobilidade:** uma abordagem sistêmica. Palestra proferida na CETESB, Secretaria do Meio Ambiente. São Paulo, 2004.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Habitação.** Versão para debates. Brasília: Ministério das Cidades/ Secretaria Nacional de Habitação. Primeira impressão maio de 2010. p. 156.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Atos do Poder Legislativo. Brasília, DF, 11 set. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4380.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm). Acesso em: 09 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.514, de 20 de novembro 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Atos do Poder Legislativo. Brasília, DF, 21 nov. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm). Acesso em: 12 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.977, de 07 de julho 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Atos do Poder Legislativo. Brasília, DF, 08 jul. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm). Acesso em: 22 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula**

**nº 308**. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf). Acesso em: 11 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.203.882/MG**. Terceira Turma. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília. DJE de 26 fev. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas de União. TCU. GRUPOI–CLASSEV–Plenário-**TC033.568/2012-0** [Apenso: TC 034.402/2012-8] - Natureza: Relatório de Auditoria - Órgão/Entidade: Caixa Econômica Federal e Ministério das Cidades (vinculador) - Responsáveis: Caixa Econômica Federal e Ministério das Cidades - Interessado: Congresso Nacional - Advogado constituído nos autos: Guilherme Lopes Mair (OAB/SP 241.701) e outros, peças 54/55. SUMÁRIO: AUDITORIA OPERACIONAL. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO. Disponível em [https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*/NUMACORDAO%3A524%20ANOACORDAO%3A2014/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A524%20ANOACORDAO%3A2014/DTRELEVANCIA%20desc%2C%20NUMACORDAOINT%20desc/false/1/false). Acesso em: 27 jul 2018.

BULGARELLI, Waldírio. **As cooperativas e o plano da habitação**. São Paulo: Pioneira, 1966.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: Estudos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COOTER, Robert Dandridge; SCHÄFER, Hans-Bernad. **O nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações.** 1. ed. Curitiba: CRV, 2017.

DEL CAUCHO, José Luis Mezquita. **Seguridad jurídica y sistema cautelar.** Bosch: Barcelona, 1989.

ENGELS, Friedrich. **La question du logement, 1872**, comentado por Henri Lefebvre, *Le droit à la ville suivi de espace et politique*, Paris: Éditions Anthropos, 1972. Para a questão da habitação. 2. ed. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa-Moscovo: Avante-Progresso, 1984.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). **Déficit habitacional no Brasil 2013-2014.** Belo Horizonte: FJP, 2016. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/informativos-cei-eventuais/634-deficit-habitacional-06-09-2016/file>. Acesso em: 18 abr. 2018.

GONÇALVES, Luiz Ribeiro. **Plano habitacional.** São Paulo: Editora Livro, 1965.

Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos.** Ed. Atrapasueños. 2008.

INSTITUTO DE URBANISMO COLABORATIVO (COURB). **O que é gentrificação e por que você deveria se preocupar com isso.** 2016. Disponível em: <http://www.courb.org/pt/o-que-e-gentrificacao-e-por-que-voce-deveria-se-preocupar-com-isso/>. Acesso em: 20 jan. 2018.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo.** São Paulo: Almedina, 2011.

LUÑO. Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia.** In: Boletín de La Facultad de Derecho. Seville. n. 15. p. 25-38, 2000.

MILANO, J. Z. Aluguel social no Brasil: algumas reflexões sobre a ideologia da casa própria. In: ENCONTRO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM PLANEJAMENTO URBANO E REGIONAL, 15. Recife. **Anais do XV ENANPUR**, v. 15, 2013.

MONCADA, Luís Cabral de Oliveira de. **Lições de direito civil: parte geral.** Coimbra: Atlântida, 1932.

MUKAI, Toshio. **Temas de Direito Urbanístico e Ambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.**

Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direito ao Desenvolvimento**. Texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução Adriano Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças**. São Paulo: Boitempo, 2015.

SACHS, Ignacy. O Desenvolvimento Enquanto Apropriação dos Direitos Humanos. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 12, n. 33, p. 149-156, 1998.

SANTOS, Angela Moulin Simões Penalva; LUFT, Rosângela Marina; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto. Direito à moradia: um direito social em construção no Brasil—A experiência do aluguel social no Rio De Janeiro. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 46, 2015.

SARLET, I. **O direito fundamental à moradia na constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TERRA, Marcelo. **Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem** n. 21, v. 33, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada**: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZAVALA EGAS, Jorge. Teoría de la seguridad jurídica. **Iuris Dictio Revista de Derecho**. n. 14. p. 13-18. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2011.



# OS PODERES PARALEGISLATIVOS E PARAconstituintes DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: TÉCNICAS DE DECISÃO DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONTEMPORANEIDADE E A PRODUÇÃO NORMATIVA ESTATAL

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela lensue

## INTRODUÇÃO

O panorama teórico-conceitual proporcionado pela Teoria Constitucional desenvolvida após o surgimento do Estado democrático de direito tende a conceber a produção do direito a partir de um processo em que se distinguem duas fases básicas, uma (precipualemente) legislativa e outra (precipualemente) executiva.

É intuitivo que o tipo de reflexão e argumentação admitidos em cada uma dessas fases é distinto do admitido na outra (RAZ, 1986; MACCORMICK, 2006), em face da maior margem de conformação – ainda que constitucionalmente limitada em termos negativos e positivos – do legislador e na menor margem de conformação – ainda que seja impossível a eliminação radical de toda e

qualquer discricionariedade – do administrador e do julgador (KELSEN, 2003).

É evidente, ainda, que em termos de organização estatal tal concepção é encarnada na conhecida doutrina ou teoria da separação dos poderes ou funções do Estado, em alguma de suas variantes historicamente conhecidas.

A despeito de a Teoria do Direito já ter incorporado há tempos a noção de que todo ato de aplicação do direito corresponde, em certa medida, a um ato de criação do direito, excetuadas situações extremas de mera criação ou aplicação, como se denota do pensamento de Hans Kelsen (KELSEN, 2003), fato é que a ideia de monopólio ou quase-monopólio da produção do direito por parte dos órgãos formalmente legislativos ainda é um lugar comum do ideário jurídico-político contemporâneo.

.....

Luís Fernando Sgarbossa

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Líder do Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL.

Geziela lensue

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Ainda, a despeito de a Teoria Política e Constitucional já terem incorporado há tempos as transformações na distribuição da competência normativa entre órgãos formalmente legislativos e órgãos formalmente executivos (HORTA, 1994) – o que se evidencia, por exemplo, na noção de funções materialmente executivas e materialmente legislativas, por exemplo, bem como na distinção entre legislação em sentido formal e em sentido material – há desenvolvimentos recentes na dinâmica de produção de direito pelos órgãos do Estado contemporâneo que merecem análise mais detida.

Nesse sentido, parece merecer especial atenção a crescente assunção de competências normativas importantes pelos diversos órgãos que, em diferentes sistemas, exercem – monopolisticamente ou não – a jurisdição constitucional, notadamente tribunais ou cortes constitucionais e supremas cortes.<sup>1</sup>

Desse modo, faz-se necessário refletir sobre a produção jurídica no Estado

1 Consideram-se, portanto, aqui, especialmente tais órgãos, compreendendo-se como tribunais ou cortes constitucionais os órgãos integrantes do poder judiciário que monopolizam o controle de constitucionalidade das leis e normalmente são especializados em matéria constitucional, distintos, portanto, das supremas cortes, órgãos de cúpula que, embora possam deter a última palavra em matéria de constitucionalidade das leis, não monopolizam o controle e tampouco têm competência circunscrita apenas a matéria constitucional. A ambos se fará referência no presente estudo pela expressão genérica órgãos da jurisdição constitucional. Não se abordarão, por outro lado, outros órgãos que exercem função materialmente equivalente à da jurisdição constitucional, como órgãos políticos, nos moldes do Conselho Constitucional francês, por exemplo. Não se abordará, por outro lado, a atuação de órgãos das jurisdições inferiores que exerçam a jurisdição constitucional das liberdades, enfocando o presente trabalho a jurisdição constitucional na dimensão correspondente ao controle de constitucionalidade das leis ou controle de normas.

contemporâneo, em face das alterações produzidas na distribuição de competências normativas pelo advento do controle judicial de constitucionalidade, em um primeiro momento, e pela crescente sofisticação das técnicas decisórias utilizadas pelos órgãos da jurisdição constitucional, mais recentemente.

Resta investigar, portanto, se há sentido em se afirmar que atualmente tais órgãos exerceriam uma função paralegislativa ou mesmo paraconstituente, no sentido de que se revelariam atualmente capazes de introduzir normas gerais e abstratas no sistema jurídico equivalentes às leis ordinárias e constitucionais (emendas) aprovadas pelo parlamento – ou seja, se seriam capazes de introduzir modificações normativas não apenas em âmbito infraconstitucional, como também em âmbito constitucional.

Para examinar tal temática, o presente artigo revisitará a concepção da produção do direito sob a égide da concepção do Estado democrático de direito para, em seguida, examinar o impacto produzido sobre tal concepção pelo advento da jurisdição constitucional, na vertente do controle de normas.

Examinará, após, a superação das teses do legislador negativo (KELSEN, 2003; KELSEN, 2001) não apenas por conta das concepções contemporâneas sobre o caráter criativo da jurisdição, mas especialmente em função das transformações sofridas pelos diversos sistemas constitucionais e pela jurisdição constitucional, notadamente em termos de sofisticação das técnicas decisórias, seja em virtude de imperativos pragmáticos, seja por força de novas exigências postas pelas cartas constitucionais típicas do pós segunda guerra mundial.

Ao final examinará as competências paralegislativas e paraconstituintes dos órgãos da jurisdição constitucional, evidenciando a plausibilidade de seu reconhecimento na atualidade.

## 1 A IMAGEM DA PRODUÇÃO JURÍDICA SOB O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O advento do Estado, forma de sociedade politicamente organizada peculiar à modernidade, ocorrido por volta do século XVI na Europa, alterou a concepção até então geralmente difundida sobre a produção do direito na sociedade.

A concepção prevalente até a Idade Moderna fora a de uma criação do direito partilhada entre órgãos políticos e sociedade (GROSSI, 2010), como comprovam o pluralismo jurídico medieval e a importância do costume como fonte do direito durante a maior parte da história.

O Estado moderno se arroga o monopólio da produção do direito, fenômeno este cujo ponto culminante em termos simbólicos ao menos deve ter sido, provavelmente, o fenômeno da codificação ocorrida nos sistemas romanistas especialmente a partir do século XIX.

A partir da visão propugnada pela nova forma de organização política da sociedade, difundiu-se uma visão estatista e oficialista do direito, recusando-se, a um tempo, concepções jusnaturalistas (BOBBIO, 2006) e outras formas de produção social do direito (ROMANO, 2008).

Paulatinamente tal visão torna-se hegemônica, significando tanto a pretensão de monopólio estatal do direito quanto a rejeição de fontes sociais não-estatais do direito até

então existentes a um plano secundário e subordinado (BOBBIO, 2006), de modo que a sociedade passa progressivamente a identificar direito com a legislação estatal.

O Estado moderno apresenta-se primeiramente na forma dos Estados absolutistas, como é sabido, sendo a produção do direito claramente autocrática, produzida pelo príncipe e tendo como fundamento de validade sua vontade e sua autoridade. O mesmo modo autocrático de produção do direito se verificara anteriormente em outros contextos, como sob as sociedades políticas despóticas pré-modernas, e se verificará posteriormente, sob as sociedades políticas autocráticas modernas, como os Estados autoritários e totalitários, embora de formas diferentes.

Após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e as significativas transformações que as mesmas impingiram ao Estado e à organização de seus órgãos, afirma-se a doutrina da separação dos órgãos, poderes ou funções estatais, calcada em uma ideologia liberal amplamente conhecida.

Tal visão se torna hegemônica, sendo uma imagem admitida por amplos círculos sociais, transformando em parte a concepção derivada do advento do Estado moderno já referido.

Não há ruptura entre a visão anterior e a posterior às revoluções liberais quanto à pretensão de exclusividade ou monopólio estatal da produção do direito já aludidos, elemento que se perpetuará sob o Estado liberal e sob as formas posteriores assumidas pelo Estado moderno.

Há transformação na dita concepção oficialista do direito, por outro lado, na medida em que a referida doutrina da separação dos

poderes propugna o monopólio da função de produção do direito pelos órgãos integrantes do poder legislativo, os quais devem, ademais, ser democraticamente eleitos e democraticamente responsáveis.

Aqui surgem diversos elementos legitimantes do Estado e do direito, notadamente a ideia de legitimidade da investidura no poder – que se dá notadamente por meio de eleições periódicas – e de legitimidade no exercício do poder – que se dá notadamente pela observância de limites jurídicos ao mesmo.

Tal imagem perdura nos séculos posteriores à configuração do Estado de direito – posteriormente Estado democrático de direito –, sendo um lugar comum no discurso político-jurídico a noção de uma distinção entre instâncias produtoras e aplicadoras do direito e de contenção do poder por meio de tal arranjo institucional, associado a outras técnicas típicas do constitucionalismo moderno.

A noção de monopólio do direito pelo legislativo se desfaz paulatinamente ao longo dos séculos XIX e, principalmente, XX (HORTA, 1990; 1994). Torna-se cada vez mais evidente a existência – e, para alguns, a inevitabilidade – de funções normativas exercidas por órgãos não-legislativos, nesse caso, nomeadamente, por órgãos executivos – fenômeno da denominada legislação governamental.

Especialmente a partir do início do século XX começa a se desenhar um quadro em que o exercício de competências materialmente legislativas pelo executivo se evidencia com clareza (HORTA, 1994), quadro este que toma contornos cada vez mais evidentes ao longo daquela centúria, por meio de variados

fenômenos, que vão desde a legislação delegada e a legislação de emergência ou exceção até as medidas provisórias.<sup>2</sup>

De todo modo, a despeito de tais fenômenos, ainda continua a ser afirmada em grande medida, como dogma, a ideia de monopólio da produção do direito pelo legislativo e, ainda, a identificação entre lei e direito, ressalvadas situações verdadeiramente excepcionais.<sup>3</sup>

A ideia de divisão de poderes demonstra, portanto, grande vitalidade e evidencia, ao que parece, o papel de concepção ideal reguladora, ainda que as vicissitudes da história jurídico-política evidenciem a existência de situações contrárias àquela concepção ideal, como a crescente atividade normativa do executivo.

O advento dos institutos de controle judicial de constitucionalidade, por sua vez, se revelará impactantes em termos de definição dos órgãos estatais capazes de influir de maneira importante sobre a conformação da ordem jurídica, como se verá no tópico sucessivo, esvaziando ainda mais a concepção

2 Nesse período verifica-se, aliás, um esfumaçamento da distinção até então considerada clara entre funções legislativas e funções executivas, ilustrada por fenômenos como leis em sentido formal – atos administrativos com forma legal – de um lado e como delegação legislativa – leis aprovadas por procedimentos não-parlamentares. HORTA, R. M. Poder legislativo e o monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 123, jul./set. 1994, pp. 149-158.

3 Como, por exemplo, a célebre decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão proferida em 1968 no caso da desnacionalização dos judeus emigrados, que reconheceu a vigência de direito suprapositivo e a irredutibilidade do direito à legislação – BVerfGE 23, 98 (106). ALEXY, R. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 6 e ss.

ideal de separação de poderes formada sob o Estado democrático de direito.

## 2 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO

Nos tópicos anteriores rememoraram-se o nascimento da identificação moderna entre legislação e direito e das noções de monopólio estatal da produção jurídica e de monopólio da legislação pelos órgãos do poder legislativo, a despeito da competência normativa ser faticamente partilhada entre estes e os órgãos do poder executivo, por força dos processos ocorridos notadamente no século passado.

Uma análise acurada do panorama contemporâneo evidencia, no entanto, que quando se examina a produção do direito nos sistemas jurídicos atuais não parece adequado focar exclusivamente os processos de produção por meios formalmente legislativos, merecendo ser contemplados também processos extralegislativos influentes na conformação da ordem jurídica, o que justifica a incursão na temática deste tópico.

Inicialmente cabe observar que uma atividade político-jurídica que pode se revelar tão importante quanto à de determinar qual o teor material direito vigente em um sistema jurídico concreto, conformando seu conteúdo substantivo, é a de determinar aquilo que não pode ser considerado como direito por alegados defeitos de forma ou de conteúdo – inconstitucionalidade formal e material.<sup>4</sup>

4 Trata-se da situação que, na visão da Teoria Política clássica seria estabelecida com base na dicotomia entre poder de estatuir e poder de impedir ou, na teoria contemporânea, no papel desempenhado pelos atores com poder de veto, ou *veto players*. BONAVIDES, P.

Para considerar o panorama da produção do direito nos Estados contemporâneos faz-se necessário, portanto, levar em conta o advento dos diversos mecanismos, instituições e sistemas de controle de constitucionalidade que surgiram ao longo da história recente, nomeadamente a partir do início do século XIX, mas que passaram por intensas transformações e grande sofisticação desde então.

Desde o final do século XVIII, pelo menos, já surgiam concepções que denotavam a possibilidade e mesmo a necessidade de se realizar alguma espécie de controle sobre as normas legais com o intuito de garantir sua conformidade para com os preceitos constitucionais, bem como se verificavam algumas situações históricas que serviriam de precursoras dos eventos seguintes.<sup>5</sup>

É a partir do início do século XIX, contudo, que se estabelece de forma inequívoca a prática do controle de constitucionalidade pelos órgãos integrantes do poder judiciário federal e estadual estadunidenses, reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, como é sabido (CANOTILHO, 2003).<sup>6</sup>

Tal competência ou poder-dever tinha como fundamento político a noção de que o cidadão não seria obrigado a cumprir legislação

.....  
**Ciência Política.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. TSEBELIS, G. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

5 A cadeia de ideias e de fatos é longa, bastando pensar na afirmação da limitação do legislador pelo *Common Law* feita por Coke ainda no século XVII, ou nas ponderações de Hamilton, Madison e Jay nos *Federalist Papers*, no século XVIII, bem como na invalidação de legislação colonial desconforme às cartas coloniais feita pelos tribunais britânicos, e, ainda, em decisões judiciais estaduais anteriores a *Marbury v. Madison*, proferida pela Suprema Corte norte-americana no início do século XIX, no mesmo sentido desta.

6 *Marbury v. Madison*, 5 US, 137 (1803).



inconstitucional, podendo a ela se opor, e a noção correlata de que os poderes do Estado não deveriam prestar concurso à aplicação de legislação inconstitucional (CAPPELLETTI, 1999).

Do ponto de vista lógico – embora a inconstitucionalidade em si não seja uma categoria lógica, mas normativa (MIRANDA, 2008) –, por outro lado, um fundamento elementar é o da distinção conceitual entre poder constituinte e poderes constituídos, pressuposto que constitui uma espécie de *conditio sine qua non* de admissão da possibilidade do referido controle.<sup>7</sup>

Ainda do ponto de vista lógico, a ideia de que os órgãos encarregados da jurisdição a exerceriam aplicando o direito aos casos concretos, sendo inerente às suas funções, portanto, uma avaliação prejudicial acerca da constitucionalidade das normas infraconstitucionais aplicáveis a cada caso – a célebre argumentação de Hamilton no *Federalista*, reproduzida por Marshall em 1803 – é fundamental para justificar o controle judicial bem como seu caráter difuso, que decorre do referido caráter ínsito do controle à atividade jurisdicional.

A possibilidade revolucionária de controle judicial de constitucionalidade inaugurada pela matriz constitucional norte-americana produziu efeitos por todo o mundo, como se sabe, influenciando a criação de inúmeros sistemas de controle de constitucionalidade hoje já consolidados, sob

diferentes formas, em diferentes países.

A solução europeia, excetuando-se países infensos ao controle judicial – como o Reino Unido e a França – tem tendido, como se sabe, para modelo distinto do americano, baseado sobretudo em uma separação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, com monopólio da última por um órgão especializado – Corte ou Tribunal Constitucional (MIRANDA, 2008).

De todo modo, apesar de uma notável similitude estrutural entre os diversos sistemas de controle judicial de constitucionalidade da Europa continental, há diversas variações importantes em aspectos como a teoria da invalidade das normas inconstitucionais que os embasa – com impacto importante sobre os efeitos do controle – ou, ainda, os modos de efetivação do controle incidental de constitucionalidade, como demonstrou proficientemente estudo clássico sobre o tema (CAPPELLETTI, 1999).

Tais sistemas rivais – norte-americano e europeu – difundiram sua influência ao redor de todo o globo, tendo originado diversos sistemas locais de controle judicial de constitucionalidade, como se sabe. Na América Latina, por exemplo, preponderaram os sistemas híbridos ou mistos de controle, sistemas estes cuja característica notável é a de incorporarem institutos de controle abstrato – notadamente as ações diretas de tipo europeu – a uma base de controle difuso, de inspiração norte-americana, como ocorre em países como o Brasil.

Independentemente de qualquer formulação de um quadro geral dos diversos sistemas de controle judicial de constitucionalidade, de resto razoavelmente

7 Tanto que um dos fundamentos doutrinários da ausência de tal controle no direito inglês é exatamente a concepção de soberania do parlamento, fundamento do princípio segundo o qual é defeso a uma legislatura tentar vincular legislaturas futuras. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**, o. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

conhecidos, é importante notar que o advento desses institutos propiciou um protagonismo sem precedentes do poder judiciário na conformação da ordem jurídica.

De um poder anteriormente concebido como estritamente subserviente à lei, em visões como as propugnadas na França pela Escola da Exegese (MARINONI, 2013), passou gradualmente a ser concebido como um poder ao qual incumbia não apenas a importante competência de resolução de conflitos com base na legalidade, mas também a grave tarefa de fiscalizar a constitucionalidade das leis, recusando aplicação àquelas reputadas inconstitucionais por seus órgãos reconhecidos competentes para tanto.

Observe-se que independentemente do sistema de controle judicial consagrado – seja ele difuso ou concentrado, em alguma de suas variantes – a possibilidade de tal atividade fiscalizatória pelo judiciário implicou na possibilidade de uma espécie de veto de normas por parte do mesmo, veto este não raro terminativo – ou seja, muito mais forte do que o veto executivo, normalmente relativo e, portanto, superável –, e dotado de eficácia aproximada ou equivalente à da própria lei – ou seja, revelando-se materialmente uma verdadeira norma jurídica geral.<sup>8</sup>

No sistema difuso norte-americano isso sedá quanto às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelas instâncias superiores do judiciário estadual ou federal, sabidamente

8 Não é preciso esforço para constatar que uma decisão de inconstitucionalidade de uma lei proferida por uma corte constitucional europeia, por exemplo, equivale em termos de eficácia a uma lei que revoga outra no sistema jurídico, se irretroativa, e supera mesmo os efeitos de uma lei revogatória típica, quando dotada de efeitos retroativos.

capazes de impedir a aplicação da norma declarada inconstitucional pelas instâncias inferiores em todo o território sobre o qual tal órgão exerce jurisdição após a declaração de inconstitucionalidade por força do *stare decisis* – precedente vinculante.<sup>9</sup>

No sistema concentrado, o caráter normativo das decisões é ainda mais evidente, na medida em que, seja por provocação da jurisdição constitucional mediante ação direta, seja por provocação mediante o expediente das decisões de reenvio (CAPPELLETTI, 1999), as decisões de inconstitucionalidade ostentavam eficácia geral e vinculante, atingindo, assim, particulares e poderes públicos, dotadas, portanto, de “força de lei”.

A introdução de tal mecanismo atingiu fortemente, por óbvio, o dogma da separação de poderes e, notadamente, o dogma da submissão do judiciário à lei e da não-intromissão daquele poder na esfera de competência do legislativo.

Em uma tentativa de salvaguardar o postulado da separação dos poderes em contexto tão adverso, adaptando-o à nova realidade superveniente, surgiram posições como a traduzida pela célebre tese kelseniana do judiciário como legislador negativo (KELSEN, 2003).

Independente de qualquer consideração de maior profundidade sobre tal aspecto, de resto já muito debatido e rechaçado, há que

9 Em sistemas difusos inseridos em ordenamentos jurídicos de tipo romanista a questão é mais complexa, como se sabe, tendo sido necessária a utilização de institutos complementares, como, por exemplo, a resolução suspensiva do Senado Federal brasileiro, atualmente prevista no art. 52, X, da Constituição vigente e introduzida em nosso sistema constitucional pela Constituição de 1934 (art. 91, IV) como expediente para conferir caráter geral às decisões definitivas declaratórias de inconstitucionalidade inicialmente privadas de efeito geral, notadamente as proferidas incidentalmente.

se observar que a função quase-legislativa do judiciário acaba sendo reconhecida, ainda que na tímida versão negativa representada por tal visão.

Efetivamente a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis introduz, pelo menos quanto aos principais órgãos incumbidos da jurisdição constitucional – supremas cortes e cortes constitucionais – uma espécie de poder ou competência paralegislativa – no sentido de quase-legislativa – e mesmo paraconstituente, como se verá, poder este que irá se desenvolver e amplificar conforme as questões concretas apreciadas e conforme o contexto normativo jurídico-constitucional se tornam mais complexos, como se verá no tópico sucessivo.

### **3 A SOFISTICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE DECISÃO DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SUPERAÇÃO DEFINITIVA DA TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO**

Dois fenômenos principais parecem ter influenciado na sofisticação das técnicas de decisão dos órgãos da jurisdição constitucional que, ao longo de mais de duzentos anos de existência, fizeram com que seus poderes paralegislativos se ampliassem e evidenciaram mesmo seus poderes paraconstituintes.

Um desses fenômenos foram as situações complexas que passaram a ser objeto de julgamento por parte de tais órgãos, evidenciando ser insustentável a visão simplista do controle de constitucionalidade que acompanhou referida atividade em seu início.

O outro fenômeno foi uma alteração no tipo de constituições e na espécie de normas que as mesmas passaram a incorporar, de

modo a exigir novas dimensões do controle de constitucionalidade, anteriormente inexistentes ou ainda não percebidas.

O primeiro fenômeno redundou na imposição de limites ao controle de constitucionalidade em termos da amplitude ou alcance de seus efeitos com base em considerações pragmáticas (MARINONI, 2013; MENDES, 2014); o segundo resultou na expansão do controle para além de sua concepção tradicional, adicionando novas dimensões ao mesmo em função de transformações sofridas pelo constitucionalismo ao longo do século XX, especialmente em sua segunda metade (MIRANDA, 2008).

De um lado se percebeu a inexorável existência de limites às possibilidades de controle da inconstitucionalidade por ação, relativizando-se certas concepções absolutas sobre esta matéria calcadas no postulado na nulidade da lei inconstitucional. Como ensina CAPPELLETTI (1999), nas origens norte-americanas do controle de constitucionalidade encontrava-se à base do controle de constitucionalidade a noção da inconstitucionalidade como absoluta invalidade jurídica, tendo como consequência lógica a noção de desfazimento de tudo quanto fora feito com base na norma inconstitucional, vez que inválida de *pleno iure* desde suas origens, por constituir verdadeiro ato *ultra vires*, e inservível à produção de efeitos válidos.

Tal concepção simplista da inconstitucionalidade, baseada em uma exigência dogmática forte de constitucionalidade, acabava por postular decisões declaratórias dotadas de eficácia retroativa e que implicavam a nulidade da norma inconstitucional e de todos os seus atos de aplicação concreta, fosse por parte de particulares, fosse por poderes públicos

(CAPPELLETTI, 1999).

Cedo já se sentiu a inconveniência de tal visão diante de situações de inconstitucionalidade consolidadas irreversíveis ou de difícil ou indesejável reversão, como aquelas situações em que a declaração de inconstitucionalidade com nulidade da norma e eficácia retroativa se revelava capaz de atingir terceiros de boa-fé, situações jurídicas consolidadas, e situações análogas em geral, com comprometimento da segurança jurídica ou de outros bens ou interesses constitucionalmente tutelados.<sup>10</sup>

Já em 1920 a constituição austríaca, fruto de anteprojeto elaborado por Kelsen, não apenas não endossava a doutrina da nulidade da lei inconstitucional – adotando a teoria de seu idealizador, no sentido da anulabilidade da norma inconstitucional, com ou sem eficácia retroativa (KELSEN, 2001) – como ainda previa o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a possibilidade de decisões com efeitos apenas futuros (CAPPELLETTI, 1999).

Mesmo na pátria da doutrina da nulidade da lei inconstitucional, os EUA, fez-se necessário relativizar os rigores da mesma (MARINONI, 2013; MENDES, 2014), o que a Suprema Corte fez já a partir da década de 1940, por meio de precedentes como o proferidos em *Chicott County Drainage District*

10 Há um paralelo interessante, mas que aqui não se pode explorar, entre o instituto do *overruling* do *Common Law* – revogação de um precedente, com ou sem eficácia retroativa – e o instituto do controle de constitucionalidade em termos de impacto sobre a segurança jurídica e inclusive sobre a confiança no sistema jurídico e sua legitimidade. O tema é próximo de outros clássicos temas de Teoria do Direito, como o da possibilidade e dos limites da legislação retroativa.

v. *Baxter State Bank* (1940)<sup>11</sup> e *Linkletter v. Walker* (1965)<sup>12</sup>, possibilitando decisões de inconstitucionalidade com ou sem eficácia retroativa e com ou sem declaração de nulidade, em um sistema semelhante, mas não idêntico, ao da modulação dos efeitos austríaca.

Em suma, a apreciação de questões complexas consubstanciadas especialmente em situações de fato irreversíveis ou de difícil ou inconveniente reversibilidade, levaram, portanto, os diversos sistemas de controle de constitucionalidade, por considerações de cunho pragmático, a abrirem mão de doutrinas extremamente lógicas em sua formulação – como a da nulidade pura e simples da lei inconstitucional e de suas consequências – mas impraticáveis em termos concretos.<sup>13</sup>

O segundo fenômeno referido consistiu no amplamente conhecido advento das novas constituições, notadamente após o final da segunda guerra mundial, constituições estas geralmente denominadas de programáticas, por incluírem não apenas normas negativas, no sentido de exigirem abstenções estatais, mas também positivas, no sentido de exigirem atuação estatal, como atividade legislativa ou administrativa e, inclusive, implementação de políticas públicas (CANOTILHO, 2003).

Tais constituições sofisticaram a realidade

11 308 U.S. 371 (1940).

12 381 U.S. 618 (1965).

13 Parece plausível considerar que atualmente identifica-se uma aproximação entre diferentes sistemas de controle de constitucionalidade quanto à doutrina da invalidade da lei inconstitucional, tendendo os diversos sistemas a abranger tanto situações em que a inconstitucionalidade redunde em nulidade quanto situações em que redunde em anulabilidade, combinadamente, ora com preponderância de uma, ora de outra, e mesmo outras situações distintas do binômio, como se verá.

normativa constitucional, ao introduzirem ou intensificarem o recurso às normas outrora ditas programáticas, atualmente denominadas normas-tarefa ou normas-meta (CANOTILHO, 2003), exigentes, como dito, de atuação estatal, e não mais de mera omissão estatal, como ocorrera preponderantemente no modelo constitucional até então vigente.

Com efeito, é o advento das constituições “programáticas” com suas normas-meta ou normas-tarefa que enseja o nascimento da noção mais recente de inconstitucionalidade, ao lado da inconstitucionalidade por ação, evidentemente, a noção de inconstitucionalidade por omissão.

Tal nova concepção – ou modalidade de inconstitucionalidade – evidentemente não poderia ser enfrentada satisfatoriamente pelos mesmos meios técnicos concebidos e utilizados ao longo de mais de um século para a tutela de situações de inconstitucionalidade por ação.

Se para as últimas o recurso a técnicas como a declaração de nulidade com efeitos retroativos ou a anulação com efeitos retroativos, irretroativos ou mesmo futuros constituíam expedientes tecnicamente aptos à solução dos problemas de constitucionalidade, com relação à inconstitucionalidade por omissão restam evidentemente ineficazes, no sentido de inaptos tecnicamente falando.

Aqui ressurgem, ademais, dificuldades enfrentadas pelo controle de constitucionalidade em seus albores, quando não raro se considerava o dogma da separação dos poderes, por exemplo, como óbice à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Entende-se por longo tempo, portanto, que falece competência ao judiciário para substituir-se ao legislador ou ao administrador na implementação de preceitos constitucionais que obrigam aqueles

poderes a fazer algo, e não a abster-se.

Paulatinamente tais visões vão sendo superadas, no entanto, conforme o estado da arte das técnicas de controle de constitucionalidade utilizadas notadamente por alguns tribunais europeus – em franca superação à doutrina do legislador negativo – permitem entrever, conforme se examinará a seguir.

O que importa, no momento, é frisar que tanto as transformações devidas às questões pragmáticas já referidas, quanto as transformações sofridas pelo constitucionalismo ao longo do século XX em função do advento das normas-meta e das obrigações estatais positivas que estas implicam levaram a uma sofisticação sem precedentes das técnicas de decisão adotadas por diversos órgãos exercentes da jurisdição constitucional.<sup>14</sup>

A título de exemplo, para se ilustrar o que se afirma, pode-se socorrer a diversos sistemas europeus de controle de constitucionalidade, como o português e o italiano, cujas técnicas mais inovadoras de controle de constitucionalidade passam a repercutir em outros sistemas constitucionais.

No sistema português, por exemplo, quanto à teoria da invalidade, superou-se o binômio simplista constitucional-inconstitucional, assim como a simples associação do binômio simplista nulidade-

14 Há uma diferença de sentido importante, no entanto: enquanto as questões pragmáticas tenderam a operar relativizando a inconstitucionalidade, ao restringir os efeitos das decisões no sentido da inconstitucionalidade, as questões decorrentes das obrigações constitucionais positivas e da correlata noção de inconstitucionalidade por omissão ampliaram a noção de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, as possibilidades de intervenção judicial. Ambas implicarão sofisticação das técnicas de controle de constitucionalidade.



anulabilidade aos atos inconstitucionais (MIRANDA, 2008).

Desse modo, não só se registram casos de nulidade ou anulabilidade decorrentes de inconstitucionalidade, como também casos de inexistência ou mera irregularidade, todos com consequências jurídicas distintas (MIRANDA, 2008).

Além disso, de maneira correlata, não só são possíveis decisões de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade no direito português, como também decisões de não-inconstitucionalidade, além das denominadas decisões intermédias, as quais, como o próprio nome deixa entrever, não são decisões nem no sentido da pura inconstitucionalidade e tampouco da pura constitucionalidade.

O mais impressionante no quadro de tal pluralismo técnico da jurisdição constitucional portuguesa não é constituído apenas pelas decisões intermédias interpretativas – equivalentes às declarações parciais de inconstitucionalidade sem redução de texto obtidas por interpretação conforme à constituição no direito brasileiro – ou pelas decisões intermédias limitativas – equivalentes aproximadas às decisões de inconstitucionalidade com modulação de efeitos.

O aspecto mais relevante de tais inovações consiste especificamente nas denominadas decisões intermédias aditivas ou modificativas, cujo conteúdo concreto pode ser o de substituir a disciplina legal de uma hipótese qualquer, considerada inconstitucional, por outra, estabelecida pela jurisdição ou, ainda, para suprir inconstitucionalidade por omissão parcial (MIRANDA, 2008) – problema para o qual o Direito Processual Constitucional brasileiro

ainda não possui uma solução satisfatória, limitando-se às decisões meramente exortativas – apelo ao legislador (MENDES, 2014).

Tais técnicas, longe de serem completamente isoladas, encontram paralelos em outros sistemas, como no direito constitucional italiano, que comporta na categoria das decisões manipulatórias – correspondente, aproximadamente à categoria lusitana das decisões intermédias –, abrangendo subespécies como as decisões manipulatórias de efeitos aditivos ou modificativos, de características semelhantes (MENDES, 2014).<sup>15</sup>

É evidente que a utilização de interpretação vinculante – como ocorre por meio da interpretação conforme em decisões interpretativas – é expediente técnico capaz de introduzir importantes alterações no sistema jurídico, sobretudo na concepção contemporânea da norma jurídica, inconfundível com seu texto.

Mais evidente ainda é a alteração normativa promovida pelo poder judiciário, como verdadeiro legislador positivo, quando as técnicas admitidas no exercício da função jurisdicional lhe permitem substituir um regime jurídico previsto para uma situação qualquer por outro que lhe pareça mais consentâneo para com a ordem constitucional, ou estender um regime jurídico para outras situações não abrangidas por ele originalmente.<sup>16</sup>

15 Sobre técnicas similares no Direito Processual Constitucional mexicano, consulte-se o primeiro capítulo da obra de FERRER MAC-GREGOR, E. *Efectos y contenidos de las sentencias em acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso "ley de medios"*. Cidade do México: UNAM, 2009.

16 Note-se que tais técnicas são equivalentes aproximadas à “posição concretista” no que se refere ao mandado de injunção no Brasil, mas referem-se também ao controle abstrato, e não apenas ao controle concreto.

O aspecto que aqui interessa no particular reside superação definitiva da tese do legislador negativo, restando clara não apenas a relativa discricionariedade do julgador no complexo processo de interpretação e aplicação do direito, mas inclusive a possibilidade – excepcional, certamente – de atuação dos órgãos da jurisdição constitucional, pelo menos, como verdadeiros legisladores positivos em situações em que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e com declaração de nulidade poderia resultar em “vácuo legislativo”, agravando a situação de inconstitucionalidade já existente, entre outras.

Técnicas como as que redundam nas decisões manipulatórias modificativas ou aditivas italianas ou nas decisões intermédias modificativas ou aditivas portuguesas, que evidenciam a existência de uma verdadeira função paralegislativa e quiçá paraconstituente dos órgãos da jurisdição constitucional, entre outros fenômenos a serem explorados no tópico seguinte.

#### **4 A (RE)DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS NORMATIVAS DO ESTADO E O RECONHECIMENTO TEÓRICO DAS FUNÇÕES PARALEGISLATIVAS/PARAconstITUENTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Como visto nos itens precedentes do presente estudo, a capacidade de produção do direito foi redistribuída entre os poderes ou órgãos do Estado ao longo do século XX e no início do século XXI, surgindo mais recentemente um papel importante dos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade nessa matéria, nomeadamente as supremas cortes e os tribunais constitucionais.

Assim tais órgãos adquiriram uma competência de conformação do ordenamento, inicialmente negativa e posteriormente inclusive positiva, notadamente em sistemas que admitem a técnica das decisões interpretativas – como o brasileiro e inúmeros outros – e em sistemas que admitem, excepcionalmente, decisões judiciais que efetivamente criam normas gerais e abstratas para substituir legislação inconstitucional ou para combater o fenômeno da inconstitucionalidade parcial por omissão - como o português ou o italiano.

As transformações e os deslocamentos extra-legislativo da competência normativa evidentemente transformam o panorama dos órgãos estatais capazes de, positiva ou negativamente, conformarem o sistema jurídico, introduzindo novas normas, modificando as existentes ou impedindo/excluindo modificações (HORTA, 1994).

Não parece haver dúvida de que o controle de constitucionalidade, tanto em sistemas de *Common Law* quanto em sistemas romanistas, cria a possibilidade do poder judiciário introduzir normas dotadas de eficácia geral no sistema jurídico, observadas as especificidades que distinguem uma decisão proferida nos primeiros, cujo efeito transcendente decorre do princípio do precedente vinculante, das proferidas em ações diretas no segundo, dotadas de eficácia geral e vinculante.

A partir dos tópicos abordados anteriormente foi possível evidenciar o recente crescimento das funções normativas do poder judiciário, que passou a exercer, em diversos sistemas, um protagonismo importante, não apenas ao vetar a permanência de determinadas normas no sistema jurídico, mas, inclusive,

ao construir normas a partir de técnicas amplamente difundidas, como a interpretação conforme à constituição vinculante (ou as decisões intermédias ou manipulatórias interpretativas).

Esta nova realidade institucional evidencia ser plausível falar, hoje, para além das funções tipicamente jurisdicionais do poder judiciário, no âmbito das funções atípicas de tal poder, em uma função que poderia se denominar paralegislativa.

Trata-se, como a expressão pretende evidenciar, uma função quase-legislativa, na medida em que, ainda que em circunstâncias excepcionais e devidamente justificadas – por um quadro de omissão inconstitucional, por exemplo –, permite inserir no sistema jurídico normas gerais e abstratas, e não apenas impedir sua inserção ou manutenção no mesmo.

Tal fenômeno não estaria circunscrito aos modelos mais arrojados de controle, como o sistema lusitano e italiano mencionados, que permitem, como se viu, decisões com conteúdo fortemente construtivo e criativo para modificar ou substituir disciplina legal reputada inconstitucional ou mesmo criar disciplina legal em situação de omissão inconstitucional.

Basta recordar que as decisões interpretativas, como aquelas decorrentes da utilização da interpretação conforme à constituição no Brasil, são hoje comuns nos mais variados sistemas constitucionais e que, considerando-se sua característica de interpretação autêntica (KELSEN, 2003), constituem verdadeiras normas gerais e abstratas, de caráter inegavelmente vinculante quando proferidas em sede de controle abstrato.

Além disso, há que se recordar

que, de fato, os órgãos de cúpula do poder judiciário parecem contar, do ponto de vista de uma Teoria do Direito realista, com tais funções paralegislativas e até mesmo funções paraconstituintes, na medida em que profiram decisões que podem introduzir ou alterar normas de natureza constitucional.

Com efeito, as decisões judiciais encontram-se em regra sujeitas a diversos tipos de controle de regularidade (KELSEN, 2001), sejam controle de legalidade – como as realizadas por cortes de cassação, como ocorre na Itália e na França, seja por outros órgãos equivalentes em outros países –, sejam de controle de constitucionalidade.

Contudo o controle da regularidade da produção jurídica tem como pressuposto técnico de operabilidade a existência de instâncias de controle. Ou seja, para que seja possível o controle de legalidade ou constitucionalidade das decisões de órgãos administrativos ou jurisdicionais revela-se imprescindível a existência de instâncias superiores de controle, capazes de substituir a decisão por força de um recurso de apelação ou de, ao menos, cassá-la, determinando que outra seja proferida.

Diante da impossibilidade de instâncias infinitas de controle, naturalmente os órgãos de cúpula do judiciário – como as Supremas Cortes – ou órgãos judiciais especiais não sujeitos a uma instância revisora – como as Cortes Constitucionais – não possuem instâncias superiores de revisão, julgando questões de regularidade em única ou última instância.

Daí decorre que tais instâncias possuam, de fato, uma capacidade de alteração anômala da ordem jurídica (KELSEN, 2001; 2003, RAZ, 1986). Desse modo, na hipótese – não rara – de uma lei manifestamente inconstitucional

ser considerada constitucional pelo órgão que detém a última palavra em tal matéria e cujas decisões são obrigatórias, embora de um ponto de vista ideal possa-se sustentar uma violação da ordem jurídica, de um ponto de vista realista, diante da força vinculante da decisão, o que parece ocorrer é uma modificação – ainda que anômala – da ordem jurídica.

Com efeito, uma lei ordinária inconstitucional<sup>17</sup> que seja declarada constitucional pela única instância capaz de julgar sua constitucionalidade de maneira autorizada – uma corte ou tribunal constitucional, por exemplo – acaba por vigorar plenamente naquele ordenamento jurídico, e opera mesmo como uma espécie de emenda anômala à constituição, na medida em que suspende ou revoga a norma constitucional contrária.<sup>18</sup>

Deste modo, por mais que tal constatação ofenda uma ideologia constitucional e uma afirmação dogmática da supremacia da constituição, de fato, uma decisão judicial juridicamente inatacável – uma decisão de última ou única instância – que declare uma lei constitucional, ainda que esta seja francamente inconstitucional, tem o condão prático de

17 Imagine-se aqui inconstitucionalidade manifesta, literal, para não se adentrar no mérito da textura aberta, da relativa indeterminação semântica, da dúvida interpretativa razoável, que tornam o problema mais complexo.

18 O mesmo ocorre, por exemplo, em um sistema político de controle, como o francês, tanto em casos de normas sujeitas a controle necessário pelo Conselho Constitucional quanto por normas sujeitas a controle provocado, caso no exercício do controle aquele órgão negue a inconstitucionalidade ou não haja provocação do controle. Nesses casos reconhece-se que a lei inconstitucional opera, na prática, como emenda anômala à constituição, dada a ausência de mecanismos jurídicos aptos a expurgar o sistema jurídico da mesma.

convalidar<sup>19</sup> referida inconstitucionalidade e de provocar uma alteração anômala no sistema constitucional (CAPPELLETTI, 1999). A lei inconstitucional em conjunto com a decisão que refuta sua inconstitucionalidade, equivale a uma emenda à constituição, aprovada por procedimento anômalo, de tal ponto de vista.<sup>20</sup>

A situação é evidentemente inconveniente, mas ocorre de fato e pode ocorrer não apenas em sistemas de controle político, como o francês, ou de controle judicial concentrado de iniciativa restrita, como o austríaco, mas em qualquer sistema que adote controle de constitucionalidade ou legalidade, pelo simples fato da impossibilidade prática de instâncias infinitas de controle.

Nesses casos, pode-se reconhecer não apenas uma competência paralegislativa, mas inclusive paraconstituinte, na medida em que, como demonstrado, o ato inconstitucional convalidado por decisão dotada de efeitos vinculantes proferida em única ou última instância e inatacável corresponderá, na prática, à alteração do sistema jurídico-constitucional – uma quase-emenda ou quase-revisão constitucional.<sup>21</sup>

19 Aliás, não se trata do único caso de convalidação de inconstitucionalidades, dada a presença, em diversos sistemas jurídicos, de institutos como a modulação dos efeitos ou as decisões intermédias limitativas.

20 A mesma constatação vale, feitas as devidas adaptações, para atos ilegais dos poderes públicos, desde que a decisão convalidadora seja proferida pela instância máxima ou única competente para julgar a legalidade dos mesmos.

21 O mesmo parece ocorrer em situações próximas, embora distintas, como no caso de um costume constitucional *contra legem* que redunde, eventualmente, em *desuetudo* de uma ou mais normas constitucionais. Sobre o tema veja-se RAZ, J. **Concepto de Sistema Jurídico**, el. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autónoma do México, 1986; OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. **Derecho**

Para os realistas esta será apenas e tão-somente uma situação de alteração, ainda que anômala, da ordem jurídica, tal como ocorre por força de processos de mutação constitucional, por exemplo (JELLINEK, 1991). Para os idealistas, se tratará de uma violação à constitucionalidade ou legalidade, embora não haja remédio jurídico para saná-la.

Indagando-se sobre a possibilidade de controle de tais situações de ilegalidade ou inconstitucionalidade, para quem assim as considere, não se vislumbra remédio jurídico, pressupondo-se o caráter terminativo e vinculante da decisão que declara ou julga constitucional a norma inconstitucional e pressupondo-se que seja guarnecida de meios adequados de compulsão à observância – tais como normas disciplinares e institutos que permitam a cassação ou anulação de atos que a inobservem –, condição esta ligada à operabilidade técnico-jurídica efetiva.

As possíveis soluções para tais problemas, incrustados nos limites da juridicidade, parecem ser necessariamente extrajurídicas, como o recurso ao quase esquecido “controle de constitucionalidade direto” – por expedientes como o controverso direito de resistência e conceitos correlatos, como a desobediência civil (GARGARELLA, 2007) – ou, ainda, na esfera política, por meio da atuação do legislador ou por meio da utilização de institutos de democracia semidireta, onde existam, como a iniciativa popular no sentido da revogação da norma anormalmente introduzida.

Independentemente de tais discussões,

.....  
**Constitucional Consuetudinario, el.** Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1993. O mesmo raciocínio parece válido para decisões *contra legem* que acabem por prevalecer, importando em alteração anormal do sistema jurídico.

que fogem ao objetivo imediato do presente estudo, resta claro que em qualquer sistema jurídico em que haja institutos de controle de legalidade e de constitucionalidade e em qualquer sistema jurídico em que haja instâncias finitas de controle – ou seja, todos – há a possibilidade de se reconhecer uma excepcional função paralegislativa e até mesmo paraconstituente do poder judiciário, que oferece importante campo de investigação teórica, ainda em boa medida por se explorar.

## CONCLUSÃO

Como visto, a despeito da imagem ideal formada a partir da noção de Estado democrático de direito, as funções legislativas – entendidas como capacidade de produção de direito e, especialmente, como introdução de normas gerais e abstratas no sistema jurídico – têm sido distribuídas de diversas formas entre os três poderes.

Ao lado do surgimento de funções normativas extralegislativo em favor do executivo, notadamente ao longo do século XX, têm surgido, no final daquele século e início do atual, crescentes competências normativas extralegislativo em favor do judiciário.

Da concepção mais elementar do controle judicial de constitucionalidade, baseada nos binômios constitucional-inconstitucional e válido-inválido, avançou-se a um contexto muito mais complexo, como visto.

Seja por força dos limites pragmáticos do controle da inconstitucionalidade por ação, que redundou na necessidade de reconhecimento de situações inconstitucionais como fatos consumados inalteráveis, seja por força dos novos desafios postos à jurisdição constitucional



pelas normas-meta ou normas tarefa e pela figura correlata da inconstitucionalidade por omissão, um novo e sofisticado quadro de valores ligados à inconstitucionalidade e de técnicas de decisão surgiu no âmbito da jurisdição constitucional.

Os valores associados à inconstitucionalidade passaram a ser muito mais complexos do que se concebia, indo desde os extremos da inexistência e da nulidade até situações mais amenas, como a anulabilidade e a mera irregularidade (MIRANDA, 2008).

De maneira consentânea, os diferentes sistemas constitucionais passaram a compreender desde decisões limitativas da declaração de inconstitucionalidade – como a modulação de efeitos – até decisões fortemente criativas – como as decisões intermédias modificadoras ou substitutivas –, passando por decisões interpretativas – como as calcadas em interpretação conforme à constituição –, de modo que a jurisdição constitucional ostenta atualmente, em qualquer sistema jurídico que a contemple, um papel que exorbita em muito a antiga tese do legislador negativo.

Esse panorama ressalta o papel do judiciário na conformação da ordem jurídica – i.e., na produção das normas do sistema jurídico, seja como ator com poder de veto seja como criador positivo de normas – e permite falar em funções paralegislativas e paraconstituintes do referido poder.

Tais funções consistiriam, como se depreende do texto, em alterações na ordem jurídica nos níveis infraconstitucional e constitucional, respectivamente, podendo consistir na produção de normas gerais, abstratas e vinculantes seja por meio da declaração de nulidade ou anulação, seja pela

criação positiva de normas por meio de técnicas como a interpretação conforme, a modulação dos efeitos ou as vanguardistas técnicas modificativas e aditivas admitidas em sistemas jurídicos estrangeiros, como visto.

Mesmo na ausência de tais expedientes pode-se reconhecer na Teoria do Direito e na Teoria Constitucional contemporâneas tais funções paralegislativas ou paraconstituintes em qualquer sistema jurídico que adote algum mecanismo de controle de regularidade da produção do direito – i.e., controle de constitucionalidade e/ou controle de legalidade – e que não conte com instância de revisão infinitas.

Nestes casos fica claro que a convalidação de um ato irregular – lei inconstitucional, notadamente – pelo órgão competente em caráter definitivo para julgar sua regularidade jurídica corresponde a uma modificação anômala do sistema jurídico, o que demonstra a atividade de produção do direito pela instância judicial de controle.

Tais possibilidades, como visto, encontram-se nos confins entre o jurídico e o extrajurídico, não encontrando solução possível no campo do direito, mas no campo da política, por meio de controle de constitucionalidade direto (GARGARELLA, 2007) ou de eventual modificação legislativa da norma introduzida no sistema jurídico de forma anômala.

De todo modo, tanto tal possibilidade quanto a decorrente das modernas técnicas de decisão adotadas amplamente pela jurisdição constitucional contemporânea – como a interpretação conforme – evidenciam a existência de funções ou poderes paralegislativos ou paraconstituintes do poder judiciário nos sistemas jurídicos atuais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico, o: lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Efectos y contenidos de las sentencias em acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso "ley de medios"**. Cidade do México: UNAM, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistência en situaciones de carencia extrema*. **Astrolabio Revista internacional de filosofia**, ano 2007, n. 4, pp. 1-28.

GROSSI, Paolo. **Direito entre poder e ordenamento, o**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Conceito de**

**Direito, o**. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HORTA, Raul Machado. Medidas Provisórias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 107, jul./set. 1990, pp. 05-18.

\_\_\_\_\_. Poder legislativo e o monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 123, jul./set. 1994, pp. 149-158.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución**. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do Mexico: UNAM, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 3 ed. rev. e atual.

Coimbra: Coimbra, 2008.

OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. ***Derecho Constitucional Consuetudinario, el***. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1993.

RAZ, Joseph. ***Concepto de Sistema Jurídico, el***. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1986.

ROMANO, Santi. ***Ordenamento jurídico, o***. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

TSEBELIS, George. ***Veto Players: how political institutions work***. Princeton: Princeton University Press, 2002.

# O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Adriana da Costa Ricardo Schier

Paulo Ricardo Schier

## INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do Direito Administrativo tem proporcionado inúmeros avanços no que tange com a construção de uma dogmática publicista democrática e emancipatória<sup>1</sup>. E neste processo, desde algum tempo, já se reconhece o *status* de fundamentalidade formal e material<sup>2</sup> ao serviço público (direito fundamental ao serviço público como garantia fundamental).

O objetivo central do presente estudo é demonstrar que, na perspectiva de uma constitucionalização adequada do Direito

Administrativo<sup>3</sup>, não apenas o serviço público deve ser considerado um direito fundamental mas, igualmente, o regime jurídico de sua prestação. Nesta esteira sustenta-se que o regime jurídico do serviço público definido no art. 6º, § 1º, da Lei n.º 8.987/95 é uma garantia que, a despeito de possuir delineamento legal (infraconstitucional), apresenta-se como direito fundamental e, logo, este regime é protegido como cláusula pétrea e, portanto, em relação a ele, atendidos alguns pressupostos, incide a cláusula de proibição de retrocesso social de modo a estar protegido em face de legislação corrosiva futura.

A defesa desta tese pressupõe, destarte, a possibilidade de existência de direitos fundamentais com assento legal ou,

1 Neste sentido, por exemplo: SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988, In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). Direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45-59.

2 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios. Universidade Externado de Colombia: Bogotá, 2003, p. 21-31.

3 SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização e 20 anos da Constituição: reflexões sobre a exigência de concurso público (isonomia, eficiência e segurança jurídica), In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza et alii (Coord.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 809-811.

Adriana da Costa Ricardo Schier

Doutora em Direito Público pela UFPr. Professora Pesquisadora junto ao Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil. Pesquisadora junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq).

Paulo Ricardo Schier

Doutor em Direito Constitucional pela UFPr. Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, especialização e mestrado, da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professor Convidado da Universidade de Wroclaw (Polônia).

pelo menos, que a proteção de determinadas dimensões das cláusulas pétreas se projetam para o plano das leis.

## 1 A VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Na esfera do Direito Constitucional entende-se por retrocesso social a negativa de conquistas sociais consagradas pela legislação infraconstitucional por meio de sua revogação<sup>4</sup>. Acredita-se que as leis cujos conteúdos densificam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam a eficácia de tais direitos, permitindo a sua máxima efetividade. E nesta seara, uma eventual legislação futura que venha a rever de forma muito restritiva ou até mesmo que venha a revogar políticas públicas ampliativas de direitos fundamentais pode representar um retrocesso ilegítimo, violador de cláusula pétrea. E então, passa-se a sustentar a inconstitucionalidade do retrocesso social.

A ideia de vedação do retrocesso populariza-se no cenário nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, notadamente em face das inúmeras normas constitucionais que ampliam o catálogo de direitos fundamentais de cunho econômico e

social<sup>5</sup> mediante normas de eficácia limitada.<sup>6</sup> O constituinte de 1988 conferiu ao legislador infraconstitucional a deferência para explicitar o conteúdo dessas normas, visando, em último plano, a promoção da justiça social. A regulamentação dos direitos sociais, vinculada à sua concretização no plano da realidade, estará protegida contra a ação do legislador futuro, de maneira que não seja possível retroceder nas conquistas já asseguradas.

A preocupação, portanto, decorre da busca pela máxima efetividade das normas consagradoras de direitos fundamentais, principalmente aquelas de cunho social, efetividade que se aperfeiçoa mediante atividade integradora do legislador ordinário através da prestação de serviços públicos e implantação de políticas públicas.

Da aplicação da cláusula de proibição de retrocesso entende-se que o conteúdo das leis que concretizam tais direitos não poderá ser validamente revogado sem substitutivos compensatórios. E, por via de consequência, “não se poderá admitir que o legislador venha a reduzir, ao menos de forma arbitrária ou desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social.”<sup>7</sup> Com isso, compreende-se que as leis

4 Em uma perspectiva mais restrita, Felipe DERBLI assevera que “o retrocesso social se traduz no descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentam as normas constitucionais definidoras de direitos sociais”. Ou, ainda, “quando for suprimida a concretização legal de uma garantia institucional” (DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 433-495; p. 494).

5 Entende-se que a positivação dos direitos sociais “representa o principal mecanismo de vinculação do legislador ao programa de transformação social contido na Constituição de 1988. Em outras palavras, o compromisso constitucional brasileiro de busca da justiça social reconheceu a jufundamentalidade dos direitos sociais, gravando-os com a cláusula de irrevogabilidade do art. 60, § 4º, inciso IV.” (Ibidem, p. 440).

6 Sobre a classificação das normas quanto à sua aplicabilidade e eficácia ver, na doutrina nacional, o célebre trabalho de SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

7 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 434.



que regulamentam os direitos fundamentais criam direitos subjetivos na exata dimensão estabelecida pelo legislador, dimensão esta protegida contra qualquer redução arbitrária.<sup>8</sup> Veja-se que a proibição de retrocesso atua como complemento capaz de aperfeiçoar o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Conforme já exposto, tais direitos, em sua dimensão objetiva, consagram os valores essenciais de uma sociedade e impõem, com isso, a sua irradiação para os demais campos do Direito.<sup>9</sup> Assim, não só se caracterizam como direitos públicos subjetivos, mas também vinculam e influenciam as relações jurídicas travadas no âmbito do ordenamento.<sup>10</sup> Dentro daquele sistema de proteção, desfrutam de especial cuidado em face de eventuais alterações legislativas posteriores, por força do manto da cláusula pétrea. Ainda, por determinação expressa da Constituição, têm assegurada sua efetividade, impondo-se ao legislador o dever de assegurar as devidas prestações. E, para completar tal quadro protetivo, apresenta-se a cláusula de proibição de retrocesso social, que impede o retorno a uma situação de omissão inconstitucional.<sup>11</sup>

Nesse sentido, entende-se que

.....  
 não basta que o legislador tenha competência para minudenciar o conteúdo das normas constitucionais que definem direitos

8 Idem.

9 SARMENTO, Daniel. **Direitos...**, p. 371.

10 Idem.

11 “Vale dizer: é ilegítimo o retorno a uma situação de omissão inconstitucional, após ter havido a regulamentação do direito.” (BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 8).

sociais se, posteriormente, puder eliminar, pura e simplesmente, a regulamentação efetuada, recriando uma indesejável situação de vácuo normativo.<sup>12</sup>

A cláusula de vedação do retrocesso visa ampliar o alcance da segurança jurídica<sup>13</sup> e da proteção da confiança,<sup>14</sup> fornecendo subsídios para que os cidadãos possam confiar nas instituições e, ainda, usufruir de certa estabilidade diante do ordenamento.<sup>15</sup> Tal construção só parece possível no ambiente do Estado Democrático de Direito.

Em um sentido amplo, então, a proibição de retrocesso social pode ser identificada, nos diversos ordenamentos contemporâneos, pela proteção conferida aos institutos que se voltam a proteger um determinado direito, ou situação jurídica, diante de medidas retroativas ou corrosivas. É o caso do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e das limitações constitucionais quanto à restrição, direta ou tendencial, de direitos fundamentais.<sup>16</sup>

Há casos, entretanto, em que se

12 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 434.

13 Na linha da doutrina alemã, Ingo Wolfgang SARLET considera a segurança jurídica como elemento do Estado de Direito, podendo ser compreendida como subprincípio concretizador de tal princípio. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 440).

14 “(...) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente.” (Ibidem, p. 456).

15 Ibidem, p. 441.

16 Ibidem, p. 443.

faz necessária a proteção contra medidas retrocessivas,<sup>17</sup> que não são propriamente retroativas – porque não alcançam posições jurídicas consolidadas –, mas que implicam a diminuição do patrimônio jurídico dos cidadãos.<sup>18</sup> É esse o sentido restrito da cláusula em estudo.

Para Luís Roberto BARROSO a lei, ao regulamentar um dispositivo constitucional, institui determinado direito que se “incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.<sup>19</sup> Pretende-se, com a proibição do retrocesso, que seja mantido o nível de proteção social já consagrado, preservando as conquistas de modo a impedir a “frustração da efetividade constitucional”.<sup>20</sup>

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal atribui à proibição a natureza de princípio decorrente do direito fundamental à propriedade.<sup>21</sup> Admite-se, assim, que as condições materiais mínimas para uma vida com dignidade integram o patrimônio dos cidadãos, especialmente protegido no ordenamento jurídico.<sup>22</sup>

Bernd SCHULTE esclarece que a proibição do retrocesso social decorre, em seu

país, da interpretação sistemática do princípio da retroatividade das leis conjugado com o mandamento da proteção da confiança.<sup>23</sup> Sustenta o autor que os direitos subjetivos públicos a prestações sociais, incluindo as expectativas de direitos, contarão, sob determinados pressupostos, com aquilo que o autor denomina de “blindagem das garantias do Estado Social”,<sup>24</sup> abrangidos pelo âmbito de proteção do art. 14, da Lei Fundamental, que trata do direito de propriedade.

A incidência de tal princípio, contudo, de acordo com os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão, será restrita e só caberá se: (i) houver correspondência entre a prestação social e a contraprestação de seu titular; (ii) tratar de posição jurídica de fruição do próprio titular; (iii) a fruição do direito permitir a existência de seu titular.<sup>25</sup>

Diante de tais requisitos, constata-se que, no âmbito do direito germânico, não estão protegidas pelo princípio da vedação do retrocesso as hipóteses em que a prestação jusfundamental decorre da solidariedade social, como sucede com aquelas que são diretamente financiadas pelos impostos.<sup>26</sup>

Tal concepção não serve, portanto,

17 Ibidem, p. 455.

18 Idem.

19 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 456.

21 “direitos subjetivos a prestações sociais também constituem ‘propriedade’ no sentido constitucional, com a consequência de gozarem da correspondente tutela jusfundamental.” (SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301-332; p. 322).

22 Ibidem, p. 307.

23 Ibidem, p. 311.

24 SCHULTE, Bernd. Op. cit., p. 311. Felipe DERBLI chama atenção para o fato de que na Alemanha faz-se referência ao art. 14, da LF, que se reporta ao direito de propriedade, porque a Constituição Alemã não consagra direitos fundamentais sociais, “pelo que tratou a jurisprudência de procurar outras formas de proteção, em esfera constitucional, dos direitos sociais previstos em sede de lei.” (DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 466).

25 SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso social e a garantia fundamental da propriedade. **Revista de direito social**, [S.l.] n. 3, 2001, p. 135. No mesmo sentido, SCHULTE, Bernd. Op. cit., p. 322.

26 SCHULTE, Bernd. Op. cit., p. 323.

aos propósitos da tese aqui sustentada. Isto porque, pretende-se a aplicação da proibição de retrocesso social na regulamentação infraconstitucional dos serviços públicos, os quais, por vezes, serão subsidiados – integral ou parcialmente – mediante financiamento público (impostos).

Sob pressupostos menos rígidos, Portugal trata da proibição do retrocesso social. Cite-se o Acórdão 39, de 11 de abril 1984, paradigmático em tal país. Nessa ocasião, o Tribunal Constitucional, com base no voto do Ministro Vital Moreira, determinou a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social como fundamento para declarar a inconstitucionalidade do art. 17º, do Decreto n.º 254/82, por estabelecer a substituição do Sistema Nacional de Saúde por administrações regionais.<sup>27</sup>

A partir de tal julgado, a doutrina portuguesa também vem tratando da matéria, atribuindo a natureza de princípio à cláusula de proibição de retrocesso social. De acordo com J. J. Gomes CANOTILHO,

os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.<sup>28</sup>

Jorge MIRANDA<sup>29</sup> e José Carlos Vieira

de ANDRADE<sup>30</sup> trazem igualmente que o princípio da proibição de retrocesso encontra sua justificativa na proteção da confiança dos cidadãos e do núcleo essencial dos direitos sociais.<sup>31</sup>

A natureza de princípio constitucional fundamental implícito à proibição de retrocesso também é reconhecida no Brasil. Para Ingo Wolfgang SARLET, tal preceito decorre tanto do princípio do Estado de Direito quanto do Estado Social.<sup>32</sup> Já Felipe DERBLI sustenta que se trata de princípio implícito de caráter retrospectivo, “na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária.”<sup>33</sup> Luís Roberto BARROSO, de igual maneira, sustenta tratar-se a vedação de retrocesso de princípio constitucional implícito, que impede a supressão arbitrária de um direito instituído por lei.<sup>34</sup>

Ressalte-se a importância de Ana Paula de BARCELLOS que discorda dos autores antes citados no que tange à natureza jurídica atribuída à proibição de retrocesso. Para ela, tal vedação consiste uma modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais, notadamente dos princípios.<sup>35</sup> Em outro texto, escrito em parceria com Luís Roberto BARROSO, conclui a autora que a proibição do retrocesso importa em invalidade de norma que, a pretexto de regulamentar direitos fundamentais, anule ou restrinja o âmbito de proteção já conferido

27 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Acórdãos do Tribunal Constitucional de Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1984. v. 3, p. 85-131.

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 338-9.

29 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 397.

30 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 391.

31 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 337.

32 Aqui, “na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social já alcançados...” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 459).

33 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 464.

34 BARROSO, Luís Roberto. O direito..., p. 158.

35 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 70 e ss.

por lei anterior, nos casos em que a nova lei não “seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”.<sup>36</sup>

Assumida como princípio, a vedação do retrocesso social terá como núcleo essencial a proibição de que o legislador infraconstitucional revogue lei que, ao densificar direitos fundamentais, tenha criado, para os cidadãos, situações de vantagem capazes de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais. Almeja-se, com tal princípio, nas palavras de Felipe DERBLI, criar

a obrigatoriedade da observância, pelo legislador, do grau de concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais, de modo a que não se retorne, pela via comissiva, a um grau anterior de ausência inconstitucional da legislação regulamentadora.<sup>37</sup>

Destarte, na linha do que se vem argumentando, percebe-se que a vedação de retrocesso social ingressou, de forma ampliada, não apenas nas discussões acadêmicas como encontra plena compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. A partir deste pressuposto, resta, ainda, a necessidade de enfrentar duas questões relevantes: (a) a espécie de direitos fundamentais cuja regulamentação infraconstitucional poderá ser protegida pelo princípio da proibição do retrocesso e (b) as hipóteses em que tal princípio incidirá.

36 BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 370.

37 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 470.

## 2 AMPLITUDE DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Quanto ao primeiro aspecto, note-se que há alguma divergência na doutrina nacional. Ingo Wolfgang SARLET,<sup>38</sup> Ana Paula de BARCELLOS<sup>39</sup> e Luís Roberto BARROSO<sup>40</sup> sustentam que o princípio da proibição de retrocesso será aplicado na regulamentação infraconstitucional de todos os direitos fundamentais. Desse posicionamento, apreende-se que tal princípio decorre, como antes referido, da necessária efetividade que deve ser conferida aos direitos fundamentais, característica que, por certo, não pode ser restrita aos direitos de cunho social.

Felipe DERBLI, por sua vez, restringe a aplicação do princípio às normas que condensarem direitos fundamentais sociais. Segundo ele, quanto aos direitos de primeira geração ou dimensão, não caberia falar de retrocesso social porque

a lei normalmente não servirá à concretização de um direito de liberdade ou de um direito político, já suficientemente dotado de densidade normativa em termos constitucionais. A ideia de proibir o retorno na concretização, portanto, é, na maioria das vezes, logicamente incompatível.<sup>41</sup>

Entende-se, porém, que tal posicionamento não se coaduna com os pressupostos que norteiam a compreensão do princípio da vedação do retrocesso social. Para o autor, não seria admitida a aplicação da

38 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 459.

39 BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 70.

40 BARROSO, Luís Roberto. O direito..., p. 132.

41 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 485.

vedação do retrocesso nos chamados direitos de liberdade. Com a análise de circunstâncias concretas, contudo, pode-se demonstrar que essa posição teórica é restritiva em relação à proteção de direitos humanos.

Por hipótese, imagine-se a legislação que, regulamentando o direito dos presos, estabelece as condições mínimas que devem ser observadas em um presídio. Tal regulamentação trata, por exemplo, do número de presos em cada cela, do número de refeições que devem ser servidas diariamente, do direito a visitas de seus familiares, do direito de permanecer um determinado tempo da semana ao ar livre, do número máximo de dias que os detentos podem ser conduzidos à malfadada “solitária”. Admitir, nesse caso, a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social, na perspectiva aqui adotada, não é demasiado. Com isso, parece possível pensar que tais direitos integram o patrimônio jurídico dos presos, protegido diante da legislação futura, porque concretizam a sua dignidade, ainda que de maneira limitada dadas as peculiaridades de sua condição. Esse entendimento não seria possível se o princípio da proibição do retrocesso social tivesse sua aplicação restrita aos direitos sociais. Ocorre que nem todas as regras previstas na hipotética legislação poderiam ser tomadas por regulamentação de direitos sociais por estarem muito mais relacionadas à proteção do direito à vida digna. Por isso, este estudo filia-se à linha daqueles que sustentam que o princípio em debate incide sobre os direitos fundamentais de todas as dimensões.

Do exposto, a interpretação fundada em uma específica compreensão da Constituição remete à ideia que torna possível sustentar a incidência desse princípio à regulamentação dos

serviços públicos. Resta verificar as hipóteses normativas em que o princípio sob enfoque incidirá.

No magistério de Felipe DERBLI, o princípio da proibição do retrocesso só deverá ter sua aplicação reconhecida nos casos em que a Constituição Federal determina uma imposição legiferante. Assim, tal princípio justifica-se porque, revogando-se a legislação que existe e que condensa o direito fundamental, sem a criação de mecanismos compensatórios, estar-se-á diante de uma omissão inconstitucional. Impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da nova norma se dá desse modo para prevenir o advento da omissão inconstitucional.<sup>42</sup>

Há ainda outra hipótese de aplicação do princípio em estudo. São casos nos quais, apesar de não existir uma imposição legiferante, a atividade infraconstitucional, ao promover a densificação de direitos constitucionais, estabelece situações de vantagem que se relacionam diretamente com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nesses casos, a aplicação da proibição do retrocesso justifica-se com a argumentação de que tais situações de vantagem passam a integrar o patrimônio jurídico civilizatório conquistado e, por isso, serão especialmente protegidas.<sup>43</sup> Daí a vinculação de tal conteúdo ao núcleo essencial do direito fundamental e ao mínimo existencial permite dizer que a vedação de retrocesso social é uma exigência que decorre diretamente dos princípios fundamentais, em particular da dignidade.

Vale objetar que na presente tese tal discussão não oferece maiores consequências

42 Ibidem, p. 476.

43 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.



porque, no que tange com a disciplina dos serviços públicos, a mera previsão no texto constitucional de tais atividades dentre as competências dos entes federativos já lhes impõe o dever de legislar.

Do exposto, parece indubitável reconhecer a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social ao regime jurídico do serviço público, na medida em que sua regulamentação permite aos cidadãos a plena fruição de direitos sociais – na hipótese de não ser reconhecido a tal regime a natureza jurídica de garantia fundamental, como antes assinalado.

### 3 RETROCESSO SOCIAL, PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SEU REGIME JURÍDICO

Retome-se que o art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal, faz expressa referência à Lei que disporá sobre o serviço adequado, assegurando tal direito à coletividade. Como tantas vezes citado, tem-se que, regulamentando tal dispositivo, o legislador ordinário editou a Lei n.º 8.987/95 que, no art. 6º, §1º, trouxe o conceito de serviço adequado como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Diante disso, sustenta-se que ao definir o serviço público adequado o legislador criou, para os cidadãos, o direito subjetivo de que o Estado o preste, diretamente ou por meio de seus delegados, de forma contínua, genericamente a todos os interessados e com modicidade de taxas e tarifas. Limitou-se, com isso, a liberdade de o legislador futuro dispor de forma diferente nessa matéria.

A tal conclusão pode-se chegar por duas ordens diferentes de argumentação, ambas aqui já desenvolvidas. Num primeiro enfoque, é possível conferir tal proteção ao regime jurídico do serviço público como consequência do seu reconhecimento como cláusula pétrea, admitindo-se a sua natureza de direito-garantia fundamental. Sob a outra perspectiva, em não se admitindo a fundamentalidade do regime jurídico do serviço público, é possível reconhecer a cláusula de blindagem mediante a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social.

A aplicação de tal princípio, porém, deve ser feita com temperamentos.<sup>44</sup> Parece não ser razoável defender a existência de leis irrevogáveis ou de conteúdo imutável,<sup>45</sup> pois, afinal, a autonomia do legislador é assegurada na Carta Constitucional, integrando aquilo que usualmente se chama denomina de livre espaço de conformação do legislador,<sup>46</sup> até mesmo

44 Ingo Wolfgang SARLET também rechaça o caráter absoluto da proibição de retrocesso, ressaltando a necessidade de se preservar a autonomia no exercício da função legiferante. Afirma, assim, que “o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia (...) resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 461).

45 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.

46 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 440-441; KRELL, Andréas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 243. Com base nesse argumento, o segundo autor refuta a proibição de retrocesso, afirmando que “a aplicação dessa teoria levaria a uma proteção maior dos direitos fundamentais sociais do que dos de liberdade, em que uma diminuição dos direitos do indivíduo – para defender interesses públicos urgentes (ex.: segurança) – não é, por si, proibida. KRELL, Andréas Joachim. Op. cit., p. 257. Afinal, é preciso reconhecer que o princípio democrático exige que o legislador decida sobre questões importantes, sob

como exigência do princípio democrático.

Ainda assim, não é demasiado admitir que determinados conteúdos definidos pelo legislador ordinário acabam por alcançar tamanho grau de consenso que são aceitos pela sociedade como complemento necessário dos direitos fundamentais previstos na Constituição.<sup>47</sup> Como pontua J. J. Gomes CANOTILHO, o nível de densificação produzido na norma infraconstitucional é tomado, pela sociedade, como condição da plena realização do direito fundamental, razão pela qual se justifica a sua imposição diante da atividade legislativa futura.<sup>48</sup>

Com base na doutrina portuguesa, Felipe DERBLI ressalta que a restrição à liberdade do legislador deve ser feita de maneira excepcional, quando realmente houver um consenso em relação ao direito previsto na legislação ordinária.<sup>49</sup> Tomando por empréstimo as conclusões de Jorge MIRANDA, o autor ratifica a ideia de que “a médio ou a longo prazo, o não retrocesso social não se garante tanto através de medidas jurídicas quanto através da sua sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”.<sup>50</sup>

Destarte, sopesando-se a necessária proteção aos conteúdos dos direitos fundamentais densificados pela legislação ordinária e a inafastável deferência ao legislador na regulamentação das normas constitucionais – guardados, evidentemente, os

.....  
pena de seu esvaziamento, como ressalta ALEXY, Robert. Teoria..., p. 488.

47 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.

48 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição...**, p. 411-413.

49 DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 478.

50 MIRANDA, Jorge. Op. cit, p. 399.

limites decorrentes das restrições dos direitos fundamentais –, parece prudente estabelecer os limites de aplicação do princípio da proibição de retrocesso social.

Por certo, concedendo-se a tal cláusula a natureza de princípio, sua aplicação dependerá de um juízo de sopesamento em cada caso concreto; e não se pode furtar ao ônus argumentativo que implica a definição do núcleo essencial do princípio. Esse núcleo reside na proibição dirigida ao legislador ordinário de revogar normas cujos conteúdos tenham condensado direitos fundamentais. Para incidir tal proteção, é necessário que esses conteúdos gozem de uma aceitação geral e ainda estejam referidos ao núcleo essencial dos direitos regulamentados.

Vê-se, assim, como uma ideia-força para a devida interpretação do princípio em tela, a existência de um consenso geral em relação à relevância do conteúdo trazido pela legislação infraconstitucional, como requisito que garanta a máxima efetividade do direito regulado.

Além dessa aceitação geral, imprescindível que o conteúdo protegido na legislação infraconstitucional pela proibição de retrocesso seja capaz de densificar o núcleo essencial do direito regulamentado,<sup>51</sup> o qual,

51 Nesse sentido, afirma Ingo Wolfgang SARLET que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 460). No mesmo sentido, Felipe DERBLI assevera que “se ao legislador se reconhecerá sempre algum grau de liberdade de conformação e mesmo de revisibilidade de suas decisões, sua atuação jamais poderá atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.” (DERBLI, Felipe. Op. cit., p. 456).

por sua vez, estará necessariamente vinculado à dignidade humana e ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna.<sup>52</sup>

Em suma, defende-se aqui a tese de que a cláusula de vedação de retrocesso social incide, protegendo a legislação infraconstitucional contra mudanças, sob algumas condições ou parâmetros: (i) consenso em relação à relevância do conteúdo disciplinado através da lei, (ii) que esta legislação esteja a densificar um direito fundamental e (iii) que a legislação futura, ao revogar a vigente, venha a atingir o núcleo essencial do direito afetado. E, neste aspecto, como será demonstrado, considera-se o núcleo essencial aquela esfera de dignidade ou de mínimo existencial colocada fora do campo de disposição do legislador e fora do campo autorizado de sopesamentos. Assim, antecipe-se aqui, a cláusula de vedação de retrocesso social protegerá a lei densificadora de direitos fundamentais não em sua integralidade ou em toda a sua extensão, mas apenas em relação ao núcleo pertinente à proteção da dignidade humana ou do mínimo existencial. Afinal, sabe-se que as cláusulas pétreas não impedem genericamente restrições aos direitos fundamentais, mas impede as restrições que violem o núcleo essencial desses direitos.

Percebe-se, nesta leitura, uma intrínseca relação do núcleo essencial dos direitos fundamentais com o chamado mínimo existencial. Entende-se, assim, que o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser informado pelo “conjunto de prestações

materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões quantitativos mínimos”.<sup>53</sup>

O alcance do chamado mínimo existencial não é tema isento de discussões. Desde sua nomenclatura – mínimo existencial, mínimo vital, mínimo de sobrevivência ou mínimos sociais<sup>54</sup> – até o seu conteúdo, não há em torno dele consenso acadêmico<sup>55</sup> ou

53 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 461. O autor ainda ressalta que, com fundamento na dignidade da pessoa humana, tal mínimo “abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 462). Com apoio na filosofia constitucional, Ana Paula de BARCELLOS desenvolve o tema do mínimo social a partir de um diálogo entre RAWLS e WALZER, cujas conclusões podem ser assim resumidas: “Para Rawls, sem o mínimo social (a situação equitativa de oportunidades), não há a fruição efetiva dos direitos de liberdade, bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer teoria distributiva. O mínimo existencial ou social, portanto, constitui uma verdadeira condição de liberdade. (...) Para Walzer, diferentemente, a garantia do mínimo existencial, além de um valor das sociedades liberais ocidentais, é também uma imposição da moralidade mínima, vale dizer: da própria natureza humana, aspecto universal do indivíduo, funcionando como pressuposto básico de sua participação democrática em qualquer comunidade.” (BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 139).

54 Expressão citada na Lei n.º 8742/93.

55 Ver, sobre a atual discussão no Brasil, o trabalho de SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**. Orçamento e reserva do possível. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53; p. 22. Em face do conteúdo atribuído nesta tese ao referido conceito, adotar-se-á a expressão mínimo existencial, comungando com os autores citados: “o assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade” (Idem).

52 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 461.

jurisprudencial.<sup>56</sup>

No Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do caso BverfGE 40, em 1975, acolheu-se, de maneira expressa, o direito às condições mínimas de dignidade como uma obrigação do Estado Social:

A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes as condições mínimas de uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível<sup>57</sup>.

A partir daí, autores da envergadura de Robert ALEXY têm admitido a existência de “*un derecho al mínimo existencial*”.<sup>58</sup> O conteúdo do mínimo existencial está relacionado à garantia de prestações básicas que permitam a todas as pessoas viver dignamente. De tal assertiva, extrai-se que a garantia do mínimo existencial é direito de todos e, nos Estados organizados pelo princípio Social, se coloca como dever do

56 Exemplificativa, veja-se a decisão da ADPF 45: “...INOPOBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL.’”

57 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 279-312; p. 295.

58 ALEXY, Robert. **Tres...**, p. 37.

poder público.<sup>59</sup>

Nesse quadro, identifica-se o mínimo existencial como as condições básicas exigidas para que as mulheres, os homens e as crianças possam usufruir do catálogo de direitos fundamentais que, positivados nas cartas constitucionais do pós-guerra, indicam os valores que norteiam cada nação social e politicamente organizada.<sup>60</sup> Por isso, “haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana”,<sup>61</sup> integrando o conceito de direitos fundamentais.<sup>62</sup>

Tal conceito reflete, então, o conjunto de obrigações do poder público, que procuram

evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos... combatida a sua vontade... destruída a sua autonomia... que fica à

59 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Op. cit., p. 24.

60 No Brasil, Carmen Lúcia Antunes ROCHA encontra desde a Constituição de 1934 o fundamento constitucional para reconhecer tal direito, na medida em que o art. 113, daquele diploma, previa o direito fundamental à subsistência e seu art. 115 estabelecia que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005, p. 449).

61 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Op. cit., p. 26.

62 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 313-339; p. 314.

mercê das forças terríveis do destino<sup>63</sup>.

Paulo Gilberto Cogo LEIVAS reconhece ao mínimo existencial uma existência autônoma, como direito fundamental.<sup>64</sup> Da mesma maneira, Ricardo Lobo TORRES atribui tal natureza ao mínimo existencial.<sup>65</sup> Para este autor, tal direito apresenta-se como regra, aplicável mediante subsunção e não sujeita à ponderação.<sup>66</sup> Apesar disso, afirma que não tem dicção constitucional própria e carece de conteúdo específico, abrangendo, portanto, “qualquer direito em seu núcleo essencial”<sup>67</sup>. Aprecia o tema a partir de duas perspectivas: em termos negativos, entende que o mínimo assegura a proteção em face de qualquer afronta aos direitos sociais mínimos de todos;<sup>68</sup> em um aspecto positivo, indica “a entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres”.<sup>69</sup>

63 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 27.

64 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 280. Segundo ele, “em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes” (Ibidem, p. 299).

65 Assim, exige tanto as suas facetas como direito subjetivo – na medida em que investe o cidadão na possibilidade de acionar na defesa de seus direitos mínimos – e como direito objetivo – aparecendo como norma de declaração de direito fundamental. (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 315).

66 Ibidem, p.316.

67 Ibidem, p. 314.

68 Para o autor, o núcleo do mínimo existencial é irreduzível e insuscetível de restrições pelo poder público (Ibidem, p. 313).

69 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.

Ana Paula de BARCELLOS, de modo diverso, nega a existência de um direito ao mínimo existencial sindicável, asseverando que somente as prestações que compõem este mínimo poderão ser exigidas mediante intervenção do Poder Judiciário.<sup>70</sup>

Para além da polêmica quanto à natureza jurídica do mínimo existencial, a doutrina constitucionalista admite, de forma unívoca, que, do conjunto dos direitos fundamentais, estruturados em torno do princípio da dignidade da pessoa, surge um conteúdo mínimo de condições concretas que deve ser assegurado a todos. Trata-se do elenco de situações materiais que permite a todo e qualquer indivíduo reconhecer-se como um sujeito dotado de dignidade.

Consoante o pensamento de Cármen Lúcia Antunes ROCHA, o conceito de mínimo existencial

impõe-se, assim, como determinante constitucionalmente quanto aos comportamentos sociais e as políticas estatais, de modo que carências pessoais não impeçam àquele princípio [da dignidade] de tornar-se mero anúncio de um porvir que nunca vem.<sup>71</sup>

Dirigido, então, a assegurar a todos as condições mínimas necessárias para uma vida digna, o princípio do mínimo existencial abrange não só aspectos materiais, ligados à sobrevivência, mas também necessidades culturais. Corina TREISCH, nesse sentido, afirma que o mínimo existencial

70 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 305.

71 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo..., p. 447.



é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde (...) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc...<sup>72</sup>.

Recuperando a discussão sobre a incidência do princípio da proibição do retrocesso social no regime jurídico do serviço público, sustenta-se que aquele princípio, informado pela concepção do mínimo existencial, deverá ser aplicado aos princípios que compõem o regime jurídico do serviço público que estiverem diretamente ligados ao mínimo último e indispensável para o gozo dos direitos sociais por eles instrumentalizados.

A partir de tais digressões, é inegável que os princípios que compõem o regime jurídico do serviço público referem-se diretamente ao conteúdo que, em comum, se tem atribuído ao mínimo existencial. Sem a garantia de que o serviço seja ofertado indistintamente a todos, de maneira contínua e mediante uma tarifa capaz de ser suportada, não haverá direito social assegurado. São esses traços que vão propiciar, em última análise, o pleno desfrute do direito à vida, à saúde, à educação, ao transporte, por exemplo.

Eis porque se entende que o regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial – universalidade, modicidade das taxas e tarifas e continuidade das prestações –, guarda a proteção da

cláusula de proibição de retrocesso social. Em consequência,

deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial<sup>73</sup>.

É esse posicionamento que permitirá proteger o regime do serviço público de modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto. É também o que permitirá garantir que sejam preservados os valores consagrados na Constituição Federal de 1988, que acolheu o serviço público prestado sob um regime específico como um mecanismo sem o qual não serão atingidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

#### 4 RETROCESSO SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da vedação de retrocesso social, contudo, vem sofrendo restrições, mormente no plano da implementação e manutenção dos direitos sociais, em face da aplicação da chamada “reserva do possível”.

Usualmente, cita-se a decisão conhecida como *Numerus Clausus I*, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 1960, como a pioneira a tratar da matéria. Segundo esclarece Paulo Gilberto Cogo LEIVAS,<sup>74</sup> a denominação *Numerus Clausus* foi atribuída a uma política de educação pública, adotada pelo governo alemão, que determinava o número

72 TREISCH, Corinna. Existenzminimum und Einkommensbesteuerung. Aachen: Shaker, 1999, p. 1 citado por LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 301.

73 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 340.

74 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 286.

máximo de vagas nas universidades públicas, diante do enorme número de interessados em certos cursos. Ocorre que alguns estudantes que não alcançaram as vagas almejadas contestaram tal limitação em face do art. 12, alínea 1, da Lei Fundamental, que estabelece: “Todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação...” O Tribunal decidiu, então, que o direito constitucionalmente garantido do cidadão de participar nas instituições educativas está condicionado, pela reserva do possível, à existência de condições fáticas que permitam ao Estado a criação de novas vagas.<sup>75</sup>

Com fundamento em tal precedente, tem-se desenvolvido o argumento de que os direitos constitucionalmente previstos, que demandam a alocação de recursos do poder público, sujeitam-se à cláusula da reserva do possível. Isto é, estão assegurados na medida em que houver disponibilidade financeira-orçamentária para sua implementação.

Não se pretende, contudo, no presente estudo, esgotar a discussão sobre a reserva do possível, tema que apresenta maior relevância no debate sob o enfoque da judicialização dos direitos sociais. A referência, entretanto, é necessária para demonstrar um dos limites invocados na efetivação de tais direitos, circunstância que poderá implicar

75 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 287. A tradução da decisão consta no texto de Ricardo Lobo TORRES: “Os direitos a prestações não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível, no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão (...) um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada (...). Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.” (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 324).

consequências na aplicação da cláusula de proibição do retrocesso social.

Essa abordagem é realizada por J. J. Gomes CANOTILHO que assevera que o princípio da vedação do retrocesso não tem a força necessária para resistir ante recessões e crises econômicas, fatores que implicam, segundo ele, hipótese de *reversibilidade fática*.<sup>76</sup> A escassez de recursos, então, estaria a exigir a satisfação intermediária de determinados níveis de necessidades, em conformidade com a situação econômica de um dado país,<sup>77</sup> sob pena de negativa de outros princípios constitucionais incidentes em um dado caso concreto.

Tendo presente tais ressalvas, cabe perquirir se a reserva do possível poderá ser utilizada como argumento capaz de minimizar a garantia do mínimo existencial. Para Ricardo Lobo TORRES, o mínimo existencial, por se apresentar como *regra* e não como *princípio*, não está sujeito à ponderação, sendo exigível sua observância de forma irrestrita.<sup>78</sup> Afirma que

a ‘reserva do possível’ não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa.<sup>79</sup>

76 Ainda assim, afirma o autor que, em um sentido amplo, a proibição do retrocesso “limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima...” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, p. 339).

77 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 301.

78 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 325.

79 Idem.

A doutrina e a jurisprudência nacionais entendem de modo diverso. Ana Paula de BARCELLOS, por exemplo, admite que

sob o título geral de reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos (...). O segundo fenômeno, indica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular<sup>80</sup>.

Ricardo Lobo TORRES, entretanto, refuta com veemência tal posicionamento ao afirmar que se trata de uma “desinterpretação” do conceito da reserva do possível. Afirma, com isso, que a

reserva do possível, no Brasil, passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante na caixa do Tesouro! Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos!<sup>81</sup>.

Paulo Gilberto Cogo LEIVAS, sob o prisma da teoria dos princípios, atribui a natureza de princípio ao mínimo existencial e entende a reserva do possível como uma exigência a ser considerada na atividade de interpretação das normas de direitos fundamentais. Assim, sustenta que “a colocação da reserva do possível

junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais”.<sup>82</sup> Confirma, então, que as prestações que poderão ser exigidas razoavelmente da sociedade são aquelas em que “o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste não tenham peso suficientemente alto para restringir o direito fundamental”.<sup>83</sup>

Sem dúvida, a reflexão impõe um repensar sob a ótica da escassez de recursos, tendo em vista o custo dos direitos,<sup>84</sup> circunstância que exige prudência no manejo dos instrumentos que viabilizam o acesso ao mínimo vital e impõe a implantação de políticas que permitam, progressivamente, alcançar o ideal de sociedade preconizado na Carta Constitucional.<sup>85</sup> A ideia do mínimo existencial opera, dessa forma, de maneira a limitar o conteúdo que exige eficácia imediata no plano dos direitos prestacionais. Com isso, minimiza a questão dos custos e estabelece o que seja “efetivamente exigível do Estado, sob a forma de eficácia jurídica positiva ou simétrica.”<sup>86</sup>

Porém, se a metáfora do cobertor curto<sup>87</sup> deve ser considerada para se exigir do poder público somente aquilo que for razoavelmente possível,<sup>88</sup> não poderá jamais, nos quadros

82 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 287.

83 Idem.

84 CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Custos dos direitos e reforma do Estado**. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 89 e ss.

85 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 25.

86 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 115.

87 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia..., p. 26.

88 “Não é razoável exigir de alguém mais do que pode dar, nem menos do que pode fazer” – dito popular.

80 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 262.

81 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo..., p. 327.

de um Estado Democrático de Direito, desobrigar a Administração de demonstrar a inexistência de recursos capazes de suportar os custos financeiros para garantir, a todos, o mínimo existencial. Constitui, ainda, ônus do poder público comprovar a correta utilização dos recursos, em consonância com os fins constitucionais. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes ROCHA,

pode-se comprovar a inexistência de recursos para tudo o que se faça mister para determinada sociedade; mas há que se comprovar que aqueles que existiam foram utilizados segundo as prioridades jurídicas estabelecidas no sistema constitucional.<sup>89</sup>

## CONCLUSÃO

Como restou demonstrado, a adequada aplicação do princípio da proibição do retrocesso social na regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais tolera, com certa parcimônia, a edição de medidas de cunho retrocessivos. Tais medidas, contudo, “além de contar com uma justificativa de porte constitucional”,<sup>90</sup> devem

salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos

89 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo..., p. 455. E complementa a autora: “a impossibilidade econômico-financeira fabricada pelo legislador ou pelo executor de políticas financeiras, a opção em desvalia da sociedade para a aplicação dos recursos públicos, a trapaça governamental para aquinhoar companheiros e companhias em atividades particulares com dinheiros do Estado, tudo isso e qualquer forma de desvio dos deveres constitucionais fundamentais há de ser considerado inválido constitucionalmente.” (Ibidem, p. 456).

90 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 464.

direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas<sup>91</sup>.

Portanto, ainda que não se aceite a natureza de garantia fundamental ao regime jurídico do serviço público, mediante a aplicação da cláusula da proibição do retrocesso social, impõe-se certa vinculação do legislador futuro aos seus comandos. Isto porque, a regulamentação posterior dos serviços públicos não poderá suprimir a continuidade, a modicidade das taxas e tarifas e a universalidade, sendo essa a específica eficácia do princípio de vedação do retrocesso social na matéria. Claro, saliente-se novamente, que o retrocesso, neste plano, está vedado não de forma absoluta, mas apenas quando, por exemplo, a quebra da continuidade do serviço ou a não modicidade da tarifa decorrente de legislação futura retrocedente afetar alguma dimensão da dignidade humana ou do mínimo existencial.

Parece que, em comparação com a primeira hipótese desenvolvida, essa é uma perspectiva de menor alcance e que oferece menor grau de proteção aos cidadãos, que não poderão contar com o regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais em relação aos princípios que compõem o regime jurídico do serviço público. Justamente por isso o esforço argumentativo desenvolvido para reconhecer-lhe a natureza de garantia fundamental.

Porém, para aqueles que adotam

91 Idem.

uma perspectiva restritiva do art. 5º, § 2º, da CF/88, a aplicação da cláusula de proibição do retrocesso permite, em certa medida, proteger o que se tomou, aqui, como núcleo essencial do regime jurídico do serviço público.

Note-se, todavia, que, no presente estudo, esta cláusula protetiva não foi desenvolvida tão-somente como alternativa para o não reconhecimento do regime jurídico do serviço público como garantia fundamental. Pretende-se ir além, pois ao se reconhecer-se a fundamentalidade de tal regime é possível estender a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social para a regulamentação posterior dos serviços públicos em espécie.

Nesse diapasão, acolhe-se que, nas hipóteses em que a regulamentação posterior do serviço permitir maior concretização do núcleo essencial do seu regime jurídico, dirigido à garantia do mínimo existencial, esta regulamentação contará com a proteção do princípio da vedação de retrocesso social.

Trata-se de uma tese que pretende encontrar mecanismos de manutenção de garantias constitucionais e das leis que as assegurem, considerando o serviço público, e o seu regime jurídico específico, um instrumento a ser manejado para assegurar as condições que permitam a todas as pessoas o acesso ao mínimo vital.

É neste sentido que Ingo Wolfgang SARLET alerta para a relevância do discurso da proibição do retrocesso nos seguintes termos:

(...) atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social ora vigentes entre nós,

é possível afirmar – com ênfase – que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática (...) assume caráter emergencial<sup>92</sup>.

O reconhecimento da proibição do retrocesso em relação às conquistas sociais promovidas pela regulamentação dos serviços públicos, garantindo-se, assim, a prestação do serviço público adequado, apresenta-se em boa hora como instrumental que permite auxiliar no encontro de um dos caminhos possíveis a serem trilhados para o alcance do almejado Estado essencial<sup>93</sup>.

92 Ibidem, p. 466.

93 O termo foi pioneiramente traduzido na doutrina nacional por FREITAS, Juarez. Estudos..., p. 31. Filia-se, portanto, ao pensamento de Ingo Wolfgang SARLET, que afirma que “No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista á feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, ...” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 467).



Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Relator Marcelo Jose Ferlin D'ambroso, Publicado no DJE em 23/08/2018.

#### EMENTA

**DOENÇA GRAVE QUE SUSCITA SEVERO ESTIGMA SOCIAL E PRECONCEITO. VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA - HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA CONFIGURADA. INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS HUMANOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 A SEREM RESGUARDADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, INCLUSIVE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO TST.**

**1.** 1. A teoria do Enfoque de Direitos humanos aplicada ao Direito do Trabalho representa novo paradigma hermenêutico que propõe interpretação e aplicação do Direito do Trabalho orientada por uma visão humanística, na qual os direitos sociais são enxergados como direitos humanos, com vistas à sua efetividade, destacando o valor social do trabalho e o trabalhador enquanto ser humano nas relações de trabalho. **2.** Art. 16 da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 1254/94, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, ao disciplinar a ação em nível de empresa, dispõe que, *“1. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores”*. **3.** A dispensa imotivada, como regra, representa direito potestativo do empregador e decorre de seu direito-dever de comando, enquanto responsável por dirigir a prestação de serviços e arcar com os ônus decorrentes da exploração de atividade econômica, na forma do art. 2º da CLT. **4.** No entanto, a autora foi dispensada pela ré quando já portadora do vírus HIV e a teor do que dispõe o entendimento sumulado do TST a respeito do tema, a dispensa é, presumivelmente discriminatória. **5.** Não há elementos de prova a autorizar a conclusão de que o contrato de trabalho firmado entre as partes tenha sido encerrado por motivo diverso. **6.** O ônus probatório, de demonstração do efetivo não *discrímen*, recaiu ao empregador na forma do arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC e do qual ele não se desincumbiu. **7.** A interpretação sistemática da Constituição da República e dos seus princípios e direitos fundamentais, notadamente, os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a melhoria das condições sociais do trabalhador e a função social da propriedade (arts. 1º, III e IV, 7º, *caput*, e 170, III e VIII), aponta para a direção diametralmente oposta à discriminação de trabalhadores com limitações de qualquer ordem, inclusive em razão de doenças, sejam elas físicas ou mentais. No mesmo compasso, a Convenção 111 da OIT e o Pacto de San José da Costa Rica, ambos ratificados pelo Brasil. **6.** Entendimento que também encontra amparo na legislação ordinária (Lei 9.029/95) a qual

prevê proibição de discriminações sob diversos aspectos, elencadas de forma exemplificativa. **8.** A boa-fé objetiva deve ser observada nas relações de ordem trabalhista, em atenção ao comando descrito no CC de 2002 fundado em princípios constitucionais, dentre os quais, o da função social da propriedade, o qual estabelece, no art. 422, a necessidade de que as partes observem a boa-fé objetiva tanto na conclusão como na execução dos contratos. A liberdade de contratar deve estar atrelada à função social dos contratos (art. 421 do CC 2002), sendo inquestionável que tal comando tem destinação certa com vistas ao observância dos direitos fundamentais, dentre os quais, o de melhoria das condições sociais do trabalhador (art. 7º, caput, CRFB) e o direito social à saúde (art. 6º da CRFB). **9.** Direitos humanos, princípios, direitos e garantias constitucionais que são aplicáveis nas relações jurídicas estabelecidas entre os cidadãos, inclusive nas relações contratuais, com base na doutrina alemã de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ, IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PORTO ALEGRE.**

Sustentação oral: Adv.: Tatiani Pereira Costa (PARTE: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Porto A...). Sustentou.

Intime-se.

Porto Alegre, 23 de agosto de 2018 (quinta-feira).

## RELATÓRIO

A ré interpõe recurso ordinário (Id.52d1b34), da sentença proferida pela MM. Juíza, Dra. Carla Sanvicente Vieira, na qual julgados procedentes em parte os pleitos contidos na petição inicial (Id. 00b1caa).

O recurso versa sobre a nulidade da despedida, reintegração ao emprego, adicional de horas extras, domingos e feriados, indenização pela lavagem do uniforme e indenização por danos morais.

Com contrarrazões da autora (Id. b1d379b), vêm os autos a este Tribunal para julgamento. Processo não sujeito à análise prévia do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

**Dados contratuais:** a autora foi admitida em 16/03/2010, na função de serviços gerais, sendo dispensada sem justa causa em 09/01/2016. Reintegração determinada em sentença. Valor

da condenação: R\$15.000,00.

## RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ

### 1. DA NULIDADE DA DESPEDIDA E DA REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO.

A ré busca a reforma da sentença que a condenou a reintegrar a autora no emprego, na mesma função antes exercida. Alega, em síntese, que a autora foi dispensada sem justa causa por não atender o perfil da instituição, e não pelo fato de ser portadora do vírus HIV. Aduz que o real motivo da sua dispensa foi por apresentar diversas faltas injustificadas, recebendo diversas advertências, bem como pelo desleixo na prestação dos serviços de higienização, eis que, por vezes, não realizava limpeza, havendo reclamações dos setores, consoante comprovado nos autos. Refere que a despedida da autora não se configura ilegal, arbitrária ou discriminatória, sendo inaplicável, portanto, a disposição prevista na Lei nº 9.029/95 e Súmula nº 443 do C.TST. Ressalta que a dispensa da autora se deu de forma regular, vez que não era detentora de qualquer garantia de emprego ou de estabilidade, não tendo havido por parte da recorrente prática de ato ilícito, eis que em momento algum houve limitação do acesso da recorrida ao trabalho pelo fato de ser portadora do vírus HIV. Requer sua absolvição da condenação imposta. Por cautela, requer, caso mantida a condenação, sejam deduzidos ou abatidos todas as parcelas resilitórias pagas à autora, inclusive a multa de 40% sobre o FGTS, na fase de liquidação de sentença, eis que incompatíveis com a manutenção do contrato de trabalho.

Examino.

A sentença está assim fundamentada (Id.00b1caa):

(...).

*Os documentos acostados com a petição inicial indicam ter sido, a reclamante, diagnosticada como portadora do vírus HIV em 2012. Tal alegação também é confirmada pela reclamada, que reconhece, em contestação, ter ciência de ser a reclamante portadora do vírus HIV desde maio de 2012.*

*Reconhecendo, a reclamada, não desconhecer que a reclamante era portadora do vírus HIV, incumbe à reclamada o ônus de prova de comprovar que a despedida não foi discriminatória, pois, em tal situação, a discriminação se presume, nos termos da Súmula nº 443 do E. TST.*

(...).

*E a reclamada não se desincumbe, suficientemente, de seu encargo probatório.*

(...).

*Embora a preposta da reclamada e a testemunha Lorete tenham afirmado ter sido a reclamante despedida por faltas injustificadas e por desleixo no exercício de suas atividades, pelas advertências aplicadas e colacionadas nos autos, e em que pese a reclamante tenha, de fato, recebido diversas advertências por faltas injustificadas, a última penalidade aplicada foi em agosto de 2015, sendo que, no ano de 2015, a*

*reclamante recebeu advertências por cinco faltas injustificadas.*

*Além disso, não verifico, pelos cartões-ponto dos autos (e considerados fidedignos conforme item 3 da fundamentação, a seguir), a indicação de faltas injustificadas ao trabalho após o dia 08.08.2015, não servindo, assim, as faltas injustificadas anteriores, como argumento para a despedida da reclamante, ocorrida apenas em 25.11.2015, mediante aviso-prévio indenizado.*

*Da mesma forma, embora a testemunha Lorete tenha informado desleixo no exercício das atividades pela reclamante, com a não realização da limpeza ou 'deixando a desejar', e com reclamações dos setores, a reclamada não trouxe para os autos documentos que demonstrassem que, de fato, a reclamante tenha deixado de realizar suas atividades a contento.*

*Veja-se que, durante todo o contrato, embora a reclamante tenha recebido diversas advertências (são acostadas doze advertências), nenhuma delas foi pelo alegado 'desleixo', não havendo, também, qualquer formalização de reclamações pelos setores em que a reclamante laborava.*

*As declarações da testemunha ouvida, por si só, não são passíveis de comprovar o alegado motivo da despedida, notadamente pelo fato de que esta, como refere em seu depoimento, não laborava no setor de recursos humanos e nem era a líder da reclamante no momento da despedida, não sendo verificado, pelo Juízo, motivos para que a testemunha tivesse conhecimento dos motivos da decisão da empresa pela despedida da reclamante, mormente em razão de ter sido a despedida sem justa causa, não tendo a testemunha, ao que tudo indica, participado da decisão pela despedida da reclamante. As declarações deveriam, assim, estar corroboradas por outras provas mais contundentes, que não foram produzidas.*

*Saliento, ainda, que o período temporal entre a ciência do empregador acerca da enfermidade da reclamante e a data da rescisão do contrato (de maio de 2012 a novembro de 2015), diferentemente do alegado em defesa, não afasta o caráter discriminatório da despedida.*

*(...).*

*Via de consequência, entendo não ter tido sucesso, a reclamada, na comprovação das provas que lhe competiam, sendo imperioso, portanto, o reconhecimento da despedida como discriminatória.*

*Nos termos do art. 4º da Lei nº 9.029/95:*

*Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre*  
*I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;*

*II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida*

*monetariamente e acrescida dos juros legais.*

*A reclamante, ante o pedido formulado, optou pela reintegração.*

*Assim sendo, reputando nula a despedida, condeno a reclamada a reintegrar a reclamante no emprego, na mesma função antes exercida, em até 30 dias de sua intimação da sentença (tutela de urgência e evidência, requerida e ora concedida), sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 50.000,00. Deixo de determinar o pagamento dos salários do período do afastamento, ante a ausência de pedido.*

Pois bem.

Inicialmente, registro que a autora foi contratada em 16/03/2010, para laborar como “auxiliar de serviços gerais” (contrato de trabalho, Id. f13a9d0 - Págs. 1/2). Em 25/11/2015, a empregada foi dispensada imotivadamente, mediante aviso prévio indenizado de 45 dias (aviso prévio, Id a88cbbb - Pág. 1, e TRCT, Id a88cbbb -Pág. 3).

Analisada a petição inicial, constato que a pretensão da autora não se funda na garantia de emprego prevista no art. 118 da Lei 8213/91, mas sim no fato de que a dispensa se revestia de caráter discriminatório, “*pelo fato de encontrar-se doente e/ou portadora de HIV*”.

A ré, ao seu turno, contesta a lide sob alegação de que a dispensa da autora decorreu “*do seu comportamento desidioso, com reiteradas faltas sem justificativa e pelo desleixo na prestação do serviço, o que, inclusive, ensejou a aplicação de medidas disciplinares, como comprova a documentação ora acostada aos autos.*” Refere que, desde maio de 2012 tinha conhecimento que a autora era portadora de HIV e seu contrato perdurou até novembro de 2015, o que afasta, de plano, suas alegações acerca da dispensa discriminatória.

No caso dos autos, o prontuário da trabalhadora (vide Id. 4264782 , págs. 6/7) revela que, em 11/11/2015, poucos dias antes do exame demissional, realizado em 25/11/2015, no qual foi considerada apta para o trabalho, ela foi atendida no ambulatório relatando que sofreu uma queda após descer do ônibus, na qual torceu o punho, tendo, ainda, batido com o ombro e rosto no chão, sendo concedido afastamento 5 dias (de 11/01/2015 a 15/11/2015), o que também se constata em seu registro de ponto (Id. 4264782 - pág. 11).

A demandante apresenta histórico de diversos afastamentos consignados em sua ficha de registro por faltas injustificadas, nos seguintes dias: 02/01/2014, 18/01/2014, 03/03/2014, 01/04/2014, 23/04/2014, 05/07/2014, 08/09/2014, 04/10/2014, 03/12/2014, 08/12/2014, 03/01/2015, 01/04/2015, 06/04/2015, 13/04/2015, 04/05/2015, 01/07/2015 e 05/08/2015. Além disso, esteve afastada por acidente de trabalho no período de 24/04/2015 a 29/04/2015 e de 11/11/2015 a 15/11/2015. Sofreu suspensão disciplinar em 05/05/2014 (Id. f13a9d0 - pág. 7/8)

Como bem salientado na sentença, apesar das diversas faltas ao trabalho da autora e das advertências recebidas, *a última penalidade aplicada foi em agosto de 2015, sendo que, no ano de 2015, a reclamante recebeu advertências por cinco faltas injustificadas.*

Neste contexto, sendo incontroverso que era de conhecimento da ré de que a trabalhadora é portadora do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), atraiu, assim, a aplicação do entendimento



jurisprudencial pacificado na Súmula 443 do TST:

*“Súmula nº 443 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato o empregado tem direito à reintegração no emprego”*

Contudo, o motivo disciplinar alegado pela empregadora, bem como o alegado desleixo da autora no desempenho das suas atividades, não se revela hábil a afastar a ilicitude da dispensa do trabalhador nem a natureza discriminatória desta.

Neste contexto, embora a dispensa não tenha sido diretamente motivada pelo fato da empregada ser portadora do vírus HIV, **decorreu sim indiretamente deste fato**, na medida em que em razão desta condição de saúde a empregada passou a “representar um alto custo” (elevado número de faltas) para a empregadora, caracterizando, assim, hipótese de discriminação.

De registrar que a dispensa de pessoa doente é diametralmente contrária ao princípio da função social da propriedade, estabelecido na Constituição Federal como informador da ordem econômica brasileira (art. 170, II e III) que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A função social da propriedade deve ser entendida, portanto, de forma a coadunar-se aos mais elevados objetivos constitucionalmente previstos, notadamente os concernentes à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sob este aspecto, a empresa é tão responsável quanto o Estado no que se refere a assegurar direitos individuais e sociais, na promoção dos princípios da dignidade, valores sociais do trabalho e solidariedade humana. Na espécie dos autos, em que a demandada é um hospital, maiores são estes deveres e a responsabilidade social para com a trabalhadora acometida de moléstias graves, mesmo que estas não decorram da atividade empreendida.

Segundo Fábio Konder Comparato, a solidariedade tem duas faces indispensáveis e complementares, que são a solidariedade técnica, indiferente aos fins, importando-se com os meios adotados para a convivência (e.g.: padronização de costumes e modos de vida e pela homogeneização universal das formas de trabalho), e a solidariedade ética, que submete a vida social ao valor supremo da justiça, pela elevação do respeito aos direitos humanos e, conforme os dizeres do autor, “estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva”. (In: A afirmação histórica dos direitos humanos. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51).

**Neste contexto, não se pode perder de vista uma interpretação que prestigie a perspectiva de Enfoque de Direitos Humanos. O tema, de inquestionável relevância atual, este Relator, inclusive, teve a oportunidade de abordar, em texto recentemente publicado, sendo oportuna a transcrição de alguns trechos:**

*Especificamente, na hermenêutica juslaboral, em que se faz presente o conflito entre capital e o valor humano, a teoria do Enfoque de Direitos Humanos adotada como referencial tem potencial transformador das decisões judiciais que, da tradicional visão econômica do Direito, passam a centralizar seu fundamento nas pessoas, como sujeitos de direitos.*

*A atração é natural, pois o Direito do Trabalho pode se chamar Direito Humano do Trabalho, já que os direitos sociais se constituem, como visto, em direitos humanos de primeira grandeza, razão maior de aplicação do EDH à hermenêutica juslaboral.*

*Embora pareça simples, na prática representa um giro de cento e oitenta graus na posição dos juízes e juristas no trato das questões laborais: primeiramente, o alicerce do ato de interpretar e julgar estará na fonte de Direitos Humanos aplicável ao caso em análise (PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, Convenções da OIT etc.), que orientará a construção de toda a lógica da solução da causa; depois, sua conclusão ou dispositivo se fará com viés de concreção e efetividade dos próprios direitos humanos identificados no processo.*

*Assim, apreciar um acidente de trabalho à luz da responsabilidade extracontratual ou aquiliana é bem diferente de apreciá-lo na perspectiva de direitos humanos como a vida, saúde, incolumidade do trabalhador, meio ambiente laboral hígido, trabalho com segurança etc., bens jurídicos que passam a orientar a lógica do julgador, transpondo, assim, uma visão econômico-reparadora em prol de uma ótica humanitária, contextualizando a pessoa no sinistro ocorrido e não apenas a reparação econômica de direitos e obrigações.*

*Também se pode imaginar, a título de exemplo, demandas de Direito Sindical envolvendo o exercício de liberdades sindicais, enquanto direitos humanos, no que toca à necessidade de sua efetivação.*

*Com o EDH, a lógica da exploração capitalista das relações de trabalho é contraposta pela centralização da prestação jurisdicional nas pessoas que prestam serviços como sujeitos de direitos humanos dentro e fora do trabalho. Portanto, um pedido de dano moral decorrente de assédio moral deixa de ser analisado por seu conteúdo econômico e sob o viés da prestação remunerada de serviços, em prol de uma dimensão ampla da preservação da incolumidade da esfera íntima da pessoa trabalhadora.*

*No campo processual, as ações passam a ser vistas não como números estatísticos de um sistema, mas como instrumentos de efetivação de Direitos Humanos, com todas as implicações que isso traz, como, por exemplo, superar formalidades que obstem a aproximação do Poder Judiciário das pessoas que a ele acorrem.*

*(...)*

*Especial é a observação de Herrera Flores (...), ao afirmar que um direito humano fundamental se constitui exatamente nos próprios meios e condições necessárias para pôr em prática os processos de luta pela dignidade humana.*

*Sem dúvida, a aplicação do Enfoque de Direitos Humanos à hermenêutica juslaboral é uma forma de aprofundar a construção e o respeito à dignidade humana, como mecanismo de efetivação dos Direitos Humanos por juristas e pelo Poder Judiciário e em resgate da cidadania perdida das pessoas no caos globalizado pelo neoliberalismo. Nos limites deste texto, justifica-se o destaque ao campo da hermenêutica jurídica trabalhista, ante a citada atração natural do Direito do Trabalho ao EDH, restando a Justiça do Trabalho, enquanto aparato público destinado à consecução do primado do valor social do trabalho, como último garante de efetividade dos direitos humanos no plano das relações laborais.*

*Urge, pois, a busca de um pensamento diferente do estabelecido, apto a construir uma plataforma de concretização da dignidade da pessoa humana para todos os povos e, também, de um instrumento que permita a efetividade dos direitos humanos no mundo globalizado.*

*Como diz Michel Maffesoli (São Paulo: 2009, p. 114-5), é preciso passar pelo crivo da inteligência todas as palavras da modernidade (individualismo, racionalismo, universalismo, democratismo, republicanismo, contratualismo, progressismo, desenvolvimentismo etc.), sob pena de ficarmos atolados num dogmatismo esclerosado, aceitando a ideia de que nada é tabu.*

(Texto elaborado em 15/08/2018. Íntegra disponível em: <http://estadodedireito.com.br/interpretacao-humanistica-e-hermeneutica-juslaboral-o-enfoque-de-direitos-humanos>)

Nesse mesmo norte, em normativa internacional, a busca pela saúde e segurança no trabalho é imperativa, como também a dignidade do trabalhador, atentando-se que tais normas destinam-se aos Estados Partes e inclusive, aos cidadãos respectivos, especialmente no caso da República Federativa do Brasil, tendo em conta a inquestionável eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos e fundamentais.

Com efeito, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pela República Federativa do Brasil, por meio do Decreto 591/1992, assim dispõe:

#### ARTIGO 3º

*Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.*

(...)

#### ARTIGO 7º

*Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:*

(...) b) *A segurança e a higiene no trabalho;*

(...) d) *O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas*

remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

(...)

#### **ARTIGO 12**

**1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.**

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;

**b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;**

**c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;**

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

(...)

Além disso, a Convenção 161 da OIT, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto 127, de 22/05/91, relativa aos Serviços de Saúde do Trabalho, a qual assim especifica:

#### **ARTIGO 3º**

**1 - Todo Membro se compromete e a instituir, progressivamente, serviços de saúde no trabalho para todos os trabalhadores, entre os quais se contam os do setor público, e os cooperantes das cooperativas de produção, em todos os ramos da atividade econômica e em todas as empresas; as disposições adotadas deverão ser adequadas e corresponder aos riscos específicos que prevalecem nas empresas.**

**2 - Se os serviços de saúde no trabalho não puderem ser instituídos imediatamente para todas as empresas, todo Membro em questão deverá, em consulta com a organizações de empregadores mais representativas, onde elas existam, elaborar planos que visam a instituição desses serviços.**

**3 - Todo Membro em questão deverá, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que está sujeito a apresentar em virtude do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, indicar os planos que tenha elaborado em função do parágrafo 2 do presente Artigo e expor, em relatórios ulteriores, todo progresso obtido com vistas à sua aplicação. (...)**

## **PARTE II**

### **Funções**

#### **ARTIGO 5º**

**Sem prejuízo da responsabilidade de cada empregador a respeito da saúde e da segurança dos trabalhadores que emprega, e tendo na devida conta a necessidade**

*de participação dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho, os serviços de saúde no trabalho devem assegurar as funções, dentre as seguintes, que sejam adequadas e ajustadas aos riscos da empresa com relação à saúde no trabalho:*

- a) identificar e avaliar os riscos para a saúde, presentes nos locais de trabalho;*
- b) vigiar os fatores do meio de trabalho e as práticas de trabalho que possam afetar a saúde dos trabalhadores, inclusive as instalações sanitárias, as cantinas e as áreas de habitação, sempre que esses equipamentos sejam fornecidos pelo empregador;*
- c) prestar assessoria quanto ao planejamento e à organização do trabalho, inclusive sobre a concepção dos locais de trabalho, a escolha, a manutenção e o estado das máquinas e dos equipamentos, bem como, sobre o material utilizado no trabalho;*
- d) participar da elaboração de programa de melhoria das práticas de trabalho, bem como dos testes e da avaliação de novos equipamentos no que concerne aos aspectos da saúde;*
- e) prestar assessoria nas áreas da saúde, da segurança e da higiene no trabalho, da ergonomia e, também, no que concerne aos equipamentos de proteção individual e coletiva;*
- f) acompanhar a saúde dos trabalhadores em relação com o trabalho;*
- g) promover a adaptação do trabalho aos trabalhadores;*
- h) contribuir para as medidas de readaptação profissional;*
- i) colaborar na difusão da informação, na formação e na educação nas áreas da saúde e da higiene no trabalho, bem como na da ergonomia;*
- j) organizar serviços de primeiros socorros e de emergência;*
- k) **participar da análise de acidentes de trabalho e das doenças profissionais.***

Destarte, merece ser mantida a decisão recorrida, pois a dispensa da autora - portadora de doença grave e incurável, além de não se encontrar totalmente recuperada das sequelas de outras doenças, de natureza ocupacional, extrapola o direito diretivo da empregadora, em face dos princípios que norteiam a função social da propriedade, divorciando-se dos fundamentos da República relativos aos valores sociais do trabalho e dignidade da pessoa humana.

É esta a atual posição da jurisprudência, envolvendo trabalhadores portadores de HIV: *DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. O princípio da não-discriminação, consagrado na Constituição da República, deve ser observado durante todo o contrato de trabalho, desde a admissão do trabalhador até o momento da extinção do pacto laboral. O direito legítimo do empregador de resilir o contrato de trabalho, de natureza potestativa, não dá margem, evidentemente, a que adote conduta discriminatória, por qualquer motivo que seja, nos quais se incluem os portadores do vírus HIV. Embora a lei não faça referência específica à proibição de o empregador praticar ato discriminatório por motivo de doença, é certo que tal prática deve ser repelida. Tendo restado presumida a despedida discriminatória condena-se a ré a pagar ao autor indenização por danos morais. (TRT da 04ª Região, 5a. Turma, 0000157-24.2011.5.04.0301 RO, em 02/08/2012, Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Berenice Messias Corrêa, Desembargador Leonardo Meurer Brasil)*



*RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Nos termos da Súmula 443 do TST, presume-se discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou que suscite estigma ou preconceito, quando não comprovado motivo justificável para o ato. Com base nesta presunção relativa e nos termos do art. 818 da CLT e art. 333, II, do CPC, cabe à reclamada o ônus de demonstrar a causa justificadora da dispensa do reclamante, encargo do qual que não se desincumbiu a contento. Recurso desprovido. (TRT da 04ª Região, 8A. TURMA, 0000222-57.2013.5.04.0201 RO, em 12/06/2014, Desembargador Juraci Galvão Júnior - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador João Paulo Lucena, Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal) Dispensa discriminatória. Empregado portador do vírus HIV. Os elementos dos autos revelam que o reclamado tinha ciência da doença da reclamante no curso do contrato. Segundo o entendimento do TST, diante da ciência da reclamada da doença do empregado, é seu ônus comprovar que a dispensa não foi discriminatória, ônus do qual a reclamada não se desincumbiu. Apelo do reclamante provido. (TRT da 04ª Região, 8a. Turma, 0000335-76.2011.5.04.0202 RO, em 24/01/2013, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Lucia Ehrenbrink, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)*

Em decorrência, nego provimento ao recurso ordinário da ré, no tópico.

## **2. DO ADICIONAL SOBRE AS HORAS EXCEDENTES À 8ª DIÁRIA E 44ª SEMANAL**

O Magistrado de origem assim decidiu:

*“(...)*

*Alegando, a reclamante, a inveracidade dos registros de horário, era dela o ônus de prova de suas alegações, por ser fato constitutivo de seu direito - arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC.*

*A reclamante, contudo, não teve sucesso na produção das provas produzidas, sendo que os documentos acostados em nada corroboram suas alegações, não tendo tido melhor sorte com a prova testemunhal.*

*Dito isto, considero que os registros de horário são fidedignos, consignando, com veracidade, os dias e os horários laborados pela reclamante durante o contrato, salvo quanto aos intervalos (o que será analisado a seguir).*

*Analisando tais documentos, verifico que, de fato, existem diferenças de horas extras. Cito o cartão-ponto de competência de maio de 2010, em que no dia 22.05.2011 a reclamante iniciou sua jornada às 08h53min e a finalizou às 19h20min, sem indicação, no contracheque do período, do pagamento de horas extras.*

*Além disso, para a apuração da jornada laborada, a reclamada desprezava mais de dez minutos diários no registro, limite imposto pelo art. 58 da CLT (como no dia 07.08.2014,*

*em que a reclamante laborou das 12h58min às 19h10min, sem o correspondente pagamento).*

*Os limites constitucionais de carga horária estão contidos no art. 7º, XIII, da Constituição Federal, a saber, oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo coletivo ou convenção coletiva. No caso concreto, as normas coletivas juntadas aos autos autorizam a compensação de jornada, havendo, também, ajuste individual.*

*Em que pese a previsão normativa e individual para a compensação de horário, havia a prestação habitual de horas extras, incidindo o disposto no item IV da Súmula nº 85 do E. TST, sendo, portanto, nulo o regime compensatório adotado.*

*Condeno a reclamada, assim no pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes à oitava diária e não excedentes à quadragésima quarta semanal (limitadas ao adicional, na forma da Súmula nº 85, IV, do E. TST) e as excedentes à quadragésima quarta semanal (hora e adicional), observados os cartões-ponto dos autos, o adicional legal ou normativo (o mais favorável à reclamante) e o art. 58, § 1º, da CLT, com reflexos em repousos semanais remunerados, 13ºs salários, férias com o terço constitucional, aviso-prévio e FGTS com 40%. Indefiro os reflexos pleiteados em adicional de insalubridade, pois a parcela integra a base de cálculo das horas extras.*

*Como os contracheques acostados indicam o pagamento de horas extras durante o contrato, a condenação é restrita a diferenças, sendo certa a autorização de abatimento dos valores já pagos a mesmo título, na forma da Orientação Jurisprudencial nº 415 da SDI-I do E. TST.*

A ré insurge-se contra a condenação. Alega que a autora, eventualmente, laborava em horário extraordinário e realizava a compensação de horas, mediante gozo de folgas em outros dias, no prazo de até 30 dias, consoante previsto nas normas coletivas de sua categoria profissional. Aduz que a adoção do regime de compensação de horários era facultada mediante convenção coletiva de trabalho, fato incontroverso nos autos. Defende que a validade do regime de compensação de horas ficou condicionada unicamente à previsão em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do art. 7º, inciso XIII, da CF, não bastando a previsão em acordo individual para que reste autorizado o procedimento. Destaca que observou a norma constitucional na contratação da recorrida, na medida em que houve a previsão da compensação de jornada no contrato individual de trabalho. Requer a reforma da decisão para absolvê-la da condenação imposta. Por cautela, requer, ante eventual manutenção da decisão, que a condenação reste limitada apenas ao pagamento de horas extras consideradas as excedentes à 44ª semanal.

Pois bem.

No aspecto, a norma coletiva invocada em defesa demonstra a adoção do sistema de compensação horária na modalidade de banco de horas, visto que a compensação da carga horária elastecida era realizada durante um ciclo de 30 (trinta) dias. Contudo, os requisitos previstos no

instrumento coletivo não restaram observados pela ré, razão pela qual não há como se atribuir validade ao referido regime.

Repare-se que os registros de horário não trazem apontamento de horas lançadas em crédito e débito, sequer permitindo aferir compensação dentro do prazo de 30 (trinta) dias pactuado na Convenção Coletiva de Trabalho.

Além disso, o regime não observa o limite de dez horas diárias pela ré, violando o disposto no art. 59, §2º da CLT e, não fosse isso o bastante, a autora laborava sob condição insalubre, evidenciando que o sistema de compensação foi adotado em ofensa ao disposto no artigo 60, da CLT, o qual determina ser imprescindível a inspeção prévia de autoridade competente em matéria de higiene do trabalho para prorrogações da jornada de trabalho em tais condições, o que igualmente inquina de nulidade o indigitado sistema de compensação de horário, consoante entendimento consubstanciado na Súmula 67 do E. TRT-4ª Região:

*Súmula nº 67 - REGIME DE COMPENSAÇÃO HORÁRIA. ATIVIDADE INSALUBRE. **É inválido o regime de compensação horária em atividade insalubre quando não atendidas as exigências do art. 60 da CLT.** No caso de regime de compensação horária semanal, será devido apenas o adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas. (grifei)*

De conseguinte, está correta a sentença que declarou inválido o sistema compensação adotado - banco de horas - e condenou a ré ao pagamento das horas extras (hora mais adicional) decorrentes.

Isto posto, nego provimento ao recurso da ré, no tópico.

### 3. DOMINGOS E FERIADOS

A ré busca a reforma da sentença no que tange sua condenação ao pagamento da dobra dos domingos e feriados laborados e não compensados. Alega, em síntese, que pela necessidade do serviço ofertado, funciona 24h por dia e em todos os dias da semana, sendo perfeitamente justificável o trabalho nos domingos e feriados, com a correspondente folga semanal em outro dia. Aduz que a autora sempre gozou de folga compensatória até 7º dia, ora folgando aos sábados, ora folgando aos domingos, o que está de acordo com a legislação vigente, na forma da Lei 605/49. Em relação aos feriados laborados, pondera que sempre que a autora laborou em tais dias, ocorreu a devida compensação, com a concessão de 1 (uma) folga, inexistindo diferenças a tal título em favor da mesma. Requer seja afastada a condenação ao pagamento de horas extras pelo labor em dias de domingos e feriados trabalhados, já que todos foram devidamente compensados com a respectiva folga.

Analiso.

Os registros de horário demonstram que a autora laborou em domingos e feriados, como

observo no mês de julho de 2011 (Id. 13d87eb - Pág. 5) em que laborou do dia 03 ao dia 10, sem a fruição de folga compensatória.

Analisando os recibos de pagamento, constato que não havia o acréscimo do adicional de 100% sobre a hora laborada em repousos e feriados. Vide, por exemplo, a pág. 3 do Id eb6d693, referente ao mês de julho de 2011, pelo que reputo devida a condenação ao pagamento em dobro dos domingos e feriados laborados, conforme apurado nos registros de horário.

Aplica-se a Súmula 146 do TST:

*O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.*

Destarte, mantenho a sentença e nego provimento ao recurso, no tópico.

#### **4. DA INDENIZAÇÃO PELA HIGIENIZAÇÃO DE UNIFORMES**

O Juízo da origem condenou a ré ao pagamento de indenização pela lavagem do uniforme.

Inconformada, a ré recorre alegando, em síntese, que o ônus da lavagem de uniforme não pode ser suportado pelo empregador quando ausente disposição contratual, legal ou normativa que assim o determine. Refere que a higienização das roupas se constitui exigência natural das regras de convívio social, de modo que o empregado que utiliza e lava o uniforme também teria que fazê-lo em relação às suas próprias roupas, caso essas fossem utilizadas em vez do uniforme. Diz que não há prova nos autos que ateste que os uniformes utilizados pela recorrida necessitassem de produtos ou procedimentos diferenciados das roupas de uso comum, ainda que haja roupas de colocação branca. Requer sua absolvição da condenação imposta.

Examino.

No caso, é incontroverso o fornecimento de uniforme e sua utilização pela demandante, segundo os termos da defesa da ré (Id. 033a420 - Pág. 9).

Em regra, entendo que nos casos em que a lavagem do uniforme comum não demanda higienização diferenciada, a exigir a utilização de produtos especiais, o trabalhador não faz jus ao pagamento de indenização, pois não lhe foi imputado um ônus significativo. Neste sentido, o julgamento do RO 0000141-18.2014.5.04.0252, em 26.02.2015.

Todavia, no caso concreto, presumo que a demandante, no exercício de suas atividades contratuais, principalmente em função das atividades de serviços gerais em hospital, ficava com as vestimentas de uso obrigatório bastante sujas, o que autoriza concluir fosse necessária higienização de forma apartada das demais roupas, envolvendo maiores gastos.

Nesse sentido, os seguintes arestos desta Corte:

*INDENIZAÇÃO PELA LAVAGEM DO UNIFORME. Cabível a indenização de despesas com higienização de uniforme quando o seu uso é exigido pelo empregador, na medida em que o ônus quanto à manutenção da vestimenta não pode recair sobre o empregado. Provimento ao recurso do reclamante. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0021021-74.2015.5.04.0291 RO, em 15/07/2016, Desembargadora Tania Rosa Maciel de Oliveira)*

*INDENIZAÇÃO PELA LAVAGEM DE UNIFORME. É devida indenização pela lavagem de uniforme quando comprovado que há exigência de seu uso e as despesas de higienização são transferidas ao empregado, o que não se pode admitir face o disposto no caput do art. 2º da CLT. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020438-30.2013.5.04.0204 RO, em 04/03/2016, Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel)*

*RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA. INDENIZAÇÃO DE DESPESAS COM A HIGIENIZAÇÃO DO UNIFORME. A exigência de uso do uniforme impõe o ressarcimento da despesa de lavagem. Conclusão em sentido contrário significaria a transferência, ainda que de pequena parcela, dos custos do empreendimento para o trabalhador, o que é defeso, em virtude do disposto no caput do art. 2º da CLT. Apelo provido. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0000310-30.2014.5.04.0761 RO, em 07/04/2016, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel, Desembargador Marcelo José Ferlin D Ambroso)*

Logo, por ser evidente que a autora tinha suas vestimentas bastante sujas, e certa a necessidade de higienização especial e diferenciada, que envolvia, assim, gastos de maior monta, resta procedente o direito à indenização pelos prejuízos materiais suportados, já que, na forma do art. 2º da CLT, é o empregador quem arca com os ônus da atividade econômica, não lhe sendo lícito transferi-los para o empregado.

Isto posto, nego provimento.

## **5. DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

A ré não se conforma com a condenação ao pagamento de indenização por danos no valor de R\$ 8.000,00. Alega que não praticou qualquer ato ilícito e também não praticou ato discriminatório, pois a autora foi dispensada por não atender mais o perfil da instituição. Aduz que não há prova de que a recorrida tenha sofrido dano moral. Requer sua absolvição da condenação imposta. Por cautela, caso mantida a condenação, requer seja reduzido o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Examino.

A sentença está assim fundamentada (Id.00b1caa):

*De acordo com o decidido no item 2 da fundamentação, a despedida da reclamante foi considerada como discriminatória, sendo imperioso, portanto, o pagamento de indenização.*

*Isso porque a dispensa imotivada da reclamante a deixou ao desamparo, sendo presumível o dano moral.*

*A atribuição de valor ao ressarcimento do dano moral é de índole subjetiva, e o mesmo doutrinador antes citado registra que “Em se tratando de dano patrimonial a reposição*



*do bem ou a reconstituição do 'statu quo ante' ou do seu equivalente econômico são de precisa aferição. Tal correspondência é extremamente difícil no dano moral. A equivalência em dinheiro não redime o sofrimento, abalo do psique não apropriável valoricamente”*(p. 21).

De acordo com o art. 5º, X, da Constituição da República, a honra e a imagem da pessoa é inviolável, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Além disso, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo. Nos termos do art. 187 do mesmo diploma citado, *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

Comprovado o dano, a configuração da ofensa prescinde de prova quanto ao prejuízo causado, bastando restar configurado o desrespeito aos direitos fundamentais tutelados, pois a prática de ato ilícito atenta contra postulados consagrados na Constituição da República. Neste sentido, a lição de José Afonso Dallegrave Neto: *“o dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo”*. (Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 154)

Na espécie dos autos, tal com acima analisado, restou demonstrada a ocorrência de dispensa discriminatória da demandante, pois, sendo portadora do vírus HIV, a demandada buscou desonerar-se dos custos trabalhistas e sociais decorrentes da manutenção do emprego da autora, em flagrante desatenção aos princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, em conformidade com o entendimento da origem, diante da violação dos direitos fundamentais da trabalhadora, entendo comprovado o dano moral no caso, havendo claro abuso do direito diretivo de resilir o contrato, revelando-se devida a indenização vindicada.

Nessa linha os julgados dessa Corte:

*PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. PORTADOR DO HIV. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEI 9.029/95. Conjunto probatório que evidencia a prática de discriminação na dispensa do autor, portador de HIV, gerando o direito à indenização por danos morais e à indenização prevista no artigo 4º, II, da Lei 9.029/95. (TRT da 04ª Região, 6a. Turma, 0000170-08.2011.5.04.0015 RO, em 14/03/2012, Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Beatriz Renck, Desembargadora Maria Helena Lisot) (...)*

*DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Os elementos dos autos revelam que a reclamada tinha ciência da doença da reclamante no curso do contrato. Segundo o entendimento do TST, diante da ciência da ré quanto à doença da empregada, é seu ônus comprovar que a*

*dispensa não foi discriminatória, ônus do qual a reclamada não se desincumbiu. DANO MORAL. O Código Civil equipara o abuso de direito a ato ilícito, estando a consequência disso prevista em seu art. 927, consistente em reparação. Devida, portanto, a indenização por dano moral decorrente da prática de abuso de direito por parte da ré ao promover a dispensa discriminatória da reclamante. (TRT da 04ª Região, 8a. Turma, 0001324-39.2012.5.04.0011 RO, em 24/04/2014, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador João Paulo Lucena, Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal)*

*INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Demonstrada a conduta discriminatória, devida indenização por danos morais. (TRT da 04ª Região, 3A. TURMA, 0001334-92.2012.5.04.0008 RO, em 06/05/2014, Desembargador Ricardo Carvalho Fraga - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Gilberto Souza dos Santos, Juiz Convocado Marcos Fagundes Salomão)*

Em relação ao *quantum* indenizatório, destaco o aspecto pedagógico e educativo que cumpre a condenação a esse título, desdobrado em tríplice aspecto: sancionatório/punitivo, inibitório e preventivo, a propiciar não só a sensação de satisfação ao lesado, mas também desestímulo ao ofensor, a fim de evitar a repetição da conduta ilícita. Dessa forma, considerando a extensão dos danos sofridos pela autora, o período de vigência do contrato de trabalho (desde 2010), a capacidade econômica e o grau de culpa do demandado (grave, ante a falta com o dever de solidariedade), além do caráter pedagógico e punitivo que o *quantum* indenizatório deve cumprir na espécie, entendo razoável o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de indenização por danos morais.

Isto considerado, mantenho a sentença e nego provimento ao recurso da ré, no aspecto.

#### **PREQUESTIONAMENTO E ADVERTÊNCIA**

Adotada tese explícita a respeito das matérias objeto de recurso, são desnecessários o enfrentamento específico de cada um dos argumentos expendidos pelas partes e referência expressa a dispositivo legal para que se tenha atendido o prequestionamento e a parte interessada possa ter acesso à instância recursal superior. Nesse sentido, o item I da Súmula 297 do TST e a Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1, ambas do TST.

Também é inexigível o prequestionamento de determinado dispositivo legal quando a parte entende que ele tenha sido violado pelo próprio Acórdão do qual pretende recorrer, conforme entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial 119 da SDI-1 do TST.

Isto considerado, tem-se por prequestionadas as questões e matérias objeto da devolutividade recursal, bem como os dispositivos legais e constitucionais invocados pela parte, como se aqui estivessem transcritos, um a um.

MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO

Relator

**Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Relatora Tania Rosa Maciel de Oliveira publicado no DJE em 07/02/2019.**

## EMENTA

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **por maioria, vencidos em parte a Desembargadora Relatora e o Desembargador Marcelo José Ferlin D'ambroso, com votos díspares, dar parcial provimento ao recurso do reclamante para, adotando o voto médio, determinar a suspensão da exigibilidade dos honorários sucumbenciais devidos por ele, ficando vedada, ainda, a satisfação daqueles com os créditos porventura recebidos pelo autor na presente reclamatória, ou em outro processo trabalhista, nos termos da fundamentação. Inalterado o valor da condenação para os fins legais.**

Intime-se.

Porto Alegre, 07 de fevereiro de 2019 (quinta-feira).

### RELATÓRIO

É o relatório.

### FUNDAMENTAÇÃO

### RAZÕES DE DECIDIR

### HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Em se tratando de ação ajuizada em julho/18, **é cabível o deferimento dos honorários sucumbenciais, ainda que a parte seja beneficiária da Justiça gratuita, razão por que descabe a reforma da sentença, que determinou “o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no valor de R\$ 185,00, ao(s) advogado(s) do polo passivo, a serem abatidos do crédito do**

reclamante na forma do art. 791-A, § 4º da CLT”.

TANIA ROSA MACIEL DE OLIVEIRA

Relator

## VOTOS

**DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO:**

### **2. ACÚMULO DE FUNÇÕES.**

Peço vênia para divergir da Exma. Relatora, quanto à matéria em apreço.

O acúmulo de funções ocorre quando o trabalhador, além de exercer as funções para as quais foi efetivamente contratado, desempenha, também, de forma não eventual e não excepcional, atribuições diversas e de maior complexidade ao cargo que ocupa, sem o correspondente acréscimo salarial (novação objetiva do contrato de trabalho).

No caso, a testemunha Itamar de Almeida Oliveira confirmou que o autor, quando iniciou na demandada, “era auxiliar e depois passou a fazer manutenção, solda, parte elétrica e parte mecânica; (...)”, dando conta de que, ao longo do período laboral, passou a realizar atividades mais complexas do que aquelas funções para as quais havia sido contratado. O fato de outra testemunha informar versão diversa ao Julgador não desqualifica a prova produzida pelo trabalhador que, no caso, desincumbiu-se do seu ônus de prova.

Portanto, faz jus ao pagamento de *plus* salarial por acúmulo de funções, no que provejo o recurso do autor.

### **4. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.**

Peço vênia para divergir da nobre Relatora.

Em que pese a presente ação tenha sido ajuizada quando já em vigor a Lei 13.467/2017, reputo inaplicável o princípio da sucumbência no caso.

A CLT, atualmente, assim dispõe acerca do tema:

*Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo*

*possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*(...)*

*§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

Do contexto, observa-se que a verba honorária deferida em favor da ré, a rigor e de qualquer modo, deveria estar com a exigibilidade suspensa, nos termos da Lei 13.467/2017, uma vez que o autor encontra-se sob o amparo da justiça gratuita, e, portanto, não tem condições de arcar com as custas e despesas do processo.

Por outro lado, a norma em questão sequer deve incidir no caso em concreto, tendo em conta alguns aspectos a seguir delineados.

A norma que trata acerca de honorários advocatícios não pode ser vista com natureza unicamente processual, uma vez que está diretamente relacionada à procedência ou não de pretensões de cunho material, buscadas na petição inicial. Ainda que haja pretensões rejeitadas da parte autora, admitir honorários de sucumbência em desfavor de trabalhador que ajuíza ação com o objetivo de obter típicos direitos trabalhistas representa engessamento do direito constitucional de ação, especialmente, na seara trabalhista, na qual a imensa maioria de todos os trabalhadores dependem da concessão de justiça gratuita para estar em juízo.

E mais, cancelar, eventualmente, o pagamento de honorários de sucumbência com os créditos de típica ação trabalhista, na qual o trabalhador persegue basicamente direitos de natureza alimentar, mostra-se ilegítima, especialmente em se considerando a impossibilidade de penhora de verbas de natureza salarial, observado o princípio da intangibilidade salarial (art. 7º, VI e X, CRFB) e a necessidade do assistido pela justiça gratuita, uma vez que os créditos postulados, como regra geral, inevitavelmente, destinam-se à sobrevivência do demandante e de sua família.



Ainda, convém registrar o que dispõe a Convenção 95 da OIT, ratificada pela República Federativa do Brasil, por meio do Decreto 41.721/57:

*ARTIGO 1º*

*Para os fins da presente convenção, o termo “salário” significa, qualquer que seja a denominação ou modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos susceptíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados.*  
(...)

*ARTIGO 10*

*1. O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.*

*2. O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família .*

*Acerca do tema, no mesmo norte, as ponderações de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Reforma Trabalhista. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018, p.343):*

(...)

Frise-se que foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF, tendo como objeto, entre outros dispositivos decorrentes da Lei 13.467/2017, a expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, prevista no § 4º, do art. 791-A da CLT.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado no qual se comprometeu, perante a comunidade internacional, a observar os direitos humanos ali previstos, nos quais se colhe o acesso à justiça facilitado quando se tratar de garantias fundamentais:

*1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.*

Os créditos trabalhistas, via de regra, são direitos fundamentais, previstos nos arts. 6º e 7º da Constituição da República, portanto, há direito humano e fundamental de acesso à justiça,

quando se trata de direitos sociais previstos nos referidos dispositivos constitucionais e deve ser aplicada a norma da Convenção Interamericana de Direitos Humanos relativa à simplificação, rapidez e efetividade do instrumento processual que protege o bem da vida vindicado, valores jurídicos intangíveis e que absolutamente não são compatíveis com o pagamento de honorários sucumbenciais ou custas pelo trabalhador.

Por outro lado, na interpretação do acesso à justiça facilitado para defesa de direitos e garantias fundamentais, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece os critérios hermenêuticos:

### *Artigo 29. Normas de interpretação*

*Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.*

Assim, por qualquer prisma que se analise a questão, é descabida a interpretação restritiva do direito humano de acesso à Justiça do Trabalho que se pretende impor, mediante sucumbência à parte hipossuficiente.

Desse modo, deve ser excluída a incidência da disciplina prevista na Lei 13.467/17, no aspecto, absolvendo-se o autor da condenação em honorários.

**DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL:**

### **VOTO DIVERGENTE**

#### **Honorários sucumbenciais. Lei 13.467/17**

Data vênua, dirirjo do voto da nobre Relatora no tocante aos honorários sucumbenciais.

Tratando-se de ação ajuizada após a entrada em vigor da Lei 13.467/17, são aplicáveis ao caso em apreço os honorários advocatícios sucumbenciais, conforme disposto no *caput* do art. 791-A da CLT.

De acordo com o art. 791-A, § 4º, da CLT:

*Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.*

Quanto ao aspecto, adoto a posição firmada por maioria pelo Pleno deste TRT, em sessão realizada no dia 12.12.2018, segundo o qual é inconstitucional a expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

Isso porque tal disposição incompatibiliza-se com o mandamento constitucional segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). A transferência da obrigação do pagamento dos honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita (ainda que por meio do desconto de créditos obtidos em juízo) imputaria a este o ônus de arcar com as despesas do processuais, o que afastaria o caráter integral da assistência jurídica.

Por conseguinte, reputo cabível a suspensão da exigibilidade dos honorários sucumbenciais devidos pelo sindicato autor, pelo período de dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, conforme a parte final do art. 791-A, § 4º, da CLT.

Assim, dá-se provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para determinar a suspensão da exigibilidade dos honorários sucumbenciais devidos por ele, ficando vedada, ainda, a satisfação daqueles com os créditos porventura recebidos pelo autor na presente reclamatória, ou em outro processo trabalhista, nos termos da fundamentação.

**PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:**

**DESEMBARGADORA TÂNIA ROSA MACIEL DE OLIVEIRA (RELATORA)**

**DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO**

**DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL**

**Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**  
**Relatora Desembargadora Margareth Rodrigues Costa, publicado**  
**no DJE em 29/11/2018.**

**DANO MORAL. REVISTA. DIGNIDADE DO SER HUMANO.** A revista efetivada, pessoal, íntima ou não, quer seja em pertences ou no próprio empregado, já caracteriza violação da intimidade, configurando o dano de ordem moral, sendo a indenização seu corolário, na responsabilidade civil afeita ao empregador, ante a ilicitude do ato perpetrado, preservando-se o princípio constitucional da dignidade do ser humano, que não se admite colida com o direito de preservação da propriedade. Nesse passo, “a pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é. E que se tenha um direito à liberdade ninguém o pode contestar, como contestar não se pode, ainda, que se tenha um direito a sentimentos afetivos, a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso enfim, que, sem possuir valor de troca da economia política, nem por isso deixa de constituir um bem valioso para a humanidade inteira. São **direitos** que decorrem da própria personalidade humana. São emanações diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana” (Rudolf Von Ihering).

**THAIS ANDRADE DOS SANTOS** e **LOJAS RIACHUELO S.A.**, nos autos da reclamação trabalhista em que litigam, inconformadas com a decisão proferida sob o Id 612d25b, interpõem **RECURSOS ORDINÁRIOS** consoante razões de Ids 02b879c e 3898b75, respectivamente.

Contrarrazões oferecidas sob os Ids 06fc941 (reclamante) e ea9cf76 (reclamada).

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

## **VOTO**

### **ADMISSIBILIDADE**

Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço dos apelos interpostos pela reclamante e pela reclamada.

### **ESCLARECIMENTO PRÉVIO**

Os apelos serão apreciados em conjunto, tendo em vista tratarem da mesma matéria.

## **MÉRITO**

### **DANO MORAL. REVISTA DE PERTENCES.**

De um lado, recorre a reclamante da decisão de primeiro grau no que diz respeito ao valor fixado a título de indenização por dano moral em razão da realização de revistas no local de trabalho.

Alega que “A Recorrida, em sua peça de defesa, não negou a existência da revista, isto é, não se valeu de defesa de mérito direta. Ao contrário, a Recorrida defesa de mérito direta utilizou-se de uma defesa de mérito indireta, a qual ocorre quando o Réu reconhece o fato jurídico alegado pelo Autor, mas com a consequente afirmação de algum fato novo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito deste, circunstância que inverte o ônus da prova, cabendo ao Réu a incumbência de provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo alegado.” (Id 02b879c - Pág. 2).

Defende que “Deveria a Recorrida ter produzido provas de que a revista ocorria da forma narrada na defesa, ônus que lhe competia. Como não se desincumbiu do mesmo, prevalece a narrativa da exordial, o qual informa que a revista ocorria da seguinte forma: EM LOCAL PÚBLICO (PRESENCIADO POR COLEGAS DE TRABALHO E CLIENTES); OS SEGURANÇAS ENFIAVAM A MÃO NO INTERIOR DOS PERTENCES PARA VASCULHAR SEU CONTEÚDO (INVASÃO TOTAL DE PRIVACIDADE)” (Id 02b879c - Pág. 3).

Assim, “considerando o porte econômico da Recorrida, bem como os elementos acima destacados (que deixam a revista ainda mais grave), requer-se o arbitramento de indenização conforme pedido de alínea “B” da exordial.” (Id 02b879c - Pág. 3).

Já a reclamada pugna peça reforma da decisão de Origem para que seja afastada a condenação no particular.

Sustenta que “não há que se falar em ilegalidade do ato de revista adotado pela empresa Recorrente.”, ressaltando que “o procedimento de conferência de bolsas e mochilas ocorre em perfeita consonância com as normas trabalhistas, sendo de conhecimento de todos os trabalhadores o procedimento utilizado para a revista.” (Id 3898b75 - Pág. 4).

Relata que “Restou comprovado que o próprio colaborador abre sua bolsa e o fiscal realiza a revista sem tocar nos pertences ou no funcionário. Após esta vistoria, o colaborador é liberado. Inclusive TODOS os funcionários passam pela mesma revista diariamente e, apenas, no término de sua jornada de trabalho, não havendo que falar em procedimento feito na área pública da loja, até porque existe TAC firmado entre a Recorrente e o MPT de São Paulo, com aplicação em todo território nacional, o qual é cumprido fielmente.” (Id 3898b75 - Págs. 5 e 6).



Cita vasta jurisprudência e assevera que “mesmo que os empregados eventualmente retirassem algum item da bolsa para verificação, não se verifica a existência de dano moral decorrente, mas ação decorrente do poder diretivo, dentro dos limites da razoabilidade.” (Id 3898b75 - Pág. 15).

Anota que “a revista realizada pela empresa não tinha, e não tem caráter vexatório, inclusive, a sumula deste E. TRT está em dissonância da mais atual jurisprudência do TST, que afirma que a revista por si só não caracteriza dano de ordem moral, devendo-se apurar outros elementos para realmente haver a prova cabal de que houve ofensa à moral da reclamante, o que no caso não ocorreu., devendo assim ser reformada a sentença de piso.” (Id 3898b75 - Pág. 15).

Argumenta que “nos termos do art. 818 da CLT e 373, I, do CPC, o ônus de comprovar a existência de atitude dolosa, por conseguinte, do suposto “dano” causado pela reclamada é único e exclusivo da reclamante, o que certamente não conseguirá, já que não correspondem à realidade.” (Id 3898b75 - Pág. 17).

Pede, então, seja afastada a condenação e, sucessivamente, que seja reduzido o valo arbitrado a título de indenização.

Passo à análise.

A sentença, no particular, foi proferida com base nos seguintes fundamentos:

“REVISTA PESSOAL - DANOS MORAIS

Alega a Reclamante que no curso do contrato de trabalho, extinto em 23/02/2017, sofria revistas, diariamente, em suas bolsas, sob o pretexto de que a Reclamada estava exercendo seu poder de fiscalização, caracterizando ato abusivo do empregador, ensejando reparação por danos morais.

A Reclamada nega os fatos narrados na exordial, ressaltando que o procedimento da revista não expunha a Autora a qualquer tipo de constrangimento, haja vista que observava os seguintes requisitos: feita por pessoa do mesmo sexo; realizada em local fora da área de vendas; inexistência de toque; 2 (dois) metros de distância de outros colaboradores, conforme previsto no TAC nº 9042/2004, com abrangência em todo o território nacional, na qual se permite a revista de bolsas e pertences desde que obedecidos os requisitos suprarreferidos.

Vejamos:

Em sua peça defensiva a Reclamada não negou a revista. A circunstância de realizá-la sem contato físico, não exclui a violação da intimidade e dignidade da pessoa, caracterizando ofensa aos **direitos** da personalidade, ensejando reparação por configurar violação ao patrimônio moral do empregado. Nesse sentido, a jurisprudência do Quinto Regional:

REVISTA PESSOAL. PERTENCES DO EMPREGADO. I - É ilícito ao empregador realizar revista

pessoal em pertences do empregado. II - A prática da revista em pertences do empregado, sejam bolsas, sacolas, carteiras, mochilas ou qualquer outro acessório que ele porte, configura violação ao direito fundamental de proteção à intimidade e à dignidade humana (Art. 1º, III, e incisos II e X do art. 5º da CF/88), acarretando dano de natureza moral. (Súmula n. 22 deste 5º TRT). (Processo 0000889-15.2016.5.05.0038, Origem PJE, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 23/10/2017).

A existência da referida TAC, firmado entre a ora Reclamada e o Ministério Público do Trabalho do Estado de São Paulo em nada impede o reconhecimento do ato ilícito praticado pela Ré, sobretudo quando vai contra o entendimento contido na Súmula 22 do e. TRT da 5ª Região, de que a prática da revista em pertences do empregado configura ato ilícito ensejador de reparação moral, in verbis:

“REVISTA PESSOAL. PERTENCES DO EMPREGADO. I - É ilícito ao empregador realizar revista pessoal em pertences do empregado. II - A prática da revista em pertences do empregado, sejam bolsas, sacolas, carteiras, mochilas ou qualquer outro acessório que ele porte, configura violação ao direito fundamental de proteção à intimidade e à dignidade humana (Art. 1º, III, e incisos II e X do art. 5º da CF/88), acarretando dano de natureza moral.” (Resolução Administrativa nº 0075/2015 - Divulgada no Diário Eletrônico do TRT da 5ª Região, edições de 18, 19 e 20.01.2016, de acordo com o disposto no art. 187-B do Regimento Interno do TRT da 5ª Região)

Assim, diante dos fatos examinados, não há dúvida de que a Autora teve denegrida a sua honra e imagem dentro do seu ambiente de trabalho, ato incompatível com o respeito e dignidade que merece o trabalho humano.

Ora, o dano moral que merece ressarcimento é o de natureza grave, que cause dor, vexame, humilhação à vítima, sob pena de banalização do instituto.

Assim, restou demonstrado que a Reclamada agiu fora dos limites do seu poder diretivo, configurando o ato ilícito nos termos dos arts. 186 c/c 927 do CC.

Com efeito, cabe o pagamento de indenização pecuniária relativa a ato cometido pelo empregador que atinja bens subjetivos inerentes à pessoa, tais quais a reputação, a honra, a liberdade, o decoro, a imagem e a dignidade, acarretando prejuízo evidente ao empregado no âmbito de suas relações sociais.

Defiro o pedido indenizatório. Limito-o, todavia, ao valor de R\$ 5.128,45 (cinco mil cento e vinte e oito reais e quarenta e cinco centavos) que equivale a cinco vezes o valor do maior salário percebido pelo autor (Id ed8651e), mostrando-se justo e compatível com o dano sofrido, além de guardar coerência com os fatos e as circunstâncias da causa e, ainda, o poder econômico do agente agressor.” (Id 612d25b - Págs. 1/3).

Restou comprovada a realização de revistas nos pertences dos empregados, nos termos das razões recursais, tendo constado da peça de defesa o que segue transcrito:

“Assim, a revista de bolsas e pertences sempre foi realizada com base no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acima colacionado, que permite a existência de tal procedimento, desde que cumprido certos requisitos, tais como:

Feita por pessoa do mesmo sexo;

Realizada em local fora da área de vendas;

Inexistência de toque;

2 metros de distância de outros colaboradores.” (Id ce6d8ee - Pág. 7).

Por princípio, tenho asseverado, depois de longas reflexões, sobre a inadmissibilidade de revistas, vistorias, ou como quer que se chame, pessoais ou não, quer sejam íntimas, efetivamente, ou se atenham a pertences do empregado, como bolsas, sacolas, mochilas, etc., na inversão de valores que permite alçar ao maior patamar a propriedade privada, em detrimento da dignidade humana, se pudéssemos sopesar princípios tão díspares, em nada podendo prevalecer o primeiro, conquanto “direito que resguarda coisa”, ao invés do segundo, como “direito de pessoa”, sendo de nenhuma importância se ela se processa de forma branda, com respeito, etc., acreditando sempre assegurado o direito ao dano, em tudo invocáveis os artigos 1º, III (dignidade do ser humano), 3º (promover o bem de todos sem preconceito nem discriminação), 5º, caput (igualdade de todos perante a lei) e 5º, X (inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem) e 170 (existência digna) da Constituição Federal de 1988.

Repito que ao juízo não resta dúvida de que não se pode, sopesando, atribuir valores idênticos à propriedade privada, em prejuízo da dignidade do ser humano, na ponderação com os princípios constitucionais invocados e que pedem aplicação no caso concreto.

Ademais, nem poderíamos admitir haver, em verdade, colisão de **direitos**, porque nitidamente prevalente a dignidade constitucionalmente assegurada, observada a concordância prática e o patamar a que foi guindado o direito em questão.

Com efeito, o poder diretivo do empregador e o limite do seu *jus variandi* não devem permitir, sequer, admitir, como fez a defesa da empresa, que o empregado, em virtude de tal fato deva renunciar à sua liberdade de ação, aqui utilizada como se liberdade tivesse, de fato, para até poder renunciar a algo, jungido que estava ao contrato de trabalho que, nas regras sinalagmáticas que deveria preservar, não encontra contrapartida, no particular.

Aliás, a existência ou não de cláusula contratual prevendo revista é irrelevante ao deslinde da lide, posto que o contrato não pode se sobrepujar ao que dita a Constituição Federal.

*Data veniados* que pensam em sentido contrário, a só revista/vistoria como deu conta

a empresa, parece-nos suficiente para reconhecer o dano, na conduta comissiva, cuja indenização requerida é o seu corolário, no ato ilícito perpetrado, configurados ainda o nexo de causalidade com o emprego e conduta culposa do empregador, por atos de seus prepostos, redundando na responsabilidade civil da empresa, no que a tanto autoriza e em tudo aplicáveis os dispositivos do art. 8º da CLT, 186, 187, 944 e 927 do Código Civil supletivo.

A violação por meio das revistas que eram procedidas na empresa, usualmente, vistoriados os pertences que levavam em mãos os empregados, tendo de expô-los, sob qualquer ótica, afigura-se-nos degradante, inadmissível que assim aja qualquer empregador, sob qualquer denominação e pretexto.

O fato de se tratar de empresa de guarda e segurança de valores não autoriza a adoção do procedimento verificado, restando caracterizada a ofensa aos **direitos** da personalidade, ainda que não tenha restado comprovado que o reclamante era apalpado por outro empregado da reclamada, tendo em vista que a exposição dos seus pertences já caracteriza abuso do empregador, submetendo o empregado a inegável constrangimento.

Neste sentido é a jurisprudência desta e. Turma Julgadora, consoante se extrai da seguinte ementa:

“EMPRESA DE SEGURANÇA DE VALORES. REVISTA PESSOAL. ABUSIVIDADE. DANO MORAL. CABIMENTO. Em se tratando de empresa que presta serviços de guarda e segurança de valores, a presunção que se tem é de plena capacidade administrativa e financeira para adoção de medidas eficazes de proteção do patrimônio, que não a imposição da revista pessoal, posto que abusiva, expondo o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, em franca incompatibilidade com os artigos 1º, III e 5º, X, da Constituição Federal.” Processo 0088700-18.2008.5.05.0612 RO, Origem SAMP, ac. nº 070926/2011 Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 29/07/2011.

Os meios de se averiguar comportamento de empregados e fiscalizá-los acha-se cada dia mais sofisticado, nos aparatos de uso tecnológico à disposição para vigilância e resguardo de bens e até de pessoas, para efeito de controlar atitudes suspeitas, rasgos de intenção deliberada, ânimos de ilicitude, enfim, para minorar os efeitos das mazelas sociais que, efetivamente, levam a que furtos e roubos se processem, inclusive.

Entretanto, admitir isso como premissa, de que todos são desonestos até se prove em contrário, revistados todos os empregados, nos moldes como confessa a própria defesa, no que admitiu, é lamentável!

Reconhecida a responsabilidade civil do empregador, configurado o ato ilícito perpetrado, surge daí o dever de reparar, lembrando que o dano moral é decorrente do ilícito e a indenização pretendida, além de reparatória, tem o caráter pedagógico, além de compensar a vítima e punir o

infrator, com amparo no que estabelece o já citado art. 944 do Código Civil.

Invoco, no particular, o magistério de Sérgio Cavalieri sobre o tema quando diz que “o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum”. (Programa de Responsabilidade Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80).

Como nos ensina Ihering: “A pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é. E que se tenha um direito à liberdade ninguém o pode contestar, como contestar não se pode, ainda, que se tenha um direito a sentimentos afetivos, a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso enfim, que, sem possuir valor de troca da economia política, nem por isso deixa de constituir um bem valioso para a humanidade inteira. São **direitos** que decorrem da própria personalidade humana. São emanções diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana”. (Apud Rosavany Terezinha Cordeiro, Revista de direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 89, pág. 21).

Por sua vez, José de Aguiar Dias, citando Minozzi, comenta sobre o dano moral: “...não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.” Continua dizendo que: “...se consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos permanentes, psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam”. (Responsabilidade Civil, 9, ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992, v.2, págs. 730/743).

Quanto à admissibilidade do dano moral e sua abrangência, de há muito foi contemplada no Código Civil, que admitiu expressamente a sua reparação, sem que a prova de tal dano fosse sequer pressuposto para indenização, sendo suficiente comprovar o ato ilícito, aliás, como nos mostra aresto do STJ desde 2001, litteris:

“Quanto ao dano moral não há falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se condenação”.

Frise que existem teorias várias sobre o assunto na atualidade, dentre as quais a afirmativa, esta última admitindo integralmente a reparação do dano moral, levando os juristas a inseri-la no ordenamento Pátrio, corroborando a tese de que, quando há o dano, seria menor sua imoralidade, amenizando a dor do lesado com um valor compensatório, ao invés de deixá-lo ao abandono, sem qualquer contrapartida satisfatória.

No que tange à esfera laboral, o assunto desperta interesse dos doutrinadores pelas



peculiaridades que daí advêm. Pinho Pedreira, em citando o insigne Vazquez Vialard afirma que “... se em algum âmbito de direito o conceito de dano moral pode ter alguma aplicação é, precisamente, no do trabalho. A razão da subordinação a que está sujeito o trabalhador na satisfação de seu débito leva a que a atuação da outra parte, que dirige esta atividade humana possa menoscabar a faculdade de atuar que diminui ou até frustra totalmente a satisfação de um interesse não patrimonial. Uma das finalidades fundamentais do Direito do Trabalho é a de assegurar o respeito da dignidade do trabalhador, pelo que a lesão que em tal sentido se lhe inflija exige uma reparação, quer entendida esta expressão em sentido lato, ou no de pena.” (A Reparação do Dano Moral, LTr, vol. 55, 1995, pág. 559).

É impossível medir, por vezes, as mazelas morais da conduta ilícita adotada pelo empregador, a parte mais forte e detentora do poder econômico na relação de emprego. Proteção à honra é o direito de não ser ofendido nem lesado em sua dignidade pessoal, privacidade, velado seu corpo físico e objetos pessoais, as ingerências de ordem psicológica, respeitada a intimidade do empregado, ressalvado o direito maior de liberdade de que trata a Carta Magna. Bens preciosos e indisponíveis, a exemplo de vida, saúde, dignidade pessoal, bem-estar íntimo, honra e liberdade não se mesuram.

Como observa Carlos Alberto Bittar, “...há, assim, fatos sabidamente hábeis a produzir danos de ordem moral que, à sensibilidade do Juiz logo se evidenciam.” (Reparação Civil por Danos Morais, 2ª ed, Revista dos Tribunais, p. 204). Seriam reflexos normais e perceptíveis a qualquer ser humano.

A prova, quanto ao dano moral, tem regra que vem do direito processual civil, certo que o ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor, que os alega e, quanto ao réu, cabe-lhe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333 do CPC/73, atual art. 373 do CPC/15). Entretanto, introduziu o legislador no art. 335, do mesmo diploma legal citado (atual art. 375 do CPC/15), parâmetros que permitem ao Juízo firmar até convencimento com base em presunção, substituindo mesmo, com o prudente arbítrio do julgador, provas que poderiam nem existir, concretamente.

Doutrinariamente, sobre o tema, Beatriz Della Giustina nos fala da presunção legal dizendo que “é aquela na qual a lei determina que, provado um fato, tem-se como aceito um outro, em caráter definitivo (presunção absoluta), ou até que seja feita prova em contrário (presunção relativa). Já na presunção de fato, o magistrado decidirá sobre fatos não provados a partir de outros já provados”. Continua dizendo que “por meio de constituição doutrinária, tem defendido que não há como se cogitar de prova do dano moral, já que a dor física e o sofrimento emocional são indemonstráveis. Essa opinião dispensa a prova em concreto do dano moral, por entender tratar-se de presunção absoluta, ou, ‘iure et de iure’”.

Nesse passo, pode-se concluir dizendo que o empregado não precisaria provar que se sentiu ofendido e constrangido com o modo de proceder da empresa quando lhe eram feitas as

revistas durante o período de relação de emprego. Esta seria uma reação humana, como trata o direito romano, o *id quad plerunIQUE*.

Assim, comprovada nos autos a realização das revistas, o reclamante demonstrou o fato constitutivo do seu direito à indenização vindicada, confirmado o procedimento ilícito com o que anuiu a defesa, além da prova oral produzida. No particular, o entendimento ora adotado está em consonância com a súmula que uniformizou a jurisprudência deste Regional acerca da matéria, *in verbis*:

Súmula TRT5 nº 22

“REVISTA PESSOAL. PERTENCES DO EMPREGADO. I - É ilícito ao empregador realizar revista pessoal em pertences do empregado. II - A prática da revista em pertences do empregado, sejam bolsas, sacolas, carteiras, mochilas ou qualquer outro acessório que ele porte, configura violação ao direito fundamental de proteção à intimidade e à dignidade humana (Art. 1º, III, e incisos II e X do art. 5º da CF/88), acarretando dano de natureza moral.

No que tange à liquidação do dano moral, não é tarefa fácil, utilizando-se de modo lacônico dispositivos do Código Civil, que admite a fixação por arbitramento da indenização, o que é tormentoso para a doutrina e passa pelo bom senso do julgador para que se permita equacionar com exatidão o dano sofrido.

Vale dizer que não é possível estabelecer valores exatos, até porque, em matéria de dano moral o arbítrio seria da essência das coisas e, o arbitramento, por excelência, o critério de indenizar o dano, aliás, o único possível, dada a impossibilidade de se avaliar o *pretium doloris*.

Tenta-se, com a indenização, em estimativa de prudência, satisfazer a dor do trabalhador, ao tempo em que se dissuade o empregador de perpetrar novas ofensas, em um novo impulso de atentado, com natureza, ao mesmo tempo, compensatória e punitiva.

Como nos ensina Nora Magnólia Costa Rotandano, em artigo intitulado “Dano Moral. Indenização: Expressão do Princípio da Igualdade”: “...no dano moral a indenização não cobre todos os múltiplos aspectos da questão posta em Juízo, mas, com a procura de maior aproximação e atenção ao princípio da igualdade, restará demonstrado que o ordenamento, como fruto do dever ser, estará cumprindo sua missão.” (Revista Jurídica Trimestral de nº 10, à p. 2).

Nesse sentido, agora, a doutrina abalizada de Inocêncio Galvão Telles quando afirma que: “A responsabilidade civil exerce uma função reparadora, destinando-se, como se destina, a reparar ou indenizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função sancionadora sempre que na sua base se encontra um acto ilícito e culposos, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reação do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável.” (TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. 7ª ed., Coimbra: Coimbra, 1997, p. 418).

Levando em consideração tudo quanto dito, sem olvidar que a imposição de indenização em valor ínfimo não alcançaria um dos principais efeitos objetivados pela condenação em tela, qual seja, o de desestimular reincidência, reputo justo e proporcional o valor ora fixado em R\$ 8.000,000 (oito mil reais), atendo-se, ainda, para o caráter pedagógico da indenização, o injusto sofrimento da vítima e a capacidade econômica do ofensor, em conduta reiteradamente perpetrada.

Reformo, nestes termos.

Assim, **conheço** dos recursos ordinários e, no mérito, **nego provimento** ao da reclamada e **dou parcial provimento** ao da reclamante para majorar o valor da indenização fixada a título de dano moral em razão da revista de pertences para R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

**A 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO**, em sua **30ª Sessão Ordinária** realizada no dia 28 de novembro de 2018, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 14.11.2018, sob a Presidência eventual do Excelentíssimo Senhor Desembargador **ESEQUIAS DE OLIVEIRA**, com a presença das Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras **LUIZA LOMBA** e **MARGARETH COSTA**, bem como do(a) Excelentíssimo(a) Procurador(a) do Trabalho, **DECIDIU**,

por unanimidade, **conhecer** dos recursos ordinários e, no mérito, **negar provimento** ao da reclamada e **dar parcial provimento** ao da reclamante para majorar o valor da indenização fixada a título de dano moral em razão da revista de pertences para R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Tudo nos termos e limites da fundamentação. Resolve a Turma Julgadora majorar o valor da condenação para R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e das custas para 160,00 (cento e sessenta reais).

**MARGARETH RODRIGUES COSTA**  
**Desembargadora Relatora**

**Acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Relator Desembargador Alcino Felizola, publicado no DJE em 28/10/2016.**

**CONTROLE E RESTRIÇÃO AO USO DO BANHEIRO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, AOS DA LIBERDADE E INTIMIDADE E AO DIREITO DA , INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.** A conduta da empresa que controla e restringe o uso do banheiro pelos seus empregados, seja impondo a necessidade de autorização prévia para ida ao sanitário, seja aferindo o tempo ali gasto, ou mesmo obrigando-os a justificar eventuais demoras, viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos à liberdade e à intimidade e o direito da personalidade, integridade física e psíquica, sendo passível, pois, de reparação por danos morais. Hipótese em que o empregador excede manifestamente o seu poder diretivo. Precedentes do TST.

**NAYARA RODRIGUES DE SOUZA**, nos autos em que litiga contra **ATENTO BRASIL S.A.**, recorre, tempestivamente, da decisão de ids. 7629756 e e46dfc7, pelos motivos expendidos no id. 18cc9ca. Contrarrazões oferecidas no id. 3dad07e, no prazo legal.

É O RELATÓRIO.

V O T O

DIFERENÇAS SALARIAIS. PISO SALARIAL. MULTA NORMATIVA

Não se conforma a recorrente com o indeferimento do pedido de diferenças salariais. Aduz que deve ser aplicada ao caso a Convenção Coletiva da Categoria, que estabeleceu o reajuste de 6%, nos termos do art. 620 da CLT, por ser mais benéfica.

Procede.

Pois bem; cotejando-se as convenções coletivas de id. 2C47d49 com o acordo coletivo de id. 8009827, percebe-se que a convenção veicula normas mais favoráveis à categoria profissional da reclamante, devendo prevalecer, nos termos do art. 620 da CLT.

Nesse sentido, inclusive, confira-se o lúcido julgado do TST, *in*

verbis:

*“RECURSO DE REVISTA. ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA. APLICAÇÃO DA REGRA COLETIVA MAIS BENÉFICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 620 DA CLT.*

*No quadro de conflito de regras entre os preceitos normativos de convenção e acordo coletivos, a ordem trabalhista tem regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho (art. 620 da CLT). Está claro, portanto, que a Consolidação determina a preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo, como fórmula para se cumprir o princípio da norma mais favorável, afastando-se o critério geral oriundo do Direito Civil (critério civilista que fala na prevalência da norma especial sobre a norma geral, no seu campo específico de incidência). Porém, se o acordo coletivo for mais favorável, ele há de prevalecer, evidentemente. A lógica normativa trabalhista explica-se: é que interessa ao Direito Coletivo valorizar os diplomas negociais mais amplos (como as convenções coletivas), pelo suposto de que contêm maiores garantias aos trabalhadores. Isso ocorre porque a negociação coletiva no plano estritamente empresarial (como permite o ACT, embora com o reforço participatório do sindicato) inevitavelmente reduz a força coletiva dos obreiros: aqui eles não agem, de fato, como categoria, porém como mera comunidade específica de empregados. A propósito, não é por outra razão que o sindicalismo de empresa é considerado uma via de submissão sindical à força do pólo empregador”. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 1877 1877/2005-482-02-00.3. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. Julgamento: 05/08/2009. Órgão Julgador: 6ª Turma. Publicação: 14/08/2009).*

E como as fichas financeiras (id. 8730d1e) não refletem o cumprimento da observância do piso normativo previsto nas convenções coletivas colacionadas aos autos, são devidas à reclamante as postuladas diferenças salariais, referentes ao piso normativo e reajuste.

Nesse diapasão, descumprida a norma coletiva, devida a multa normativa prevista na cláusula sexagésima sexta.

#### HORAS EXTRAS

Insurge-se a autora contra o indeferimento dos pedidos atinentes à jornada de trabalho. Argumenta que as pausas devem ser computadas como tempo de trabalho efetivo para evitar o acréscimo de 20 minutos na jornada de trabalho total.

Fenece o apelo.

Insta esclarecer que a norma regulamentadora que instituiu a pausa para descanso determina que *“O tempo de trabalho em efetiva atividade de teleatendimento/telemarketing é de, no máximo, 06 (seis) horas diárias, nele incluídas as pausas, sem prejuízo da remuneração.”*. Decerto, sabendo o quão é penoso e desgastante o trabalho dos operadores de



telemarketing, a NR-17 determinou que as pausas fossem consideradas tempo de efetivo trabalho, tudo para evitar o acréscimo de 20 minutos na jornada de trabalho total.

Da análise dos autos, verifico que a autora, em exordial, afirmou que laborava na jornada de 6h20min por dia, com uma folga na semana, duas pausas de dez minutos e uma de vinte minutos.

A reclamada, por sua vez, aduziu que sempre foi respeitada a jornada contratada. Apresentou os recibos de pagamentos (id. 8730d1e) e folhas de ponto (id. 7d53a27) de todo período laboral da reclamante.

Conclui-se, contudo, que no caso *sub examen* a empregadora não descumpriu as instruções da NR-17 acerca das pausas dos trabalhadores do teletendimento. Ocorre que, a própria NR-17 dispõe na cláusula 5.4.1.1 que *“a instituição de pausas não prejudica o direito ao intervalo obrigatório para repouso e alimentação previsto no § 1º do Artigo 71 da CLT”*. Ademais, deixa consignado que tal intervalo deverá ser de vinte minutos. O § 2º do art. 71 da CLT, por sua vez, dispõe que *“Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.”*

Pois bem; a reclamada produziu prova da jornada laborada da reclamante, registre-se que as folhas de frequência carreadas aos autos demonstram o respeito ao cumprimento da NR-17, tendo em mira que a recorrente trabalhou 6h20min, numa escala de 6X1, ou seja, cinco dias de trabalho com dois de descanso (sábado e domingo), perfazendo 36 (trinta e seis) horas semanais e 180 (cento e oitenta) horas mensais, com intervalo intrajornada de 20 (vinte) minutos e outras 2 pausas para descanso de 10 (dez) minutos cada, em função da NR 17, totaliz o 30 minutos de descanso diário.

Desse modo, considero que os vinte minutos diários eram referentes ao intervalo intrajornada, mantenho a decisão, no particular.

## VALE TRANSPORTE

Por fim, sustenta a recorrente que eram feitos dois descontos, um a título de adiantamento de vale transporte (rubrica 0741D) e o desconto legal de 6%, devendo, portanto, serem restituídos os valores descontados indevidamente.

Com razão.

Da análise da ficha financeira (id. 8730d1e) verifica-se que nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2014 houve desconto ilícito dos valores pagos a título de vale transporte.

Daí, porque, reformo a decisão para deferir o reembolso dos valores descontados indevidamente a título de vale transporte em relação aos meses de setembro, outubro,

novembro e dezembro de 2014 (rubrica 0741D).

#### DANO MORAL. RESTRIÇÃO USO DO BANHEIRO

Investe a reclamante, com razão, contra o indeferimento da indenização por danos morais, decorrentes das restrições ao uso do banheiro levadas a efeito pela reclamada.

*In casu*, a reclamada não nega o controle e as restrições ao uso do banheiro pelos seus empregados, antes mesmo admite - “(...) acaso o Reclamante necessitasse ir ao sanitário em horário diverso ao concedido pela Reclamada a título de intervalo intrajornada e pausas, seria necessário tão somente solicitação junto ao seu superior imediato. (...) é imprescindível que haja organização na concessão de pausas dos seus empregados, mormente para ir ao sanitário, com o único intuito de evitar que todos ou vários operadores deixem seu respectivo posto de trabalho ao mesmo tempo”. (contestação, id. 63a3d5f, pág 17).

Nesse diapasão, a prática adotada pela reclamada no sentido de restringir e controlar o uso do banheiro pelos seus funcionários, inclusive a reclamante, viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, afirmado, na espécie, no direito à liberdade e à intimidade, além do direito da \_\_\_\_\_ concernente à integridade física e psíquica. E nem se diga que o empregador, na hipótese em apreço, agia no livre exercício do seu poder diretivo, porque este não é, obviamente, absoluto, encontrando-se os limites claros e objetivos nos \_\_\_\_\_ e nos \_\_\_\_\_ da \_\_\_\_\_ dos seus empregados.

Nesse sentido, tem decidido o c. TST:

*RECURSOS DE REVISTA INTERPOSTOS PELAS RECLAMADAS TELEMAR NORTE LESTE S.A. E CONTAX S.A. MATÉRIAS EM COMUM. ANÁLISE EM CONJUNTO. (...) 4) LIMITAÇÃO AO USO DO BANHEIRO - DANO MORAL - DESRESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por danos morais e material encontra amparo nos arts. 186, 927 do Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). Na hipótese, foi consignado pelo Tribunal Regional que houve ofensa à dignidade do Reclamante, configurada na situação fática de restrição ao uso do banheiro, em prol da produtividade. O empregador, ao adotar um sistema de fiscalização que engloba inclusive a ida e controle temporal dos empregados ao banheiro, ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a liberdade do*

*trabalhador de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória. Essa política de disciplina interna revela uma opressão despropositada, autorizando a condenação no pagamento de indenização por danos morais. Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens essenciais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF). Recursos de revista não conhecidos, neste aspecto. (...). (RR - 580-39.2010.5.03.0109. Data de Julgamento: 30/04/2012, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012)*

Nesse diapasão, a indenização por dano moral se trata de reparação de prejuízo que atinge o patrimônio incorpóreo de uma pessoa natural ou jurídica, os direitos da personalidade e pelo menos um de seus cinco ícones principais (direito à vida e à integridade física e psíquica; direito ao nome; direito à honra; direito à imagem e direito à intimidade) ou um direito fundamental previsto implícita ou explicitamente na Constituição Federal de 1988. Constituindo lesão aos direitos da personalidade (artigos 11 a 21 do Código Civil) ou aos direitos da personalidade, na reparação por dano moral não se pede um preço para a dor ou sofrimento, mas um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial sofrido.

Orlando Gomes define o dano moral como “o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem”, observando, “porém, que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento.” (Obrigações, págs. 271/272, Forense, 11ª Edição, 1997), embora o próprio texto constitucional (art. 5º, inciso X) se refira à indenização do dano moral.

Esse “mal evidente”, expressão que o Min. Francisco Rezek cunhou acerca do delineamento da noção de dano moral quando do julgamento do processo STF-RE-172720-2ª Turma, tendo Relator o Min. Marco Aurélio, que não exige que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo, busca reparação que se transforma, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana, até porque, “seria exigir prova diabólica, querer que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo: o dano moral.” (TARS, 1ª CC, Ap. Civ. 194.210.266, Rel. Des. Ari Darci Wachholz, julg. em 18/4/1995).

Daí assegurar, com propriedade, Maria Celina Bodin de Moraes, que “O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial,

*protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da* *que foi*  
*instruída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio*  
*(fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito*  
*à dignidade humana). Assim, no Brasil, é a ordem constitucional que está a proteger os indivíduos*  
*de qualquer ofensa (ou ameaça de ofensa) à sua* *.” (Danos à Pessoa Humana, pag.*  
 132/133, Renovar, 2003).

Ostenta a indenização por dano moral *“um nítido caráter punitivo ao*  
*ofensor, destinado a inibir ou desencorajar, pelo efeito intimidativo do valor econômico, a reincidência*  
*na ofensa a bens preciosos da* *objeto de tutela jurídica.”* (João Oreste Dalazen, *Júris*  
 Síntese nº 24, pág. 10, julho-agosto/2000).

O novo Código Civil não traz critérios objetivos para a quantificação da indenização por dano moral, impondo ao magistrado a sua fixação por arbitramento, aplicando a equidade no caso concreto, com a análise da extensão do dano, das condições sócio-econômicas dos envolvidos e do grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima. Não se perca de vista ainda a função social da responsabilidade civil (seja patrimonial, seja extrapatrimonial), segundo a qual, se por um lado deve-se entender que a indenização é um desestímulo para futuras condutas, por outro não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa da vítima.

Em face dos fundamentos supra, com esteio, ainda, nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, defiro a indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00. Correção monetária e juros desta parcela na forma da Súmula n. 439 do TST.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para, nos termos da fundamentação, deferir as diferenças salariais, referentes ao piso normativo e reajuste, multa normativa, reembolso dos valores descontados indevidamente a título de vale transporte em relação aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2014 (rubrica 0741D) e indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00. Correção monetária e juros desta parcela na forma da Súmula n. 439 do TST.

Fixo o débito na forma da planilha de cálculos anexa, parte integrante deste voto.

**Acordam os Excelentíssimos Desembargadores da 4ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, VALTÉRCIO DE OLIVEIRA e PAULO SÁ, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Federal ALCINO FELIZOLA e com a presença da Ex.ma representante do d. Ministério Público do Trabalho, Dra. CARLA GEOVANNA CUNHA ROSSI na sua 32ª Sessão Ordinária realizada no dia 26 de outubro do corrente ano, cuja pauta disponibilizada no Diário Eletrônico do dia 19/10/2016, resolveu,**

à unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para, nos termos da fundamentação, deferir as diferenças salariais, referentes ao piso normativo e reajuste, multa normativa, reembolso dos valores descontados indevidamente a título de vale transporte em relação aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2014 (rubrica 0741D) e indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00. Correção monetária e juros desta parcela na forma da Súmula n. 439 do TST. Fixa-se o débito na forma da planilha de cálculos anexa, parte integrante deste voto.

**ALCINO FELIZOLA**

**Desembargador Relator**

**Acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região Relator Desembargador Eduardo Pugliesi, publicado no DJE em 02/05/2019.**

## **EMENTA**

**RECURSO ORDINÁRIO. REVISTA EM PERTENCES DOS EMPREGADOS. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO.** Ficando demonstrado que a revista realizada nos pertences da reclamante não a expunha a situação vexatória, porquanto era praticada indistintamente em relação aos demais empregados, através da simples abertura de bolsas, com contato meramente visual, não se vislumbra qualquer constrangimento ou afronta à intimidade capaz de caracterizar ilícito patronal, razão pela qual não prospera o pedido de pagamento de indenização por danos morais. Recurso ordinário a que se nega provimento no particular.

Vistos etc.

Recurso Ordinário interposto por ESTER OLIVEIRA SOUTO de decisão proferida pela MM. Juiz da 5ª Vara do Trabalho de Jabotão dos Guararapes, conforme ID a3194d3, que julgou procedente, em parte a presente Reclamação Trabalhista movida contra as LOJAS AMERICANAS S/A.

Em seu recurso ordinário a reclamante insurge-se quanto à quantidade de horas extras deferidas, bem como contra o indeferimento do seu pedido de indenização por danos morais. (ID d75fa8f).

Sem contrarrazões.

O processo não foi enviado ao MPT, para emissão de parecer, ante a ausência de obrigatoriedade (RI/TRT - 6ª Região, artigo 50).

É o relatório.

**VOTO:**



## Das diferenças de horas extras

Não se conforma a reclamante com a decisão que condenou a reclamada no pagamento de horas extras de acordo com os horários indicados na inicial, apenas para o período em que não houve juntada de cartões de ponto pela reclamada.

Argumenta que na audiência de instrução a sua testemunha asseverou que batiam o cartão de ponto e voltavam a trabalhar por mais 1h a 1h30, que isso acontecia por cerca de 4 vezes por semana e que, dessa forma, não poderia o juiz sentenciante considerar como válidas as anotações constantes nos espelhos de ponto.

Sem razão.

De início ressalto que reclamante e reclamada interpuseram recursos ordinários e que este órgão julgador se pronunciou apenas sobre o recurso ordinário interposto pela demandada, motivo pelo qual a autora ingressou com petição de chamamento de feito a ordem e foi determinado, pela Vice-Presidência deste Tribunal, o retorno dos autos a este gabinete para julgamento do recurso ordinário da reclamante. (IDs. cdac427 e e778e15).

Assim, passo à análise do mencionado apelo.

Pois bem.

Como dito anteriormente, autora e ré interpuseram recursos ordinários em relação a este ponto.

No decisão de ID 5188bad , na qual este órgão julgou apenas o recurso da reclamada, entendemos pela invalidade do banco de horas por falta de cumprimento dos requisitos, validade dos cartões de ponto anexados pela reclamada, bem como que os horários ali consignados deveriam se estender para o período em que não houve juntada de cartões, considerando que referido período foi demasiado curto em relação a todo o contrato de trabalho da reclamante.

É que o contrato de trabalho firmado entre as partes perdurou de 10/04/2010 até 16/04/2016, considerando que a autora ingressou com a ação em 13/11/2017, estão prescritos os créditos anteriores a 13/11/2012 e a reclamada apenas deixou de anexar cartões de ponto de 5 meses de 2013 e 1 mês de 2015, conforme se infere dos documentos de IDs. 6c889b2 a 6c889b2.

No tocante aos horários consignados nos cartões de ponto, a testemunha do reclamante não foi capaz de invalidá-los, uma vez que mostrou-se contraditória, pois ora afirma que o horário era devidamente anotado, ora diz que batia o ponto e voltava à trabalhar, conforme se infere da transcrição abaixo:

*“(...) que havia controle de jornada mediante registro por crachá; que registrava corretamente os horários de início e término da jornada; que não havia registro do intervalo intrajornada; que o relógio de ponto emitia comprovante onde estava consignado o horário devidamente batido; que todos os dias que comparecia ao trabalho, registrava a frequência no relógio de ponto; que já usufruiu de folga decorrente do banco de horas; que o intervalo para refeição era de 20 a 30 minutos, sendo este o mesmo intervalo usufruído pela reclamante; que acontecia de ter trabalhado 2 horas extras, batido o ponto e voltado a trabalhar;(...)”*

Desse modo, entendo que a reclamante não logrou êxito em comprovar que a jornada de trabalho não era aquela consignada nos cartões de ponto, encargo processual que lhe cabia, nos termos do que determina o art. 818 da CLT.

No que diz respeito ao intervalo intrajornada, quanto ao ônus da prova, prevalece o entendimento que, nos casos de apresentação dos controles de frequência que contenham a pré-assinalação do repouso, como no caso, incumbe ao empregado comprovar a sua supressão ou concessão parcial e, na hipótese, a reclamante comprovou o gozo parcial de referido intervalo, conforme depoimento acima transcrito.

Como se sabe, o gozo parcial, bem como o não gozo do referido intervalo viola o disposto no artigo 71, §5º, da CLT e gera o direito à remuneração do interregno integral. Dita regra tem fundamento na preocupação com a saúde do obreiro, constitucionalmente garantida (art. 7º, XXII, da CF/88). Neste sentido o teor da Súmula nº 437, I, do C. TST, do seguinte teor:

*“Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.”*

Assim, entendo que restou provada a supressão parcial do intervalo intrajornada, motivo pelo qual dou provimento parcial ao recurso para condenar a reclamada no pagamento de referida hora como extra, com as devidas repercussões.

### **Da indenização por danos morais - revista de bolsa**

Não se conforma a reclamante contra o indeferimento do seu pedido de indenização por danos morais pela revista de bolsa. Em suas razões, alega que tinha que se submeter a uma revista na saída da loja, que ficava no Shopping Guararapes, e que tal fato se dava na frente de clientes.

Argumenta que embora a revista fosse geral e realizada indistintamente para todos os funcionários, a reclamada não cuidava em fazê-la com discrição, a fim de evitar situação vexatória.

À análise.

Para que seja reconhecida a obrigação de reparar dano moral sofrido, é necessário que a prova trazida aos autos seja capaz de demonstrar a existência de seus requisitos fático-jurídicos, quais sejam, a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade entre ambos, como dito anteriormente.

Da análise dos autos, não se vislumbra a ocorrência dos mencionados requisitos que dariam ensejo ao dever de indenizar, porquanto a testemunha da autora deixou evidente que na revista das bolsas eram observados os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, empregando-se apenas as medidas necessárias ao fim pretendido (proteção do patrimônio da reclamada), de modo que a conduta empresarial subsume-se legitimamente à ideia de poder diretivo, não significando violação da intimidade da reclamante. Passo a transcrever os depoimentos, na parte que interessa:

**Testemunha da reclamante:** *“que havia revista de bolsas; que todos os empregados, inclusive o gerente, passavam pela revista; que a revista era apenas nas bolsas dos empregados; que retiravam todos os pertences; que os próprios empregados retiravam seus pertences das bolsas; que as revistas eram feitas na porta da loja.”*

Como visto, as revistas em bolsas, da forma como era feita pela reclamada, não ofendiam a intimidade da reclamante, pois realizadas de forma moderada, sendo os pertences da bolsa retirados pelos próprios funcionários. Tal revista apenas demonstra um procedimento interno da empresa adotado em relação a todos os empregados, com a finalidade de proteger o seu patrimônio.

Portanto, entendo como correta a decisão que indeferiu o pleito de indenização por danos morais decorrentes da revista de bolsa.

No mesmo sentido, transcrevo decisões deste Regional:

RECURSO ORDINÁRIO. REVISTA EM PERTENCES DOS EMPREGADOS. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Ficando demonstrado que a revista realizada nos pertences da reclamante não a expunha a situação vexatória, porquanto era praticada indistintamente em relação aos demais empregados, através da simples abertura de bolsas, com contato meramente visual, não se vislumbra qualquer constrangimento ou afronta à intimidade capaz de caracterizar ilícito patronal, razão pela qual não prospera o pedido de pagamento de indenização por danos morais. Recurso ordinário a que se nega provimento no particular. (Processo: RO - 0000442-39.2016.5.06.0413, Redator: Eduardo Pugliesi, Data de julgamento: 27/10/2016, Primeira Turma, Data da assinatura: 04/11/2016)

RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO. DANO MORAL. REVISTA DE PERTENCES PESSOAIS DO EMPREGADO. ILÍCITO PATRONAL NÃO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. As revistas em bolsas, sacolas e outros pertences do empregado não chegam a significar ofensa aos seus direitos da personalidade, uma vez que, realizadas de forma moderada, não atingem a privacidade e a intimidade

do trabalhador. Ademais, nos moldes como o fato foi trazido a Juízo, o procedimento apontado não se traduz em ato desabonador capaz de afetar a moral do reclamante, já que demonstra apenas um regramento interno adotado em relação a todos os empregados, o que se mostra razoável no regular exercício do direito de proteção ao patrimônio. Recurso improvido. (Processo: RO - 0000662-95.2016.5.06.0232, Redator: Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, Data de julgamento: 27/03/2017, Terceira Turma, Data da assinatura: 27/03/2017).

Nada a reformar, portanto.

### **CONCLUSÃO**

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso da reclamante para condenar a reclamada no pagamento de horas extras decorrentes da não concessão integral do intervalo intrajornada, conforme fundamentação acima. Ao acréscimo remuneratório arbitro o valor de R\$ 3.000,00, com custas majoradas em R\$ 60,00.

**ACORDAM** os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, **dar provimento parcial ao recurso da reclamante** para condenar a reclamada no pagamento de horas extras decorrentes da não concessão integral do intervalo intrajornada, conforme fundamentação acima. Ao acréscimo remuneratório arbitra-se o valor de R\$ 3.000,00, com custas majoradas em R\$ 60,00.

Recife (PE), 02 de maio de 2019.

**EDUARDO PUGLIESI**  
**Desembargador Relator**

**Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, Relator Desembargador Luiz Cosmo Da Silva Junior, publicado no DJE em 17/10/2018.**

## EMENTA

### **ENTE PÚBLICO TOMADOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. POSSIBILIDADE. A**

condenação subsidiária do ente público exige a análise e efetiva demonstração, na situação concreta, de sua conduta culposa, omissiva ou comissiva, tanto no que concerne ao procedimento de escolha da empresa contratada (culpa in eligendo), quanto ao exercício do dever-poder de fiscalização do cumprimento das obrigações oriundas do contrato (culpa in vigilando).

### **ENTE PÚBLICO TOMADOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.**

**ÔNUS DA PROVA.** É possível ao ente público diligente efetuar prova da regularidade da contratação e da fiscalização na execução do contrato. Sendo assim, o ônus da prova, em virtude do princípio da aptidão, pertence à Administração Pública. Precedentes do TST. **ENTE PÚBLICO TOMADOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE.** A responsabilização subsidiária inclui o pagamento de todas as parcelas da condenação, em razão do princípio da reparação integral. Inteligência da Súmula 331, VI, do TST. **Recurso ordinário conhecido e não provido.**

## RELATÓRIO

Adota-se, na íntegra, o relatório do Exmo. Desembargador sorteado, a seguir transcrito:

“Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da Vara do Trabalho de Presidente Dutra/MA, em que figuram como recorrente ESTADO DO MARANHÃO (segundo reclamado) e como recorridos INSTITUTO CIDADANIA E NATUREZA (primeiro reclamado) e LUCIANA LIMA DE SOUSA (reclamante).

ESTADO DO MARANHÃO interpõe recurso ordinário, inconformado com a r. sentença de ID. 4764fa8, que declarou, de ofício, a inépcia do pleito de saldo de salário e julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial, condenando o INSTITUTO CIDADANIA E NATUREZA, e o ente público subsidiariamente, ao pagamento de aviso prévio (45 dias); férias integrais dos períodos 2014/2015 e 2015/2016; Multa de 40% sobre o saldo do FGTS, multas dos arts. 467 e 477 da CLT, indenização por danos morais no importe de R\$ 3.000,00 e honorários advocatícios sucumbenciais, na base de 10% sobre o valor da condenação.

Em suas razões (ID. 6af7245), suscita a preliminar de nulidade da sentença por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ao aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, de forma surpreendente. Sustenta a impossibilidade de imposição da responsabilidade subsidiária ao Estado, com fundamento na Lei nº 13.204/2015 (Lei das Parcerias Voluntárias), art. 42, XX, como também pela inexistência de prova da omissão ou prática de qualquer irregularidade que pudesse ensejá-la, com fundamento na ADC nº 16 e no RE 760931. Caso não seja afastada a responsabilidade, requer a desconsideração da personalidade jurídica do primeiro reclamado e o afastamento das multas dos arts. 467 e 477, da CLT, e da indenização por dano moral.

Sem contrarrazões ( certidão de ID. cea37c5 - Pág. 1).

O Ministério Público do Trabalho, em parecer (ID. 60b7364), opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso do Estado.”

## **ADMISSIBILIDADE**

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.  
Conheço.

## **PRELIMINARES**

### **Nulidade da sentença- violação do contraditório e ampla defesa**

O recorrente aponta que teve cerceado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, posto que o julgador de origem aplicou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, impondo-lhe o ônus de demonstrar a ausência da “sua conduta culposa”, de forma surpreendente.

O novel Código de Processo Civil, em seu art. 10, dispõe:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.



O dispositivo supratranscrito trouxe novidade legislativa, no qual endossa lições doutrinárias sobre a vedação de decisões surpresa. Segundo o dispositivo mencionado, nenhum juiz, em qualquer órgão jurisdicional, poderá julgar com base em fundamento que não tenha sido objeto de discussão prévia entre as partes, ainda que as matérias devam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

O novo Código de Processo Civil mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito, art. 373, inc. I) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, art. 373, inc. II), abrindo-se, porém, no §1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto, o que já vinha sendo admitido na jurisprudência.

Percebe-se, portanto, ser descabida a alegação de que o recorrente foi surpreendido com a decisão.

Ainda que fosse o caso de nulidade, em homenagem ao princípio da primazia da resolução do mérito, cabível a aplicação do § 2º do art. 282 do NCPC, segundo o qual “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

## **MÉRITO**

### **Responsabilidade subsidiária do ente público**

O Estado do Maranhão sustenta que não caberia sua condenação subsidiária, em apertada síntese, por força da vedação contida no art. 71, n.º 1º, da Lei 8.666/93, do teor da Súmula 331 do TST e da decisão assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16.

Pois bem.

De longa data vem o debate sobre a responsabilidade do ente público em decorrência de terceirização. A mais recente análise sobre o assunto foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, no dia 26/04/2017, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

Tema nº 246 - RE 760931 (leading case) - O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere **automaticamente** ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos

termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

A tese fixada não se afastou da conclusão obtida no julgamento da ADC 16, em novembro de 2010. O reconhecimento da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, não significa a total ausência de responsabilidade da Administração Pública.

Em mais uma oportunidade de se manifestar sobre o tema, os Ministros do STF não vedaram, incondicionalmente, a responsabilização do Poder Público.

Se a lição extraída do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93 fosse a total irresponsabilidade da Administração Pública nas hipóteses de terceirização, ela estaria presente nas manifestações e votos dos integrantes da Suprema Corte, assim como na recente tese de repercussão geral.

Pelo contrário, o STF entendeu que

[...] a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade (Informativo 610 do STF).

Em maio de 2011, o TST procedeu à revisão da Súmula 331, para incluir o fundamento no item V:

**SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.**

**LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 [...]**

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente

contratada. (destaque posterior).

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Acredita-se que as decisões do STF não se distanciam do entendimento adotado pelas Corte trabalhistas, sendo evidente a manutenção da responsabilidade.

### **Do ônus da prova**

A Administração dispõe de elementos jurídicos suficientes a garantir a execução plena do contrato administrativo de terceirização lícita de serviços especializados.

O regular processo licitatório dirime a culpa in eligendo. Já a culpa in vigilando - pelo que também responde o ente público, diferentemente do que entendeu o julgador a quo- decorre de descumprimento do dever de fiscalização do contrato, tal como previsto na Lei n. 8.666/93:

Art. 58 - O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução

Art. 67 - A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo ou subsidiá-lo de informações pertinentes a esta atribuição.

O ente público, no caso de descumprimento das cláusulas contratuais pelo prestador dos serviços, pode adotar medidas de natureza administrativa que denotem sua discordância com a situação de inadimplemento, chegando até mesmo à rescisão contratual.

Assim decidiu este Regional nos autos do RO 0016059- 42.2015.5.16.0010, julgado em 20/04/2016. Na oportunidade, a Desembargadora Solange Cristina, relatora do feito, reconheceu a atuação diligente da União, o que resultou na exclusão da responsabilidade:

[...] Do acima transcrito depreende-se que os artigos 71 da Lei 8.666/93 não exime a Administração Pública direta e indireta dos efeitos da responsabilidade subsidiária quando revelada a culpa in vigilando e in

eligendo. Com efeito, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços celebrados.

Analisando-se detidamente o conjunto probatório dos autos, extrai-se que **a União não permaneceu inerte quando constatou que a empresa terceirizada vinha olvidando do cumprimento das obrigações trabalhistas**, especialmente o pagamento dos salários dos terceirizados. Infere-se, portanto, que a União Federal foi diligente no seu poder/dever de fiscalização do contrato firmado com a primeira reclamada, inclusive tendo-lhe aplicado multa administrativa registrada no Sicaf (ID Num. 1ea125c - Pág. 21), o que posteriormente culminou na rescisão unilateral do contrato de terceirização (ID nº 1ea125c).

Observa-se, à evidência, que é possível ao ente público diligente efetuar prova da regularidade da contratação e da fiscalização na execução do contrato. Sendo assim, o ônus da prova, em virtude do princípio da aptidão, pertence à Administração Pública:

[...] II. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

**ÔNUS DA PROVA.** ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. Embora a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 tenha sido declarada em definitivo pela Excelsa Corte Suprema no julgamento proferido na ADC 16/DF, não há óbice para a condenação subsidiária de entidades da Administração Pública nas situações em que configurada a omissão no regular acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos de terceirização celebrados, particularmente em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas (legais e contratuais) por parte das empresas contratadas (Súmula 331, V, do col. TST). No caso dos autos, o Tribunal Regional afastou a responsabilidade subsidiária da segunda Reclamada, ao fundamento de que o Autor não se desonerou do ônus de provar a omissão do tomador de serviços na fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços. **Contudo, de acordo com o princípio da aptidão para a produção da prova, o ônus de demonstrar a regular fiscalização do contrato administrativo, inclusive quanto à quitação das obrigações trabalhistas, é do tomador dos serviços.** Afinal, na hipótese, a segunda Reclamada, como responsável pelo controle da atividade da empresa prestadora, detinha, indubitavelmente, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização

do contrato administrativo, ônus do qual não se desonerou, decorrendo daí a culpa in vigilando, que autoriza a condenação subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido. (RR nº 0000649-17.2010.5.06.0003, 7ª Turma do TST, Rel. Douglas Alencar Rodrigues. unânime, DEJT 17.12.2015). (Destaques posteriores).

Os votos do colendo TST seguem a mesma trilha, citando-se os seguintes precedentes: AIRR - 245800-24.2008.5.09.0095, **1ª Turma** (DEJT 18/04/2016); AIRR - 20042-74.2014.5.04.0121, **2ª Turma** (DEJT 15/04/2016); AIRR - 1140-25.2014.5.08.0101, **3ª Turma** (DEJT 15/04/2016); AIRR - 167-14.2013.5.02.0088, **4ª Turma** (DEJT 15/04/2016); RR - 881-06.2013.5.02.0433, **5ª Turma** (DEJT 27/11/2015); RR - 439-73.2014.5.03, **7ª Turma** (DEJT 15/04/2016); AIRR - 10989-84.2014.5.15.0017, **8ª Turma** (DEJT 15/04/2016).

#### **Da extensão da responsabilidade**

Quanto ao alcance da responsabilidade do tomador de serviços, o item VI da Súmula 331 do TST esclarece que a responsabilização subsidiária inclui o pagamento de todas as parcelas da condenação, em razão do princípio da reparação integral. Não tem aplicação aqui a Súmula 363, pois não trata a hipótese de contratação nula, mas de terceirização de serviços.

Além disso, o tomador de serviços compõe a relação processual e, caso condenado, deve responder por todo o prejuízo que o empregado sofreu em razão da sua atividade laboral, incluindo-se, aqui, as verbas rescisórias e as multas respectivas, sem prejuízo, por óbvio, da ação regressiva para ressarcimento pelo devedor principal.

#### **Da análise em concreto**

Tem-se por incontroversa a existência de contrato de prestação de serviços entre o INSTITUTO CIDADANIA E NATUREZA - ICN e o ESTADO DO MARANHÃO, bem assim a prestação de serviços pela parte autora, situação que evidencia a formação da relação terceirizada de serviços e autoriza a investigação da responsabilidade do tomador.

O Estado do Maranhão, além de não provar que a contratação da empresa terceirizada ocorreu por meio de procedimento de licitação, não comprovou o dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços. Pelo contrário, é notória a este Regional a existência de fatos irregulares que envolveram a execução do mencionado contrato (vide Proc.

0045943-13.2012.4.01.3700, Justiça Federal, Operação “Sermão dos Peixes”), donde emerge a culpa administrativa na respectiva fiscalização (culpa in vigilando), e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado pelo pagamento dos direitos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93).

Fica reconhecida, portanto, para os efeitos de aplicação da Súmula 331 do TST, e diante do não atendimento ao ônus probatório que lhe competia, a conduta culposa do ente público.

Como decorrência direta está a responsabilidade subsidiária, que deve alcançar todas as verbas devidas, no que estão abrangidas as penalidades como as dos arts. 467 e 477 da CLT, e não apenas as previstas na Súmula 363 do TST. A incidência desta é reservada aos casos de contratação nula, como dito supra. As hipóteses de terceirização, como a dos autos, desafiam a aplicação da Súmula 331, VI, do TST.

Por fim, há que se ressaltar que à hipótese tratada nestes autos aplicam-se os termos da Lei nº 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, tanto que os contratantes se valeram da dispensa de licitação para a realização do contrato, conforme autorizado por lei (vide Súmula de dispensa de licitação à fl. 217), não se podendo, por essa especial razão, cogitar da aplicação da Lei de Parcerias Voluntárias - Lei nº 13.019/2014, como requerido pelo recorrente.

Nada a reformar.

Responsabilidade dos sócios da contratada

Requer, ainda, o recorrente seja desconsiderada a personalidade jurídica da primeira reclamada previamente a qualquer ato construtivo em relação aos seus bens.

Sobre a responsabilidade dos sócios da primeira demandada, ainda que se trate de matéria afeta ao juízo de execução, é assente, na jurisprudência pátria, o entendimento de ser desnecessária a prática de medida constritiva contra o devedor principal, quando não efetue este o pagamento da dívida no prazo assinado, para que a cobrança se volte contra o devedor subsidiário, pois, desde esse momento, já se encontra configurada a inadimplência do primeiro.

Nesse sentido:

**“RECURSODEREVISTA.(...)2.DESCONSIDERAÇÃODAPERSONALIDADE JURÍDICA DA PRIMEIRA RECLAMADA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. BENEFÍCIO DE**

**ORDEM.**Inexiste, na condenação subsidiária, o benefício de ordem,



a fim de que sejam executados previamente os bens do sócio da empregadora do reclamante. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...). Recurso de revista não conhecido”. (RR-92-74.2012.5.03.0025, Rel. Min. Dora Maria da Costa, Data de Julgamento 22/05/2013, 8ª Turma, Data de Publicação 24/05/2013).

Tal posicionamento visa a assegurar a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), promovendo, assim, a rápida satisfação do crédito de natureza alimentar do trabalhador, que teve lesados seus direitos na relação de trabalho.

Nada a deferir.

### **Dano moral**

O ente público pugna pela exclusão da indenização, alegando que a parte autora não comprovou violação aos direitos da personalidade.

O dano moral, embora carente de um conceito fechado e definitivo, reflete um abalo a valores da personalidade do ser humano. Daí inclusive, para alguns, melhor seria denominá-lo de dano pessoal. Mas, independentemente da denominação, certo é que o abalo a tais valores comporta reparação, aspecto pacificado pela CF/88.

Os direitos da personalidade são os destinados à salvaguarda da própria dignidade da pessoa humana, recebendo do CC/2002 tratamento específico, consoante se infere da leitura dos arts. 11 a 21. Trata-se de direitos mínimos que asseguram a própria existência do ser humano, independentemente de qualquer outra adjetivação que se lhe dê.

Sua reparação é de natureza extrapatrimonial, o que a leva a ser, tecnicamente, uma “compensação” e não “indenização”, dada a impossibilidade de reversão da situação ao estado anterior. Ela tem respaldo, na órbita internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e, na interna, em nossa Constituição Federal de 1988, art. 5º, V e X, bem como no Código Civil, arts. 186, 187 e 927.

Na hipótese dos autos, o magistrado sentenciante, reconheceu o dano moral, deferindo indenização, ante a gravidade da conduta ré, que além de não efetuar o pagamento das verbas rescisórias, olvidou-se em registrar na CTPS o término da relação de emprego e sequer expediu as guias para habilitação no seguro desemprego.

Logo, não se trata de mero atraso das verbas rescisórias, mas de descumprimento de diversas obrigações trabalhistas à época da rescisão contratual, isto é, em momento de maior

fragilidade do trabalhador, que se vê sem emprego e sem suporte financeiro, vez que não recebeu as verbas rescisórias e seguro- desemprego.

Ora, a submissão do trabalhador aos constrangimentos supra demonstrados é conduta que tem o condão de provocar abalo psicológico e emocional no empregado, o que representa ofensa a direitos extrapatrimoniais (artigo 5º, V e X, da Constituição Federal), ensejando indenização por dano moral.

Configurados o ato ilícito da reclamada, o dano moral do empregado, o nexo causal entre a conduta do ofensor e a lesão do ofendido, assim como a culpa do empregador, resta devida a indenização fixada pelo MM. Juízo a quo.

Recurso improcedente.

### **Prequestionamento**

Considerando que toda a matéria controvertida foi devidamente apreciada nesta decisão, não há que se falar em necessidade de manifestação expressa deste Tribunal sobre eventual afronta a dispositivo legal para configuração do prequestionamento (Orientação Jurisprudencial nº 118 da SDI-I do TST), conforme requerido pelo recorrente Estado do Maranhão.

### **ACÓRDÃO**

#### **Acórdão**

Acordam os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, em sua 31ª Sessão Ordinária, realizada no dia dezessete de outubro do ano de 2018, tendo na Presidência o Excelentíssimo Senhor Desembargador **JOSÉ EVANDRO DE SOUZA**, e com a presença dos Excelentíssimos Senhores Desembargador **LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR** e Juiz **ANTONIO DE PÁDUA MUNIZ CORRÊA** (convocado), e ainda, com a presença do Excelentíssimo Senhor Procurador Regional do Trabalho **MAURÍCIO PESSOA LIMA**, por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar de nulidade processual por cerceamento do contraditório e da ampla defesa e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão de 1º grau.

Vencido o Desembargador José Evandro de Souza, que dava provimento ao recurso do Estado do Maranhão para excluir a sua responsabilidade subsidiária. Redigirá o acórdão o Desembargador Luiz Cosmo Júnior.

LUIZ COSMO DA SILVA JUNIOR

**Redator Designado**

**Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Relator Desembargador Eugenio Jose Cesario Rosa, publicado no DJE em 25/04/2019.**

## EMENTA

**DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR.**

Para a quantificação do valor indenizatório, deve-se sopesar o grau de culpa do agente causador do dano, a intensidade do ânimo de ofender, a extensão da lesão e a condição econômica das partes, além do caráter pedagógico e retributivo, não se admitindo, validamente, que o causador do dano seja obrigado a pagar indenização condizente tão-somente com a sua condição econômica. O valor deve ser suficiente para aliviar a vítima e, concomitantemente, inibitório de outras condutas semelhantes do agente causador, evitando, contudo, que o ressarcimento se transforme em fonte de enriquecimento injustificado para o lesado.

## RELATÓRIO

Dispensado, nos termos do artigo 852-I da CLT.

## VOTO

### ADMISSIBILIDADE

O recurso é adequado, tempestivo, a representação processual está regular e não necessita de preparo.

Portanto, dele conheço.

## MÉRITO

### RECURSO DA RECLAMADA

**DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO**

O MM. Juiz *a quo* entendeu que a dispensa da autora foi discriminatória e deferiu danos morais, no importe do postulado, 8 vezes a sua remuneração, perfazendo o montante de R\$12.872,00.

A reclamada recorre, alegando que não houve dispensa discriminatória, e que a dispensa da autora decorreu por ela não se adaptar ao setor e às rotinas de trabalho.

O direito à reparação do dano, em qualquer das suas espécies, exige a presença de três pressupostos concomitantes: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, nos termos prescritos no art. 186 do CC.

Para fazer jus à indenização por danos morais, a lesão deve recair sobre os direitos da personalidade da vítima, que, de acordo com o inciso X do artigo 5º da CF/88, são a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. O mero dissabor ou aborrecimento não enseja a pretendida reparação, sob pena de se subverter a própria lógica da reparação dos danos extrapatrimoniais.

Logo, os elementos essenciais que constituem o direito à indenização do referido dano não devem ser presumidos, mas devidamente comprovados, sendo da reclamante tal ônus, como estabelece o art. 818 da CLT c/c art. 373, I, do CPC.

Alegou a autora, na exordial, que foi contratada pela reclamada na condição de portadora de necessidades especiais, em razão de ter deficiência física, e que, depois de se afastar por motivo de doença - depressão, ao ser considerada apta e retornar ao trabalho, foi demitida.

A matéria foi analisada de forma percuciente pelo MM. Juiz sentenciante, que após discorrer sobre as hipóteses de ações discriminatórias por parte da reclamada, solucionou a lide com estrita observância ao conjunto probatório produzido nos autos e à espécie normativa aplicável ao caso. Dessa forma, em atenção ao princípio da celeridade processual, peço vênua para transcrever aqui, como razões de decidir, os judiciosos fundamentos lançados na r. sentença, *verbis* acerca da dispensa da autora:

Nesse tópico, há que se averiguar tenha ou não ocorrido um conjunto de fatos e circunstâncias, incluindo dispensa após o retorno de afastamento por motivo de doença com gravidade e natureza suficiente a configurar a discriminação na dispensa.

É interessante destacar o que faz emergir o conteúdo de um documento trazido aos autos pela própria Reclamada, que tem origem na CHEFIA DE DIVISÃO DE FARMÁCIA DO HOSPITAL MATERNO INFANTIL e é dirigida ao

DEPARTAMENTO DE PESSOAL, dando-se título ao ASSUNTO de “DESLIGAMENTO DE COLABORADORA PCD”, datado de 06.07.2018 (mesmo dia da dispensa da Reclamante): “solicito o desligamento da colaboradora Cleire Aparecida Machado da Silva, a mesma é PCD (Pessoa Com Deficiência) e ainda no seu período de experiência (novembro/2017) apresentou atestado psicológico de 90 dias, que se prorrogou, e só na presente data foi liberada para retornar as suas atividades laborais. Após sua volta a colaboradora não se adaptou a rotina imposta a ela, não atendendo a demanda deste setor” (ID. Da3a2fc- Pág. 7). Vê-se também que a mesma ELISANGELA TEIXEIRA DA SILVA que assinou a comunicação anteriormente mencionada, foi quem assinou a comunicação de dispensa da reclamante (ID. Da3a2fc - Pág.6).

E mais, essa mesma empregada da Reclamada, de nome ELISANGELA TEIXEIRA DA SILVA no documento de ID. Da3a2fac - Pág.4, apresenta a seguinte solicitação (datada de 06.07.2018): “SOLICITO DESLIGAMENTO NO DIA 06/07/2018 DA COLABORADORA CLEIRE APARECIDA MACHADO DA SILVA, A MESMA É PCD (PESSOA COM DEFICIÊNCIA) E VEM HÁ 7 MESES APRESENTANDO ATESTADOS PSICOLÓGICOS, NÃO SENDO POSSÍVEL MANTÊ-LA NO QUADRO DE FUNCIONÁRIOS DA FARMÁCIA”.

Ora, não era obrigada a Reclamada apresentar razões da DISPENSA SEM JUSTA CAUSA, mas o fez.

Não há como deixar de vincular essa motivação à Reclamada e analisá-la à luz do Direito aplicável ao caso para verificar tenha sido ou não praticado a dispensa discriminatória.

Ora, como foi dito, não era necessário motivar o ato de dispensa, mas uma vez motivado, documentado e trazido aos autos pela própria Reclamada, esse ato deve ser analisado à luz do CONTRATO REALIDADE.

Mas seria a motivação da Reclamada, vinculando a dispensa à menção da circunstância de cuidar-se de PESSOA COM DEFICIÊNCIA e de afastamentos por adoecimento mental uma dispensa discriminatória?

O que é a dispensa discriminatória? O que é a discriminação?

Em primeiro lugar, há que se ressaltar que o que importa é a DISCRIMINAÇÃO, no seu sentido jurídico.

Para isso, faz-se uma digressão histórica. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, em 1948 já estabelecia no seu artigo 7o. Que “Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal

discriminação” (Grifou-se). Cuida-se de uma referência expressa à proibição da discriminação, sem, portanto, dar-lhe seus contornos conceituais.

A CONVENÇÃO n. 111 da OIT, de 1958, que tratou da DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE EMPREGO E PROFISSÃO em seu artigo 1o. definiu bem o termo: Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

(o original não é grifado).

Aqui a referência ao motivo discriminatório por doença está expresso em “QUALQUER OUTRA DISTINÇÃO”.

Assim, não há dúvida de que há proibição à discriminação por motivo de doença, inclusive no âmbito do meio em que dá a relação de emprego.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pela ONU em 21 de dezembro de 1965 e em seu artigo 1o assim deu os contornos para a DISCRIMINAÇÃO RACIAL: “... qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública” (o original não é grifado).

No tocante à discriminação por motivos de pessoas acometidas por doenças, além do rol expresso na combinação do que se lê na SÚMULA 443 e do artigo 151 da lei 8123/91, há também que se levar em conta a existência da Lei 10.216 de 2001, que dispõe justamente sobre a proteção e os direitos



das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Art. 1o Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Art. 2o (...) Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

(...)

I - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

Art. 4o A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1o O tratamento visarà, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

Os verbos fazer distinção, exclusão, preferência, restrição e o substantivo “abuso” constituem as ações e condições discriminatórias.

Assim é que se verifica um conjunto de fatos e circunstâncias, em torno do afastamento por doença mental e a dispensa após o retorno de afastamento com expressa menção ao ser a obreira PESSOA COM DEFICIÊNCIA e com histórico de afastamento por motivo de “doença psicológica”, dá gravidade suficiente a reconhecer configurada a dispensa discriminatória.

Ou seja, comprovado o ato ilícito praticado pela reclamada, ao dispensar a autora de forma discriminatória, emerge o dever de indenizar.

Nada obstante, quanto ao montante da condenação, em que pese a ausência de critérios legais, é certo que a fixação do valor da indenização não deve ser irrisório em relação ao ofensor, tampouco que promova o enriquecimento sem causa por parte do ofendido.

O arbitramento da indenização por danos morais deve observar os seguintes parâmetros: a) natureza da lesão; b) capacidade econômica e o dolo do ofensor; c) caráter pedagógico da medida; d) extensão e gravidade do ato, a sua repercussão social, tudo nos termos prescritos no art. 944, CC.

Assim, tenho o que o valor deferido, no montante do postulado, R\$12.872,00,

afigura-se elevado, razão pela qual o reduzo para 3 vezes a remuneração da autora, que resulta em R\$4.827,00.

Apelo parcialmente provido.

## CONCLUSÃO

Conheço do recurso da reclamada e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, tudo nos termos da fundamentação.

Arbitro à condenação o novo valor de R\$5.068,35. Custas já recolhidas.  
É o voto.

## ACÓRDÃO

ACORDAM os magistrados da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em sessão virtual de 22/04/2019 a 25/04/2019, por unanimidade, em **conhecer** do recurso e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, nos termos do voto do Excelentíssimo Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Excelentíssimos Desembargadores do Trabalho, PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO (Presidente), KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, EUGÊNIO JOSÉ CESÁRIO ROSA e o douto representante do Ministério Público do Trabalho. Secretário da sessão, Celso Alves de Moura.

Goiânia, 25 de abril de 2019.

**EUGENIO JOSE CESARIO ROSA**

**Relator**

1ª REGIÃO

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 DIFERENÇAS SALARIAIS. A Declaração de Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º do Decreto nº 591/92) e as Convenções nºs 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho repudiam a discriminação e estabelecem a máxima segundo a qual para “um trabalho de igual valor, corresponderá um salário igual”. A isonomia em matéria remuneratória concretiza-se por meio de institutos específicos dentre os quais: a) o da equiparação salarial (art. 461, caput, da CLT); b) o do reenquadramento; c) o do salário equivalente ou equitativo (art. 460 da CLT c/c Lei nº 6019/74); d) o pagamento igualitário em caso de substituição e, e) a remuneração pelo desvio de função. No caso, contrariamente ao que restou consignado na sentença, não constitui óbice ao reconhecimento de desvio de função de empregado cedido a inexistência de cargo de Oficial de Justiça Avaliador no quadro de pessoal do órgão cedente. Recurso obreiro a que se dá provimento. (TRT-1 - RO: 01011878520165010471 RJ, Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Data de Julgamento: 14/03/2018, Gabinete da Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Data de Publicação: 04/04/2018)

RECURSO INTERPOSTO ANTERIORMENTE À LEI Nº 13.467/17. RELAÇÃO DE EMPREGO FRAUDADA SOB A FALSA NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO. REGIME DE CONTRATAÇÃO SUJEITO A CONDIÇÕES E PERCENTUAIS MÍNIMOS E A ATRIBUIÇÕES ESPECÍFICAS. DESVIRTUAMENTO. EXEGESE DA LIMINAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI (MC) 3.395. A Justiça do Trabalho é competente para conhecer das ações que versam sobre a relação de trabalho, de emprego e do desvirtuamento do regime de contratação para cargo em comissão. O Excelso Supremo Tribunal Federal, na ADI (MC) 3.395, afastou a competência da justiça especializada trabalhista apenas nos casos de configuração de legítimo regime jurídico-administrativo. Na hipótese de conformação do regime de contratação para cargos comissionados na Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional mostram-se necessários, além do atendimento às condições e aos percentuais mínimos previstos em lei, a observância das atribuições específicas do cargo, quais sejam: direção, chefia e assessoramento. CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 1º, IV; ART. 7º, CAPUT; ART. 37, CAPUT E INCISOS II, V, IX E § 6º; E § 3º DO ART. 39, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A ordem constitucional, fundada na valorização do trabalho e no respeito aos direitos humanos, repele a permanência da “política administrativa quase institucionalizada” de contratação de pessoal sem concurso público para evitar os encargos trabalhistas, sob a alegação de nulidade ex tunc dos contratos havidos. O princípio da juridicidade, que se equipara ao princípio da moralidade, deve impedir que a Administração Pública beneficie-se de sua própria torpeza ao receber trabalho sem contraprestação digna e decente. O Brasil obrigou-se a obedecer tal diretriz principiológica perante a Comunidade Internacional ao integrar-se à Organização Internacional do Trabalho - OIT e vincular-se à Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho. Cumpre-se, todavia,

o decidido pelo STF nos autos do processo RE nº 705.140, com repercussão geral nos termos já fixados na sentença. Recurso conhecido e desprovido.

(TRT-1 - RO: 01016932320165010225 RJ, Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Data de Julgamento: 07/03/2018, Gabinete da Presidência, Data de Publicação: 03/04/2018)

## 2ª REGIÃO

### **DANOS MORAIS. EMPREGADO VÍTIMA DE CONSTRANGIMENTOS E OFENSAS EM RAZÃO DE ORIENTAÇÃO SEXUAL. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA DE SUPERIOR HIERÁRQUICO. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA [...]** II. DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. HOMOFOBIA Com razão o trabalhador.

Restou comprovado em audiência que a demandada dispensou vários empregados homossexuais, tendo, ainda confessado a contratação posterior de outros em substituição.

Assim confessou o preposto: *“(...) que na reclamada havia cerca de 4 empregados homossexuais, dos quais 2, além do reclamante, também foram desligados no mesmo período, mas afirma que outros foram contratados (...)”*, fls.158.

Além disso, a testemunha trazida pelo reclamante disse: *“(...) que na época em que o reclamante foi dispensada não houve dispensa de outros empregados homossexuais; que melhor esclarecendo a depoente foi dispensada em seguida e a depoente é homossexual; que inquirida se mais alguém foi dispensada no período informa que Dirceu e este também é homossexual (...)”*, fls. 158 - g.n.

Comprovada, assim, a tese da exordial de que, com a vinda da gerente Gizeli, o autor e mais 2 empregados, todos homossexuais, foram dispensados (fls. 4). E, diferentemente, apesar de a defesa mencionar a existência de outros trabalhadores de igual orientação sexual, nada prova neste sentido (fls. 89), a fim de afastar a discriminação que lhe é imputada.

A prática da empresa mostra-se uma das mais retrógradas e repugnantes formas de discriminação: preconceito por orientação sexual. Destaca-se, ainda, que o fato apurado nos autos, além de discriminatório, também é ato atentatório ao inciso IV, do artigo. 3º da CF, que prevê como objetivo fundamental desta República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outros.

Interessante observar o recente julgamento do E. STF, na ADIn 4277 e ADPF n.º 132, que confirma a posição vanguardista do Judiciário Brasileiro na luta pela igualdade.

*In casu*, restou caracterizado o atentado à dignidade do empregado, que se viu humilhado em sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF), malferindo o empregador, por preposto, os princípios da igualdade (art. 5º, caput) e da dignidade humana (art. 1º, III, CF), práticas intoleráveis numa sociedade que se alça a um novo patamar civilizatório.

Ainda, não se pode ignorar a Reunião de Especialistas realizada em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, coordenada pela *Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos*, que apresentou os **“Princípios de Yogyakarta, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”**, e que logo em sua introdução estabelece que: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”*,

merecendo destaque os seguintes princípios:

**“PRINCÍPIO 2: DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO.** Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico. (...)”

**“PRINCÍPIO 3:DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI.** Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.(...)”

**“PRINCÍPIO 12:DIREITO AO TRABALHO.** Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado, inclusive em relação à educação profissional, recrutamento, promoção, demissão, condições

de emprego e remuneração;

b) Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também incluindo o serviço na polícia e nas forças militares, fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias.”

**“PRINCÍPIO 28: DIREITO A RECURSOS JURÍDICOS E MEDIDAS**

**CORRETIVAS EFICAZES.** Toda pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos

eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes. Os Estados deverão:

- a) Estabelecer os procedimentos jurídicos necessários, incluindo a revisão de leis e políticas, para assegurar que as vítimas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero tenham acesso a medidas corretivas plenas, através de restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia de não repetição e/ou qualquer outro meio que seja apropriado;
- b) Assegurar que esses recursos jurídicos sejam aplicados e implementados em tempo hábil;
- c) Garantir que sejam estabelecidas instituições e padrões eficazes para a provisão de recursos jurídicos e medidas corretivas, e que todo o seu pessoal seja treinado nos temas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Assegurar que todas as pessoas tenham acesso a todas as informações necessárias sobre os procedimentos para buscar recursos jurídicos e medidas corretivas;
- e) Garantir que seja fornecida ajuda financeira àquelas pessoas que não possam arcar com os custos das medidas corretivas e que seja eliminado qualquer outro obstáculo para assegurar essas medidas corretivas, seja ele financeiro ou de outro tipo;
- f) Assegurar programas de treinamento e conscientização, incluindo medidas voltadas para professores/as e estudantes em todos os níveis do ensino público, organismos profissionais, e violadores/as potenciais de direitos humanos, para promover o respeito e adesão aos padrões internacionais de direitos humanos de acordo com estes Princípios, assim como para combater atitudes discriminatórias por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.”

Desta forma, comprovado a dispensa discriminatória de trabalhador, por homofobia, deve ser observada a Lei n. [9029/95](#), cujo artigo [1º](#) dispõe que:

“É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso [XXXIII](#) do art. [7º](#) da [Constituição Federal](#).” (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (g.n.)

Nem se argumente que a referida lei não é aplicável ao caso, eis que a redação deixa em aberto outros casos (“entre outros”), donde pode ser incluída a discriminação por orientação sexual.

Assim, configurada a dispensa discriminatória por orientação sexual, decorrente de conduta abusiva e discriminatória de superior hierárquico, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº [9.029/95](#)[1] para deferir ao autor o pagamento de indenização em dobro do período de afastamento da data da ilegal dispensa até a data do ajuizamento da ação, por ser o critério mais razoável. Nesse sentido o seguinte precedente: [ED-ARR - 27000-03.2010.5.17.0009](#) , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 23/05/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/05/2018.

Para o cálculo, deverá ser utilizada a média remuneratória da contratualidade (fls. 141/150).

No que pertine à reparação do dano moral, comprovado o comportamento reprovável da reclamada, faz jus o trabalhador, ainda, à quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que atende aos parâmetros comumente utilizados para a fixação da reparação, quais sejam: a gravidade, a natureza e a repercussão da lesão (a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e a amplitude do dano); a situação econômica do ofensor; a intensidade dos efeitos da lesão em face da vítima, baseada em suas condições pessoais e o grau de culpa ou a intensidade do dolo. Além disso, o valor é hábil a



fazer com que o agressor evite outras infrações danosas de mesma natureza.

Nesse sentido, o julgado:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. A caracterização do dano moral, em regra, prescinde da comprovação objetiva de dor, sofrimento ou abalo psicológico, especialmente diante da impossibilidade de sua comprovação material. Considera-se, assim, a ocorrência do dano in re ipsa, sendo necessária apenas a comprovação do fato lesivo, o qual, por si só, representa agressão aos direitos da personalidade e, por conseguinte, dano moral à vítima. Recurso de Revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO EM DECORRÊNCIA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E PUBLICIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE PORTADOR DO VÍRUS HIV. 1. Diante da ausência de critérios objetivos norteando a fixação do quantum devido a título de indenização por danos morais, cabe ao julgador arbitrá-lo de forma equitativa, pautando-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como pelas especificidades de cada caso concreto, tais como: a situação do ofendido, a extensão e gravidade do dano suportado e a capacidade econômica do ofensor. Tem-se, de outro lado, que o exame da prova produzida nos autos é atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, cujo pronunciamento, nesse aspecto, é soberano. Com efeito, a proximidade do julgador, em sede ordinária, com a realidade cotidiana em que contextualizada a controvérsia a ser dirimida habilita-o a equacionar o litígio com maior precisão, sobretudo no que diz respeito à aferição de elementos de fato sujeitos a avaliação subjetiva, necessária à estipulação do valor da indenização. Conclui-se, num tal contexto, que não cabe a esta instância superior, em regra, rever a valoração emanada das instâncias ordinárias em relação ao montante arbitrado a título de indenização por danos morais, para o que se faria necessário o reexame dos elementos de fato e das provas constantes dos autos. Excepcionam-se, todavia, de tal regra as hipóteses em que o quantum indenizatório se revele extremamente irrisório ou nitidamente exagerado, denotando manifesta inobservância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferível de plano, sem necessidade de incursão na prova. 2. No caso dos autos, o egrégio Tribunal Regional, ao reduzir o valor da indenização devida por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), levou em consideração a culpa patronal, a extensão do dano, bem como o caráter pedagógico e repressor da medida. Resultam, assim, observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que não se cogita na revisão do valor da condenação, para o que se faria necessário rever os critérios subjetivos que levaram o julgador à conclusão ora combatida, à luz das circunstâncias de fato reveladas nos autos. 3. Recurso de Revista não conhecido. RECURSO DE REVISTA ADESIVAMENTE INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. Não se conhece do recurso interposto de forma adesiva quando não conhecido o apelo principal. Inteligência do artigo 500, III, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da interposição do apelo. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 3635200-40.2009.5.09.0013, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 13/04/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2016)

Reformo a r. sentença para acrescentar à condenação o pagamento de indenização em dobro do período de afastamento da data da ilegal dispensa até a data do ajuizamento da ação, bem como a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação por danos morais, cuja atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento, sendo que os juros incidem desde o ajuizamento da ação, conforme entendimento da Súmula nº 439 do E.TST.

[1] Art.4oOO rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. (TRT-2 10012596220175020090 SP, Relator: IVETE RIBEIRO, 4ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 18/09/2018)

AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO TRABALHISTA. APREENSÃO DE CNH E PASSAPORTE DO EXECUTADO COMO MEIO DE COMPELI-LO A PAGAR O DÉBITO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O inciso IV do art. 139 do CPC contemplou a possibilidade do juiz adotar medidas atípicas na busca da satisfação do crédito. Trata-se de comando genérico que pode gerar interpretações ampliativas de modo a desaguar em medidas desproporcionais. Há que se interpretar o referido dispositivo segundo a CF em especial segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. E, ainda, na aplicação do direito processual civil (no presente caso a regra do inciso IV do art. 139 do CPC) o juiz deve se valer da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme art. 8º do CPC. A apreensão de documentos como forma de compelir o devedor a saldar a dívida não é razoável pois viola a dignidade da pessoa humana e também não é proporcional pois não compatibiliza direitos fundamentais referentes à efetividade da tutela jurisdicional conferida ao credor e o respeito à dignidade do devedor. Acrescente-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678/1992 veda a restrição à liberdade pessoal do devedor por dívida, excetuando se a dívida oriunda de prestação alimentícia, à liberdade de locomoção e ao exercício de direitos senão em virtude de lei. Embora o Poder Judiciário se solidarize com o credor que busca desesperadamente o pagamento de suas verbas alimentares, não pode concordar com a transformação dos atos executivos em restrição à liberdade pessoal do devedor. (TRT-2 00910003919955020402 Praia Grande - SP, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 09/08/2018, 12ª Turma, Data de Publicação: 17/08/2018)

### 3ª REGIÃO

PRINCÍPIOS DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E DA IGUALDADE NO ACESSO À JUSTIÇA. A imposição de pagamento das despesas do processo à Reclamante hipossuficiente configura grave violação ao direito de acesso à justiça com igualdade, resguardado por expressa disposição da CF-88 (art. 5º, XXXV) e por normas internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 8º e 25), Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo X), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14), ratificados pelo Brasil e que possuem status supralegal, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 466.343). (TRT-3 - RO: 00109365020175030141 0010936-50.2017.5.03.0141, Relator: Fernando Antonio Viegas Peixoto, Setima Turma, p. 28/09/2018)

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ACESSO À JUSTIÇA. LEI N. 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. TEORIA DOS JOGOS APLICADOS AO DIREITO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 1. Como venho me manifestando, no campo jurídico processual, é cabível a invocação da chamada “Teoria dos Jogos”. Ao se compreender o processo como um jogo, em que são esperados comportamentos de disputa e de conflito, mas também de cooperação, em que o resultado não depende exclusivamente do fator sorte, o atuar dos jogadores face ao Estado Juiz deve ser realizado com ciência prévia das regras deste “jogo”. É indispensável que a parte tenha ciência das consequências jurídicas do ajuizamento do processo ou da defesa apresentada, com a legal possibilidade de avaliação das condutas processuais a ser adotadas, segundo situação que é e era previsível quando do ajuizamento, segundo a legislação à época. 2. O direito fundamental ao acesso à justiça é assegurado não apenas pela Constituição (art. 5º, XXXV, da CF) como também pelas convenções sobre direitos humanos das quais o Brasil é signatário, a exemplo do artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e o artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. 3. As referidas convenções ostentam status de supralegalidade, conforme entendimento do STF (RE 466.343), e prevalecem sobre as leis ordinárias, como a Lei 13.467/2017. 4. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou no sentido de que regras legais que obstaculizem o acesso à justiça por meio de imposição de custas e honorários advocatícios não passam pelo crivo do controle de convencionalidade, a exemplo do caso “Petroperú e outros vs. Peru” - 23 de novembro de 2017- e do caso “Cantos vs. Argentina” - 20 de dezembro de 2017 (In: CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. Acesso com riscos a direitos fundamenatis e bagatelização do trabalho. In: <http://pepe-ponto-rede.blogspot.com.br/2017/12/acesso-com-risco-direitos-fundamentais.html>) 4. Provimento concedido para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios. (TRT-3 - RO: 00117613020155030087 0011761-30.2015.5.03.0087, Relator: Adriana Goulart de Sena Orsini, Decima Primeira Turma, p. 07/06/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À SUA CONCESSÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONVENCIONALIDADE INTERNACIONAL. DISPENSA COLETIVA. 1. Nos termos do art. 300 do novo CPC, “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” . Dispõe ainda o seu § 3º que: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão” (grifei). Ou seja, uma vez presentes os requisitos legais (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), e inexistindo perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a tutela de urgência deverá ser concedida pelo Magistrado. Note-se que a lei não diz que a tutela de urgência poderá ser concedida. Não se trata, aqui, de uma faculdade do Juízo, mas de um poder-dever, a ser exercido sempre que presentes os pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência pretendida. 2. O disposto no art. 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/17, em sua própria literalidade, a despeito de esclarecer não ser necessária a “autorização prévia de

entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”, quedou-se silente a respeito da necessidade da instauração da consulta prévia para sua validade, no que bem andou o legislador, pois não poderia mesmo avançar mais e derogar os preceitos internacionais que tratam da necessidade do diálogo social no âmbito coletivo. 3. As normas de direitos humanos sobre o trabalho, quando internalizadas no ordenamento nacional, asseguram um patamar mínimo (não um teto) de garantias que dirigem a interpretação das normas emanadas do legislador ordinário. 4. O juiz brasileiro não é apenas um juiz nacional, mas um garante do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. (TRT-3 - MS: 00117786520175030000 0011778-65.2017.5.03.0000, Relator: Jose Eduardo Resende Chaves Jr., 1a Secao de Dissidios Individuais, p. 30/04/2018)



# DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

#ApoieOsDireitosHumanos

*Enunciados pela Organização das Nações Unidas na  
Declaração Universal dos Direitos Humanos.*

*No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos cujo texto, na íntegra, pode ser lido a seguir. Logo após, a Assembléia Geral solicitou a todos os Países - Membros que publicassem o texto da Declaração” para que ele fosse divulgado, mostrado, lido e explicado, principalmente nas escolas e em outras instituições educacionais, sem distinção nenhuma baseada na situação política ou econômica dos Países ou Estados”.*



## Declaração Universal dos Direitos Humanos

### Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos

humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto

**A ASSEMBLÉIA GERAL**  
**proclama**  
**A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.



**Artigo I**

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.



**Artigo II**

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

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.





**Artigo III**

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.



**Artigo IV**

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.



**Artigo V**

Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.



**Artigo VI**

Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.



**Artigo VII**

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.



**Artigo VIII**

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.



**Artigo IX**

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

**Artigo X**

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

**Artigo XI**

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

**Artigo XII**

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

**Artigo XIII**

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

**Artigo XIV**

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.



#### **Artigo XV**

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.



#### **Artigo XVI**

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.



#### **Artigo XVII**

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.



#### **Artigo XVIII**

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.



#### **Artigo XIX**

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

**Artigo XX**

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

**Artigo XXI**

1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

**Artigo XXII**

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

**Artigo XXIII**

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

**Artigo XXIV**

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.



### Artigo XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.



### Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.



### Artigo XXVII

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.



### Artigo XXVIII

Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

**Artigo XXIX**

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

**Artigo XXX**

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.



# *Estatuto do Homem (Ato Institucional Permanente)*

A Carlos Heitor Cony

## Artigo I

Fica decretado que agora vale a verdade,  
agora vale a vida,  
e de mãos dadas,  
marcharemos todos pela vida verdadeira.

## Artigo II

Fica decretado que todos os dias da semana,  
inclusive as terças-feiras mais cinzentas,  
têm direito a converter-se em manhãs de domingo.

## Artigo III

Fica decretado que, a partir deste instante,  
haverá girassóis em todas as janelas,  
que os girassóis terão direito  
a abrir-se dentro da sombra;  
e que as janelas devem permanecer, o dia inteiro,  
abertas para o verde onde cresce a esperança.

## Artigo IV

Fica decretado que o homem  
não precisará nunca mais  
duvidar do homem.  
Que o homem confiará no homem  
como a palmeira confia no vento,  
como o vento confia no ar,  
como o ar confia no campo azul do céu.

## Parágrafo único:

O homem, confiará no homem  
como um menino confia em outro menino.



Artigo V

Fica decretado que os homens  
estão livres do jugo da mentira.  
Nunca mais será preciso usar  
a couraça do silêncio  
nem a armadura de palavras.  
O homem se sentará à mesa  
com seu olhar limpo  
porque a verdade passará a ser servida  
antes da sobremesa.

Artigo VI

Fica estabelecida, durante dez séculos,  
a prática sonhada pelo profeta Isaías,  
e o lobo e o cordeiro pastarão juntos  
e a comida de ambos terá o mesmo gosto de aurora.

Artigo VII

Por decreto irrevogável fica estabelecido  
o reinado permanente da justiça e da claridade,  
e a alegria será uma bandeira generosa  
para sempre desfraldada na alma do povo.

Artigo VIII

Fica decretado que a maior dor  
sempre foi e será sempre  
não poder dar-se amor a quem se ama  
e saber que é a água  
que dá à planta o milagre da flor.

Artigo IX

Fica permitido que o pão de cada dia  
tenha no homem o sinal de seu suor.  
Mas que sobretudo tenha  
sempre o quente sabor da ternura.

Artigo X

Fica permitido a qualquer pessoa,  
qualquer hora da vida,  
o uso do traje branco.



Artigo XI

Fica decretado, por definição,  
que o homem é um animal que ama  
e que por isso é belo,  
muito mais belo que a estrela da manhã.

Artigo XII

Decreta-se que nada será obrigado  
nem proibido,  
tudo será permitido,  
inclusive brincar com os rinocerontes  
e caminhar pelas tardes  
com uma imensa begônia na lapela.

Parágrafo único:

Só uma coisa fica proibida:  
amar sem amor.

Artigo XIII

Fica decretado que o dinheiro  
não poderá nunca mais comprar  
o sol das manhãs vindouras.  
Expulso do grande baú do medo,  
o dinheiro se transformará em uma espada fraternal  
para defender o direito de cantar  
e a festa do dia que chegou.

Artigo Final.

Fica proibido o uso da palavra liberdade,  
a qual será suprimida dos dicionários  
e do pântano enganoso das bocas.

A partir deste instante  
a liberdade será algo vivo e transparente  
como um fogo ou um rio,  
e a sua morada será sempre  
o coração do homem.

Thiago de Mello  
Santiago do Chile, abril de 1964



# *Estatuto do Homem* *Adaptado por Pablo Neruda*

## Artículo 1

Queda decretado que ahora vale la vida,  
que ahora vale la verdad, y que de manos dadas  
trabajaremos todos por la vida verdadera.

## Artículo 2

Queda decretado que todos los días de la semana,  
inclusive los martes más grises, tienen derecho a convertirse  
en mañanas de domingo.

## Artículo 3

Queda decretado que, a partir de este instante,  
habrá girasoles en todas las ventanas,  
que los girasoles tendrán derecho a abrirse dentro de la sombra;  
y que las ventanas deben permanecer el día entero abiertas  
para el verde donde crece la esperanza.

## Artículo 4

Queda decretado que el hombre no precisará nunca más dudar del hombre.  
Que el hombre confiará en el hombre como la palmera confía en el viento,  
como el viento confía en el aire, como el aire confía en el campo azul del cielo.  
El hombre confiará en el hombre como un niño confía en otro niño.

## Artículo 5

Queda decretado que los hombres están libres del yugo de la mentira.  
Nunca más será preciso usar la coraza del silencio ni la armadura de las palabras.  
El hombre se sentará a la mesa con la mirada limpia,  
porque la verdad pasará a ser servida antes del postre.

## Artículo 6

Queda establecida, durante diez siglos,  
la práctica soñada por el profeta Isaías,  
y el lobo y el cordero pastarán juntos y la comida de ambos  
tendrá el mismo gusto a aurora.

## Artículo 7

Por decreto irrevocable queda establecido el reinado permanente de la justicia y de la claridad. Y la  
alegría será una bandera generosa  
para siempre enarbolada en el alma del pueblo.



Artículo 8

Queda decretado que el mayor dolor siempre fue y será siempre no poder dar amor a quien se ama, sabiendo que es el agua quien da a la planta el milagro de la flor.

Artículo 9

Queda permitido que el pan de cada día tenga en el hombre la señal de su sudor. Pero que sobre todo tenga siempre el caliente sabor de la ternura.

Artículo 10

Queda permitido a cualquier persona, a cualquier hora de la vida, el uso del traje blanco.

Artículo 11

Queda decretado, por definición, que el hombre es un animal que ama, y que por eso es bello, mucho más bello que la estrella de la mañana.

Artículo 12

Decrétase que nada estará obligado ni prohibido. Todo será permitido, inclusive jugar con los rinocerontes y caminar por las tardes con una inmensa begonia em la solapa. Sólo una coisa queda prohibida: amar sin amor.

Artículo 13

Queda decretado que el dinero no podrá nunca más comprar el sol de lãs mañanas venideras. Expulsado del gran bál del miedo, el dinero se transformará en una espada fraternal para defender el derecho de cantar y la fiesta del día que llegó.

Artículo final

Queda prohibido el uso de la palabra libertad, la cual será suprimida de los diccionarios y del pantano engañoso de las bocas. A partir de este instantela libertad será algo vivo y transparente, como um fuego o un río, o como la semilla del trigo y su morada será siempre el corazón del hombre.

(Tradução de Pablo Neruda, conforme constante em Os Estatutos do Homem, Vergara & Riba Editoras, 2001)

## A ERA DOS DIREITOS

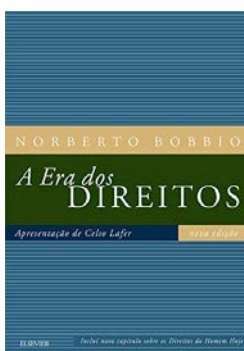
**Luiz Eduardo Gunther**

Norberto Bobbio, nascido em Turim em 1909 e morto na mesma cidade em 2004, foi um dos maiores filósofos políticos, além de historiador do pensamento político de uma cultura italiana, que, por si mesma, é rica neste campo do conhecimento. Foi, também, testemunha importante das três principais ideologias do século XX: o nazi-fascismo, o comunismo e a democracia liberal.

O livro é dividido em três partes. A primeira trata sobre os fundamentos dos direitos do homem, presente e futuro desses direitos e sua relação para com a sociedade. Discute, basicamente, sobre os Direitos Fundamentais e a relação de mudança que se configurou entre Estado e cidadãos (Estado Moderno) e que o problema maior não é justificar esses direitos, mas sim protegê-los.

A segunda parte fala sobre os direitos do homem na Revolução Francesa, a herança desse acontecimento e sua relação com Kant. O elemento comum entre os textos é a separação entre os estados civis e o artificial, não sendo essa uma divisão meramente ideológica, mas necessária para o reconhecimento inerente e imprescritíveis do homem.

A terceira parte aborda a resistência à opressão, a pena de morte, seu debate atual e as razões da tolerância. O autor finaliza sustentando sua principal frase: “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico”, pois são eles que garantirão a efetividade de um futuro mais digno para o ser humano.



Autor: Norberto Bobbio

(Tradutor: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.)



## CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Luiz Eduardo Gunther**

Este livro aborda temas que estão na ordem do dia das discussões jurídicas mais relevantes e oferece o que há de mais interessante e atual dentro da teoria e da prática dos Direitos Fundamentais. São enfrentadas as mais polêmicas e complexas questões que estão na agenda política do mundo todo, como o aborto, a eutanásia, as pesquisas com células-tronco, as cotas para negros em universidades, o casamento de pessoas do mesmo sexo, as limitações ao poder do Estado, a liberdade de expressão, o racismo, a tortura, entre outros temas voltados para a proteção dos direitos fundamentais. Esses assuntos são examinados sempre tendo como base teórica os princípios de interpretação constitucional que já fazem parte do discurso adotado pelos tribunais brasileiros e estrangeiros, como o princípio da proporcionalidade, da máxima efetividade, da concordância prática, da reserva do possível, entre inúmeros outros.

A obra se divide em três grandes partes.

A parte I abre as portas para os Direitos Fundamentais com três capítulos que abordam a teoria, o conceito e a evolução histórica dos direitos fundamentais.

A segunda parte traz uma visão geral dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, os direitos e deveres individuais e coletivos, as garantias processuais, os direitos sociais, de nacionalidade, políticos e a cláusula de abertura (art. 5º, §2º da CF/88): os direitos não enumerados, além do problema de titularidade dos direitos fundamentais.

A terceira parte apresenta as características dos Direitos Fundamentais com os seguintes capítulos: “De conselhos morais a normas constitucionais”; “Os direitos fundamentais como cláusulas pétreas”; “Direitos fundamentais como direitos subjetivos”; e “Direitos fundamentais como ‘sistema de valores’”.



Autor: George Marmelstein  
(6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. 549 p.)

A quarta parte versa sobre a hermenêutica dos Direitos Fundamentais, a colisão de direitos fundamentais, a técnica da ponderação, o princípio da isonomia e proporcionalidade, a proibição de abuso de direito fundamental e a renúncia a Direitos Fundamentais.

Na parte cinco apresentam-se 31 estudos de caso, e na sexta, um aprofundamento do estudo, com obras referenciais e filmes que falam sobre os Direitos Fundamentais.

# DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E NOTAS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Luiz Eduardo Gunther

Com sessenta anos de experiência como advogado e professor, o Doutor René Ariel Dotti destaca-se como um dos mais importantes juristas brasileiros pelo estilo combativo na advocacia e pela paixão pelo ensino, pelas artes, pela literatura e pela música.

O livro ora em apreço foi elaborado em 1998, por ocasião do aniversário de 50 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ao comemorar-se os 70 anos desse extraordinário documento universal, a obra permanece atual.

O livro traz, um por um, os artigos da DUDH com anotações sobre o que diz a Constituição brasileira e os diplomas infraconstitucionais sobre o assunto, e, ao final, um índice por palavras que facilita a busca pelo leitor.

Já do prefácio é possível ter ideia sobre o valor da obra: “Ao publicar o texto da Declaração e as remissões à legislação brasileira, a editora e o autor das notas pretendem oferecer aos profissionais e aos estudantes um repertório fundamental de princípios e regras que devem fomentar a convivência pacífica entre as pessoas e retratar o perfil ideológico e as ações administrativas de um Estado de Direito Democrático, como é qualificado o nosso gênero país, através do primeiro artigo da Constituição. Muito coerentemente, a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos Direitos Humanos. Este é um dos princípios constitucionalmente proclamados pela Carta Política de 1988 (art. 4º, II)”.



---

Autor: René Ariel Dotti  
(Curitiba: JM Editora, 1998. 83 p.)

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MUNDIAL

Luiz Eduardo Gunther

Este livro, composto de três capítulos, foi escrito durante o período em que o autor, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ, passou na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, como *Visiting Scholar*, no ano de 2011. Trata-se de um esforço para dar à dignidade humana uma dimensão jurídica e operacional, capaz de transformá-la em um conceito que possa ser utilizado produtivamente por juízes e tribunais.

O primeiro capítulo, sobre a Dignidade Humana no Direito contemporâneo, apresenta quatro títulos: origem e evolução; Direito comparado, Direito Internacional e discurso transnacional; Dignidade Humana nos Estados Unidos da América; e argumentos contrários ao uso da Dignidade Humana como um conceito jurídico.

No segundo capítulo, sobre a natureza jurídica e o conteúdo mínimo da Dignidade Humana, três títulos são desenvolvidos: a Dignidade Humana como um princípio jurídico; a influência do pensamento kantiano; o conteúdo mínimo da ideia de Dignidade Humana.

No terceiro capítulo, sobre a utilização da Dignidade Humana para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis, analisam-se o aborto, o casamento de pessoas do mesmo sexo e o suicídio assistido.



Autor: Luís Roberto Barroso  
(Belo Horizonte: Fórum, 2016. 132 p.)

Ressalte-se o que autor falou no epílogo, intitulado “iguais, nobres e deuses”: “Ao longo dos séculos, (...), com o impulso da religião, da filosofia e da política, uma ideia diferente de dignidade foi sendo desenvolvida - a dignidade humana -, destinada a assegurar o mesmo valor intrínseco para todos os seres humanos e o lugar especial ocupado pela humanidade no universo. (...) Em algum lugar do futuro, com a dose adequada de idealismo e de determinação política, a dignidade humana se tornará a fonte do tratamento especial e elevado destinado a todos os indivíduos: cada um desfrutando o nível máximo atingível de direitos, respeito e realização pessoal. Todas as pessoas serão nobres. Ou, melhor, como na lírica passagem de *Les Misérables*, “todo homem será rei”. E mais à frente ainda, como o desejo e a ambição são ilimitados, os homens vão querer ser deuses” (p. 112-113).



# DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

**Luiz Eduardo Gunther**

O tema dos Direitos Fundamentais é tão vasto a ponto de a matéria ter abrangência mundial e abarcar não só o Direito do Trabalho, como também o Direito Constitucional. Neste livro, o autor estuda o assunto à luz da doutrina, da jurisprudência e das normas internacionais, especialmente das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, tratando dos direitos fundamentais trabalhistas de modo amplo.

A obra compõe-se de 21 capítulos, que tratam da evolução mundial e brasileira dos Direitos Fundamentais, das suas denominações, teorias, classificações, ordem e direitos sociais, da liberdade de trabalho, do trabalho análogo ao de escravo, da não-discriminação, dos deficientes físicos, da vida privada, do salário mínimo, do direito da criança e do adolescente, da saúde, da ratificação das convenções da OIT, da Convenção 143, da dispensa arbitrária, e das liberdades sindical e de reunião.



Autor: Sergio Pinto Martins  
(São Paulo: Atlas, 2008. 258 p.)

## DIREITOS HUMANOS E DIREITO DO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther

No dizer de Marcus de Oliveira Kaufmann na contracapa do livro, “a obra que se apresenta não possui conteúdo hermético, preso a academicismos estéreis ou a esquemas teóricos que se repetem no discurso científico e jurídico brasileiro como dogmas de uma “verdade” (a verdade dos juristas!) que se pretende universal para o trato dos Direitos Humanos e de suas íntimas relações com o Direito do Trabalho. A obra parte de uma nova, inspiradora e revigorante perspectiva. (...) Autores das mais diversas formações e das mais diversas atuações jurídicas, em mais de uma dezena de facetas das análises possíveis – alguns de forma mais direta, outros de forma mais sutil –, enfrentam, assim, o emaranhado de algumas questões emblemáticas que se colocam na interseção dos Direitos Humanos e do Direito do Trabalho.”.

Compõe-se a obra de onze seções e vinte e um capítulos, com prefácio de Mauricio Godinho Delgado.

A primeira seção versa sobre a teoria geral dos Direitos Humanos e comporta um capítulo escrito por Geovany Cardoso Jevaux, que aborda a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e teorias correlatas.

A seção 2, sobre Direitos Humanos e Direito do Trabalho, traz três capítulos: o primeiro sobre o Direito do Trabalho na perspectiva dos Direitos Humanos, de autoria de Carlos Henrique Bezerra Leite; o segundo, sobre as funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia, de Mauricio Godinho Delgado; e o terceiro, sobre a inclusão econômico-social efetivada pela deflagração dos ramos sociais do direito e da democracia, de Érica Fernandes Teixeira.

A seção 3, sobre Direitos Humanos e a subordinação estrutural: o teletrabalho, traz artigo de autoria de Rúbia Zanotelli de Alvarenga, intitulado “O teletrabalho e a subordinação estrutural”.



Organizadoras: Lorena de Mello Rezende Colnago  
e Rúbia Zanotelli de Alvarenga  
(São Paulo: LTr, 2013. 414 p.)

A seção 4, sobre Direitos Humanos e discriminação no trabalho, traz dois artigos: “Discriminação quanto à opção sexual e o papel da empresa na manutenção da higidez do meio ambiente do trabalho”, de Gustavo Borges da Costa e Luciane Borges da Costa Marcelino, e “Os direitos da personalidade e o trabalhador portador do vírus HIV”, de Rúbia Zanotelli de Alvarenga.

A seção 5 trata dos Direitos Humanos e da saúde no trabalho e apresenta dois capítulos: um sobre sustentabilidade ambiental e suas dimensões social, econômica e jurídica, de Elizabeth de Mello Rezende Colnago, e outro sobre sustentabilidade humana: limitação de jornada, direito à desconexão e dano existencial, de Lorena de Mello Rezende Colnago.

A seção 6 aborda os Direitos Humanos e o Direito Penal do Trabalho e traz três capítulos: “Violência sexual contra a criança e o adolescente no marco da precarização das relações de trabalho”, de Guilherme Guimarães Feliciano; “O homicídio laboral: em busca da efetividade dos direitos trabalhistas por meio da tipificação penal”, de Lorena de Mello Rezende Colnago, e “Assédio sexual: o direito das mulheres entre o feminismo e o punitivismo”, de Camila de Magalhães Gomes.

A seção 7 versa sobre os Direitos Humanos e o trabalho escravo contemporâneo, com dois capítulos que trazem as características do trabalho escravo contemporâneo, de Marcelo José Ferlin D’Ambroso, e a proibição do trabalho escravo ou forçado, de Domingos Sávio Zainaghi.

A seção 8 se intitula “Um contraponto necessário - os direitos fundamentais do empregador” e fala sobre a dignidade da empresa no Direito do Trabalho no artigo de autoria de Marcelo Tolomei Teixeira.

A seção 9, sobre Direitos Humanos e Direito Coletivo do Trabalho, traz os seguintes títulos: “Sindicalismo e representações coletivas unitárias nos locais de trabalho: uma investigação útil para a aferição de representatividade sindical”, de Marcus de Oliveira Kaufmann; “Dano moral coletivo e a solução dos casos difíceis na visão de Herbert Hart e Robert Dworkin”, de Clarissa Mendes de Sousa; e “Pretensão de nulidade da despedida coletiva: controvérsia em torno das vias processuais adequadas”, de Marcos Scalercio e Isabella Borges.

A seção 10, sobre Direitos Humanos e tutela jurisdicional coletiva, traz dois capítulos que debatem sobre o princípio do microsistema processual de tutela coletiva, de Enoque Ribeiro dos Santos, e sobre a evolução dos Direitos Humanos e os interesses metaindividuais, de Izaura Fabíola Lins de Barros Lôbo Cavalcanti.

A seção 11, sobre o resgate da tutela judicial humanista do trabalho, traz artigo de Maximiliano Pereira de Carvalho sobre o papel do Poder Judiciário na pós-modernidade.

# DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

**Luiz Eduardo Gunther**

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é Doutor pela Universidade de Paris, Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP e Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa.

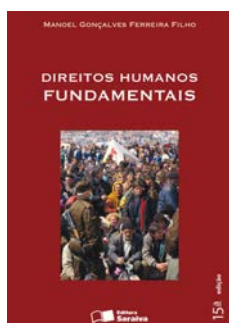
Sua obra possui 15 capítulos divididos em duas grandes partes.

O primeiro capítulo trata do Estado Constitucional de Direito e a segurança dos direitos do homem.

A parte I - sobre os direitos fundamentais e sua evolução - conta com os capítulos 2 a 10. No segundo capítulo abordam-se as fontes e antecedentes dos direitos fundamentais; no terceiro, o modelo da Declaração de 1789; no quarto, as liberdades públicas; no quinto, a evolução histórica e doutrinária; no sexto, a Constituição de Weimar e os direitos sociais; no sétimo, os novos direitos fundamentais de solidariedade; no oitavo, a proteção contra o legislador; no nono, a proteção contra o administrador; e, no décimo, a proteção internacional.

Na parte II analisam-se os direitos fundamentais no ordenamento brasileiro. São quatro capítulos destinados a essa parte. O capítulo 11 debruça-se sobre os direitos fundamentais na Constituição brasileira; o 12, sobre os princípios do Estado de Direito; o 13, sobre o sistema judiciário de garantia; o 14, sobre o regime extraordinário; o 15, sobre os remédios constitucionais.

A obra traz, ainda, três anexos: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a segunda parte da Constituição do Reich alemão de 1919 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.



---

Autor: Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
(9. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2007. 197 p.)

Segundo as palavras do próprio autor, no prefácio: “Este livro não tem maior pretensão do que a de servir de iniciação para o estudo dos direitos fundamentais. Não é um livro de filosofia de direito, não é um livro de história das ideias e das instituições, não é um tratado jurídico; é - reitero - uma introdução ao estudo dos direitos fundamentais”.

## ESTADO E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE CRISE

**Luiz Eduardo Gunther**

O autor acredita que estamos num período de escuridão em matéria de Direitos Humanos, razão pela qual pensa ser importante fortalecer e propagar o tema. Os direitos humanos em tempos de crise têm sido fonte de preocupação nos dias atuais, e a obra se propõe a resgatar antigos entendimentos e alavancar novas reflexões.

O primeiro capítulo, intitulado “Estado, democracia e direitos humanos”, introduz a temática e fala do Estado e de seus elementos constitutivos, sua classificação, funções e interdependência entre democracia, cidadania e direitos humanos.

O segundo capítulo apresenta aspectos fundamentais sobre a teoria democrática e elucida sobre a participação popular no Estado Democrático de Direito e o papel da Constituição, seu sistema de regras, princípios e valores e aborda sobre a cidadania, tratando dos aspectos gerais do pluralismo.

O terceiro capítulo traça os antecedentes históricos e a questão terminológica dos Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira.

O quarto capítulo discorre sobre os Direitos Humanos e a globalização, seu impacto sobre os direitos sociais, o direito ao desenvolvimento, assimetrias globais, direitos humanos e sua necessidade de concepção intercultural, o princípio da não indiferença, a globalização, os desafios para o direito e a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, além do problema da escassez de recursos.



Autor: Sidney Guerra  
(Curitiba: Instituto Memória, 2018. 324 p.)



O quinto capítulo trata da realidade social brasileira no contexto pós-moderno, com os títulos “A sociedade pós-moderna” e “O contexto social brasileiro na transição para o século XXI: a pós-modernidade no Brasil”.

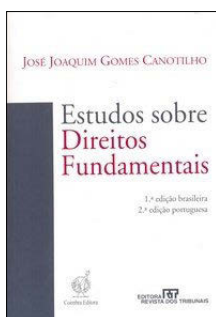
O capítulo sexto, último, remete ao título do livro e discorre sobre o Estado e os Direitos Humanos em tempos de crise.

## ESTUDOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Luiz Eduardo Gunther**

Sob ótica diferenciada, fruto de reflexões de um dos mais renomados especialistas em Direito Constitucional, esta obra reúne textos raros e inéditos sobre Direitos Fundamentais.

A obra, lançada no Brasil e em Portugal, país de origem do autor, conta com catorze ensaios. O primeiro se denomina “O círculo e a linha”, e trata da “liberdade dos antigos” à “liberdade dos modernos” na teoria republicana dos direitos fundamentais. O segundo fala sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, o terceiro sobre a Constituição e o déficit procedimental. O quarto se chama “Provedor de justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias” e o quinto “‘Metodologia fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais”. O sexto capítulo aborda a teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, o sétimo os métodos de proteção dos direitos, liberdades e garantias, o oitavo trata das privatizações e direitos, liberdades e garantias e o nono do ônus da prova na jurisdição das liberdades. O décimo disserta sobre o direito ao ambiente como direito subjetivo, o décimo primeiro sobre a dogmática dos direitos fundamentais e do direito privado. O décimo segundo capítulo se intitula “Liberdade e exclusivo na Constituição”, o seguinte “Terrorismo e direitos fundamentais”, e o último “‘Bypass’ social e o núcleo essencial de prestação sociais”.



---

**Autor: José Joaquim Gomes Canotilho**  
(São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.  
273 p.)

# O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luiz Eduardo Gunther

O processo como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais é um tema que tem merecido especial atenção dos operadores do Direito e, por tal motivo, foi o escolhido para discussão no XII Congresso Nacional dos Procuradores do Trabalho, realizado em abril de 2007 pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), evento que, sob os mais variados enfoques, possibilitou a apresentação de análises e apontou caminhos para efetivação da justiça.

A obra reúne dez artigos sobre a temática do processo como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais.

O primeiro texto, de Fernando Valdés Dal-Ré, redigido em espanhol, trata da vinculação jurídica dos Direitos Fundamentais da pessoa do trabalhador no direito comparado.

O segundo, escrito por Sebastião Vieira Caixeta, aborda as reformas e a celeridade do processo do trabalho.

O terceiro, de Brasilino Santos Ramos, reflete sobre a aplicabilidade das alterações do CPC no processo trabalhista.

O quarto, de Gisele Santos Fernandes Goes, refere-se a aspectos da reforma processual civil aplicados ao processo trabalhista: a Lei 11.232/05.

O quinto, de autoria de Estêvão Mallet, fala sobre a Lei 11.382 e o Processo do Trabalho.

O sexto, “O processo coletivo como instrumento de transformação da realidade social dos trabalhadores e o código brasileiro de processos coletivos”, é o título do artigo de autoria de Guadalupe Louro Turos Couto, e “Novos contornos da execução trabalhista”, de Valério Soares Heringer, o sétimo.



Coordenadores: Juliana Vignoli Cordeiro e Sebastião Vieira Caixeta  
(São Paulo: LTr, 2007. 170 p.)

O oitavo, de Edilton Meireles, trata da nova e velha execução trabalhista.

O nono artigo é sobre modernização como a verdadeira reforma do Judiciário, de Sérgio Renato Tejada Garcia.

O décimo, e último, debruça-se sobre o processo digital e foi escrito por Alex Duboc Garbellini.

# VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

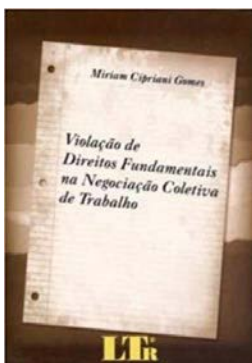
Luiz Eduardo Gunther

Miriam Cipriani Gomes, doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná, é Mestre pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, onde também é professora na Graduação e na Especialização. Este livro é resultado da defesa de sua dissertação de Mestrado, e compõe-se de duas partes: Direito Coletivo do Trabalho no Brasil e os Direitos Fundamentais no contexto da negociação coletiva de trabalho.

Na primeira parte a obra divide-se em três títulos: conceito, objeto e fundamentos; negociação coletiva de trabalho; autonomia privada coletiva e limites da negociação coletiva de trabalho. Na segunda parte analisam-se os significados, a multifuncionalidade e a evolução dos direitos fundamentais e como se comportam na Constituição brasileira, com a apresentação de estudos de casos.

A obra tem por objetivo proporcionar ao leitor uma visão sobre o tratamento dado aos direitos fundamentais no processo dialético de criação do Direito do Trabalho pela via da negociação coletiva. O processo de criação do Direito, notadamente o processo de criação do Direito autônomo, permitido em uma sociedade pluralista como é a sociedade brasileira, vem sendo afetado por fatores diversos, que não têm contribuído para o avanço social.

Não raras vezes, esses processos violam um núcleo de proteção que deveria estar resguardado contra a autonomia privada. A negociação, assim, deixa de cumprir seu papel nuclear de composição justa de conflitos coletivos, ocupando pouco espaço, em um cenário que clama pela concretização da dignidade, como valor mais profundo do ordenamento.



Autora: Miriam Cipriani Gomes  
(São Paulo: LTr, 2012. 152 p.)

# LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

**Luiz Eduardo Gunther**

A dignidade humana se erige nas sociedades ocidentais como fundamento da ordem jurídica e como princípio geral que cumpre uma quadrúplice função hermenêutica, similar àquela do dever de boa-fé. A partir dessa perspectiva, o presente livro analisa a tutela da dignidade humana opostamente à da boa-fé, como ocorre nos atos discriminatórios e degradantes e nos decorrentes do poder diretivo do empregador. Da mesma forma, os direitos fundamentais são analisados como requisitos legais da dignidade humana, com particular referência aos da intimidade e da própria imagem perante as medidas de controle e vigilância.

O livro está dividido em três capítulos.

O primeiro divide-se em quatro títulos e versa sobre a consideração devida à dignidade humana na relação trabalhista, abordando a tutela da dignidade humana na empresa, o direito e o dever ao trabalho como exigência dela, o dever de boa-fé e o poder diretivo do empregador.

O segundo capítulo se parte em dois títulos e discorre sobre os direitos e liberdades fundamentais como exigências jurídicas da dignidade humana e o direito à honra, à liberdade de expressão e à informação.

O terceiro capítulo, dividido em três títulos, trata do direito à intimidade e à própria imagem, as medidas de controle e a igual dignidade como fundamento metajurídico da dignidade humana.

Oportuno mencionar o Professor Alfredo Montoya Melgar, que, no prefácio, ressalta que o enfoque da autora enlaça a busca sempre renovada de uma fundamentação ética do jurídico, com o objetivo de se conseguir, para o Direito, uma justificação que se repousa sobre o que, a cada tempo, existe como socialmente necessário e o transcende, de forma que o jurista pergunte não somente o que é o Direito, mas também o que deva sê-lo.



---

Autora: Luz Pacheco Zerga  
(Pamplona-Espanha: Thomson/Civitas, 2007. 343 p.)



# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**Luiz Eduardo Gunther**

O autor é Doutor em Direito pela Universidade de Bolonha e catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha - Espanha. A análise das tarefas decisivas que dizem respeito aos direitos fundamentais, a partir das coordenadas do sistema legal espanhol, é o objeto de estudo do livro.

A obra divide-se em quatro capítulos: delimitação histórica e conceitual dos direitos fundamentais; os direitos fundamentais na Constituição espanhola de 1978; a fundamentação e o sistema dos direitos e liberdades constitucionais; liberdades públicas e os direitos sociais na Constituição espanhola de 1978.

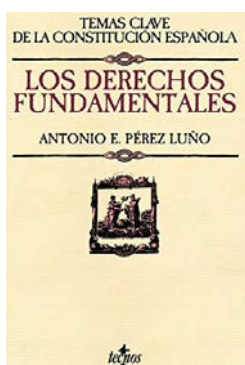
O primeiro capítulo trata dos seguintes temas: função dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo; formação e evolução histórica dos direitos fundamentais; aproximação com o conceito dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo fala dos direitos fundamentais no modelo constitucional de 1978 e da positivação constitucional dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo enfrenta o tema da fundamentação do estatuto constitucional dos direitos e liberdades: a parábola do “homem-toupeira” e o sistema constitucional de direitos fundamentais.

O quarto capítulo analisa as liberdades públicas e os direitos econômicos, sociais e culturais e a continuidade entre as liberdades públicas e os direitos sociais.

Segundo o autor, aos direitos fundamentais corresponde um papel legitimador importante das formas constitucionais de Estado de Direito sobre os quais as sociedades democráticas devem ser construídas. Desde o início do constitucionalismo, os direitos fundamentais têm representado a principal garantia do Estado de Direito.



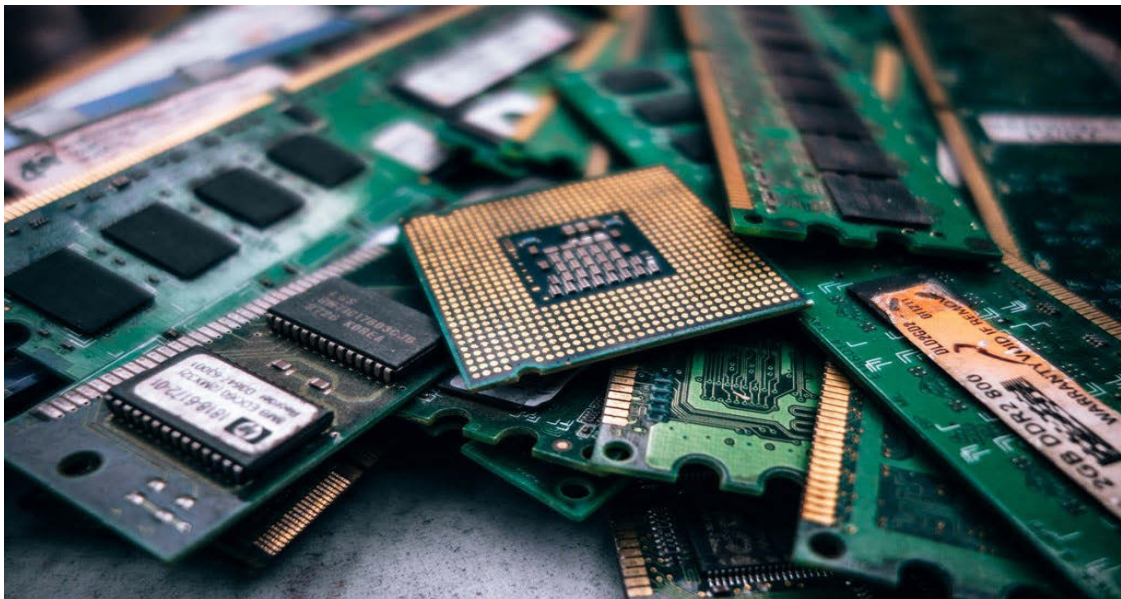
---

Autor: Antonio E. Perez Luño  
(9. ed. Madri: Tecnos, 2007. 234 p.)

## LIXO ELETRÔNICO PRECISA SER TRANSFORMADO EM FONTE DE TRABALHO DECENTE, DIZ OIT

Publicado em 23.04.2019

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) pediu neste mês (14) que governos transformem a crescente “enxurrada tóxica de lixo eletrônico e elétrico” numa fonte de empregos decentes, por meio de mais investimentos em reciclagem e reaproveitamento. O mundo produz até 50 milhões de toneladas de lixo eletrônico todos os anos, um volume avaliado em mais de 60 bilhões de dólares.



OIT alerta para enxurrada de lixo eletrônico, que deve ser melhor gerida para criar fontes de trabalho decente

Mas de acordo com a OIT, apenas 20% do lixo eletrônico é formalmente reciclado.

“Cada etapa do processo de reutilização, reciclagem, renovação e revenda”, no que diz respeito às tecnologias, “precisa ser analisada de maneira mais sistemática”, defendeu Nikhil Seth, presidente do Fórum de Diálogo Global da OIT sobre Trabalho Decente, na área de gestão de resíduos elétricos e eletrônicos.

Num encontro em Genebra, governos e organizações de trabalhadores e de empregadores chegaram a um acordo para pedir que países tentem, em todos os níveis, aumentar investimentos em sistemas e infraestruturas de gestão de resíduos. A resolução visa lidar com os “fluxos de lixo eletrônico que crescem rapidamente, de maneira que o trabalho decente (também) avance”.

Segundo a decisão, autoridades precisam reconhecer a necessidade de proteger pessoas que trabalham com resíduos eletrônicos tóxicos e perigosos. Esses materiais têm impacto negativo tanto nos indivíduos quanto no meio ambiente.

“Trabalhadores que lidam com lixo eletrônico não têm voz, não têm poder de barganha”, disse o vice-presidente dos trabalhadores junto à OIT, James Towers. O representante alertou que a mão-de-obra desse setor “está quebrando materiais perigosos com as mãos”.

“Estes trabalhadores não estão cientes dos muitos riscos associados à gestão de lixo eletrônico”, enfatizou Towers.

Esse tipo de resíduo tem se tornado um recurso cada vez mais importante para o setor de trabalho informal. Junto à cadeia de valor do lixo eletrônico, trabalhadores recuperam, renovam, dão outro propósito e reciclam equipamentos eletrônicos e elétricos.

“Há uma grande oportunidade de negócios no setor de lixo eletrônico”, ressaltou o vice-presidente dos empregadores, Patrick Van den Bossche.

“Precisamos aumentar nossos esforços para criar empregos decentes e sustentáveis, nutrir um ambiente que permita empresas sustentáveis, oferecer novos produtos e novos serviços e agregar valor através do fortalecimento da economia circular”, afirmou.

O vice-presidente para os governos, Aniefiok Etim Essah, falou sobre como o lixo eletrônico está alterando seu país, a Nigéria, assim como outras nações africanas. Para o dirigente, o fenômeno pode ser transformado em algo positivo.

“Nossa juventude possui a criatividade e o potencial para aprender habilidades para gerir o lixo eletrônico, dando-nos a oportunidade de aumentar as taxas de emprego entre jovens.”

A OIT é membro da Coalizão de Lixo Eletrônico da ONU, formada para aumentar a colaboração, construir parcerias e fornecer apoio aos países de forma mais eficaz, a fim de melhorar a gestão desses resíduos.

Fonte: <https://nacoesunidas.org/lixo-eletronico-precisa-ser-transformado-em-fonte-de-trabalho-decente-diz-oit/>

## OIT PREMIA INICIATIVA REGIONAL PARA COMBATER TRABALHO INFANTIL NA AMÉRICA LATINA

Publicado em 23/04/2019

A Iniciativa Regional América Latina e o Caribe Livres de Trabalho Infantil recebeu o “Prêmio Inovação” da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em reconhecimento à sua contribuição na promoção do trabalho decente, seu impacto positivo e significativo nos constituintes da OIT, enfrentando um desafio particular de uma maneira única e original.



O trabalho infantil atinge cerca de 3,3 milhões de crianças entre cinco e 17 anos em todo o Brasil, segundo dados de 2014 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A Iniciativa Regional iniciou-se a partir de um projeto de cooperação sul-sul promovido entre Governo brasileiro, a OIT e países da região, contando com a ativa participação de representantes da Secretaria Especial do Trabalho e Previdência e do Ministério da Cidadania do Brasil. Atualmente, é reconhecida como um instrumento de cooperação intergovernamental formado por 30 países para atingir a meta 8.7 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que busca acabar com todas as formas de trabalho infantil até 2025.

A segunda edição do “Prêmio Inovação da OIT” homenageia funcionários da OIT no mundo todo que atingiram resultados considerados excepcionais. Em torno de 700 pessoas foram indicadas por 540 oficiais da Organização para as categorias “Trabalho em Equipe”, “Inovação” e “Liderança”.

As vencedoras brasileiras foram Fernanda Barreto Ribeiro e Maria Cláudia Mello da Silva Falcão, coordenadoras de programas da OIT e integrantes da Secretaria Técnica da Iniciativa.

A edição deste ano do prêmio marca o centenário da OIT e teve número recorde de indicações. Os vencedores receberão a homenagem em 6 de maio, durante uma cerimônia na sede da OIT, em Genebra, com a presença do diretor-geral da Organização, Guy Ryder. O evento será aberto a funcionários e terá transmissão ao vivo para todos os escritórios da OIT.

Fizeram parte do comitê de avaliação membros da sede da Organização, assim como funcionários de campo, representando diferentes níveis e setores. O processo foi liderado pelo diretor do Centro de Treinamento Internacional da OIT em Turim, na Itália, Yanguo Liu.

“Foi uma honra presidir o painel nesta segunda edição do prêmio. Fiquei impressionado e animado com o sucesso contínuo dessa iniciativa”, disse Liu. “O alto número de indicações mostrou como os funcionários da Organização estão fazendo a coisa certa — com ótimos exemplos de inovação, trabalhando juntos e sendo um exemplo para os outros”, declarou.

“Analisar as nomeações me deu uma visão mais aprofundada da cultura organizacional e do espírito compartilhado por tantas equipes da OIT em todo o mundo. Este espírito é um reflexo dos valores da Organização e é um elemento-chave do nosso sucesso”, concluiu.

Fonte: <https://nacoesunidas.org/oit-premia-iniciativa-regional-para-combater-trabalho-infantil-na-america-latina/>



## ONU CELEBRA 100 ANOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Publicado em 11/04/2019

Em pronunciamento para marcar o centenário da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o chefe da ONU, António Guterres, afirmou na quarta-feira (10) que o organismo chega aos 100 anos como uma “voz confiável” para “garantir justiça social em cada canto do nosso mundo”. O Secretário-geral ressaltou a relevância da primeira agência especializada das Nações Unidas diante das atuais transformações tecnológicas e digitais das atividades produtivas.

A OIT nasceu em 11 de abril de 1919, em meio aos destroços da Primeira Guerra Mundial, conforme as potências vitoriosas se reuniam para elaborar o Tratado de Versalhes. No documento, os países afirmaram a necessidade de promover a justiça social a serviço de uma “paz universal e duradoura”.



Sede da OIT iluminada para celebrar os cem anos da Organização

À época, lembrou Guterres durante evento comemorativo em Nova Iorque, o contexto era de agitação, com sindicatos recém-fortalecidos em todo o mundo pedindo tratamento justo, dignidade no trabalho, salários adequados e uma jornada de oito horas. “As nações do mundo viram que precisavam cooperar para fazer isso acontecer”, afirmou o secretário-geral.

Segundo o dirigente, embora seja a mais antiga agência da ONU, “a OIT permanece, até hoje, um dos espaços de congregação mais singulares do sistema internacional” e “uma fonte de força e legitimidade”, pois reúne representantes dos Estados-membros, empregadores e trabalhadores, que buscam soluções por meio do diálogo.



“Passando por (contextos de) conflito e paz, democracia e ditadura, descolonização e Guerra Fria, globalização e turbulência, a OIT desempenhou um papel central na luta pelo progresso social”, acrescentou o secretário-geral.

Guterres alertou ainda para os desafios atuais, “de profunda incerteza, ruptura e transformação tecnológica”. “Até o conceito de trabalho vai mudar — e a relação entre trabalho, lazer e outras ocupações (também)”, enfatizou a autoridade máxima das Nações Unidas.

O secretário-geral ressaltou que “como a economia digital opera num mundo sem fronteiras, mais do que nunca, as instituições internacionais precisam desempenhar um papel vital em moldar o futuro do trabalho que queremos”.

“Aproveitemos ao máximo esse aniversário emblemático para renovar nosso compromisso coletivo com a cooperação internacional, a paz e a justiça social”, concluiu Guterres.

### **ONU: 2 bilhões de pessoas trabalham na informalidade**

Também presente na comemoração dos cem anos da OIT, a presidente da Assembleia Geral da ONU, María Fernanda Espinosa, chamou atenção para problemas e violações de direitos no atual mundo do trabalho. Hoje 190 milhões de pessoas estão desempregadas em todo o planeta e outras 300 milhões têm ocupações, mas vivem na pobreza. Em torno de 2 bilhões de indivíduos têm ocupações informais, frequentemente sem proteções sociais.

“Mais de 40 milhões de pessoas hoje são vítimas de formas modernas de escravidão. (Isso é) Mais do que o dobro do número envolvido no tráfico transatlântico de escravos”, ressaltou a dirigente.

María Fernanda reconheceu o trabalho da OIT, consolidado em mais de 180 convenções e programas de implementação que abarcam desde a igualdade de gênero até o trabalho forçado. A diplomata equatoriana afirmou ainda que o compromisso com o trabalho decente, uma das marcas da OIT, torna as Nações Unidas mais relevantes para as pessoas.

Contudo, lamentou a presidente da Assembleia Geral da ONU, “a injustiça ainda é uma realidade para milhões de pessoas”. María Fernanda lembrou a violência vivida por meninos e meninas vítimas de trabalho infantil, pelos trabalhadores forçados e pelas pessoas que são traficadas e obrigadas a se prostituir.

O diretor-geral da OIT, Guy Ryder, descreveu a criação da sua instituição como “o primeiro passo para a construção do sistema multilateral”. “Ela foi empoderada a negociar e a supervisionar as regras globais do trabalho e a fazer isso por meio da ação conjunta de governos, trabalhadores e empregadores”, explicou o chefe do organismo.

Ryder afirmou que, atualmente, o multilateralismo vive um período de grande incerteza, ao mesmo tempo em que se observa uma “desilusão generalizada” com o progresso social e econômico. “Muitos cidadãos duvidam da capacidade dos líderes e das instituições”, frisou o dirigente.

“Mais do que uma causa para a celebração, o centenário que lembramos hoje é um momento para refletir sobre o nosso propósito e sobre o caminho que traçamos para o futuro”, acrescentou Ryder.

O chefe da OIT fez um apelo para que todos os atores relevantes se engajem “com a mesma coragem e urgência (do passado) e (sejam) movidos pelos mesmos sentimentos de justiça social e humanidade que deu vida à OIT”.

“A história nos diz o que podemos alcançar. Mas também nos diz qual seria o custo dos nossos fracassos.”

Fonte: <https://nacoesunidas.org/onu-celebra-100-anos-da-organizacao-internacional-do-trabalho/>

## #BomTrabalhoPraVc

#BomTrabalhoPraVc é a hashtag da ação publicitária promovida nas redes sociais (Facebook, Twitter, Instagram e Youtube) pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) em parceria com o Ministério Público do Trabalho (MPT). A campanha tem como objetivo levar ao público mensagens sobre o valor do Direito do Trabalho e também sobre as instituições responsáveis por sua aplicação e efetividade, dentre elas, a Justiça do Trabalho.



Com uma linguagem acessível, visa esclarecer a ideia de “bom trabalho”: aquele que confere direitos e garantias ao trabalhador, propiciando-lhe os meios dignos de vida e permitindo sua identificação e realização pessoal e profissional. Pretende contrapor a disseminação do trabalho precário, despojado de direitos, em que o trabalhador é coisificado e submetido unicamente aos interesses lucrativos do empregador, sem respeito à sua condição humana.



O objetivo é despertar a identificação e empatia da sociedade para com a atuação desenvolvida pelo MPT, difundir práticas da instituição diretamente benéficas à população, passíveis de serem identificadas pelas pessoas em seu cotidiano e em sua comunidade.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região aderiu à campanha, replicando o conteúdo em seus canais de comunicação. O bom trabalho é valor que está em sintonia com o propósito da Justiça do Trabalho e também com os valores estratégicos defendidos pelo Regional do Paraná, como ética, respeito e justiça social.



A campanha é direcionada às redes sociais, em formatos de cards, gifs e vídeos, de modo a facilitar o compartilhamento. O material publicitário está disponível no site da ANPT - <http://www.anpt.org.br> e tem sido divulgado por várias instituições.



Outras informações podem ser acessadas pelo site <http://anpt.org.br/bom-trabalho-para-vc>.

## DIREITO, TRABALHO E ARTE





**N**este mês em que a Revista Eletrônica do TRT9 privilegia os direitos humanos, a coluna “Direito, trabalho e arte” traz um quadro que retrata uma das situações mais tristes e violadora dos direitos humanos: a escravidão. O comovente quadro, intitulado “*To the Highest Bidder*”, ou “Pelo maior lance”, em tradução livre, representa uma cena anterior à Guerra Civil norte-americana, e retrata mãe e filha que estão prestes a se separar em virtude de um leilão de escravos.

**A** Guerra Civil, ou Guerra de Secessão, foi um conflito armado travado entre 1861 e 1865 nos Estados Unidos, depois de vários estados escravagistas do sul declararem sua secessão e formarem os Estados Confederados da América. Após quatro anos de sangrentos combates que deixaram mais de 600 mil americanos mortos e destruíram grande parte da infraestrutura do sul do país, a Confederação entrou em colapso, a escravidão foi abolida, a unidade nacional retornou e a garantia de direitos civis aos escravos libertos teve início.

**A** obra foi pintada pelo norte-americano Harry Herman Roseland (c. 1867-1950) em 1904. O original pertence à empresária, apresentadora e atriz norte-americana Oprah Winfrey, considerada uma das mulheres mais influentes do mundo, que declara ser este o quadro favorito de sua coleção pessoal, pois, segundo ela, simboliza suas origens.

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.



1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Arial, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 10 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)

Respeitosamente.

**CONSELHO EDITORIAL**



**TRTPR**

**ESCOLA JUDICIAL**