

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”  
MESTRADO EM DIREITO**

**WELLINGTON MERINO FUNK**

**MOVIMENTOS SOCIAIS: A DEFESA DOS INTERESSES DA  
SOCIEDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**RIBEIRÃO PRETO  
2017**

**WELLINGTON MERINO FUNK**

**DIREITOS COLETIVOS: A DEFESA DOS INTERESSES  
SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientadora:** Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega para obtenção do título de Mestre.

**RIBEIRÃO PRETO  
2017**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Funk, Wellington Merino, 1986-  
F982d      Direitos Coletivos: a defesa dos interesses sociais no Estado

Democrático de Direito / Wellington Merino Funk. - - Ribeirão

Preto, 2016.

148 f.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2016.

1. Movimentos sociais. 2. Direitos coletivos. 3. Direitos  
Fundamentais. 4. Direitos humanos. 5. Cidadania. I. Título.

CDD 340

WELLINGTON MERINO FUNK

**MOVIMENTOS SOCIAIS: A DEFESA DOS INTERESSES DA SOCIEDADE NO  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Ribeirão Preto para  
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 24 de março de 2017

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Rabah Belnidi  
UFG – Universidade Federal de Goiás

Prof. Dra. Neide Aparecida de Souza Lehfeld  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP  
2017

*A gratidão além de ser a maior virtude de um homem,  
É base de todas as outras.*

*(Autor desconhecido)*

## **DEDICATÓRIA**

Ao meu pai, *Eduardo Thadeu Funk*, por todo seu sacrifício em transformar os meus sonhos em realidade, pela nossa amizade, carinho e respeito;

à minha mãe, *Maria Inês Merino Funk*, pela extrema admiração que possuo, pelas palavras de estímulos, de otimismo e por aquele olhar carinhoso que somente o amor materno é capaz de proporcionar;

à minha namorada, *Marcela Euzébio Berti*, pelo seu incentivo incondicional, pela paciência naqueles momentos de mau humor, pelo conforto naqueles momentos de ansiedade, sobretudo, pelo apoio naqueles momentos de maiores dificuldades com suas doces palavras, belas atitudes e seu imenso carinho;

aos colaboradores da UNAERP, em especial a *Joana Néia Vieira e Patrícia Araújo Machado Riul*, pela disposição no atendimento sempre que solicitado.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por me iluminar e proporcionar o que infelizmente poucos têm acesso  
em nosso país: a educação;

à minha admirável professora e orientadora, Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte  
Blanco Tárrega, pela confiança que depositou em mim, sobretudo, pelas inúmeras  
vezes que prontamente se dispôs a compartilhar seu imenso conhecimento;

ao Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, Coordenador do Programa de Pós-  
Graduação de Direito;

a todos os docentes do programa;

e, por fim, os meus sinceros agradecimentos aos que acreditaram e me  
incentivaram a conquistar mais esse objetivo.

## RESUMO

O texto da Constituição Federal do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e tem como um de seus objetivos a redução das desigualdades sociais. Mas, até os dias atuais ainda não se garantiu a efetividade das garantias fundamentais previstas na Carta Magna, exigindo, assim, seja por meio da participação popular ou por envolvimento político, buscar a efetivação desses direitos. A democracia é o berço que por meio da participação popular, viabiliza a busca pela implementação dos direitos fundamentais. O que se pretende no estudo é acentuar a importância dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais relacionados aos movimentos sociais, destacando os princípios do Estado Democrático de Direito. Para tanto, a pesquisa buscou reforçar a importância da concretização dos direitos fundamentais na rotina do cidadão brasileiro, com uma análise sobre a liberdade de expressão que consiste em direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988, e reconhecido a todo o indivíduo independente de qualquer distinção. A pesquisa trouxe em seu bojo, também, a cultura corruptiva do Brasil e apresenta os movimentos de combate existentes, que são a consolidação de ações coletivas de agrupamentos organizados, com a pretensão de conseguir mudanças sociais por meio do embate político, dentro de um ideal e valores que anseiam por mudanças. Os movimentos sociais tem uma identidade própria, criada para viabilizar a defesa de seus interesses, que falam em nome de um grupo de pessoas. Com o estudo, observou-se que os Direitos fundamentais e humanos estão intrinsecamente relacionados com os movimentos sociais, a democracia, os direitos coletivos e a cidadania.

**Palavras-chave:** Movimentos Sociais. Direitos Coletivos. Cidadania. Direitos Fundamentais e Humanos.



## **ABSTRACT**

The text of the Federal Constitution of Brazil is based on the dignity of the human person and has as one of its objectives the reduction of social inequalities. However, the effectiveness of the fundamental guarantees provided for in the Constitution has not been guaranteed until today, and it is therefore necessary to seek the effective realization of these rights through popular participation or political involvement. Democracy is the cradle that, through popular participation, makes possible the search for the implementation of fundamental rights. The purpose of the study is to emphasize the importance of Human Rights and Fundamental Rights related to social movements, highlighting the principles of the Democratic State of Law. In order to do so, the research sought to reinforce the importance of the realization of fundamental rights in the routine of the Brazilian citizen, with an analysis on freedom of expression that consists of fundamental rights, provided for in the Federal Constitution of 1988, and recognized to any individual independent of any distinction. The research also brought to the fore the corruptive culture of Brazil and presents the existing combat movements, which are the consolidation of collective actions of organized groupings, with the pretension of achieving social changes through political struggle, within an ideal And values that yearn for change. Social movements have their own identity, created to enable the defense of their interests, which speak for a group of people. With the study, it was observed that fundamental and human rights are intrinsically related to social movements, democracy, collective rights and citizenship.

**Keywords:** Social movements. Collective Rights. Citizenship. Fundamental and Human Rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS</b> .....	16
1.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	19
1.2 APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	26
1.3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	29
1.4 A ASCENSÃO E UTILIZAÇÃO DOS PRÍNCÍPIOS NA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	38
1.5 O CRITÉRIO DE PREFERÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	40
<b>2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO EXPRESSÕES DE VALORES SOCIAIS</b> .....	43
2.1 A AFIRMAÇÃO PROGRESSIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....	44
2.2 DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	57
2.3 INSTRUMENTOS E GARANTIAS JURÍDICAS DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS .....	66
<b>3 MOVIMENTOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS</b> .....	76
3.1 MOVIMENTOS SOCIAIS E CIDADANIA.....	90
<b>4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA</b> .....	96
4.1 FORMAS DE DEMOCRACIA.....	96
4.2 PARTICIPAÇÃO POPULAR E CIDADANIA.....	97
4.3 LIBERDADES DE EXPRESSÃO.....	98
4.4 LIBERDADES DE PENSAMENTO.....	105
4.5 LIBERDADES DE EXPRESSÃO COLETIVA .....	110
4.6 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ....	113
4.7 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CAMPO DAS RELAÇÕES COLETIVAS.....	117
4.8 DESAFIOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....	120
<b>5 CIDADANIA</b> .....	123

5.1 TEORIAS EXPLICATIVAS DA CORRUPÇÃO .....	120
5.1 CIDADANIA: UM PROCESSO BRASILEIRO.....	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	134
REFERÊNCIAS.....	143

## INTRODUÇÃO

Este trabalho constitui um estudo sobre os fundamentos dos Direitos Humanos e Fundamentais com embasamento, principalmente, no artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esse novo modelo jurídico, da Constituição de 1988, representa a garantia da efetividade dos Direitos Humanos e Fundamentais, por vezes vilipendiado.

A problemática estabelecida é saber: quais os direitos que tornam eficazes os movimentos sociais em um Estado Democrático?

O Estado Democrático de Direito, que tem sua base nos pilares da liberdade e da igualdade, traz embutida a noção de governo pelo povo, por conseguinte uma limitação de poder. Os cidadãos escolhem seus representantes que decidem em nome da população o destino da nação, esse poder delegado pela população não é absoluto, limitado principalmente pelos direitos fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, foi o primeiro instrumento normativo internacional a disciplinar a proteção e garantias aos direitos de todos os homens, sem distinção. O Brasil foi signatário desta Convenção, portanto ela passou a ter validade, devendo ser respeitada no âmbito interno.

Num período posterior, a Constituição Federal de 1988 veio disciplinar esta matéria referindo-se aos princípios da dignidade da pessoa humana e cidadania. Esses princípios são as bases-mestras da Doutrina dos Direitos Humanos e Fundamentais.

O fato de esses princípios estarem inseridos no texto constitucional confere substrato ético, jurídico e político aos seus efeitos práticos na vida social.

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) é um instrumento normativo que garante o reconhecimento dos Direitos Humanos e Fundamentais, cuja tutela é prioritária e deve ser concedida integralmente. Portanto, devem ser destinados recursos às políticas públicas a fim de atingir o pleno desenvolvimento dos direitos ali expostos.

O nosso processo histórico foi marcado por uma forte estratificação econômico-social que provocou a concentração do capital nas mãos de uma minoria em detrimento da grande massa populacional.

Assim, fecha-se o século XX como uma das economias mais injustas do mundo, no qual mais de 50% das famílias não auferem mais que dois salários mínimos mensais. Um quadro que nos causa espanto, principalmente se formos considerar a sua inserção no Estado Democrático de Direito que prima pela dignidade da pessoa humana, cujo valor deve se sobrepôr a todos os outros. No Estado Democrático de Direito os Direitos Fundamentais devem se concretizar dentro de um conceito de cidadania.

O Estado Democrático de Direito é aquele que permite a participação ampla da sociedade no que concerne à efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais. Neste modelo de Estado, as decisões são tomadas de forma a desburocratizar as instituições e conscientizar a sociedade sobre a sua responsabilidade. Quando nos referimos a consciência da responsabilidade pela sociedade, significa que ela deve trabalhar conjuntamente com os organismos estatais, a fim de que se atinja as finalidades insertas na Declaração e na Constituição Federal.

Assim, o objetivo geral do estudo é expor as diversas formas de movimentos sociais e os direitos garantidos na CF/88, como direito fundamental e humano.

Como objetivos específicos, visa ressaltar a importância do direito à liberdade de expressão e de manifestação, assim, refletir acerca do seu exercício, que consiste em direito fundamental constitucionalmente previsto e reconhecido a todo indivíduo, independentemente de qualquer distinção, incluso no rol dos direitos fundamentais. É um direito amplo que comporta diversos tipos de manifestações e constitui fundamento essencial de uma sociedade democrática.

A liberdade de expressão incentiva a busca pela diversidade e pela contestação, a luta por novos ideais e a renovação de ideias já externadas, pois as melhores decisões são sempre tomadas por meio do debate, da argumentação e da análise entre todos os envolvidos.

Liberdade de expressão é imprescindível em qualquer regime que se pretenda democrático, sendo que a discussão em razão da divergência de ideais e opiniões é inevitável em uma sociedade pluralista como a brasileira, que apresenta as mais diversas manifestações culturais, étnicas, religiosas, sociais, políticas, entre outras.

Não obstante, a indiscutível importância desse direito fundamental para que o estado possa ser construído sob os alicerces da democracia, o que se visualiza na prática é a frequente repressão estatal em face das manifestações de posturas contrárias à sua política de governo, o que tem suscitado um sentimento de revolta e de indignação, inerente ao homem quando tolhido em seus direitos e valores mais caros.

Ocorre que, começa-se a observar uma mudança de postura na sociedade, que busca dar mais efetividade aos seus direitos mediante aos últimos movimentos sociais reconhecidos pelo governo Dilma, 2013-2016, como “forma de expressão em um estado democrático”.

Nessa esteira, vale ressaltar que os movimentos sociais foram essenciais para a construção da democracia no Brasil e no mundo, que, por meio de árduas lutas, vencidas muitas vezes em razão da representatividade das mobilizações, viabilizou a concretização de Estados com menor índice de desigualdade.

Para muitos teóricos, o século XVIII foi o marco da origem dos movimentos, embora remontem de períodos longínquos, momento esse marcado por governos fortes, liderados por uma elite que discursavam sobre o controle do Estado em nome da população. Neste contexto, as pessoas esquecidas pelo Poder Público começaram a se unir, com uma identidade comum, passaram a reivindicar mudanças e melhorias, incitando grandes transformações, surgindo, assim, os movimentos sociais.

Os movimentos sociais tiveram uma relevante presença na história do Brasil, vale aqui citar a Confederação dos Tamoios, em 1562; a Inconfidência Mineira em 1789; a Guerra dos Farrapos em 1835; o Movimento Tenentista em 1922, chegando às Diretas Já, em 1984, os Movimentos de 2013 e 2015, que iniciou com a redução do valor da tarifa de transporte público, caminhando para mobilizações anticorrupção e de oposição política ao governo. A participação popular resultou na Constituição Cidadã.

O método escolhido foi o bibliográfico e prescritivo, objetivando comprovar a efetividade dos direitos fundamentais nos movimentos sociais, defendendo a premissa geral da auto aplicabilidade, partindo para uma específica, da defesa dos direitos individuais e coletivos.

Assim, o primeiro capítulo objetivará conceituar e caracterizar direitos fundamentais, bem como sua importância, enfocando o que preceitua a norma constitucional no tocante aos direitos fundamentais, assegurados pelo texto constitucional. Verificando em seguida a conceituação e classificação das normas constitucionais, enfocando a questão da aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais, desenvolvendo a questão da nova interpretação constitucional. Elencando alguns fatores relevantes ao tema, tais como: a questão da interpretação do texto constitucional e suas técnicas, a subsunção, considerada tradicional e a ponderação, consequência do pós-positivismo e da Nova-Hermenêutica, (SILVA, 1998 e 2003; BONAVIDES, 2006; MACHADO, 2004).

O segundo capítulo trata da evolução histórica dos Direitos Humanos, com aspectos relevantes da fase de formação e consolidação dos Direitos Humanos, tais como, sociais, jurídicos e políticos do fenômeno, bem como a necessidade de intervenção do Estado como justificativa de manutenção da ordem social.

O capítulo terceiro enfatiza a importância da luta dos Movimentos Sociais para a efetividade dos Direitos Humanos. Um Direito cujo sistema jurídico é comprometido com os valores éticos da pessoa humana e, em sua aplicação devem ser observados os fins sociais a que se destinam e as exigências do bem comum, assim como, os direitos individuais e coletivos.

Na sequência, no capítulo quarto, adentrou-se ao direito da liberdade de expressão, um tema de relevância para o ambiente jurídico e social, por se tratar de um exercício fundamental para a sociedade bem como suas manifestações de pensamento e reunião, por meio de conceitos e de algumas considerações de juristas e de doutrinadores (SILVA, 2009; SARLET et al, 2013; CANOTILHO; MOREIRA, 2007), também discutiu a garantia da liberdade de expressão como um direito fundamental e, por fim, o destaque para a importância desse direito inserido no campo das relações individuais e coletivas.

Por fim, no quinto capítulo, o assunto em tela tratou sobre a questão da cidadania, tema amplo que compreende várias dimensões, direitos e deveres dos indivíduos, cidadania individual e de grupos, cidadania coletiva na sociedade.



## 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Os direitos fundamentais, especificados pela CRFB/88, estão relacionados com a convivência do cidadão em sociedade, bem como em relação ao Estado, definidos e estabelecidos pela norma; diferente das garantias, que são os meios de obtenção destes direitos. Compreendendo que os direitos fundamentais são aqueles relacionados com a pessoa humana e sua existência individual, social e estatal, concretizando relações jurídicas essenciais para sua existência em sociedade.

Os direitos fundamentais, com base na CRFB/88, classificam-se em direitos individuais (art 5º); coletivos (art 5º); sociais (arts 6º e 193 e ss); nacionalidade (art 12) e políticos (arts 14 a 17), (SILVA, 1998, p. 09), que serão objeto de estudo desta pesquisa, bem como, a garantia de sua eficácia e aplicabilidade, objetivando uma solução justa para cada caso concreto e específico. Acrescenta-se os direitos difusos, importante conquista inserida no texto constitucional.

Os direitos fundamentais, garantidos pela CRFB/88, devem ser efetivados e concretizados de acordo com seu objetivo constitucional. Pois a efetividade dos direitos fundamentais está embasada na ideia central de cidadania, envolvendo o estado democrático de direito, na defesa de sua legitimidade, pois "a Constituição é lei, mas sobretudo é direito". (BONAVIDES 2006, p. 582).

O constitucionalismo de renovação da segunda metade do século XX e que já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou, pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma Teoria material da constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista. (BONAVIDES, 2006, p. 583).

A Nova Hermenêutica é consequência deste contexto e desenvolveu duas teorias predominantes, a primeira que diz respeito a interpretação da CRFB/88, e a segunda, a interpretação dos direitos fundamentais, ressalta a autonomia das duas teorias, priorizando o princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, objetivando a proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais de direito, convertidos doravante em princípios constitucionais e, portanto, erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico; acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica, e, finalmente, a tese vitoriosa de que a Constituição é direito e não ideia ou mero capítulo da Ciência Política. (BONAVIDES, 2006, p. 583-584).

A teoria dos direitos fundamentais passou por dois períodos distintos, um no campo teórico e o outro no campo da realidade jurídica, que é observado na jurisprudência constitucional dos tribunais. Para que o Estado tenha legitimidade, os direitos fundamentais deverão prevalecer em ordem valorativa. Esta visão advém de um novo conceito da CRFB/88 e em consequência dos direitos fundamentais, nascendo desta premissa a Nova Hermenêutica, respaldando o direito fundamental, legitimando sua superioridade normativa. Paulo Bonavides (2006) adverte que o problema não é reconhecer a superioridade normativa da CRFB/88, mas sim, estabelecer a hierarquia destes valores, bem como, adequá-los e aplicá-los ao mundo concreto, ao conflito de interesses, ao caso jurídico, tornando-o eficaz e real, solucionando as dificuldades conceituais ainda existentes. (SILVA, 1998, p. 09).

Os direitos fundamentais são normas e quando expressos no texto constitucional tornam-se direitos válidos. A CRFB/88 assumiu uma importância jurídica inegável, a partir do momento em que os princípios foram colocados no topo da hierarquia constitucional. A nova visão representou um avanço da ciência constitucional, tendo como resultado prático o enfraquecimento programático das Constituições, pois as normas

programáticas foram sempre uma espécie de justificativa para as omissões do constitucionalismo. (BONAVIDES, 2006, p. 630).

A CRFB/88 possui superioridade máxima, com um teor normativo hierarquicamente maior que as demais leis. As mudanças conceituais tendem a compor um novo direito constitucional, tornando-se "bem mais satisfatórias que todas as precedentes". Ainda defende o autor a supremacia dos direitos fundamentais da quarta geração, incluindo a democracia, a informação e o pluralismo, conhecido como direito dos povos. (BONAVIDES, 2006, p. 631). Cita-se, ainda, os direitos de primeira geração, referente às liberdades, os de segunda geração, referente às igualdades e os de terceira geração, referente à fraternidade ou solidariedade.

Pode-se, então, afirmar que existe uma nova teoria dos valores, ainda no campo jurisprudencial, mas que a doutrina atual já o reconhece, bem como sua juridicidade e hierarquia, resultando na Nova Hermenêutica Constitucional:

Basicamente indutiva, onde se aplica com frequência o princípio da proporcionalidade e que gera conceitos novos. Esses conceitos são: concordância prática, pré-compreensão e concretização. (BONAVIDES, 2006, p. 633).

A concretização é de suma importância na solução de conflitos referentes aos direitos fundamentais. Concretizar para a Nova Hermenêutica é mais do que interpretar, é acrescentar com criatividade a interpretação. Quanto a separação dos Poderes, segundo a concepção dos direitos fundamentais, objetiva-se proteger a liberdade social, acrescentando o autor que:

A multilateralidade dessas relações certifica que os direitos fundamentais já não ficam restritos à cidadania burguesa, ao seu Direito, ao seu Estado legislativo, ao seu código, à sua razão, senão que se irradiam por igual, materialmente, a todas as camadas sociais, levando consigo um novo direito - o direito do Estado constitucional, o direito da Constituição, da Sociedade, do sistema, dos princípios constitutivos que fundamentam uma República democrática de Direito, como a da Constituição de 1988. Princípios que abrangem, entre outros, em nossa ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, sem os quais não se chega à democracia. (V. art 1º da Constituição Federal). (BONAVIDES, 2006, p. 634).

A Separação de Poderes prevalece em relação aos dos direitos fundamentais, com relação a este princípio, conflitos e questionamentos tendem a aparecer quando os direitos fundamentais são ameaçados pela ausência de lei regulamentadora. Verificando este aspecto, quando ocorre inércia legislativa, resultando em prejuízo aos direitos fundamentais, nesta situação, a tendência é a defesa da superioridade normativa e jurídica dos direitos fundamentais, tendo como consequência primeira a intervenção do Judiciário, não configurando em usurpação de poder. Retornaremos neste contexto no decorrer do estudo das normas constitucionais.

## 1.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Iniciaremos o estudo da norma constitucional, no tocante ao conceito e classificação, com José Afonso da Silva (2003). Posteriormente, verificaremos as demais classificações, bem como os critérios de divisão adotados.

Segundo o autor, Normas Constitucionais são todas as regras que integram uma Constituição rígida. Algumas plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata, outras de eficácia reduzida, necessitando de regulamentação. Porém, apesar desta necessidade, são regras jurídicas, sendo assim, a norma possui eficácia jurídica maior ou menor. Diante deste contexto, abordaremos a classificação de José Afonso da Silva, com base nos critérios de eficácia e aplicabilidade, onde as normas estão divididas em três categorias:

- normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas não integral;
- normas de eficácia limitada, dividida em declaratória de princípio institutivo ou organizativo e em declaratória de princípio programático. (SILVA, 2003, p. 87).

As normas de eficácia plena na CRFB/88 são aquelas que produzem todos os efeitos essenciais aos interesses, aos comportamentos e as situações, que o legislador objetivou em regular. Citando uma conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido e tendo como características os seguintes aspectos: conter vedações ou proibições, confirmar isenções, imunidades e prerrogativas, não designar órgãos ou autoridades especiais para sua execução, não indicar processos especiais de sua execução, não exigir a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixar o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. (SILVA, 2003, p. 101).

Podendo ser exemplificadas com os seguintes artigos constitucionais: art 1º, art 15, art 17, § 4º, art 44 § único, art 45, art 46, § 1º, art 60, §3º, art 76, art 145 § 2º, art 226, § 1º, todos da CRFB/88. Sua condição geral de aplicabilidade está embasada na sua incidência direta sobre o interesse do constituinte e seu objetivo normativo, são de imediata aplicação, pois possuem todos os componentes necessários a sua execução, sendo auto-aplicáveis. (SILVA, 2003, p. 100).

As Normas Constitucionais de eficácia contida são aquelas que possuem regulamentação, tendo sua atuação restrita pela lei ou nos termos que ela definir, dependendo da atuação da competência discricionária do Poder Público. Têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, onde sua eficácia constituem limitação aos direitos individuais e autonomia de entidades públicas (SILVA, 2003, p. 116). Sua característica é a expressa necessidade de uma legislação futura e sua intervenção tem como objetivo conferir eficácia e aplicabilidade concreta e positiva. Mesmo assim, são de aplicabilidade imediata, possuindo condições materiais e normativas vinculadas ao direito a que se destinam, algumas destas normas possuem conceitos éticos, sociais e políticos definidos, limitando sua eficácia, podendo ser suspensas pela atuação de outras normas constitucionais, temo como exemplo o estado de sítio. (SILVA, 2003, p. 104-105).

As normas de eficácia contida poderão ser encontradas na CRFB/88, entre as normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais. Considerado como legislação restritiva as seguintes normas: art 5º, VIII, VI, IV, XIII, XXII, XXIV e XXV; art 220, § 2º; art 15, IV; art 143, § 1º; art 37, I; art 14 §§ 4º e 7º; art 14 caput e §§ 1º a 3º; art 153, § 5º; art 44, § 1º; I; art 136 e art 142, todos da CRFB/1988. (SILVA, 2003, p. 105-113). A delimitação da eficácia das normas constitucionais de natureza contida está embasada nos objetivos do estado moderno, limitando a autonomia privada, tutelando a liberdade de todos, pois o exercício do direito não poderá tolher o direito alheio. (SILVA, 2003, p. 114).

As normas de eficácia limitada dividem-se em dois tipos: - as definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as definidoras de princípio programático. As normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas que "têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades", (SILVA, 2003, p. 125), tendo natureza organizativa e função de organizar, criar e instituir entidades e suas atribuições, consideradas como normas jurídicas, onde o legislador constituinte delineou normas gerais de atribuição e estruturação de órgãos, entidades ou instituições. Com o objetivo de que posteriormente, mediante lei, esta estrutura e atribuição torne-se definitiva. Sua característica principal é que a norma indicará uma legislação futura completando sua eficácia e lhes proporcionando efetiva aplicação. (SILVA, 2003, p. 126).

Podendo ser exemplificadas com os respectivos artigos: art. 18, §2º; art. 33; art. 90, § 2º; art. 91, § 2º; art. 113; art. 161, I; art. 15: parágrafo único; art. 159, I e III e art. 157, todos os artigos referenciados estão na CRFB/88. (SILVA, 2003, p. 123-124).

As normas constitucionais de princípio institutivo são de eficácia jurídica limitada, podendo ser impositivas, quando determinam ao legislador elaboração de lei posterior que integre a norma geral, especificados na própria CRFB/88 os termos: "a lei disporá", "serão regulados por lei", "casos determinados por lei", "a lei disciplinará", exemplos das imposições ora citadas são os artigos da CRFB/88 que seguem: art. 20, § 2º; art. 32, § 4º; art. 33; art. 88;

art. 90, § 2º; art. 91, § 2º; art. 107, parágrafo único; art. 109, VI; art. 111, § 3º; art. 113 e art. 128 § 5º. (SILVA, 2003, p. 126-127).

Sendo ainda facultativas ou permissivas quando não especificam uma obrigação e sim uma opção ao legislador de regular uma situação já estabelecida, através dos seguintes termos: "a lei estadual poderá", "os Estados poderão"; "a União poderá"; "a lei poderá", "os Estados poderão mediante lei complementar", são exemplos das facultativas os artigos: art. 20, parágrafo único; art. 125 § 3º; art. 195, § 4º; art. 25, § 3º e art. 154, I; todos da CRFB/88. (SILVA, 2003, p. 127). As normas constitucionais de princípio institutivo são aplicáveis independente de regulamentação, pois possuem elementos autônomos, "a lei é mero instrumento subordinado; a norma constitucional, ainda que revele simples esquema, continua a ter sua característica básica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica" (SILVA, 2003, p. 135).

As normas constitucionais de princípio programático são aquelas que:

Envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômica-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social (SILVA, 2003, p. 125).

As normas programáticas são aquelas normas que não foram regulamentadas diretamente pelo constituinte, este, delimitou princípios a serem cumpridos, através do legislativo e executivo, consideradas como programas que visam os fins sociais do Estado. (SILVA, 2003, p. 138).

As normas programáticas, são de direitos sociais e de ordem econômica e social, tendo como base a justiça social através da aplicabilidade dos direitos sociais e econômicos, considera-se estas normas como "norma-fim" com o objetivo da realização da justiça social, ressalta-se que:

Sua eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu enunciado e de sua conexão com outras normas. Entendendo que os direitos sociais e econômicos não podem ser considerados como simples direitos legais, pois "são direitos originários a prestações fundados na constituição e não direitos a prestações derivados da lei. (SILVA, 2003, p. 144-145).

Podemos exemplificá-las na CRFB/88 nos Títulos VII e VIII, algumas das normas programáticas referenciam a necessidade de legislação posterior para a sua efetivação, sendo que outras não utilizam esta relação de dependência, estas não necessitam de lei específica para o seu cumprimento, classificando as normas programáticas em três tipos: - as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, art. 7º, XI, XX e XXVII, art. 173, § 4º; art. 126 § 3º e art. 218, § 4º; - as normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, art. 21, IX; art. 48, IV; art. 184, §§1º a 5º; art. 170 §§ 1º ao 5º; art. 211, § 1º; art. 215; art. 215 § 1º e art. 216 § 1º; art. 217; art. 218, art. 218, § 3; art 226; art. 226, § 8º e art. 227, § 1º; e - as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral; art. 170 e art. 193. (SILVA, 2003, p. 147-150).

Tendo as normas programáticas como características principais:

Disciplinam questões de interesse social e econômico, buscam a justiça social, através da dignidade e da valorização do trabalho, da assistência, do amparo a família e do estímulo a cultura; - normas sem força integral, consideradas como programas estatais, efetivados por lei ordinária; - sendo de eficácia reduzida, produzindo porém importantes efeitos jurídicos. (SILVA, 2003, p. 151).

Percebe-se que neste ponto da classificação, onde é ressaltado a necessidade de complementação do texto constitucional em detrimento a sua imediata aplicação, o princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça social são relegados a segundo plano, outro enfoque importante que estaremos abordando posteriormente.

Os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais, a CRFB/88 reconheceu esta doutrina, incluindo os direitos sociais entre os direitos fundamentais no seu Título II. Tendo como característica principal a prestação positiva imposta às autoridades públicas pela CRFB/88, no tocante ao bem estar social e que, apesar de não serem criadas posteriormente as condições necessárias para sua efetivação, não deixam de ser direitos individuais do cidadão, reconhecendo sua juridicidade e, em consequência, sua



eficácia mesmo que reduzida, "sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida" (SILVA, 2003, p. 153). Acrescenta-se:

Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para a sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos. São por isso, também aplicáveis nos limites dessa eficácia (SILVA, 2003, p. 155).

Sendo assim, a importância das normas programáticas não pode ser desconsiderada porque dependem de legislação posterior para sua atuação, a sua grande validade está no aspecto de estabelecer regras sócio-econômicas, princípios básicos da sociedade, orientando a ordem jurídica positiva vigente.

Abordaremos as demais classificações a partir do estudo de José Afonso da Silva (2003) a respeito da Aplicabilidade das Normas Constitucionais, realizado por Celso Bastos e Carlos Britto (1982), verificando a classificação das normas constitucionais quanto ao modo de incidência e quanto aos seus efeitos, idealizando uma nova classificação. (MACHADO, 2004, p. 36).

Quanto ao modo de incidência, são classificadas as normas constitucionais em dois grandes grupos: Normas Constitucionais de Mera Aplicação e Normas Constitucionais de Integração. As primeiras são as de enunciado completo, não necessitando de regulamentação posterior por parte do legislador, para a sua total concretização, as últimas, necessitam de regulamentação, para a concretização, (MACHADO, 2004, p. 36).

Outras classificações existem, como a de Maria Helena Diniz (1989), tendo como critério de distinção a questão da intangibilidade e a produção de efeitos concretos, distinguindo as normas constitucionais em quatro categorias: as Normas com Eficácia Absoluta, aquelas que possuem limites materiais ao legislador para a sua modificação, aquelas que não podem sofrer emendas. São as chamadas cláusulas pétreas, as Normas com Eficácia Plena; as Normas com Eficácia Relativa Restringível; as Normas com Eficácia Completável, ou Dependentes de Complementação, que estão divididas em Normas de Princípios Institutivos e Normas Programáticas. Ressalta-se que segundo os itens supra citados, equivalem às Normas de Eficácia Plena,

Contida e Limitada, respectivamente, da classificação de José Afonso da Silva (2003), com algumas terminologias utilizadas por Celso Bastos e Carlos Britto (1982). Sendo uma contribuição válida, pois solidifica as conclusões da classificação anterior. (MACHADO, 2004, p. 41).

Outra classificação é a proposta por Luís Roberto Barroso (2006), apresentando a seguinte divisão: Normas Constitucionais de Organização, Normas Constitucionais Definidoras de Direitos e Normas Constitucionais Programáticas. As Normas Constitucionais de Organização têm por objetivo organizar o poder político, (arts. 1º, 2º, 76, CRFB/88); estabelecem as competências, (arts. 21, 30, 49, 84, CRFB/88); criam órgãos públicos (art. 92, CRFB/88); As Normas Constitucionais Definidoras de Direitos definem os direitos fundamentais dos indivíduos (políticos, individuais e sociais) e as Normas Constitucionais Programáticas estabelecem os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. (MACHADO, 2004, p. 41-42).

Ressalta-se que Luís Roberto Barroso (2006) diferencia-se dos anteriores, pois, objetivou especificar as normas constitucionais em função do conteúdo e finalidade. (MACHADO, 2004, p. 42).

Diante das classificações apresentadas, percebe-se significativa evolução constitucional, resultando em uma distinção entre dois importantes pensamentos: de um lado, as normas auto executáveis, de eficácia plena ou inintegráveis; de outro, as normas não auto executáveis, de integração ou programáticas. Adverte, porém, Jorge Miranda (1983), que as classificações ora apresentadas, são distintas quanto ao critério utilizado. As normas constitucionais auto executáveis e as não auto executáveis trazem critério de completude das próprias normas. Já as preceptivas e programáticas estabelecem os direitos sociais e econômicos. (MACHADO, 2004, p. 43).

Não sendo objeto específico do presente estudo aprofundar as diversas classificações existentes, objetivando neste momento ressaltar para a problemática da classificação, defendendo desde já a concretização das normas constitucionais programáticas, através da efetivação do mandado de injunção, mediante a intervenção do Poder Judiciário.

Os diferentes graus de eficácia das normas constitucionais constituem uma realidade inegável, sendo necessário enfrentar o problema, identificando alternativas de concretização das normas constitucionais não auto-executáveis, observando a nova linha da aplicabilidade, adotada pela própria CRFB/88. Defendido também por Eros Roberto Grau (1985), conferindo ao texto constitucional efetividade e concretização. (MACHADO, 2004, p. 45).

Defende-se que apesar dos diversos métodos classificatórios da norma constitucional, importantes, porém de natureza formal, não se pode admitir a possibilidade da não concretização dos Direitos Fundamentais.

## 1.2 APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas constitucionais possuem caráter normativo e imperativo, tendo como objetivo ordenar a vida em sociedade. "A constituição é um sistema de normas jurídicas" (BARROSO, 2006a, p. 75). É norma constitucional toda a norma prevista em uma Constituição rígida, contendo força jurídica e se não observado, devendo desencadear uma sanção, com o objetivo de garantir sua concretização, ressaltando que apesar da classificação de José Afonso da Silva, todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, sendo aplicáveis de acordo com seus limites normativos. O Direito Constitucional existe para ser efetivado, pois está embasado na CRFB/88 que é o ordenamento maior do Estado moderno.

A norma constitucional é uma consequência da realidade social, detentora de eficácia jurídica. Pensamento defendido em face da nova teoria da eficácia das normas constitucionais, que desconsidera a programaticidade da norma, em defesa dos direitos fundamentais.

A norma válida é aquela que cumpre o processo de formação ou produção normativa de acordo com o objetivo do ordenamento jurídico. A validade requer um mínimo de eficácia, quando a norma apresentar condições técnicas de ser aplicada. Será considerada como norma válida se existir um mínimo de eficácia, sendo a condição de sua vigência. A eficácia é quando a

norma jurídica é observada, respeitada e, conseqüentemente, aplicada. (PIOVESAN, 2003, p. 54).

Observa-se a semelhança com o conceito de eficácia jurídica, pois, no sentido jurídico é aquela norma "que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos " (SILVA, 2003, p. 13).

O conceito de aplicabilidade confunde-se com o de eficácia jurídica, estudado anteriormente. Como analisamos, nem toda norma válida é completamente eficaz, podendo faltar-lhe determinados requisitos para que possa, imediatamente, gerar plenos efeitos, estaremos diante de norma não dotada de ampla aplicabilidade. (PFEIFFER, 1999, p. 41).

É de suma importância para o Direito Constitucional o estudo e o enfrentamento do problema das normas constitucionais no tocante a concretização das normas programáticas. O impasse pode estar na falta de delimitação para regulamentação, sem existir um prazo de carência estipulado, claramente delimitado para tal regulamentação. Agravado ao fato quando se tratar de direitos fundamentais, adiando indefinidamente a efetivação e proteção dos direitos pleiteados, atrelando a responsabilidade de concretização a uma obrigação moral e política. (PIOVESAN, 2003, p. 71-72).

Diante deste contexto, Eros Roberto Grau, Min. do STF, ressalta que existe um caráter reacionário nas normas programáticas, pois:

Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplado na Constituição. Não se dando conta, no entanto, da inocuidade da contemplação desses 'direitos sem garantias', a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados. (GRAU, 1986, p. 42-43).

Se a CRFB/88 tem poder de atuação, os direitos nela contemplados possuem aplicação direta, vinculando o Judiciário, o Executivo e o Legislativo neste contexto. As normas programáticas, detentoras de direitos, devem ser consideradas, então, aplicáveis, através dos instrumentos adotados pela própria CRFB/88. A resistência quanto à eficácia das normas programáticas está diretamente relacionada com o fato da doutrina

constitucionalista tradicional ainda resistir no tocante a sua concretização. Necessitando recorrer ao judiciário, que muitas vezes entende que as normas programáticas possuem uma expectativa de direito. (PIOVESAN, 2003, p. 73-74).

Ocorreu uma contraposição à doutrina clássica, Canotilho (1989), defendeu a jericidade da norma programática, afirmando que apesar de ainda existir normas que requerem regulamentação, a doutrina não pode mais definir a norma como simples programa, destituída de jericidade e de vinculatividade, reconhecendo seu valor jericico. Pois, a positividade jericico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente uma vinculação do legislador a sua realização, bem como de todos os órgãos concretizadores, juntamente com a censura, quanto a não concretização e conseqüente não regulamentação da norma. (CANOTILHO, 1989, p. 132).

Diante do exposto por Canotilho (1989), defende-se a possibilidade jericica do controle jericidional do legislativo, quando ocorrer lacuna da lei, somada a mora legislativa. De acordo com esta premissa, José Afonso da Silva afirma:

Se o comando não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, que agora é controlável jericica e jericidionalmente, por força do § 2º do art. 103 da Constituição de 1988. [...]. Certamente que, tendo a Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão, a obrigação de legislar, especialmente após o reconhecimento jericidional dessa inconstitucionalidade, tem natureza jericica e moral. (SILVA, 1999, p. 129).

A alteração introduzida pela CRFB/88 confirma que todas as normas constitucionais são dotadas de efetividade, desempenhando uma função útil ao ordenamento jericico. (PIOVESAN, 2003, p. 81).

Com base nesta premissa, compete ao legislador atuar em tempo razoável e coerente, assegurando a legitimidade da norma. Os órgãos jericidionais competentes deverão interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade, possibilitando a sua aplicação

imediate, nos casos de ausência de regulamentação. (PIOVESAN, 2003, p. 107).

A CRFB/88 objetivou viabilizar a força vinculante dos direitos fundamentais por meio do princípio constitucional especificado no art. 5º, § 1º, da CRFB/88, ao ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, assegurando a força vinculante destes direitos e garantias, objetivando torná-los diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (PIOVESAN, 2003, p. 108).

Ressalta-se que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais estabelece aos Poderes Públicos a atribuição constitucional de concretização real e efetiva das normas constitucionais, por meio de uma nova postura do Direito Constitucional, quebrando paradigmas da Teoria Clássica, incluindo um dos grandes avanços da CRFB/88, o mandado de injunção, que será abordado na continuidade do estudo. Sendo importante ressaltar desde já a necessidade urgente por parte dos Tribunais de tornar efetiva a concretização dos direitos fundamentais, bem como, transpor a barreira da classificação da norma e avançar no campo da efetividade e concretização da norma constitucional.

### 1.3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia principal de interpretação é viabilizar conclusões lógicas e objetivas na tarefa interpretativa, funcionando como limite à subjetividade do intérprete.

A interpretação jurídica “é uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. (GRAU, 2005, p. 74).

A interpretação é resultado da história, dos fatos, do sistema jurídico, do intérprete e da realidade social. A identificação dos fatores envolvidos nos conflitos, somado a interpretação, constitui o que se denomina de pré-compreensão. O paradigma jurídico, com base no acima exposto, objetiva a melhor solução para o caso concreto, levando em conta a interpretação. (BARROSO, 2006, p. 03-05).

Para Pedro Lenza (2012, p. 160), “diante das premissas e interpretação postas, surge a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da ideia de certeza e segurança jurídica”. E continua o teórico:

Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total da lei ou ato normativo ou o não conhecimento da ação, em termos de segurança, preferem-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos e corretivos.

Nesse sentido, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a Constituição como verdadeira técnica de decisão. (2012, p. 160).

No que se refere à interpretação constitucional, atribuir-se aos vocábulos o mesmo significado que estes têm na linguagem comum. Isto porque, a Constituição é um documento simbolicamente emanado do povo e a ele destinado. Não podendo conter vocábulos técnicos que dificultem a sua compreensão por seus destinatários (a coletividade). “[...] a norma jurídica não tem por destinatário um restrito círculo de iniciados ou especialistas, senão, em primeiro lugar, a coletividade ou massa de cidadãos, nem sempre capacitados e compreender terminologias técnicas. (BONAVIDES, 2006, p. 385).

Neves adverte que não se pode afirmar que a linguagem jurídica no Estado de Direito seja arbitrária. Embora os sentidos objetivos sejam construídos em cada contexto específico, os sentidos construídos socialmente passam a ter uma força que ultrapassa a disposição subjetiva (a vontade do intérprete. Não se trata, portanto, de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de contextualismo decionista. Mas também é ilusória a crença de uma única solução verdadeira para cada caso. (NEVES *In* GRAU; GUERRA FILHO, 2003).

Nesse sentido, sabe-se, quanto aos métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático, que foram definidos por Friedrich Carl von Savigny no século XIX, e eram utilizados para interpretação das normas de Direito Civil. Nessa época, a subsunção das normas aos casos concretos era feita de forma simples, sem que

houvesse uma construção de uma solução jurídica própria. O aplicador do Direito não ia adiante, apenas reconhecia o conteúdo preexistente da norma (BULOS, 2009).

Lenza adverte que uma certa modernidade em alguns desses métodos, como exemplo, o sistemático, que na verdade está implícito no próprio sentido de harmonia textual das normas Constitucionais é bastante utilizado até hoje. Ele indica que a interpretação deverá levar em consideração todo o sistema, e em caso de antinomia de normas, buscar-se-á a solução do conflito (aparente) por intermédio de uma interpretação sistemática (LENZA, 2012).

A dogmática jurídica atual superou a ideia de que as leis têm sentido único, produzindo uma única solução adequada para cada caso. Tendo como consequência que a aplicação do Direito atualmente não é apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade, a escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. O direito constitucional estabelece as possibilidades na qual o intérprete poderá exercer sua criatividade e seu senso de justiça, sem lhe autorizar devaneios e ou arbitrariedades, instituindo um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação. (BARROSO, 2006, p. 09).

Não excluindo a interpretação constitucional do âmbito da interpretação geral do direito, negar sua especificidade é não considerar as características próprias das normas constitucionais. “Não se pode desconhecer, contudo, neste passo, que a norma constitucional contém elementos jurídicos que a diferenciam das demais normas, características da qual um normativismo rigorosamente positivista, supostamente neutro e acrítico, não chega a dar conta”. (FERRAZ JUNIOR, 1990, p. 12).

Para Celso Bastos (2002, p. 106), “a interpretação constitucional não despreza a interpretação jurídica de um modo geral, mas apresenta uma série de particularidades, que justificam seu tratamento diferenciado num estudo de certa forma autônomo dos demais métodos interpretativos presentes no sistema jurídico”.

O constitucionalismo, consagrado pelas revoluções liberais, após ter disputado com diversas propostas alternativas para a construção de um



Estado democrático, obteve sucesso. Pois, conseguiu oferecer a legitimidade da soberania popular através do poder constituinte, a delimitação de competências, respeitando direitos individuais, inclusive das minorias, e a incorporação das conquistas sociais, políticas e éticas. (BARROSO, 2006, p. 10).

Para Nader (2010, p. 263), o direito encerra significados “interpretar o Direito representa revelar o seu sentido e alcance” [...] o trabalho de interpretação do é uma atividade que tem como escopo levar ao espírito o conhecimento pleno das expressões normativas, a fim de aplicá-lo às relações sociais”.

Na aplicação do direito idealizado, o Estado atua imparcial a interpretação jurídica. Cabe ao juiz esta função, refém da separação de Poderes não lhe é permitido papel criativo. Na perspectiva clássica, o Direito possui algumas características, tais como: caráter científico, emprego da lógica formal, pretensão de completude, pureza científica, racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. (BARROSO, 2006, p. 12).

Constata-se que na interpretação o papel do intérprete adquire extrema importância, ao entendermos que o intérprete é quem produz a norma a ser aplicada ao caso, mediante os elementos do texto e da realidade.

Nas palavras de Eros Grau: “[o momento da elaboração do texto até o instante de sua aplicação, a norma é determinada histórica e socialmente. A norma é composta pela história, pela cultura e pelas demais características da sociedade no âmbito da qual se aplica”. (GRAU, 2005, p. 74).

Uma das teses do pensamento crítico é a aceitação de que o Direito possa não estar integralmente contido na legislação, o intérprete deve então viabilizar a justiça, quando não a encontrar na lei. O estudo do sistema normativo não pode afastar-se da sociologia do direito e da filosofia do direito. (BARROSO, 2006, p. 14).

Ainda sobre a compreensão de Nader:

A hermenêutica jurídica não se ocupa apenas das regras jurídicas genéricas. Fornece também princípios e regras aplicáveis na interpretação das sentenças judiciais e negócios jurídicos. A interpretação pode ter dupla

finalidade: teórica e prática. É teórica quando se destina apenas a esclarecer, como é próprio da doutrina. É prática quando se destina à administração da justiça e aplicação nas relações sociais. (2010, p. 264).

No Brasil, a teoria crítica do direito idealizou os mesmos fundamentos filosóficos europeus, diferenciando alguns pensamentos, mas tendo como ponto comum a denúncia do Direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe. Sendo difícil ampliar o grau de conscientização dos operadores jurídicos, aliado a força da dogmática tradicional. (BARROSO, 2006, p. 16).

A desconstrução desenvolvida pela teoria crítica, objetivando a desmistificação do conhecimento jurídico convencional, acarretou alguns problemas: o desperdício das forças progressistas e das potencialidades interpretativas das normas, não se explorando as possibilidades da aplicação de normas de cunho social, apesar desta constatação, a grande conquista, principalmente a partir de 1989, foi a elevação do conhecimento convencional, na redemocratização do Direito. (BARROSO, 2006, p. 16).

Eros Grau afirma que existem dois tipos de artes: alográficas, como música e teatro, e as autográficas, como pintura e romance. Nas alográficas a obra apenas se completa como concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Nas autográficas, o autor contribui sozinho para a realização da obra. O texto normativo é alográfico, pois não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A completude do texto só é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido como uma nova fórmula de expressão, pelo intérprete. Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto, é a norma. (GRAU, 2005, p. 78).

Outra questão pertinente é o reconhecimento de que na sociedade existe um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, independente do direito positivo, chamado de direito natural e legitimado por uma ética superior, delimitando a norma estatal, contrapondo-se com o positivismo jurídico. (BARROSO, 2006, p. 19).

Para Nander (2010, p. 264), “ ao fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, o intérprete não atua como um autônomo, fazendo simples constatações.

Seu papel não é revelar algo que já existia com todos os elementos e contornos [...] a interpretação do Direito exige, de certa forma, criatividade”.

Nas primeiras décadas do século XX, o positivismo jurídico empenhava-se no desenvolvimento de ideias e de conceitos dogmáticos, reduzindo o Direito ao conjunto de normas em vigor. Considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não necessitava de qualquer justificação além da própria existência. Sujeitando-se com o decorrer do tempo a críticas oriundas de diversas procedências, até sofrer uma derrota histórica. A superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, motivaram a diversas reflexões sobre o Direito, quanto a sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é denominação provisória e genérica de um ideal, sendo considerado as relações entre valores, princípios e regras, relacionados com a nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2006, p. 25).

Vale aqui as palavras de Canotilho: “[...] é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para a partir de uma situação histórica concreta”. (CANOTILHO, 2005, p. 220).

O constitucionalismo moderno objetiva um retorno à ética, valorizando os princípios abrigados na CRFB/88, com relação a liberdade, a igualdade, a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Princípios que passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça. A alteração não está na existência dos princípios, mas sim, no reconhecimento de sua normatividade, passando a ser base do ordenamento jurídico, proporcionando unidade ao sistema, possibilitando a concretização do texto constitucional. (BARROSO, 2006, p. 28-29).

Diante desta nova premissa a CRFB/88 passa a ser vista como um sistema aberto de princípios, prevalecendo a justiça e a realização dos direitos fundamentais, de modo direto e imediato, produzindo efeitos concretos. O intérprete, com base neste contexto, deverá fazer escolhas fundamentadas,

quando necessário, aplicando os princípios através da ponderação. (BARROSO, 2006, p. 30).

O Direito é um sistema de normas articuladas, na solução de conflito de leis, estabelecendo critérios, tais como: o da hierarquia, a lei superior prevalece sobre a inferior; o cronológico, a lei posterior prevalece sobre a anterior e o da especialização, a lei específica prevalece sobre a lei geral. Podendo não ser eficaz quando da colisão entre normas constitucionais, principalmente entre princípios constitucionais, no que tangem aos direitos fundamentais. A ponderação procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos ao caso concreto, produzindo um resultado satisfatório. (BARROSO, 2006, p. 32).

A ponderação, como meio de convivência de normas contrapostas, conquistou a doutrina e já é realidade nos tribunais, fundamentada na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores e que a CRFB/88 é um conjunto de princípios e regras destinados a realização de direitos. (BARROSO, 2006, p. 33-35).

Somados a dois outros princípios, o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana, juntamente com o princípio da proporcionalidade, objetivando possibilitar ao Judiciário, quando existir inércia por parte do legislativo, concretizar o direito prejudicado. (BARROSO, 2006, p. 36-37).

A dignidade está relacionada com a liberdade e com as condições de subsistência, bem como com a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, expressando um conjunto de valores inerentes a humanidade. Seu conteúdo jurídico vem sendo associado aos direitos fundamentais, tornando-se um consenso de que inclui renda mínima, saúde básica e educação fundamental, somado ao acesso à justiça, primordial para a exigibilidade e efetivação dos direitos. Formando jurisprudência acerca do princípio, fundamentado em decisões importantes, como por exemplo quando o STJ autorizou o levantamento do FGTS por mãe de pessoa portadora do vírus do HIV, para auxílio no tratamento da doença. (BARROSO, 2006, p. 38-40).

Quando ocorrer confronto entre os princípios o intérprete deverá utilizar os elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação dos direitos fundamentais, proceder a ponderação, produzindo uma solução justa para o caso concreto, de acordo com os preceitos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. (BARROSO, 2006, p. 42).

Como consequência deste contexto, passou a ser objeto do estudo Constitucional a força normativa, a efetividade das normas, e a consolidação do princípio da razoabilidade e da dignidade humana, sendo que os diversos ramos do Direito deverão ser interpretados a partir da CRFB/88. Diante destas premissas, toda ordem jurídica deve ser interpretada através da CRFB/88, com o intuito de concretização dos valores nela consagrados. (BARROSO, 2006, p. 43-44).

Pode-se afirmar que o constitucionalismo foi um projeto político vitorioso, através do compromisso da efetivação dos direitos fundamentais. Esta perspectiva crítica proporcionou uma dimensão transformadora. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são elementos essenciais para o novo direito constitucional brasileiro, consequência de duas mudanças de paradigmas, a busca da efetividade das normas constitucionais e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2006, p. 47).

Para Canotilho, a norma jurídica se transforma em norma de decisão através de sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa), através de sentença ou decisão judicial (concretização judicial) ou, através da prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). (CANOTILHO, 1992).

A técnica da ponderação objetiva o resultado satisfatório para casos difíceis, onde a subsunção não é adequada, quando a premissa maior incide sobre a premissa menor, produzindo, como consequência, a aplicação da norma ao caso concreto. Nos casos difíceis a subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão satisfatória, sua lógica é isolar uma única norma para o caso concreto. Ao trabalhar com a CRFB/88 não é

possível somente escolher uma norma em detrimento das demais, pois segundo o princípio da unidade, onde todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia, deve-se realizar a interpretação de forma integradora. (BARROSO, 2006, p. 55).

Tribe e Dorf assim sintetizam:

Embora seja impossível oferecer uma teoria de interpretação constitucional totalmente consistente, podemos ao menos ensaiar algumas abordagens aceitáveis para tal empreendimento [...]. Na maior parte das vezes não temos respostas, e aquelas que conseguimos dar quase nunca são precisas. E a próxima lição é que não existe fórmula capaz de eliminar definitivamente a necessidade de escolhas judiciais, embora haja certas fórmulas que tentem esconder tal necessidade atrás de “intenção original” ou do “significado claro” do texto. Finalmente, a experiência norte-americana ensina que a melhor forma de adquirir “expertise em interpretação constitucional é sujeitar todos os argumentos constitucionais e decisões à constante análise e à crítica contínua, tanto do âmbito dos termos quanto do âmbito das nossas tradições para construí-los. (*In* BRAGA, 2008, p.106).

O objetivo da ponderação é solucionar conflitos normativos através de três etapas: inicialmente se identificam as normas relevantes no conflito, sendo que as informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. Em seguida cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, dependendo, principalmente, do caso concreto e de suas particularidades. Chegando na etapa de decisão, analisando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre elas, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, para vedar os excessos. (BARROSO, 2006, p. 56-58).

Outro posicionamento sobre a nova interpretação da CRFB/88, sua influência e importância no Direito Constitucional é de Paulo Bonavides (2006) que ressalta que a interpretação é uma técnica lógica, onde se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa. Objetivando estabelecer o sentido válido de uma regra de direito, questionando a lei, tendo como objeto a norma jurídica. Defende o autor que não há norma jurídica que não necessite de interpretação, pois é através da interpretação que o direito pode efetivar e concretizar o texto constitucional. (BONAVIDES, 2006, p. 438).

Defende-se a importância da interpretação, bem como dos novos conceitos elencados, pois viabilizam a efetividade da atividade jurisdicional.

#### 1.4 A ASCENSÃO E UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Vivenciamos algumas reflexões sobre a função social do Direito decorrentes da evolução do constitucionalismo, como a superação do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, tendo como consequência o pós-positivismo, designação ainda provisória e genérica, com o objetivo de definir as relações entre valores, princípios e regras, características da nova hermenêutica constitucional, bem como a teoria dos direitos fundamentais, embasada no princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito Constitucional aproximou-se dos princípios elencados nos textos constitucionais, reconhecidos pela ordem jurídica, devendo fazer a diferença na atividade desenvolvida pelos juízes, advogados e promotores, bem como na atuação do Poder Público e principalmente sobre a vida do cidadão. (BARROSO, 2006, p. 335).

Apesar da estrutura da norma especificar os atos a serem praticados para o seu cumprimento adequado, o intérprete não pode ter sua atuação restrita, pois a ele cabe interpretar e proporcionar a concretização do texto constitucional. A atividade do intérprete será mais complexa quando se tratar de princípio, pois terá que definir o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade, que pode não estar objetivamente determinado, necessitando uma integração subjetiva. (BARROSO, 2006, p. 341).

Os princípios contêm um fundamento ético e indicam uma determinada direção a seguir. Quando ocorrer antagonismo, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas para o caso concreto, sendo que a aplicação dos princípios deverá ser através da ponderação. As regras também podem ser ponderadas em relação ao caso concreto, devendo o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação, embasado nas

técnicas da ponderação e da argumentação jurídica. (BARROSO, 2006, p. 342-344).

As normas constitucionais são normas jurídicas com características específicas, tais como: a superioridade jurídica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político, desenvolvendo doutrinas próprias, identificadas como princípios específicos ou instrumentais de interpretação constitucional. Os princípios instrumentais de interpretação constitucional têm premissas conceituais e metodológicas, que fazem parte do processo intelectual do intérprete para a solução do caso concreto. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da CRFB/88, mas são reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência. (BARROSO, 2006, p. 359).

A característica maior da CRFB/88 é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e jurídicos, deverão estar validamente compatíveis com as normas constitucionais, sendo que esta supremacia é assegurada por diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade, e é por força desta supremacia que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto, ou o STF pode paralisar a eficácia, com caráter erga omnes, de uma norma incompatível com o sistema constitucional. (BARROSO, 2006, p. 360).

A interpretação conforme a CRFB/88 é consequência de dois princípios: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade, pois a ordem jurídica é um sistema de unidade. Quando existe conflito entre normas jurídicas infraconstitucionais utiliza-se os critérios tradicionais da hierarquia da norma posterior e da especialização, quando da colisão de normas constitucionais, utiliza-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas na CRFB/88, o intérprete deverá, mediante o caso concreto, objetivar a harmonização entre valores ou interesses que se contraponham. (BARROSO, 2006, p. 362).

As normas jurídicas comportam análise em três planos distintos: da existência, da validade e da eficácia. Posteriormente, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: da



efetividade, que significa a realização do Direito, atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos e dos valores o interesse por ela tutelados. Sendo a aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com esta efetividade, escolhendo aquela que permita a atuação da vontade constitucional, afastando-se definitivamente do argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na concordância da omissão do legislador. (BARROSO, 2006, p. 364).

A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que a "dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária". Sendo fundamento para decisões, tais como: o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público, a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos e o levantamento do FGTS para tratamento de familiar do portador do vírus HIV. (BARROSO, 2006, p. 372).

Apesar do entendimento da doutrina em valorizar o texto constitucional, infelizmente não é o que prevalece em alguns julgados do STF, por isso é de grande valor os movimentos sociais.

## 1.5 O CRITÉRIO DE PREFERÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O critério de preferência dos direitos fundamentais pode ser justificado através de diferentes parâmetros, sendo que um deles é o da ponderação, podendo ser elencados outros, tais como: a doutrina, a jurisprudência e por último a opção da própria CRFB/88, pela centralidade da dignidade da pessoa humana, bem como pelos direitos fundamentais. (BARROSO, 2006, p 109).

A CRFB/88 posicionou a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como centro do sistema, objetivando o fortalecimento da democracia. Com base neste contexto, doutrinadores têm preferido restringir parcialmente os princípios da legalidade e da separação dos poderes, respeitado o dispositivo constitucional, na forma da lei, que não pode ser ignorado ou superado, sendo compreendido de forma limitada, como uma restrição dirigida apenas ao executivo. Já o judiciário não estaria limitado por essa restrição em relação a sua atuação, pois quando o conflito chega na esfera judiciária isto significa que o executivo e o legislativo não solucionaram a questão pleiteada. Este parâmetro sempre será útil para o aplicador do direito diante do caso concreto. (BARROSO, 2003, p. 112).

A utilidade deste parâmetro é importantíssimo, pois o intérprete quando diante de um caso concreto normativo aparentemente insuperável, onde todas as técnicas da hermenêutica constitucional não tiverem funcionado, tem uma escolha, onde algumas normas terão sua aplicação restringida em proveito da expansão de outras. (BARROSO, 2006, p. 113).

A CRFB/88 enuncia no seu primeiro artigo que o estado democrático de direito tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, art. 1º, inc. III. No seu artigo terceiro define a construção de uma sociedade justa com objetivo da República, art. 3º, inc. I e inclui, entre os direitos fundamentais, os direitos à liberdade e à igualdade no art. 5º, caput. Considerando a dignidade da pessoa humana como núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento constitucional e do infraconstitucional, pois a dignidade é o valor que unifica o sistema (Declaração dos Direitos, ONU, 1948). Sendo, então, possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, bem como, o emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige, art. 5º da LICC. (BARROSO, 2006, p 115).

A ponderação é uma técnica cada vez mais empregada do juiz de primeiro grau ao STF. Ressalta-se, porém a necessidade de vínculo a um

parâmetro específico quanto a aplicação desta técnica, e, também, para controlar sua utilização, evitando o arbítrio que o poder sem controle pode incorrer.

É necessária a construção de parâmetros pela doutrina, através de estudo e reflexão, pois esta técnica de decisão soluciona conflitos normativos quando estes não obtiveram solução por meio dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica. Sendo que os elementos normativos utilizados na solução e o valor que eles assumem diante das circunstâncias concretas são os principais critérios que vão delimitar a ponderação, juntamente com o princípio da proporcionalidade. Tendo como parâmetros gerais aqueles aplicáveis a qualquer ponderação, ao passo que os específicos são desenvolvidos em função de conflitos entre normas particulares. (BARROSO, 2006, p. 117-118).

Claro que a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Porém, quando da existência da inércia legislativa, cabe ao judiciário aplicar tais normas, salvaguardando os direitos fundamentais, utilizando o método da argumentação. Prevalendo a aplicação direta da CRFB/88 aos casos concretos, quando inexistir norma constitucional, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em desacordo com as normas e valores constitucionais.

O Poder Judiciário é o defensor da CRFB/88, em consequência defensor da norma constitucional, pois o respeito aos direitos fundamentais é um pressuposto material para a própria possibilidade da democracia. Tal argumentação está embasada na premissa de que o judiciário tem legitimidade para decidir a partir da CRFB/88 questões polêmicas, quando da ausência de manifestação expressa do legislador. Pois a jurisdição constitucional, na prática, vem se revelando quase sempre uma aliada e não uma adversária da democracia. Sendo assim, quando o constituinte escolhe a omissão, não existe qualquer razão que justifique excluir a legitimidade da jurisdição do Poder Judiciário. (BARROSO, 2006, p. 250-251).

## 2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO EXPRESSÕES DE VALORES SOCIAIS

A efetivação da natureza humana somente ocorre quando o homem se socializa, torna-se pessoa, participante de um grupo, conservador de heranças culturais a ele transmitidas. A sociabilidade é um dos direitos mais fundamentais do homem que nasce com ele e se desenvolve a medida que a sua atividade vai se determinando e desenvolvendo.

Com efeito, os direitos fundamentais nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto de expressão de sua condição humana. Assim, fala-se de uma universalidade abstrata dos direitos fundamentais, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situando-se numa dimensão pré-estatal, integrando-se ao direito interno apenas mediante o reconhecimento pela ordem jurídica positiva de determinado Estado, [...]. (BOBBIO, 1992, p. 27)

Esses direitos baseados na moral e na razão lhe são pela sua qualidade humana, não podendo ser suprimidos pelo Estado que não pode concedê-los, tendo que declará-los:

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que "o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos". (PINTO, 1994, p. 142)

Desde a antiguidade clássica os filósofos da Grécia refletiam sobre os critérios de participação dos indivíduos e grupos sociais na vida política da Polis. Na Idade Moderna, a época das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, a cidadania era entendida como a participação do indivíduo na vida política, com o propósito de enfraquecer o monopólio estatal dos reis.

Na Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social, desenvolveu-se a concepção de três dimensões da cidadania: a cidadania política; a cidadania social e a cidadania civil.

A concepção de cidadania está estritamente relacionada ao bem estar social da população e a igualdade social. Exercer a cidadania implica ter acesso pleno a todos os direitos individuais, sociais, políticos, ambientais.

A história universal da cidadania é a história da caminhada dos seres humanos para afirmarem sua dignidade e os direitos inerentes a todas as pessoas. A história da cidadania é, de certa forma, a própria história dos direitos humanos e a história das lutas para a afirmação dos valores éticos como a igualdade, a liberdade, a dignidade de todos os seres sem exceção, a proteção legal dos direitos, a sacralidade do trabalho e do trabalhador, a democracia e a justiça. (HERKENHOFF, 2001, p. 33)

No decorrer da história o conceito de cidadania ampliou-se, envolvendo a incorporação de direitos ao patrimônio jurídico das pessoas.

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação de Joaquim José Gomes Canotilho (1992, p. 113): em autêntica 'reserva de justiça', em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal". Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, "o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca".

## 2.1 A AFIRMAÇÃO PROGRESSIVA DOS DIREITOS HUMANOS

O Estado contemporâneo nasce, no final do século XVIII, de um propósito claro, qual seja o de evitar o arbítrio dos governantes. A reação dos colonos ingleses na América do Norte e a insurreição do terceiro estado na França tiveram a mesma motivação: o descontentamento contra um poder que, ao menos isso lhe parecia, atuava sem leis nem regras. O poder despótico na caracterização de Montesquieu. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 1)

É Montesquieu quem o exprime no primeiro capítulo de sua obra: "as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas".<sup>1</sup>

E esse poder há de comandar os homens, por meio de leis que, para merecerem o nome precisam obedecer aos critérios da generalidade e impessoalidade. Neste sentido, o legislador humano apenas declara a lei, não a faz. Essa é a concepção que prevalece no limiar da Revolução Francesa.

Segundo Herkenhoff:

Num sentido próprio, em que se conceituem como "direitos humanos" quaisquer direitos atribuídos a seres humanos, como tais, pode ser assinalado o reconhecimento de tais direitos na Antiguidade: no Código de Hamurábi (Babilônia, século XVIII, antes de Cristo); no pensamento de Amenófis IV (Egito, século XIV<sup>8</sup>C.); na filosofia de Mêncio (China, século IV AC.); na República, de Platão (Grécia, século IV<sup>8</sup> C); no Direito Romano; em inúmeras civilizações e culturas ancestrais. Na Antiguidade não se conhecia o fenômeno da limitação do poder do Estado. As leis que organizavam os Estados não atribuíam ao indivíduo direitos que pudessem ser exigidos à face do poder estatal. [...]. Sem garantia legal, o respeito aos direitos humanos ficava na dependência da virtude e da sabedoria dos governantes. (HERKENHOFF, 2001, p. 34)

No entanto, as culturas antigas tiveram um importante papel na criação da ideia de Direitos Humanos.

Alguns autores entendem que a história dos Direitos Humanos nasceu com o balizamento do Estado através das leis.

No entanto, esta visão despreza o legado de povos que não conheceram a técnica de limitação do poder pelo Estado. E mesmo sem esses freios, muitas culturas privilegiaram a pessoa humana nos seus costumes e instituições sociais.

A supremacia do direito espelha-se no primado da Constituição. Esta como limitação do Poder é uma criação do século das luzes.

Através dela procura-se instituir um governo não arbitrário, com leis que não pode modificar e que busque proteger os direitos do homem.

---

<sup>1</sup> Espírito das leis, Livro I, cap. 1

A Declaração de 1789 exprime essa ideia no art. 16: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

Só merece esse nome se obedecer a duas condições: a separação de poderes, segundo Montesquieu (1995), criando um sistema de freios e contrapesos e o respeito os Direitos Fundamentais.

Conseqüentemente, essa Constituição regula a declaração do Direito pelo:

Legislativo, e sua aplicação, não contenciosa pelo Executivo, contenciosa pelo Judiciário. Como Lei Magna, impõe-se a todos os atos de todos os Poderes. Destarte, o Estado de Direito é um Estado constitucional, poder-se-ia dizer mais explicitamente, se necessário fosse, Estado constitucional de Direito (FERREIRA FILHO, 2000, p. 3).

Portanto, só se legitima o surgimento da sociedade se ela tiver por base o acordo de todos. Este acordo é o pacto social que exprime a vontade de todos, sem exceção. A partir dele é que se há de conceber a sociedade.

A Constituição é, portanto, a lei do poder que há de comandar na forma que ela prescrever e nos limites que ela permitir. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 4).

Assim, a vida em sociedade exige a coordenação do exercício dos direitos naturais por parte de cada um. Direitos estes que ninguém abre mão, a não ser na restrita e exata medida para a convivência coletiva.

É o que o art. 4º da Declaração de 1789 exprime, na sua segunda parte: "O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei".

Para os jusnaturalistas modernos, que tiveram forte influência sobre as revoluções liberais do Século XVII e XVIII, os direitos naturais estavam acima de

qualquer direito e de qualquer possibilidade de refutação, porque eram inerentes à natureza humana.

Em contraposição a esta corrente, Norberto Bobbio afirmava que os Direitos Humanos são desejáveis e que apesar de serem perseguidos, não estão reconhecidos em toda parte e a todos de forma plena e, portanto, não são considerados fundamentais.

Para Bobbio (1992, p. 37): “a positivação dos direitos permite a superação do debate sobre o fundamento jusnaturalista ou juspositivista dos direitos, porque mostra a existência de um consenso de fato”.

Superada a fase da fundamentação dos Direitos Humanos, defendida pela doutrina jusnaturalista moderna, outros questionamentos surgiram em torno dela.

Já na fase da Revolução Francesa, Marx teceu severas críticas à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirmando que os direitos ali garantidos eram direitos dos burgueses e não direitos universais de todos os seres humanos.

Para Tosi:

Se olharmos os documentos que seguiram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas, em 1948, isto é, o *corpus* dos direitos humanos, podemos observar que os direitos humanos não são simplesmente "direitos" no sentido estritamente jurídico da palavra, mas constituem um conjunto de "valores" sem os quais a sociedade não pode subsistir. Significa dizer que a doutrina dos direitos humanos comporta uma série de dimensões relacionadas entre si. (TOSI, 2002, p. 112).

Estas dimensões mostram a complexidade dos direitos humanos e não se sobrepõe umas às outras, mas se interligam e se complementam.

A dimensão ética está relacionada ao princípio da dignidade humana, que se sobrepõe à dimensão jurídica e que deve nortear a constituição legal de um Estado.

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar, mas não exclusivo, para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. Além disso, abstraindo-se, por ora, os demais referenciais a serem analisados, é preciso ter sempre em mente que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2003, p. 120)



A dimensão jurídica é estabelecida como o conjunto de direitos positivos que tem a função de concretizar e normatizar o contido na Declaração de 1948.

No pensamento político setecentista a Declaração de Direitos representa, por um lado, a declaração dos direitos humanos e, por outro lado, a limitação desses direitos como decorrência da vida em sociedade.

A Declaração de Direitos é de 1789, a primeira Constituição de 1791. Só mais tarde, por economia de tempo e dinheiro, é que se passou a estabelecer num mesmo documento a Declaração de Direitos (pacto social) e a Constituição (pacto político).

Assim, os Direitos Fundamentais nos termos em que o pacto os preserva, representam a limitação do Poder do Estado. Definem estes direitos o que é lícito e o que não é para o Estado.

Importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título. (LOUREIRO, 1995, p. 163-164)

Como já salientamos anteriormente, a doutrina dos direitos do homem, que tem grande peso no direito constitucional, não nasceu no século XVIII, mas já desponta na Antiguidade com a doutrina do direito natural.

É na Antiguidade que se reconhece a existência de um direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a estes pelos deuses.

Esta concepção de um Direito independente da vontade humana perdurou por toda a Idade Média.

Estes direitos não são outorgados pelo legislador, sendo que chega a eles através da "reta razão", observando-se a conveniência e inconveniência dos mesmos, em face da natureza razoável e sociável do ser humano.

O registro de direitos em um documento escrito é prática que se difundiu a partir da segunda metade da Idade Média.

Em toda a Europa encontram-se registros, não de direitos do homem, mas do direito de comunidades locais ou corporações através de forais ou cartas de franquia. Nestes os senhores feudais, mormente os reis outorgavam direitos que deveriam ser reconhecidos e respeitados para todo o sempre.

A Magna Carta de 21 de junho de 1215 merece destaque porque é a peça básica da constituição inglesa e, portanto, de todo o Constitucionalismo inglês. Consiste no acordo do rei João Sem Terra e dos barões revoltados, apoiados pelos burgueses de cidades como Londres. Nela estão previstas garantias fundamentais como: a liberdade de ir e vir, a propriedade privada, a graduação da pena de acordo com a gravidade do delito.

A doutrina dos direitos do Homem, [...], já estava conformada no século XVII. Entretanto, ela se expandiu no século seguinte, quando se tornou elemento básico de reformulação das instituições políticas. Foi incorporada pelo liberalismo, do qual é capítulo essencial. Não se olvide, porém, que é uma doutrina bem mais antiga que esta filosofia política, a qual não a construiu, mas a adotou e certamente enfatizou. Com efeito, no seu cerne está o jusnaturalismo a que já aderiam os estóicos. Mas é verdade que, do século das luzes em diante, se tornou um dos princípios sagrados do liberalismo, sendo às vezes apresentado como o princípio liberal, por excelência. (FERREIRA FILHO, 2000, p.14)

Esta doutrina se universalizou transportada pela civilização cristã-ocidental.

Como assinala Jorge Miranda (1993, p. 33): "outras culturas, como a chinesa, a hindu etc., não valorizam direitos mas "obrigações", "virtudes", etc".

Assim, não possuíam, antes da influência europeia, concepção de direitos fundamentais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é a mais famosa das declarações e está em vigor na França. Ela opera o controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional. Sua importância, no entanto, não advém disso, mas de ter sido por um século e meio o modelo das declarações e por ter importância ainda hoje para aqueles que reverenciam os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Sua primazia diante das declarações vem do fato de ter sido considerada o modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí a sua incontestável influência sobre as declarações que se editaram pelo mundo afora até a primeira

Guerra Mundial. No entanto, não foi ela a primeira declaração de direitos, historicamente falando. A primeira declaração foi a da Virgínia em 12 de junho de 1776, antes mesmo da independência das treze colônias inglesas da América do Norte. As declarações americanas muito influenciaram os franceses, pois eram conhecidas dos revolucionários que muito as apreciavam.

A finalidade da declaração é proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo, e nisso, há menção expressa ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. O objetivo daquela é de caráter pedagógico, instruir os indivíduos sobre os seus direitos fundamentais. Trata-se de uma declaração, ou seja, os direitos aí enunciados não são constituídos, mas estão ali declarados.

Declaração presume preexistência. Os direitos ali declarados são os que provêm da natureza humana. Vinculado à natureza humana, são abstratos e, portanto, não pertencem aos ingleses ou franceses.

São imprescritíveis, não se perdem com o passar do tempo, pois se prendem à natureza imutável do ser humano. São inalienáveis, pois ninguém pode abrir mão da própria natureza. São individuais, porque cada ser humano é um ente perfeito e completo, mesmo se considerando isoladamente, independentemente da comunidade (não é um ser social que só se completa na vida em sociedade). Por essas mesmas razões, são eles universais, pertencem a todos os homens, em consequência estendem-se por todo o campo aberto ao ser humano, potencialmente o universo. (FERREIRA FILHO, 2000, p.22-23)

Na Declaração de 1789 não constava a liberdade de associação, pois o pensamento iluminista é extremamente individualista e com fulcro no pensamento de Rousseau totalmente contra as sociedades parciais.

Os direitos do cidadão são poderes. Constituem meios do cidadão para participação no Poder Político.

Neste rol de direitos está o direito de participar da vontade geral, através de representantes escolhidos pelo povo; de controlar os impostos; de controlar o dispêndio do dinheiro público.

A Declaração enumera diversos princípios de organização política, quais sejam: a igualdade; a finalidade do Estado; a garantia dos direitos fundamentais do

homem e do cidadão e a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.

E, enfim, a Constituição, a única merecedora de usar esse nome, que externamente limita o exercício do poder e internamente estabelece a separação dos poderes.

Para que haja o gozo desses direitos fundamentais é importante que haja uma coordenação dos mesmos para que todos possam usufruí-los concomitantemente e sem colisões.

Mas essa limitação deve ser justa, sendo que só a lei pode limitar o exercício dessas liberdades.

Enfim, é elemento essencial da Declaração a igualdade perante a lei, a isonomia.

É expresso o art. 6º: "Ela (a lei) deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune". Isto faz eco ao art. 1º, onde se afirma que: "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos".

Assim, estabelece a uniformidade de direitos aplicáveis a todos os homens. Está nisso uma das grandes revoluções da Revolução Francesa.

O titular do poder de agir é todo e qualquer ser humano. Isso se justificava no século XVIII pela igual natureza de todos os seres humanos, hoje prefere-se salientar a sua igual dignidade, para desvincular do caráter jusnaturalista.

O sujeito passivo desses direitos são todos os indivíduos que não o seu titular, incluindo-se entes públicos e privados e, especialmente, o Estado. Em 1789 o Estado era visto como inimigo das liberdades, e ainda o é em certo sentido, pois pode confiscar a propriedade, censurar, prender, etc.

Assim, o sujeito passivo, dentre eles o Estado, deve abster-se na perturbação desses direitos, tendo também uma função preventiva de proteger esses direitos fundamentais e de reprimir qualquer abuso ou violação daqueles.

São direitos reconhecidos pela ordem jurídica e não precisam estar num documento formalizado para que devam ser respeitados. A enumeração desses direitos não nega outros, sendo sempre exemplificativa e nunca taxativa.

Ao término da primeira Guerra Mundial, [...], novos direitos fundamentais foram reconhecidos. São os direitos econômicos e sociais que não excluem nem negam as liberdades públicas, mas a elas se somam. Consagra-os a Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, que por isso ganhou imortalidade. [...]. Numa síntese, talvez demasiado simplificadora, pode-se dizer que, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, o período acima referido assistiu à deterioração do quadro social, particularmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e nos Estados Unidos. Esse quadro costumava ser designado como a Questão Social. [...]. A Questão Social, [...] fotografa a situação da classe trabalhadora num momento especial do desenvolvimento capitalista, nos países que primeiro se embrenharam neste caminho. É o caso da Grã-Bretanha, da França, um pouco mais tarde dos Estados Unidos, [...]. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 41-42)

O liberalismo econômico provocou um acréscimo súbito da riqueza conforme jamais visto. No entanto, esta riqueza ficava concentrada na mão dos empresários, ou, como queiram, da classe burguesa.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Em contrapartida, a classe trabalhadora se viu numa situação de penúria. Ou mesmo de miséria. Não mais havia a proteção corporativa, o poder político se omitia, de acordo com a interpretação corrente de seu papel, o trabalho era uma mercadoria como outra qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura. E a máquina reduzia a necessidade de mão-de-obra, gerando a massa dos desempregados. [...]. Ademais, as condições de trabalho nas fábricas, minas e outros empreendimentos eram extremamente ruins, tanto para o corpo como para o espírito. [...]. Tal situação era uma ameaça gravíssima à estabilidade das instituições liberais, portanto, à continuidade do processo de desenvolvimento econômico. Urgia superá-la e isto suscitou uma batalha intelectual e política. (2000, p. 42-43).

Reforma ou revolução?

Uma visava reconciliar o proletariado com as demais classes e com o Estado. O outro grupo de revolucionários entendia que só a extinção da classe dos exploradores poderia ser a solução.

A crítica socialista tocou profundamente quando falou do caráter formal da Declaração. Pois, para usufruir das liberdades ali declaradas pressupõe-se condições econômicas para tanto e a maioria da população não dispunha de meios necessários para viver dignamente.

Mas a sua proposta encontrou menor aceitação quanto aos temas revolucionários como, extinção do Estado e da propriedade privada dos meios de produção e a ditadura do proletariado.

Na verdade, o socialismo revolucionário só chegou a uma experiência concretizadora com a Revolução Russa de 1917.

O movimento reformista ganhou um forte apoio com a formulação da chamada doutrina social da Igreja a partir da encíclica *Rerum Novarum*, editada em 1891 pelo Papa Leão XIII. Esta retoma de São Tomás de Aquino a tese do bem comum, da essência na "vida humana digna", bem como a doutrina clássica do direito natural, ao mesmo tempo em que sublinha a dignidade do trabalho e do trabalhador. Chega assim à afirmação de direitos que exprimem as necessidades mínimas de uma vida consentânea com a dignidade do ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus. Daí o direito ao trabalho, à subsistência, à educação, etc.(FERREIRA FILHO, 2004, p. 45)

Ao contrário do que muitos supõem, preocupações sociais já estão presentes nas Declarações do primeiro período. A Declaração francesa de 1793, por exemplo, afirma no art. 21: "os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência aos que não têm condições de trabalhar". E no art. 22: "a instrução é necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder os progressos da razão pública e pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos".

Disto faz eco a Carta Brasileira de 25 de março de 1824, no art. 179. No n° 31 está: "A Constituição também garante os socorros públicos". No n° 32: "A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos".

No entanto, o principal documento da evolução dos direitos fundamentais que consagra os direitos sociais e econômicos é a Constituição francesa de 1848.

Em 1848 foi um ano de muitas lutas e revoluções na Europa que desencadeou na derrubada da monarquia orleanista. Um elemento importante nesses movimentos foi a participação de trabalhadores e desempregados, que dá conotação social ao movimento que levou à segunda república.

Ao final da Primeira Guerra Mundial, gravíssima era a situação da Alemanha. As instituições políticas estavam derruídas, a situação social extremamente agravada, foi quando a esquerda radical lutava para tomar o poder em favor dos

conselhos operários. Não havia condições para que a Assembleia Constituinte se reunisse em Berlim (capital) para o estabelecimento de um novo quadro constitucional, foi quando se estabeleceram em Weimar, de passado intelectual. Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, onde destacam-se: o uso social da propriedade; a repartição de terras; a sindicalização; a proteção ao trabalho; a co-gestão das empresas, etc.

Estava assim estabelecido um novo modelo que foi imitado posteriormente por constituições que se editaram pela Europa e pelo mundo a fora, chegando ao Brasil com a Constituição de 1934, a primeira das nossas que enuncia uma ordem econômica e social.

Com relação aos direitos sociais, assim como as liberdades públicas, são direitos subjetivos. No entanto, não são simples poderes de agir, mas poderes de exigir. São poderes de "crédito", tendo como sujeito passivo o Estado que tem o dever de atendimento aos direitos sociais. Na Constituição de 1988 este dever do Estado é cristalino, quando descreve o dever de propiciar proteção à saúde, à educação, à cultura, ao lazer, ao trabalho, à proteção ao desemprego através da previdência social, etc. Mas, sem dúvida, o Estado é visto como o representante da sociedade, como a expressão personalizada desta. As vezes a responsabilidade é partilhada com um outro grupo social como a família, no caso da educação.

O objeto do direito social é uma contraprestação sob a forma de prestação de um serviço, como o serviço escolar em atendimento ao direito à educação; serviço médico-sanitário-hospitalar em atendimento ao direito à saúde; serviços desportivos em atendimento ao direito ao lazer.

Ou na impossibilidade de satisfazer o direito através de uma prestação direta, uma contrapartida em dinheiro. É o caso do seguro-desemprego para o direito do trabalho.

Os direitos sociais pressupõem sociedade, e, portanto, não são direitos naturais no sentido dado pelos iluministas do século XVIII. No entanto, podem ser deduzidos da sociabilidade humana, e entendendo esta sociabilidade como própria da natureza humana, eles podem ser ditos naturais.

Na sociedade existe a necessidade de cooperação e apoio mútuo. Esse auxílio beneficia a todos e a cada um e será tão mais imperativo de acordo com a gravidade da necessidade por que passa o semelhante. Poder-se-ia dizer numa palavra que esse fundamento é a solidariedade entre os homens, que não pode ser confundida com os direitos de terceira geração, conhecidos como direitos de solidariedade.

A garantia que o Estado, como sociedade organizada, dá a esses direitos é a prestação dos serviços públicos a eles correspondentes, tratando-se de uma garantia institucional.

Foi, aliás, a obrigação de atender esses direitos que ditou a expansão dos serviços públicos a partir dos anos vinte pra frente. Isso gera pesados encargos para o Estado diretamente e para o contribuinte indiretamente, o que suscita contemporaneamente um repensar sobre esses direitos. Até que ponto o Estado deve dar o atendimento a esses direitos e até que ponto deve apenas amparar o indivíduo na busca do atendimento desses direitos?

Com relação à proteção judicial no que se refere aos direitos sociais, quando se trata da instituição de serviço público, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial. Por isso, em muitas situações, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção tem sido letra morta.

Mas toda esta evolução dos direitos fundamentais encontrou seu coroamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Nela estão inscritos os direitos fundamentais, ditos de primeira geração (as liberdades), e os direitos sociais, direitos de segunda geração.

Com efeito, nela estão a liberdade pessoal, a igualdade, os direitos de reunião, o direito à participação na direção de um país, o direito à vida, o direito de ir e vir, o direito de propriedade, o direito à nacionalidade, o direito à segurança, enfim, o direito a um nível de vida adequado que garanta ao indivíduo os meios de subsistência.



Todas as Constituições brasileiras, sem exceção, enunciaram Declarações de Direitos. As duas primeiras se contentaram com as liberdades públicas, entendidas como limitação ao poder do Estado. Todas a partir de 1934, incluíram no texto, da Ordem Econômica, os direitos sociais.

A Constituição de 1988 apresenta algumas variações com relação ao modelo tradicional. Ela enumera os direitos e garantias fundamentais antes da estruturação do Estado, sendo que quis com isso dar-lhes preeminência.

Em todas as Constituições brasileiras, desde 1891, a enumeração dos direitos fundamentais tem caráter exemplificativo. É o que decorre do art. 5º, parágrafo 2º, da Carta em vigor: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Cumprido ressaltar que jamais normas de tratados internacionais prevalecerão sobre a Constituição. Assim sendo, as normas do Pacto de São José da Costa Rica que o Brasil adere não prevalecem sobre o direito positivo brasileiro, tendo apenas força de legislação ordinária.

Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos fundamentais, estes terão força de lei ordinária, sendo que os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Sendo assim, haveria dois níveis de direitos fundamentais, um de nível constitucional e outro de nível legal.

A Constituição Federal de 1988 inova o direito pátrio quando edita em seu art. 5º, 8º 1º que, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata". [...]. Consta-se, porém, que a doutrina pátria (a exemplo do que ocorre no direito comparado, inobstante de forma menos acentuada) ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao significado e alcance do preceito em exame, que passou a integrar a pauta dos temas mais polêmicos no âmbito do nosso direito constitucional. [...]. Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a fórmula genérica "direitos e garantias fundamentais", tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, nem mesmo

aos, como já visto, equivocadamente designados, direitos individuais e coletivos do art. 5º. (SARLET, 2003, p. 247-248)

A intenção de quem a editou é compreensível, ou seja, evitar que essas normas se tornassem letra morta. No entanto, uma norma tem aplicabilidade imediata quando é completa em seu conteúdo e não deixa lacunas, caso contrário não poderá ser executada, pela natureza das coisas.

Ora, ou a norma é completa e autoaplicável, ou não o é e não poderá ser aplicada, sob pena de se forçar a natureza das coisas. Exemplo disso é a norma instituidora do mandado de injunção que é incompleta, pois lhe falta a conclusão, o mandamento, afora não se conhecer o procedimento aplicável ao caso.

Também a estreita ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado social consagrado pela nossa Constituição, na esteira da maior parte das Leis Fundamentais contemporâneas, merece destaque. Apesar da ausência de normas expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, caput, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas, e nisto parece existir amplo consenso na doutrina, de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. (BONAVIDES, 1997. p. 336)

Como não é possível nesse trabalho se fazer um exame pormenorizado de todos os direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, se tentará fazer uma explanação de alguns direitos com suas características jurídicas.

## 2.2 DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os chamados direitos humanos não são direitos em sentido estrito, por não terem eficácia, seja por não terem sanção, seja por não terem sido promulgados por uma autoridade competente.

[...] assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos", não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos, confusão esta que não se revela como inaceitável em se considerando o critério adotado. [...] 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). (SARLET, 2003, p. 33-34)

No Brasil, apesar do art. 153 da CF/1969, hoje o art. 5º da CF/88, tivemos diversos casos de tortura, comandados pelos agentes da "ordem". Estas ações, além da ordem, não estavam baseadas em nenhuma lei e não decorriam de nenhuma necessidade social.

Os direitos humanos, em suas diversas etapas de origem, aparecem como concessão de quem detinha o poder, ou como conquista de quem não manipulava o poder.

No entanto, quando observamos a Declaração dos Direitos do Homem e a Declaração de Direitos Americana, verificamos que trata-se de fruto de uma burguesia com o efetivo poder nas mãos.

Também é impossível separar os direitos humanos de sua historicidade e desvinculá-los de suas contradições.

Por outro lado, no seu aspecto textual, não podemos deixar de vislumbrar um conjunto de princípios que encerram fundamental respeito à vida, à liberdade, à posse do próprio corpo e a dignidade de cada ser humano.

Em virtude de seu teor, os direitos humanos podem se constituir em forte bandeira de transformação social, pois são antítese dos regimes de arbítrio e de alta concentração de renda.

Como os direitos humanos podem ter importância como bandeira de luta, podem se afigurar como hipocrisia e bandeira de fumaça que esconde as reais intenções dos seus promotores.

Pode-se perceber a existência de direitos humanos literais e direitos humanos concretos. Os primeiros maravilhosamente expostos na Carta de 1948 e em diversos dispositivos constitucionais de vários Estados. Os segundos oriundos da prática cotidiana e incorporados por costumes, a partir do embate entre as forças renovadoras e as forças conservadoras.

Os direitos humanos em sentido lato vão se constituir na luta pela garantia das condições mínimas para cada um dos homens.

Direitos humanos nunca serão outorgados, mas serão colhidos através das pressões e das lutas.

Neste momento ele não será mais texto, mas contexto, ou seja, o resultado normativo de conquistas sociais.

Salvo a Magna Carta e alguns poucos documentos menores, os direitos humanos passaram a ter importância histórica a partir da ascensão da burguesia, o que, até hoje, pode ocasionar um travo individualista nas declarações. A burguesia ao tomar o poder nos Estados Unidos e na França sedimenta seus princípios ideais que nunca vão se constituir em um ser social, mas sempre em um "dever-ser" que não será realizado em virtude de muitos princípios teoricamente defendidos serem incompatíveis com a prática dessa mesma burguesia.

A atual Declaração de 1948, fruto de embates sociais, para a época, cataclismos, pois foi promulgada logo após a 2ª Guerra Mundial, já encerra, pela diversidade de Estados que firmam esse documento, um conjunto de direitos mais sociais, isto é, beneficiadores da coletividade e não somente dos indivíduos. (AGUIAR, 1990, p. 156)

Os direitos humanos não são estáticos, não são favores. São conquistas dos "sem direitos" que se sedimentam na sociedade através de lutas e contradições.

Para se conquistar um direito operante precisa-se, primeiro, do poder que legifera. Só alcança-se a mudança jurídica através da mudança política.

A conquista política se dá através da organização de grupos com ideologia definida e estratégias que disputam e tem condições de assomar ao poder.

Só os despidos dos direitos elementares poderão implantar nova ordem que respeite as conquistas históricas e os direitos que progressivamente foram se consolidando.

A luta também é dos juristas e de alguns intelectuais, mas a carga e o esforço maiores são da parte dos sem direitos e dos dominados pelas leis vigentes.

[...] se, de um lado, pode haver melhor aparelhamento dos cidadãos para a conquista de seus direitos, de outro, as normas regedoras da dominação tendem a se uniformizar em escala mundial. [...]. Concomitantemente ao movimento de humanização desenvolve-se uma tendência à desumanização. O direito, desse modo, internacionaliza-se em direções antitéticas, de um lado instrumentando novas conquistas sociais, de outro cristalizando a dominação da ordem vigente. O conflito dominante-dominado

transcende as fronteiras dos Estados para se instalar nas relações entre países colonizantes e países colonizados. É de tal maneira brutal a necessidade de manutenção desse gênero de relacionamento que os países colonizantes lançam mão de todos os recursos no sentido dos colonizados continuarem sob seu tacão. [...]. Além disso, é preciso que os países colonizados não se desenvolvam economicamente, não manufaturem suas próprias matérias-primas a fim de que continuem como eternos "clientes" dos colonizantes. (AGUIAR, 1990, p. 157-158)

Neste embate não há meio termo: ou a dominação permanece ou os dominados reverterem esse quadro.

Os direitos humanos insertos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão visam garantir a cada homem a vida em paz, sem temor e a salvo de qualquer necessidade.

A declaração também se coloca como uma tentativa de evitar atos mais violentos dos dominados contra a tirania dos dominantes através do império da lei.

Reconhece também este documento a necessidade de progresso social, de melhores condições para os seus cidadãos, dentro de uma liberdade mais ampla.

O grande problema é que o texto legal se apresenta mais como um desengano de consciência, pois é enorme a distância entre o seu texto e a práxis.

A igualdade tão buscada pelo direito enquanto tese esbarra na organização socioeconômica que é, a princípio, não isonômica, na medida em que vive do instável equilíbrio entre dominantes e dominados. Ora, em sociedade com tal característica é impossível falar-se em isonomia legal, na medida em que os dominantes do poder, por deterem a faculdade de legislar, normatizam para garantir seus interesses, em detrimento daqueles dos grupos dominados. A isonomia pode ser um desiderato ideal, mas nunca uma realidade social palpável. (AGUIAR, 1990, p. 161)

De peculiar configuração se reveste o direito à vida. Porém, viver não é só ter a vida a salvo de qualquer violência. Viver significa ter as condições mínimas de sobrevivência, para manter a saúde e o bem-estar. Um Estado que não distribui bem a sua renda é um Estado homicida, pois aumenta a sobrevivência de poucos e diminui a sobrevivência de muitos.

O direito de ir e vir é um direito individual, profundamente imbricado com o social, pois não se pode ir nem vir sem ter com que pagar para ir e vir. Deixando de lado os problemas diariamente tratados pelos jornais referentes a refugiados e a pessoas que não somente não têm o direito de ir e vir como não têm o direito de ficar em sua própria terra, como no caso dos palestinos, notamos que o sistema de produção restringe e manipula esse

direito conforme seus interesses. No Brasil, dada a desequilibrada distribuição de renda, os cidadãos do nordeste têm o direito (quando têm dinheiro) de vir para o sul a fim de tentar melhoria de vida, mas essas mesmas pessoas não têm o direito de voltar para o nordeste, salvo nos casos em que o Estado, pressionado pelas migrações, resolve subsidiar no todo ou em parte essas voltas. [...]. Assim, o direito de ir e vir proclamado pela declaração, a nível dos fatos, encontra os mais variados obstáculos, faltando ainda, o que é muito importante, desenvolver-se uma campanha no sentido de ficar, do direito de estar na terra em que nascemos. O direito de asilo previsto pela declaração constitui-se em praxe bastante respeitada a nível internacional. [...]. O direito de asilo, apesar dos esforços no sentido de sua preservação é quebrado pelos próprios Estados que, utilizando de seu aparelho repressivo, burlam suas próprias normas em nome da segurança do Estado. Exemplo típico dessa situação foi o sequestro de cidadãos uruguaios em território brasileiro pela polícia uruguaia. Essa ação, além de ser flagrante invasão do território nacional, viola as mais flagrantes regras de direito de asilo, refúgio. (AGUIAR, 1990, p. 166-167)

A declaração, na parte referente aos direitos individuais, se refere à segurança pessoal. É de se ressaltar que a segurança do Estado, a segurança nacional sempre vai se sobrepôr à segurança individual de cada cidadão.

Com relação à integridade física, o Estado não pode torturar, porém, em busca de uma eficácia repressiva, ele recorre a meios que o eufemismo chama de "interrogatórios severos". O mesmo Estado que vai desagregar psicológica e moralmente o apenado, vai defender a sua integridade física.

O direito à nacionalidade está ligado ao direito de permanecer na terra em que se nasceu. Diversos países adotam a prática de não reconhecer a nacionalidade de povos que vivem em seu território. O direito à nacionalidade é o direito à identidade cultural, à sobrevivência, à liberdade e a terra.

Com relação à propriedade, a questão a ser ferida é de se saber como realizar a distribuição dos bens e regulamentar o direito à propriedade de forma que a maioria desprovida de tudo possa gozar desses bens e ter uma vida digna e independente.

O direito ao pensamento e à expressão desse pensamento também estão expressos na Declaração. No entanto, enquanto a educação for elitista, as informações forem divulgadas pelos meios de comunicação de forma distorcida; enquanto se quiser mascarar a realidade dos fatos, a expressão do pensamento nunca será livre, pois existe repressão na origem do próprio processo de pensar.

A moral e os bons costumes, a segurança do Estado, a sobrevivência da Nação, a manutenção da soberania têm servido como escudo para justificar atos de agressão à liberdade de pensar que ferem os costumes, matam a cultura nacional, impedem a soberania de um pensar autêntico e facilita o grande leilão dos países subdesenvolvidos que são arrematados por lances muito baixos pelos países desenvolvidos. [...]. O problema da liberdade de pensar e expressar o pensamento está indelevelmente ligado ao problema da liberdade de educar, da liberdade política, da isonomia econômica. [...]. O pensamento só é castrado se tiver um potencial de ameaça a interesse. Logo, os atentados à liberdade de pensar e expressar o pensamento são fundamentados em interesses reais, em interesses de grupos que racionalizam seu modo de existir e dominar por via de uma ideologia. (AGUIAR, 1990, p. 168-169)

Reunir-se, associar-se, é organizar-se com algum objetivo. Reprimir essa liberdade de associação é impedir a continuidade de uma sociedade conflitiva.

É marcar as cartas do jogo na correlação de forças. A repressão aos grupos majoritários não consegue ser eterna, pois na medida em que os oprimidos se conscientizam dos seus direitos, se organizam, e passam a lutar por aqueles, de nada adiantando o impedimento às reuniões.

A luta por esses direitos não é uma luta jurídica, mas uma luta social das maiorias sem poder.

A luta pelos direitos humanos é política, pois prevê normas que só poderiam vigor a partir de uma reviravolta social, pois se o "status quo" não se modificar e continuar a serem defendidos direitos de uma minoria dominante, não se pode falar em direito à vida, à saúde, ao bem estar, à habitação, etc.

Diante de tudo isso só é possível dizer que os direitos humanos não são direitos, mas princípios de alta valia moral que servem para embasar as lutas sociais. Para a inserção real dos direitos humanos no ordenamento jurídico é necessário que eles estejam consagrados não somente na legislação, mas na prática cotidiana do exercício do poder.

Observando-se os ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente suas Constituições, verifica-se que os princípios impressos na Declaração estão cristalizados em normas jurídicas editadas pelo próprio Estado. Esse fenômeno poderia nos induzir a acreditar que os direitos humanos foram aceitos pelos vários Estados e incorporados as suas práticas cotidianas no embate das forças sociais.

No entanto, essa ideia é despida de verdade, pois os Estados consignam esses valores em suas Constituições como forma de justificar a sua modernidade, mas na prática pouco do que está escrito se torna real.

Aliás, é preciso que tais princípios sejam aceitos pelos Estados, sob pena de serem considerados bárbaros e sofrerem a pena de hipocrisia de outros Estados.

Esse problema justifica a continuidade da luta pelos direitos humanos que, apesar de estarem consignados na lei, não repercutem na realidade concreta.

Válida é a luta pelos direitos humanos, pois representa desalienação, organização e mudança do poder. Por isso, quando falamos de direitos humanos, o que realmente estamos a afirmar é a busca de uma sociedade onde os postergados em seus direitos possam se unir e se organizar para expressão dos seus interesses e direitos e pela tomada do poder por eles, pois só assim surgirá um direito consentâneo com esta pauta de princípios que se convencionou chamar de direitos humanos.

Com relação ao direito justo, Roberto A. R. de Aguiar tece algumas considerações:

A virtude não está no meio. Ela está no extremo. A justiça não significa equilíbrio, mas desequilíbrio. A neutralidade não existe nem no direito nem na ciência. Dar a cada um o que é seu guarda uma ambiguidade fundamental, que se traduz pelo "seu" de cada um. Viver honestamente suscita a pergunta: Honestamente segundo que valores? Não lesar o outro implica entendimento conflitivo do que significa lesar e de quem é o outro. O justo pode estar respaldado na reta razão, na divindade, na ordem cósmica e até mesmo na vontade, mas esses respaldos também carecem de um significado mais preciso, o que os torna linguagem aberta a todas as significações possíveis, o que quer dizer, a todos os interesses possíveis. Acresce ainda que o homem vive dentro de uma diversidade cultural, o que ainda mais dificulta a questão de se encarar o justo como um princípio translocal e transtemporal. Mas é preciso, pelo menos, tentarmos encontrar parâmetros para ajuizarmos um direito como melhor ou pior que outro, que na linguagem mais aceita significa um direito mais ou menos justo que outro. (AGUIAR, 1990, p.172)

A legislação emanada dos detentores do trabalho, estatisticamente, tende a beneficiar mais pessoas, pois os trabalhadores são em maior número. Já a legislação emanada dos detentores do capital, tende a beneficiar uma minoria, e portanto, tende a ser pior ou menos justa. O poder do trabalhador pelo menos tem a possibilidade de beneficiar mais pessoas. É preciso notar também, de forma



criterosa, quem se beneficiará da legislação. Nem sempre o puro e simples poder do trabalhador significa que será ele o beneficiado da legislação. As vezes o grupo que toma o poder é um representante formal e não real.

Um ordenamento jurídico que possibilita o domínio da terra e dos meios de produção por poucas pessoas, em detrimento da maioria que não pode ter acesso à propriedade da terra e aos frutos de sua própria produção, é um ordenamento pior do que outro que torna social a propriedade da terra e dos meios de produção, isto é, engendra meios e controles para que a propriedade fique nas mãos dos que produzem, dos que trabalham, ou estatiza esses bens em nome desses mesmos trabalhadores. [...]. Logo, as legislações limitadoras, castradoras, exploradoras, sugadoras da força de trabalho do corpo serão piores que aquelas que tentam tratar o corpo do ser humano, que é o próprio homem observado em sua concretude, de forma a desabrochar todas as suas potencialidades, todas as suas capacidades. Se o tempo de cada homem é sequestrado pela sociedade, isso significa que esse homem é objeto do poder econômico e político. (AGUIAR, 1990, p.174)

A legislação que não contempla o lazer, que possibilita uma jornada de trabalho esgotante em troca de míseros salários; que permite que se use o desgaste das pessoas pelo tempo, para que não se revoltem contra o domínio, será uma legislação ou ordenamento pior do que aquele que tem normas antagônicas.

Um ordenamento que não beneficia a todos com a possibilidade de informação e instrução; um ordenamento em que o conhecimento se encastele nas Universidades e se restrinja aos detentores do capital, será menos justo do que aquele em que se socialize o saber e se proíba que o conhecimento seja privilégio de poucos.

Cabe ainda dizer que a simples enunciação desses princípios, dessas medidas, nos textos legais, não significa que aquele ordenamento seja melhor ou mais justo que outro, já que, ao se aceitar os fundamentos deste trabalho, o ordenamento jurídico é texto e contexto, é posto e, em processo, é fruto da correlação de forças na sociedade, mas é também mais um fator social dentro da dinâmica do relacionamento, influenciando e participando da sociedade no sentido de promover a libertação do homem ou cerceá-lo em suas potencialidades. Falar em liberdade, em direito, significa falar em práxis da liberdade, o que, em termos mais claros, significa falar em libertação. O direito pode tutelar meras justificativas sociais, expressões polissêmicas ou vazias que servem para ocultar a prática real das relações entre o poder normador e os destinatários de suas normas. (AGUIAR, 1990, p.175-176)

Num ordenamento jurídico encontramos normas que foram criadas para serem aplicadas e normas que foram criadas para não serem aplicadas, que servem apenas de rótulo para criação da imagem do Estado, e outras que, apesar de hoje

não serem aplicadas, se os interessados em sua vigência se organizarem e forcingarem a sua aplicação, elas entrarão em vigor.

Falar em liberdade, igualdade, dignidade, sem a distribuição das riquezas é idealismo ingênuo. Além disso, é impossível falarmos em distribuição de riquezas com as minorias no poder e com a falta de direitos eficazes para uma reivindicação que beneficie as maiorias realmente produtoras.

Assim, um ordenamento jurídico que preocupa-se com a manutenção de privilégios, com a perpetuação das desigualdades, será menos justo, pior do que aquele que beneficia as maiorias produtoras contra a estagnação dominadora.

Quando as normas jurídicas servirem tão-somente para fortalecer os instrumentos de controle e repressão do poder, quando as prescrições legais servirem para prever situações onde o poder poderá ser exercido absolutamente, quando o ordenamento jurídico servir para restringir o direito daqueles que são os destinatários passivos da lei, hipertrofiando as faculdades dos destinatários ativos, quando a limitação do poder for sempre injusta, na medida em que promulgada por minorias e a serviço de interesses dessa própria minoria, estaremos perante um direito que não serve ao bem da maioria porque dele não dimana, um direito que é legalidade mas não é legitimidade, na medida em<sup>34</sup> que não está servindo aos interesses preponderantes de uma dada sociedade. (AGUIAR, 1990, p.177-178)

Ainda, conforme os ensinamentos de Roberto A. R. de Aguiar:

Um ordenamento que desaba de cima para baixo sobre as cabeças dos destinatários também desabará sobre eles proibindo a participação política, social, econômica, ou, pelo menos, cerceará tal participação ao mínimo compatível com o anestesiamiento e a não-reclamação daqueles que não detêm a fatia preponderante do poder. Mas justo será o ordenamento que, em sua origem, for fruto das camadas representativas da sociedade que vai normar e que, por consequência, irá conceder faculdades a essas mesmas camadas, no sentido do exercício de seus reais direitos aos seus direitos vividos e exercidos na prática. (AGUIAR, 1990, p.179-180)

O direito ou é do capital ou é do trabalho, não existe meio termo. Ou o direito trata a relação capital-trabalho sobre a ótica do capital ou sob a ótica do trabalho. O direito que encara a produção como fruto prioritário do capital, privilegiará este e conseqüentemente as minorias dominantes em detrimento de quem trabalha, sendo um direito das minorias e das desigualdades.

Nas palavras do doutrinador Roberto A. R. de Aguiar, temos o seguinte:

A virtude da justiça é não estar no meio. A justiça não é neutra, ela é sempre comprometida. A diferença entre as diversas concepções de justiça

está no seu comprometimento com um ou outro grupo. [...]. Para uns a sociedade é, essencialmente, harmônica e os conflitos nela existentes significariam uma turbação em sua harmonia essencial. Assim, por exemplo, o capital e o trabalho vivem e viverão em harmonia e o que deve ser feito, no caso de conflitos, é aproximar os interesses, diminuir as tensões, cederem um pouco cada uma das partes, conseguindo-se, assim, a volta da sociedade a seu leito normal, a saber, o leito da harmonia. Outra concepção que deve ser considerada como matriz para o entendimento da questão da justiça é aquela que considera a sociedade se transformando por meio de conflitos que traduzem interesses opostos de grupos que, entre si, estabelecem uma relação dominante-dominado, não havendo, nesse caso, a mínima possibilidade de se considerar a tão decantada harmonia social, pois o estabelecimento de uma harmonia entre esses grupos implicaria necessariamente a morte de um deles, a absorção de um pelo outro, dado o fato de um viver às custas do outro. [...]. A justiça pode ser considerada como dar a cada um o que é seu, viver honestamente e não lesar o outro sob a ótica dos dominantes ou dos dominados. Tal conceituação se aplica tanto no campo do que se convencionou chamar justiça comutativa como também da distributiva e da social. (AGUIAR, 1990, p.181-182)

Todo esse caminho não tem outra finalidade senão a busca de um direito comprometido, um direito que é fruto entre o direito posto, vigente e eficaz, contra um direito potencial que emerge das lutas dos dominados. É preciso que não nos percamos na internalidade, muitas vezes, retórica das normas jurídicas.

O direito tão vilipendiado sobrevive, até porque a sociedade não pode viver sem um *dever-ser*, que pode ser justo ou injusto, mas deve representar a vontade da maioria, por representação ou diretamente.

Na medida em que o direito mudar de eixo, na medida em que representar anseios e necessidades diferentes, ele mesmo será um estimulador das transformações sociais, será uma variável para acelerar a superação das necessidades humanas fundamentais, abrindo caminho talvez para que o ser humano possa refletir sobre questões sobre o cosmos, a morte, o amor.

### 2.3 INSTRUMENTOS E GARANTIAS JURÍDICAS DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

Todo e qualquer preceito da Constituição é dotado de eficácia jurídica e aplicabilidade normativa consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte.

As normas constitucionais assumem diversas feições, manifestando-se por diferentes técnicas de positivação, o que ocorre também com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que não constituem um complexo homogêneo.

Direitos fundamentais que foram positivados como autênticas ordens de legislar, a exemplo do que ocorre com o dispositivo que trata da participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, tratando-se de norma impositiva.

Diante da multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais, cumpre classificá-lo em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Se os direitos de defesa, como dirigidos em regra, a uma abstenção do Estado, sendo classificados como verdadeiros Direitos Subjetivos não causam maior dificuldade com relação a sua aplicabilidade imediata e eficácia, os direitos a prestações, por exigirem um comportamento ativo por parte de seus destinatários, criam controvérsias com relação a sua aplicabilidade imediata e justicialidade.

Além disso, segundo Miranda:

[...] aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas auto- executáveis. Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justicialidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo. (1993, p. 277).

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". No entanto, a nossa doutrina pátria não chegou a um consenso do significado e alcance do preceito em exame, que passou a integrar tema de debate entre os constitucionalistas. Para Vieira de Andrade:

[...] em se cuidando de direito, liberdades e garantias (em suma, de direitos de defesa) e em ocorrendo a falta (ou insuficiência) de lei, "o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido". Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa. (1987, p. 256-7)

Para Barroso:

As diretrizes fixadas, válidas para os direitos de defesa, alcançam igualmente boa parcela dos direitos fundamentais sociais consagrados em nossa Constituição. Neste sentido, já se constatou que as assim denominadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção de recursos e de concretização legislativa. Quanto a estes direitos sociais, já se sustentou, entre nós, que desencadeiam sua plena eficácia, gerando para o seu titular um direito subjetivo (situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção). (1996. p. 106).

No âmbito da doutrina luso-brasileira cumpre referir a formulação de Gomes Canotilho (1992, p. 554), para quem pode afirmar-se a existência de direitos originários a prestações quando, a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; e a faculdade de cidadão o exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Com relação a uma existência digna; a problemática do salário mínimo; da assistência social; do direito à previdência social e à saúde, se encontra a necessidade de preservar a vida humana, não a simples sobrevivência do indivíduo, mas uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não devemos esquecer que a dignidade humana além de ser um princípio da nossa ordem constitucional, foi guindada a condição de finalidade precípua da ordem econômica.

No entanto, na área do direito à saúde é que o direito de seus titulares assume dimensões mais trágicas, no confronto da inevitável escassez de recursos com o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Para a concretização das prestações descritas nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, o legislador além de obrigado a editar atos normativos concretizadores, deve ater-se aos critérios previstos na norma constitucional. De acordo com o que leciona Luís R. Barroso (1996, p. 83):

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Seguindo a lição de José Afonso da Silva (1991, p. 49-50):

Eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez no mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. ~~Para~~ Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Com relação ao salário mínimo e a assistência social, o Supremo Tribunal Federal acabou por entender ambos os direitos fundamentais sociais dependentes de lei e, portanto, de eficácia limitada. No que tange ao salário mínimo poderão acolher-se os argumentos de Celso A. Bandeira de Mello (in: RDP nº 57-58, 1981, p. 252) e L. R. Barroso (1991, p. 154), de que:

Não se cuida de norma de cunho programático, ao menos não no sentido de que o respectivo dispositivo (art. 7º, inc. IV, da CF) contenha princípios gerais ou estabeleça fins e/ou tarefas para o Estado, já que, pelo contrário, consagra expressamente um direito fundamental dos trabalhadores, descrevendo, inclusive, os diversos critérios a serem adotados pelo legislador, razão pela qual é de considerar-se norma diretamente aplicável e plenamente eficaz.

Em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, cabe aos órgãos políticos decidir sobre a destinação dos recursos públicos. Não se trata, portanto, de mera questão de completude do enunciado normativo, mas de se questionar se os juízes e tribunais, em face da inércia do legislador, não poderiam determinar um valor para o salário mínimo e assegurar aos seus destinatários o seu recebimento.

Não se pode negligenciar os inúmeros reflexos que teria a fixação do salário mínimo na esfera socioeconômica. Majorado o salário mínimo, seria majorada na mesma proporção as pensões e benefícios a ele vinculados. Os custos da produção teriam um aumento e refletiria no consumo e na produção, gerando desemprego.

Relativamente à previdência social, importa salientar que, esta como direito fundamental social, não está adstrita a determinado tipo de prestação, sendo abrangida por uma gama variada de benefícios.

Já no que diz respeito ao art. 202 da CF, além de definir o objeto do direito (aposentadoria), fixa critérios objetivos bem definidos para a sua concessão, razão pela qual, já se sustentou na doutrina a possibilidade de reconhecer-se um direito

subjetivo individual à aposentadoria, independentemente da existência de lei. Também no tocante a este aspecto, posicionou-se, no âmbito do controle concreto da constitucionalidade (RE nº 166.961-RS), o Supremo Tribunal Federal, entendendo que "a norma contida no art. 202, inc. I, da CF, que regulamenta a aposentadoria por idade, constitui direito imediatamente aplicável".<sup>2</sup>

Cuidou-se na hipótese de recurso contra a decisão que condenou o INSS ao pagamento de uma aposentadoria no valor de um salário mínimo, por ter a autora completado a idade fixada na Constituição.

O que importa destacar aqui é o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal a um direito fundamental originário e subjetivo a uma aposentadoria no valor de um salário mínimo.

Com relação ao reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna:

Na doutrina, foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de cinquenta, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e a integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência. (SARLET, 2003, p. 309)

A assistência social aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. Isso necessariamente inclui assistência social aos concidadãos que, em virtude de limitações físicas e mentais não dispõe de condições de prover o seu próprio sustento, se encontrando limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. O Estado tem obrigação de integrar essas pessoas na família e através de terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.

Vinculada a estas considerações está a problemática da aferição do valor necessário para uma existência digna, convergindo-se as opiniões no sentido de que a dignidade em si não é passível de quantificação.

---

<sup>2</sup> RTJ nº 154 (1995), p.995 e ss.

É importante salientar que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência está sujeito a flutuações, não só na esfera econômica e financeira, mas também na das expectativas e necessidades vigentes.

Todavia, tem-se como certo que uma existência digna abrange mais do que a simples sobrevivência física, ou seja, vai além dos limites da pobreza absoluta. Se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida não pode ser reduzida a simples existência. A dignidade só será assegurada quando houver plena fruição dos direitos fundamentais e desenvolvimento da personalidade humana.

Aqui assume relevo a lúcida lição do ilustre jurista italiano Norberto Bobbio (1992, p. 1), ao referir que:

A proteção dos direitos fundamentais do homem se integra ao conteúdo essencial do Estado democrático ao passo que a paz constitui pressuposto indispensável à proteção efetiva dos direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Existem várias formas de se cumprir esta obrigação, cabendo aos órgãos legiferantes a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, podendo os tribunais decidir sobre esses padrões mínimos no caso de omissão por parte do legislador.

Podemos verificar que o direito à dignidade humana e o próprio direito à vida estão na base de todos os direitos sociais em exame.

Analisando-se a problemática do salário mínimo, da assistência social e da aposentadoria, surge o seguinte questionamento: quando o valor do salário mínimo estiver fixado aquém do valor estabelecido pelo legislador ou não representar as condições mínimas necessárias para uma vida digna, poderá a pessoa recorrer ao judiciário para receber essa diferença? E como ficará a situação dos desempregados ou daqueles que por alguma limitação não possuem condições de trabalhar, não se enquadrando nos pressupostos do seguro-desemprego, assistência social ou outros benefícios? Ser-lhes-á imposta a mendicância? Em outros termos, de que modo buscar algo onde nada há?



Em que pese a importância inequívoca das posições jurídicas ora apresentadas, é no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto com o direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

A dignidade é uma qualidade inerente à pessoa viva. A vida constitui-se em precondição da própria dignidade da pessoa humana.

"Consagrado no art. 6º de nossa Constituição, é no art. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo- constitucional [...]. (SARLET, 2003, p. 313)

Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos artigos para saber que estamos diante de normas de cunho programático (impositivo), enunciando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impondo a esse, obrigações como a de reduzir o risco de doenças além de proporcionar a todos acesso igualitário as ações e prestações nesta esfera. A exemplo dos demais direitos positivos, o direito à saúde tem sido considerado entre nós e pelo direito comparado, embora cada vez menos, como dependente de intermediação legislativa, quando não são poucos que lhe negam a sua plenitude eficaz.

Por mais que os poderes públicos venham opor além da já clássica alegação de que o direito à saúde é uma norma de eficácia limitada, os habituais argumentos de falta de recursos e de o poder judiciário não tem competência para decidir sobre a alocação de recursos públicos, esses argumentos não podem prevalecer sobre o bem maior que é a vida humana.

Após uma postura mais tímida, mesmo os tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal passaram a reconhecer o direito à saúde como um direito subjetivo e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático.

O Estado, os poderes públicos, o legislador, estão destinados a proteger o direito à vida e para isso devem se servir de um meio (ou vários meios). Caso só haja um meio disponível, este deverá ser utilizado para se dar efetividade prática ao direito.

Também o direito fundamental social à educação obteve reconhecimento expresso no art. 6º de nossa Constituição, integrando, portanto, o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime jurídico reforçado<sup>4</sup> a estes atribuído pelo Constituinte (especialmente art. 5º, § 1º e art. 60, § 4º, inc. IV). (SARLET, 2003, p. 317).

Enquanto o artigo 6º da Constituição Federal se limita a dizer que a educação é um direito fundamental social e nada mais acrescenta, no art. 205 a 208 de nossa Lei Fundamental, encontram-se delineados os contornos desse direito à educação.

O art. 205 revela uma feição programática e impositiva, que não pode revelar por si só um direito subjetivo, já que norma de eficácia limitada que estabelece os fins genéricos e os objetivos a serem alcançados pelo Estado com a colaboração da sociedade, ou seja, o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O direito fundamental à educação, ao menos na condição de direito de defesa, não assume a feição de direito subjetivo.

Não existe a menor dúvida de que existe um direito subjetivo à prestação estatal do ensino fundamental gratuito em estabelecimento de ensino oficial. Alegar-se neste contexto, incompletude constitucional, beira as raias do absurdo. Até a habitual alegação de ausência de recursos, assim como ausência de competência dos tribunais para decidir sobre a destinação dos recursos, parecem inaplicáveis ao caso.

[...] de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (SARLET, 2003, p. 319)

Isso demonstra a importância dada à educação pelo Estado. Luís R. Barroso, entende que no caso de ser negado o acesso ao ensino fundamental público gratuito, por falta de recursos materiais disponíveis, entende possível a condenação do poder público numa ação cominatória de obrigação de fazer, ou seja, de construir uma escola ou matricular em escola particular às expensas do poder público, ou ainda a indenização por ter sido negado o acesso ao ensino, sendo que isso não substitui a falta de estudo.

Assim, quando estávamos tratando do direito às condições mínimas de existência, que estavam relacionadas com o direito à vida e à dignidade humana, e, portanto, ao pleno exercício das liberdades fundamentais, agora estamos tratando de ameaça a um direito fundamental específico.

O Supremo Tribunal Federal, após uma postura bastante tímida, entendeu que o governo deve promover e proteger as escolas privadas, não podendo limitar-se a mera autorização de funcionamento. Isso porque, devido ao alto custo do ensino, as escolas privadas, por si só, não teriam condições de atender a todos os requisitos da Lei Fundamental.

Assim, ao Estado incumbe assegurar as condições materiais para fruição dos Direitos Fundamentais, evitando o seu esvaziamento.

Direito Subjetivo à prestações serão possíveis quando os órgãos legislativos descumprirem sua função colocando em risco as liberdades fundamentais.

Em se tratando de um "standard" mínimo de proteção social, não haveria de se cogitar de uma sobrecarga orçamentária, pois, ou a decisão da destinação dos recursos públicos se encontra na esfera de competência do legislador ou não. Importante destacar que a competência orçamentária do legislativo não é absoluta, sendo que direitos individuais podem vir a preponderar, sem desconsiderar que até direitos de liberdade por vezes apresentam feições econômicas. Mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo, o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável.

Partindo-se do pressuposto de que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência do estado social de direito, se questiona até onde vai esta obrigação e o quanto pode ser exigido pelo cidadão em face do Estado, e mesmo no âmbito deste padrão mínimo, se a prestação por parte do Estado pode ser negada sob o argumento de ausência de recursos. Como se pode observar, a dependência da realização dos direitos sociais prestacionais é tudo, menos pura retórica.

Cumprе ressaltar que, se atentar contra a dignidade, estar-se-á atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é importante que se diga que

ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida, mas também tem ele obrigação de proteger ativamente a vida humana, sendo esta a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito. Não nos parece absurda a observação de que, negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos é condenar-lhe, em última análise, à morte por inanição ou falta de atendimento médico adequado.

Neste sentido a lição de Vieira de Andrade (1987, p. 27): “de qualquer modo, entendemos ser possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade humana”.

### 3 MOVIMENTOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS

Os movimentos sociais representam a grande mudança no cenário político e econômico mundial. A força da população é poderosa, com capacidade de desconstruir atos governamentais e de exigir novos rumos. Por ser a parte mais importante da presente pesquisa, garantindo a compreensão do significado de movimento social, iniciamos o capítulo com o conceito no Dicionário de Política (BOBBIO, MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 787):

Havendo de proceder a uma definição que não comprometa a análise e nem esqueça as diferenças entre as várias interpretações, dir-se-á que os vários comportamentos coletivos e os movimentos sociais constituem tentativas, fundadas num conjunto de valores sociais a definir as formas de ação social e a influir nos seus resultados. Comportamentos coletivos e movimentos sociais se distinguem pelo grau e pelo tipo de mudança que pretendem provocar no sistema, e pelos valores e nível de integração que lhes são intrínsecos.

A definição de movimento social é complexa, vez que cada autor confere, na construção da ideia um elemento diferente, vejamos o que disciplina João Baptista Herkenhoff:

Na Sociologia Acadêmica, o termo "movimentos sociais" surgiu com Lorenz Von Stein, por volta de 1840. Lorenz Von Stein defendeu a pertinência de uma ciência da sociedade que se dedicasse aos "movimentos sociais", tais como ele os percebeu então - o movimento operário francês, o Comunismo e o Socialismo emergentes. Os movimentos sociais referidos pelo autor são aqueles comumente denominados "velhos movimentos sociais". (2004, p. 15).

E, continuando os ensinamentos de Herkenhoff:

A partir da segunda metade do século XX, os movimentos sociais, na Europa e nos Estados Unidos, assumem nova fisionomia. Já não são apenas as bandeiras dos "velhos movimentos sociais" que alimentam as lutas, mas novas bandeiras O Feminismo, o Pacifismo, a Ecologia. Estes são os chamados "novos movimentos sociais. [...] Elas falam de liberdade, igualdade, justiça social, independência nacional, apelo à modernidade e à liberação de forças novas, num mundo de tradições, preconceitos e privilégios. (2004, p. 15).

Como estamos analisando o complexo conceito de movimento social, segue um conceito de abrangência limitada, mas com uma visão interessante:

Por movimentos sociais entendem-se aqueles que combinam um conflito social com um projeto cultural, e que defendem um modo diferente de uso dos valores morais. Portanto, baseiam-se na consciência de um conflito com o adversário social (Touraine, 2003, p. 119). Mas essa definição exclui a grande parte das ações coletivas que se apresentam hoje, na medida em que os atores sociais encontram dificuldades para identificar um adversário. Ele mesmo reconhece que a formação de movimentos sociais é muito difícil.

O autor distingue os movimentos sociais dos movimentos culturais – ações voltadas para a afirmação de direitos culturais mais que no conflito com o adversário -, e dos movimentos históricos – que põem em questão uma elite e apelam ao povo contra o Estado. A partir disso, afirma que o que se forma, sobretudo, são movimentos históricos de defesa contra a globalização, mesmo porque eles são mais visíveis que os movimentos sociais. Estes, por sua vez, caracterizam-se por estarem ligados não a uma situação revolucionária, mas à capacidade do ator de elaborar uma práxis, de comprometer-se num conflito social e erigir-se em defensor dos valores sociais, que não podem reduzir-se aos interesses do ator nem conduzir ao aniquilamento do adversário (Touraine, 2003). Ou seja, num conflito social, a contestação é permanente.

Embora essa definição tenha sido elaborada para evitar equívocos nas considerações sobre movimentos sociais, ela de certa forma restringe a análise, que fica engessada dentro das três categorias. (GOSS; PRUDÊNCIO, 2004, p. 75-91).

Um outro conceito para fortalecer a nossa análise é o de Corrêa:

Resultado destas relações de poder, os movimentos sociais surgem para organizar uma força social que tem por objetivo modificar a relação de poder estabelecida: uma relação em que os poderosos impuseram sua vontade por meio da força social mobilizada, sobrepujando outras forças e constituindo, na maioria dos casos, uma relação de dominação chamada de 'relações dominantes-subordinadas', e gerando confronto político. (CORRÊA, 2016).

Existe um corrente de estudiosos que entendem que os movimentos sociais surgiram no século XVIII, época em que aglutinaram condições para a sua existência, mas a terminologia de “movimentos sociais” só foi implantada no século XIX. A criação de governos fortes, uma elite inclinada a controlar o Estado em nome da população, o progresso dos transportes e do trato comercial, conectando comunidades distantes, ampliação da alfabetização, diferentes meios de comunicações, entre outros, foram fatos que viabilizaram o surgimento dos movimentos sociais. Cenário este de evolução do Estado Moderno e do capitalismo, que após o ano de 1750, fez aparecer os movimentos sociais (CORRÊA, 2016).

Todo o elemento constitutivo do movimento social é a contestação ou protesto, sendo que há aqueles movimentos sociais que almejam transformações sociais e aqueles que não têm pretensão alguma.

Sendo assim, os movimentos sociais são uma prática e uma ação às quais trazem a característica de se contrapor às relações sociais indesejáveis (falta de moradia, custo de vida alto, etc), para um grupo ou para a sociedade.

Os movimentos sociais são ações de caráter sócio-político de atores sociais provindos das mais diversas classes sociais, que politizam suas ações e as utilizam como pressão para modificação da sociedade como um todo. As ações estruturam um processo social e político cultural que imprime a elas uma identidade coletiva de interesses comuns.

Há uma permanente contradição dialética entre os Movimentos Sociais, de um lado, e o Direito estabelecido, proclamado e reconhecido, de outro. Os Movimentos Sociais tendem a buscar a construção de uma realidade que está sempre além da realidade posta. Se a realidade posta contentasse a percepção do que é justo e bom, quer por parte do conjunto da sociedade, quer por parte de seus elementos integradores, não haveria razão de luta e, conseqüentemente, não haveria "movimento social". O que anima e dá razão de ser dos "movimentos sociais" é justamente a divergência entre o "mundo posto" e um "projeto de mundo". O mundo como posto é garantido e legitimado pela ordem jurídica imperante. O projeto de mundo, em oposição ao mundo posto, confronta-se com a ordem jurídica que legitima o mundo como posto. (HERKENHOFF, 2004, p. 22-23)

João Baptista Herkenhoff propõe os contornos da utopia do novo direito:

No Direito, um papel decisivo está reservado ao pensamento utópico. É a utopia que dá luzes para ver e julgar o Direito vigente na sociedade em que vivemos e para estigmatiza-lo como um Direito que apenas desempenha o papel de regulamentar a opressão. É a utopia que dá instrumentos para ver

e construir, pela luta, o Direito do amanhã: o Direito da igualdade; o Direito das maiorias, aquele que beneficiará quem produz, o Direito dos que hoje são oprimidos; o Direito que proscreverá a exploração do homem pelo homem, o Direito fraterno e não o Direito do lobo. (HERKENHOFF, 2004, p. 23-24)

Os movimentos sociais não se submetem ao direito estabelecido, principalmente diante de uma realidade brasileira em que a maioria do povo está à margem de qualquer direito. Os movimentos sociais estão a criar direitos diante de uma realidade surda aos apelos de dignidade e cidadania.

É o confronto dos movimentos sociais com a ordem social estabelecida. Quando se examinam atentamente sociedades centralizadoras e dependentes do capitalismo periférico, percebe-se uma série de conflitos decorrentes de carências materiais básicas e necessidades fundamentais.

Os movimentos sociais, na busca da essência mais profunda da pessoa humana, criam a verdadeira ordem, que não é a ordem imposta, a ordem excludente.

Com relação à ordem, Herkenhoff (2004, p. 25-27), preleciona:

A ordem que, dentro da comunidade nacional, exclui milhões de pessoas não é ordem, mas desordem. Ordem não é permanecer as coisas onde sempre estiveram, como se a sociedade fosse estática. [...]. Ordem é estarem coisas e pessoas no lugar que lhes destina a razão humana, a partir da concepção de que todos, sem uma única exceção, têm direito de ser gente. Quando a ordem social, em vez de ser ordem é desordem, os movimentos sociais repõem a ordem essencial, rebelando-se contra a desordem imposta e lutando pela ordem na sua conceituação ontológica.

Nas realidades sociais em que a exclusão e a violação da cidadania é uma constante, nos parece incontestável o papel protagonista dos Movimentos Sociais na luta pelos Direitos Humanos.

Os Movimentos Sociais têm o papel de explicitar para a sociedade que não é possível igualdade fora do âmbito econômico-político e sem o reconhecimento das diferenças no âmbito da esfera pública.

[...] a industrialização acelerada das últimas décadas, ao produzir uma nova e mais complexa composição de classes, também gerou conflitos inéditos, para os quais as leis e seus respectivos procedimentos judiciais não forneciam mais respostas satisfatórias e eficazes. O que as invasões de terra, as ocupações de edifícios públicos e privados e os acampamentos de protesto passaram a reverter, ao longo dos últimos anos da década de 80, é



neste sentido, uma infinidade de relações desprezadas pelas instituições políticas e jurídicas. Preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca as coletivas, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos, e a marginalidade jurídica a que foram condenados esses setores nada mais é do que subproduto de sua marginalidade social e econômica. (FARIA, 1992, p. 43)

A agudização das desigualdades e o recrudescimento das condições materiais fizeram com que os movimentos sociais partissem para o que era percebido como legítimo direito.

A juridicização foi a estratégia utilizada para reivindicar as necessidades cotidianas. Todavia, foi a combinação entre a politização e a juridicização que viabilizou a discussão entre as esferas públicas e privadas.

A prática de juridicização coletiva extrapolava os mecanismos formais de regulação jurídica que instrumentalizam os operadores de Direito

Essas demandas, valorizando direitos coletivos e denunciando o hiato existente entre a desigualdade social competitiva e a igualdade formal de cidadania, configuram uma multiplicidade de situações originais. [...] é possível afirmar que, na medida em que o poder de pressão e confronto dos movimentos populares tende a crescer em função de sua capacidade de articulação em setores estratégicos da economia nacional, de sua própria localização num segmento industrial moderno, de sua disciplina tática e de sua própria força burocrática interna, os novos impasses cada vez mais deixarão de ser absorvidos pelos mecanismos judiciais e arbitrados de maneira eficiente pelos tradicionais canais de representação partidária. [...] a expansão do conceito e da prática dos direitos humanos exige que se transponha o limite da simples reforma das instituições jurídicas e dos acordos institucionais meramente conciliatórios por um lado explodindo com as tradicionais dicotomias entre o direito privado e interesse público X liberdade individual, e , por outro, explicitando as tradições sociais e culturais autoritárias que permeiam as diferentes formas de convivência na vida cotidiana, seja na família, na fábrica, na escola ou nas relações de vizinhança. (FARIA, 1988, p. 61-62).

Por intermédio da juridicização coletiva dos conflitos passa a ser questionada a técnica jurídico-processual de individualizar os conflitos, pelos movimentos sociais.

A explosão da litigiosidade e a judicialização dos conflitos evidenciaram a incapacidade do Estado de distribuir justiça, sendo que a crescente politização e procura por justiça por parte dos movimentos sociais contribuiu para retirar o judiciário da situação de isolamento e alheamento com relação às questões coletivas. Para que isso ocorresse foi necessária uma recriação da sua posição dogmática de neutralidade, imparcialidade e objetividade.

"A neutralidade e a imparcialidade do Judiciário não passam de uma ficção cultivada por uma cultura jurídica isolada e idealista". (FARIA, 1994, p. 13)

Assim, a juridicização dos conflitos provocou a politização das decisões judiciais. Por meio das pressões coletivas, o direito saiu do seu alheamento e gradativamente foi pressionado para abandonar o seu caráter de a-politicismo e a-historicismo.

O direito ao negar a história/conflito remete as questões conflitivas para o espaço de uma racionalidade meramente ideal-abstrata. Constantemente os operadores do Direito adotam uma postura de preservação da dogmática existente. Sendo assim, negam o potencial explosivo da sociedade e utilizam princípios estáticos nas arenas da juridicização.

A concepção estática dos princípios de legalidade, legitimidade e justiça se fundamenta no positivismo jurídico, que reproduz a peculiar historicidade burguesa. Porém em algumas conjunturas históricas esses processos de racionalização dos operadores não conseguem conter os processos sociais.

É importante salientar que, para os pobres o direito e as leis sempre tiveram o caráter de um filme de ficção, com imagens muito distantes e descompassadas com a sua realidade.

É nesse sentido que se poderia dizer que os direitos, como luta e conquista, significam também uma reivindicação do princípio republicano da coisa pública, o que, na situação brasileira significa na verdade uma re(criação) da própria República, essa ficção que na nossa história nunca ganhou inteiramente o imaginário coletivo, nunca estruturou uma memória dos acontecimentos e nunca se efetivou como prática e valor político, numa quase-ausência que repõe o padrão oligárquico e patrimonialista de gestão da coisa pública. (TELES, 1994, p. 102).

O judiciário passa a ser uma instância de regularização das relações sociais e esperança daqueles que lutam pela diminuição das desigualdades sociais. A criação de uma nova contratualidade social deve destituir a supremacia individualista para pensar a formação dos direitos sociais com base na garantia da justiça social.

A promessa da realização da justiça permanece nas mãos do judiciário. No entanto, esta justiça não deve se basear somente na legislação codificada. Muitas vezes a realização da justiça foge ao formalismo e rigidez do positivismo jurídico.

Assim, a realização da justiça requer a produção de novos pressupostos de legalidade e legitimidade que flexibilizem a lógica do dogmatismo jurídico para abri-la para novos direitos e novos sujeitos.

"O direito é a expressão mais alta da tradução ideológica do poder. Ele estabelece os princípios, delimita as condutas, defende as atitudes e 'ofende' as outras por meio da sanção". (AGUIAR, 1990, p. 80)

Assim, o direito é parcial, é interessado, é uma ordem emanada do poder para controlar os seus destinatários segundo os interesses de quem legisla e é, portanto, parcial.

Aproveitando-se das lacunas do Direito, os movimentos sociais podem pressioná-lo para o alargamento dos estreitos caminhos do positivismo jurídico. A suposta neutralidade do Direito embute a ideia de que só assim a distribuição da justiça é possível.

O Judiciário experimentou as inflexões decorrentes do processo de democratização porque o Direito, embora tenha a pretensão de formalizar a harmonia, tem intrínseco em sua lógica a ideia de conflito; as lutas pelos direitos são feitas nas histórias dos conflitos. (AGUIAR, 1993, p. 17)

O importante para a maioria dos movimentos sociais é enfatizar a precariedade das condições de vida e a dimensão social da problemática. Por diversas vezes as lutas no interior do judiciário fizeram-no enveredar por caminhos não tão consistentes, onde seus princípios analíticos e decisórios se mostravam inadequados para a resolução dos conflitos.

[...] os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativa dos segmentos mais desfavoráveis, sob a forma normativa de obrigações do Executivo [...]. A característica básica dos direitos sociais está no fato de que [...] foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem [...] cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação. (FARIA, 1994, p. 105)

A efetivação dos direitos sociais depende da intervenção estatal, mas a sua violação tem sido uma constante na história da sociedade brasileira. Os beneficiários do formalismo investem pesadamente contra os direitos sociais porque enquanto tais direitos receberem tratamento residual, terão à sua disposição uma massa de não-

cidadãos, ávidos por garantirem a cidadania em troca de algum favor prestado. Essas garantias continuam sendo liberdades burguesas. Ótimas para quem pode alcançá-las, mas como explicá-las para um cidadão que de cidadania só tem o título de eleitor. Mal sabe ler, não ganha para alimentar sua família e só interessa à justiça quando se transforma em réu.

Assim, o que impele os movimentos sociais são os desejos e o direito de se poder viver uma vida melhor.

Para os operadores do direito estava colocada uma exigência 'cara', pois precisavam se despojar das razões da força e avançar os limites da racionalidade jurídica do Direito.

[...] veja-se, a título de ilustração, a seguinte sentença da 3ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, num processo de reintegração de posse: Levando a realidade de São Paulo à presunção de que favelados são pessoas comuns, pois as favelas cada vez mais se estabilizam nesta cidade, e que aqueles não são necessariamente vadios ou marginais, mas apenas pobres, não há como se afastar a aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade, mesmo porque não há, nos autos, prova alguma de que os possuidores sejam marginais do ponto de vista jurídico-penal. (FARIA, 1994, p. 106)

Os estudiosos do Direito observaram que a juridicização coletiva dos conflitos levaram os operadores do Direito a uma prática mais dialética na produção da justiça, pois a normatização do Direito em suas lacunas permite uma tensão dinâmica das contradições sociais.

A flexibilização do Poder Judiciário quanto à realização do novo, de acordo com os movimentos sociais, permite a este poder uma redefinição do social, quando os seus operadores perseguem a finalidade última do Direito que é a realização da justiça.

Temos de estar sempre à escuta dos movimentos sociais. Não nos cabe ter antenas para ouvir apenas os apelos individuais, mas devemos ouvir os gritos coletivos. Um aprofundamento nos estudos da Hermenêutica dará ao jurista instrumentos para melhor operar o direito e ampliar suas fronteiras para ouvir os apelos coletivos.

Esta nova visão deve começar nas Faculdades de Direito, ao ensino do direito conservador e acomodado, opor a visão crítica do direito, preocupada com as transformações sociais. Não pode haver autêntica prevalência do Direito se este não se destina a realizar a Justiça Social. Não pode haver pleno Desenvolvimento se este não for centrado na pessoa humana e destinado a desenvolver suas potencialidades.

Impõe-se, portanto, afirmar o compromisso do direito com a justiça social e o desenvolvimento.

Os movimentos sociais assumiram importante papel na discussão e ampliação dos Direitos Humanos, na medida em que contribuíram para dar objetividade aos princípios e preceitos genéricos das primeiras Declarações de Direitos Humanos, a partir da constituição da sociedade moderna.

O reconhecimento de direitos econômicos, culturais, sociais, ecológicos, seria inconcebível sem a existência e a luta dos vários Movimentos Sociais.

No Brasil, historicamente, a noção hegemônica estabelece como privilégio ser branco, homem e heterossexual. A sociedade brasileira, ainda totalmente verticalizada, reproduz a relação mando-obediência. Nas palavras de Marilena Chauí:

O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direitos, jamais é reconhecido como subjetividade nem como alteridade [...]. Porque temos o hábito de supor que o autoritarismo é um fenômeno político que periodicamente, afeta o Estado, tendemos a não perceber que é a sociedade brasileira que é autoritária e que dela provêm as diversas manifestações do autoritarismo político. (CHAUI, 2000, p. 25)

Essa concepção tem sido construída nas escolas e nos meios sociais, onde crianças e jovens silenciam, pois suas vozes e histórias não são validadas e ouvidas pelas escolas, professores e alunos. Essa realidade é duramente criticada por Paulo Freire, que entende que é no confronto com os questionamentos emergentes e numa relação de diálogo com os "sem voz" que se pode chegar a uma nova consciência em torno da questão social, cultural e sexual.

Educação é um direito social e colocá-la no campo dos direitos é enfrentar o desafio de implementação de políticas públicas que superem as diferenças sociais e raciais.

Na construção do processo democrático brasileiro deve-se levar em conta o poder transformador da educação quando voltada para a emancipação e o reconhecimento das diferenças. Nesta perspectiva, a escola é um espaço privilegiado para o debate dos preconceitos e discriminações, quando voltada a um pensamento crítico e uma sociabilização que valoriza as diferenças étnica-racial, cultural, entre outras, e possibilita o entendimento de que é na diversidade que se constrói algo novo.

Neste contexto, os movimentos sociais têm tentado explicitar os fundamentos e princípios das suas 'bandeiras de luta' em diversos lugares e em diferentes segmentos sociais, onde isso é possível.

As mulheres, independentemente da cor da pele e da orientação sexual, sofreram historicamente uma rígida imposição de padrões relacionados à sexualidade e à maternidade. Os preconceitos e a discriminação encontram-se arraigados na sociedade e na educação, sendo que uma evidência disso é a diferença entre as normas disciplinares para meninos e meninas, reforçando, com isso, a visão sexista.

Os movimentos sociais, ao abordarem as diferentes formas de discriminação das minorias políticas, poderiam contribuir com abordagens mais universais e menos excludentes dentro das Políticas Públicas.

É fundamental reconhecer que as diferentes agendas, prioridades e interesses dos diferentes movimentos sociais e seus esforços para consolidação de sua legitimidade, são elementos cruciais a serem considerados na configuração de uma luta coletiva de transformação social.

Em nossa sociedade, as imagens, socialmente aceitas, veiculadas pela mídia e pela propaganda expressam a padronização de comportamentos sob o signo de "boa aparência" e "pureza branca" associadas ao consumo.

Desta forma, a associação de imagens negativas aos grupos políticos minoritários contribui para a produção e reprodução de estigmas e estereótipos, fomentando a intolerância com relação às diferenças. É importante que se diga que a intolerância e o preconceito negam a possibilidade de uma existência ética e a afirmação dos Direitos Humanos.

A discussão sobre a mídia e a veiculação de imagens e de padrões de consumo é importante para se perceber os limites postos pela ordem burguesa tanto à existência ética como a efetivação dos Direitos Humanos. A mídia e a propaganda, apesar de incorporar e disseminar tendências através da tecnologia, não são capazes de efetivar direitos e promover a igualdade.

Em nossa sociedade a intolerância com os grupos minoritários é evidente, são exemplos as ações violentas contra negros, mulheres e homossexuais.

A esfera jurídica, apesar de sua fundamental importância, não garante a consolidação de uma sociabilidade democrática e de respeito à diversidade.

Os mecanismos de afirmação dos direitos são instrumentos legítimos de intervenção sobre os limites da sociabilidade burguesa, que podem contribuir com o respeito efetivo à diversidade. Estes mecanismos e estratégias passam pela educação para a diversidade e ampliação dos programas sociais, além da sua intervenção nos programas veiculados pela mídia, procurando a afirmação dos Direitos Humanos, respeitando a diversidade na totalidade da vida em sociedade. Totalidade que deve ser buscada com a superação do discurso esvaziado de conteúdo e o mero discurso sobre os direitos.

Com relação à distinção entre interpretação da lei e aplicação do direito, ressaltamos:

A interpretação da lei é o esforço intelectual que consiste em penetrar na compreensão dos comandos legais. Para este fim, o intérprete deve ultrapassar, separada ou conjuntamente, os "momentos" interpretativos (ou processos de interpretação). A aplicação do Direito é a solução de um problema concreto, tendo como referência a lei em abstrato. [...]. A aplicação do Direito supõe a interpretação da lei, porém transcende essa. A interpretação é uma tarefa lógica; a aplicação é muito mais que tarefa lógica, pois é arte, ciência, consciência, mergulho na vida e no ser humano. (HERKENHOFF, 2004, p. 118)

Com relação à aplicação do direito, recorreremos à Herkenhoff (2004, p. 118):

No desempenho do papel de aplicador do Direito, o jurista pode ser um ator social a reboque da estagnação ou até mesmo do retrocesso, ou pode ser uma força a serviço do progresso. Pode ser um construtor de uma hermenêutica comprometida com o avanço social, com a melhor distribuição dos bens, com a universalização do Direito, ou pode ser um sustentáculo do passado, insensível às mudanças, adepto de uma Dogmática Jurídica que cristaliza privilégios.

O desafio hermenêutico exige que o jurista não se aprisione demais à jurisprudência. A jurisprudência como conselho é útil ao exercício da judicatura. Mas a jurisprudência pela simples jurisprudência, pelo poder dos que a criam é um óbice ao progresso do direito.

É preciso recuar com energia todos os imperialismos, o externo e o doméstico. O imperialismo externo é o que pretende "decretar" de fora para dentro, o saber, a verdade, as escolhas políticas, etc. Esse imperialismo fortalece-se quando não encontra resistência por parte dos seus destinatários que acreditam que o que vem de fora, principalmente dos Estados Unidos da América, são bons para o Brasil, como leis e instituições jurídicas. Há, também, um imperialismo interno, que devemos tratar com fraternidade e respeito, mas que merece nossa observação crítica, que é a ideia consciente ou inconsciente que carimba com selo de autoridade tudo que vem dos dois maiores Estados da Federação. O que merece nossa homenagem é o saber, a pesquisa, o estudo, a criatividade, esteja onde estiver.

Não se pode aceitar a autoridade que decorre do poder econômico, do poder político ou de qualquer outro tipo de poder.

No caso do Brasil, todos os Estados da Federação merecem comparecer com seu quinhão no campo das ideias. Universidades que se espalham pelos mais diversos cantos do país podem contribuir para a reflexão coletiva. Livros que são chancelados por editoras locais merecem ser divulgados e lidos por diversas pessoas. Jornais locais merecem ampla divulgação fora dos locais em que são publicados. Jurisprudências dos diversos tribunais de primeiro grau merecem nossa homenagem.

Esse alargamento da compreensão de que o saber, o estudo, tanto na área do Direito como em outras áreas, alcança os mais diversos pontos do país, só



poderá enriquecer o nosso cabedal cultural e a riqueza do nosso país, assim como nossa Federação.

Com relação a uma cultura da paz e da cidadania ela suplanta o acolhimento constitucional e legal da "paz" e "cidadania".

A paz e a cidadania como valores se encontram na Constituição Brasileira de 1988, assim como nas constituições dos países latino-americanos.

A paz e a cidadania são valores constantes na Declaração Universal de Direitos do Homem e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

A paz e a cidadania estão presentes nos pactos internacionais firmados pelo Brasil e também por nossos vizinhos da América Latina.

Mas a cultura da paz e da cidadania suplanta a força dos pactos que tenham sido firmados.

A cultura da paz e da cidadania é mesmo mais efetiva que os mecanismos de fiscalização e controle para que a paz e a cidadania sejam respeitadas.

Consagração constitucional e legal, celebração de pactos, instituição de mecanismos de controle, tudo isso é importante na defesa da paz e na luta pela cidadania. Entretanto, a nosso ver, uma cultura de paz e da cidadania é decisiva para a vigência efetiva e plena desses valores, no mundo, na vida concreta dos povos. Ou dizendo de outra forma: Constituição, leis, pactos, mecanismos controladores exigem como pressuposto uma "cultura de paz e cidadania". Essa cultura de paz e da cidadania planta-se na consciência dos seres humanos, resulta de uma busca de inteligência e da vontade. Como condição e consequência de uma "cultura da paz" cabe, igualmente, lutar pela instauração e solidificação de uma "cultura da cidadania". (HERKENHOFF, 2004, p. 130-131).

No entanto, a implantação de uma cultura de paz e cidadania requer imenso esforço e dedicação. Trata-se de uma empreitada específica com objetivo definido, ou seja, educar para uma cultura de paz e cidadania, implantando no inconsciente coletivo a ideia da necessidade do florescimento, manutenção e defesa da paz, assim como o zelo e preservação da cidadania. Esse esforço educacional terá diversas fronteiras de militância, ou seja, nas escolas, nas igrejas, nas organizações da sociedade civil, nos meios de comunicação social, etc.

De acordo com os ensinamentos de João Baptista Herkenhoff (2004, p. 132-133):

Paz, ausência de guerra, é simples trégua ou armistício, descanso para novos conflitos. (...) . A paz é obra da Justiça. Exige a instauração de uma ordem social na qual os homens possam realizar-se como pessoas humanas, com sua dignidade reconhecida, agentes de sua própria história. Uma paz autêntica reclama justiça, espírito criativo, conquista permanente. É expressão de uma real fraternidade entre os seres humanos. Há de se criar, no mundo, uma mística da paz. Um sentido de paz tão profundo, um ideal de paz tão rico que seja mais causador de progresso do que a própria guerra. Mística de paz que leve o gênero humano às metas do desenvolvimento, pela cooperação, da mesma forma que a mística da guerra leva ao desenvolvimento pela competição. Mística da paz que não destruirá vidas, monumentos, trabalho e cultura, nem produzirá ódios e mágoas. Urge eliminar barreiras e desconfianças entre homens de nacionalidades diferentes, de raças diferentes, de culturas diferentes. Há que se minar pelo diálogo, pela abertura das fronteiras, pela correspondência internacional, pela internet, pelo intercâmbio universitário, pela circulação de livros e ideias, por congressos internacionais, pelo turismo, pela franquia da casa e da mesa ao estrangeiro, tudo isso sem qualquer espécie de discriminação, toda essa gama de preconceitos que pretendem erguer como valores universais aqueles valores que são apenas fruto de uma cultura nacional. Há que se promover o aperto de mãos, em todas as direções e latitudes, suprimindo-se medidas que visem a ilhar culturas e regimes, conduta discriminatória e injusta da qual o mais flagrante exemplo encontra-se no isolamento político e econômico a que o regime e o povo de Cuba foram condenados.

Com relação à cultura de paz e cidadania endereçada ao século XXI, a Carta das Nações Unidas proclamou que não haverá paz e segurança no mundo enquanto houver miséria e opressão. Há uma consciência generalizada em toda parte do valor da pessoa humana. O homem responde com uma ideologia humanista bem mais radical que o humanismo do Renascimento, sendo uma força contrária à massificação e a supremacia do tecnológico sobre o primitivamente humano. O mundo já não está mais dividido em países. A guerra já não se situa em fronteiras. Tensões provocadas por interesses econômicos e posições ideológicas antagônicas tem obrigado a celebração de pactos de convivência, não entre fronteiras, mas no interior das próprias nações.

A defesa dos direitos humanos e sua vigência universal integra o catálogo das premissas da paz, não aquela paz que é ausência de guerras, mas um fenômeno autônomo derivado de uma mística.

Dessa vigência universal dos direitos humanos resulta a cidadania nacional e internacional, como conquista de uma civilização que tenha como parâmetro o respeito ao princípio da dignidade humana.

Pode afirmar-se, portanto, à luz do exposto, que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. Admitindo-se a viabilidade de eventuais restrições ao próprio princípio da dignidade humana, como aceita parte da doutrina. (FARIAS, 1996, p. 52-3)

Segundo os ensinamentos do jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 118):

[...] causa espécie a tentativa de graduar a dignidade para fins de admitir sua restrição, já que o reconhecimento de diversos níveis de dignidade constitui, em verdade, uma "contradictio in terminis", uma vez que é a dignidade das pessoas que as torna iguais em humanidade. Não se deve, portanto, confundir esta situação com a existência de ofensas mais ou menos graves à dignidade, que, dependendo de sua intensidade, podem, ou não, ser toleradas em prol de outros valores constitucionais.

Na América Latina, em geral, e, principalmente, nos países em que se localizam ao sul da América Latina, a Paz e a Cidadania impõe uma política de integração sem exclusões. Num primeiro momento, todos os países da América Latina estariam destinados a se integrar economicamente, culturalmente e diplomaticamente. Temos interesses comuns a defender. Nossas fronteiras devem ser fronteiras de comércio, turismo, fraternidade e paz. Entre nossos países pode haver comércio justo, diálogo franco, tudo destinado à cooperação e ao desenvolvimento sem exclusões.

### 3.1 MOVIMENTOS SOCIAIS E CIDADANIA

Com relação aos direitos de cidadania, primeiro é preciso que cresça muito a consciência de direitos humanos e de cidadania. No passado recente do Brasil houve mais luta do que no período recente. Se nós observarmos o período que antecedeu a Constituição 1984 a 1988, veremos que foi um período de muita luta. No entanto, as conquistas inscritas na Constituição estão sendo ameaçadas, conquistas dos trabalhadores, conquistas sociais, sob o argumento de que o Brasil tem que se enquadrar no panorama da globalização. No entanto, isso é uma

mentira. A França que é um país rico, mais de um milhão de operários se uniu contra a diminuição de direitos sociais. Não é verdade que as novas regras mundiais imponham retrocessos.

O Brasil é um país violador dos direitos humanos, mas não é o único. Esta violação é feita no nosso país de forma muito violenta. A situação de marginalidade social e fome de milhões de brasileiros não é compatível com as riquezas e exuberâncias do país. Se por um lado as situações de violação se repetem, por outro, cresce a tomada de consciência das pessoas e isso é muito importante, pois todo processo histórico começa pela consciência. O passo seguinte é a luta, sobretudo a luta coletiva.

Verificamos como a humanidade construiu a ideia de direitos humanos e verificamos que em todas as culturas e países sempre encontramos a seiva dos direitos humanos. O ser humano sempre alimentou o sonho da dignidade humana. Na Índia, com suas castas, teve alguém que se revoltou contra o sistema de castas. No Egito, com a escravidão, teve alguém que se rebelou e foi morto. Mentos iluminadas que alimentavam a ideia de justiça, independente da classe social, raça, etc.

Os direitos humanos não são propriedade de um país, embora certos países tenham dado uma contribuição importante como a Declaração dos Direitos do Homem, na Revolução Francesa, a Declaração de Direitos, da Revolução Norte-Americana. É claro que há documentos importantes de alguns povos do Ocidente, mas a ideia de que os direitos humanos são uma criação exclusiva do Ocidente branco é um preconceito. Os direitos humanos foram construídos por muitos povos e aí também nós temos que discutir um conceito restrito de direitos humanos que entende que direitos humanos são aqueles que o cidadão pode opor ao Estado, são como uma baliza do poder do Estado. (HERKENHOFF, 2004, p. 171).

E, nas palavras de Mauro Almeida Noletto (1998, p. 18):

O novo sujeito coletivo forma-se graças à descoberta de um diferente modo de participação política, baseado na experiência do cotidiano (que deixa de ser apenas focalizado no âmbito da vida privada, o cotidiano de cada um, tornando-se público, comum de todos) e na resistência contra as circunstâncias injustas, as carências.<sup>72</sup>

E lembrando Roberto Lyra Filho (*apud* FARIA, 1988. p. 63), aí está a essência do Direito que:

É processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação

das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão novas conquistas.

A atual Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, foi criada num período pós-ditadura e, portanto, preocupou-se em assegurar as garantias fundamentais, bem como os direitos humanos, sendo denominada Constituição Cidadã. Neste ambiente de transformação foi dada atenção especial ao Poder Judiciário que adquiriu maior participação na vida política da sociedade, principalmente com relação às questões coletivas.

No entanto, no entender de José Eduardo Faria (1988. p. 64):

[...] a reforma das instituições a partir de uma nova Constituição consiste em apenas uma das etapas de um processo mais abrangente de democratização. Uma etapa importante, necessária mas não suficiente, para abertura de caminhos para um novo horizonte de liberdades públicas e igualdades reais, mediante a conjugação dos direitos *civis* e políticos individuais com os direitos coletivos, econômicos, sociais e culturais.

O Brasil é hoje o país com a maior média 'per capita' de advogados no mundo. E ainda assim, a grande massa da população não dispõe de um advogado para a defesa dos seus direitos, pois não dispõe de recursos para pagar os seus serviços.

Os novos movimentos sociais lutam pela efetivação de direitos negados pelo Estado, mas consagrados no seio social. Tal fato aumenta a responsabilidade do Poder Judiciário na interpretação das leis. Pois a má interpretação ou a omissão do Judiciário aumenta o número de movimentos sociais.

Para encerrar esse item, vale trazer a baila alguns movimentos sociais, tais como: a Revolução Francesa de 1789, um dos primeiros movimentos sociais da história, o primeiro com maior notoriedade, que marcou o fim do governo absolutista de Luís XVI e a queda da Bastilha; A Revolução Russa, 1905, que acabou com Nicolau II e a queda do Império Czar; a luta pelos direitos civis dos negros, na década de 1960; a Queda do Muro de Berlim, em 1989, entre outros.

No Brasil, os movimentos sociais tiveram mais notoriedade na década de 1960, com questionamento sobre a situação política e chegando hoje com o Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto (MTST), Movimento dos Trabalhadores

Sem-Terra (MST), os movimentos em defesa das mulheres, índios, negros, crianças e gênero (LGBTTIS).

O Brasil foi marcado por revoltas populares, sendo importante assinalar algumas com maior expressividade:

#### 1562 – Confederação dos Tamois

A primeira rebelião de que se tem notícia foi a revolta de uma coligação de tribos indígenas – com o apoio dos franceses que haviam fundado a França Antártida – contra os portugueses. O movimento foi pacificado pelos padres jesuítas Manuel da Nóbrega e José de Anchieta;

#### 1789 - Inconfidência Mineira

Inconformados com o peso dos impostos, membros da elite uniram-se para estabelecer uma república independente em Minas. A revolta foi marcada para a data da derrama (cobrança dos impostos em atraso), mas os revolucionários foram traídos. Como consequência, os inconfidentes foram condenados ao desterro perpétuo na África, com exceção de Tiradentes que foi enforcado e esquartejado;

#### 1896 – Guerra dos Canudos

Avaliação políticas erradas, pobreza e religiosidade deram início à guerra contra os habitantes do arraial de Canudos, no interior da Bahia, onde viviam, em 1896, cerca de 20 mil pessoas sob o comando do beato Antônio Conselheiro. De novembro de 1896 à derrota em outubro de 1897, o arraial resistiu às investidas das tropas federais (quatro expedições militares). A guerra deixou 25 mil mortos;

#### 1912 – Guerra do Contestado

Foi o conflito que ocorreu entre 1912 e 1916 no Paraná e Santa Catarina. Nessa época, Contestado, assim como Canudos, era um terreno fértil para o messianismo e via crescer a insatisfação popular com miséria e a insensibilidade política. Forças policiais e do exército alcançaram a vitória, deixando milhares de mortos. (CONHEÇA, 2016).

Vale aqui ressaltar a Revolução Farroupilha, também chamada de Guerra dos Farrapos ou Decênio Heróico (1835 - 1845), que eclodiu no Rio Grande do Sul e configurando como a mais longa revolta brasileira. Durou um período de 10 anos e foi liderada pela classe dominante gaúcha, formada por fazendeiros de gado, que usou as camadas pobres da população como massa de apoio no processo de luta. (GOHN, 1995).

Outro movimento da primeira metade do século XIX foi a revolta dos Cabanos ou Cabanagem, um movimento popular ocorrido em Belém do Pará, na década de 1830. Naquela época a província do Grão-Pará, compreendia os estados do Pará e do Amazonas, tinha um pouco mais de 80 mil habitantes (sem incluir a população indígena não-aldeada). De cada cem pessoas, quarenta eram escravos indígenas, negros, mestiços ou tapuios, isto é, indígenas que moravam nas vilas (cabanos). Foi uma rebelião social de negros, índios, mulatos, cafusos, mestiços, tapuios (índios destribalizados) e brancos das camadas mais pobres da sociedade, os quais habitavam em cabanas à beira dos rios e igarapé. O desenrolar efetivo do movimento ocorreu entre 1835 e 1836, quando os cabanos no poder, em Belém do Pará, constituíram o primeiro e único governo popular de base índio-camponesa da história do Brasil no período Imperial. A gestão dos Cabanos, no período mais efetivo durou dez meses. (GOHN, 1995).

Entre 1835 e 1845 ocorreu a Guerra dos Farrapos, Rio Grande do Sul. Um exército de cerca de 5000 homens derrubou o governo da então Província do Sul e instaurou um governo com apoio de caudilhos, que distribuía armas, cavalos, roupas, erva-mate, rum e salários a seus adeptos. E eram distribuídos também terra, gados e escravos aos estancieiros-oficiais e não pertencentes a camadas populares, em troca de apoio. A Farroupilha foi o mais longo movimento de revolta armada da história brasileira no século XIX. (GOHN, 1995).

No panorama mais recente, é mister destacar a Greve Geral de São Paulo, ocorrida em 1917. Dois movimentos importantes marcaram o ano de 1964: o primeiro foi o Comício Central, no dia 13 de março, um discurso do Presidente do Brasil João Goulart em defesa de sua política populista, teve a presença de cento e cinquenta mil pessoas; no dia 19 do mesmo mês ocorreu a Marcha da Família com

Deus pela Liberdade de São Paulo, com 500 mil pessoas, contribuindo com a derrocada de João Goulart e a implantação do regime militar no país.

Em 1968, no Rio de Janeiro, ocorreu a Marcha dos Cem Mil, quando uma grande multidão protestou contra o regime militar; no ano de 1983 o Movimento das Diretas Já para retornar o voto direto para eleger o Presidente; 1992 o movimento dos Caras Pintadas pleiteando a renúncia do então presidente Fernando Collor de Mello, o primeiro presidente eleito pelo voto direto, desde o término do regime militar.

E, um dos recentes movimentos sociais ocorridos em esfera nacional foi o Movimento Passe Livre, de 2013, o aumento da passagem de transporte público, os gastos com a Copa do mundo sediada no Brasil em 2014, a corrupção e o descaso com a segurança, educação e saúde foi o cerne desse movimento.

Para a efetivação do Direito, temos que ter em mente que se trata de algo vivo e que deve ser um justo. Quando houver conflito entre o Direito e a justiça, que prevaleça este último. O Direito não é, ele vem a ser. Não podemos esquecer que a fonte maior do Direito são os seres humanos.



## 4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

Ao longo da história, o homem se viu diante de inúmeras opressões sociais e políticas, tornando-se prisioneiro de ideologias e de conceitos pré-formados e preconcebidos. Além disso, ele se prendeu a um conjunto de valores impostos que condicionam seu pensamento, independentemente da sua vontade.

O desenvolvimento civilizatório está condicionado à luta pela libertação do aprisionamento do pensamento e da vontade, assim como está relacionado às conquistas de novos direitos, principalmente ao reconhecimento desses direitos.

Há tempos se conhece a proteção dada aos direitos da liberdade, através de declarações, cartas, constituições, promulgações, emendas e de pactos, que asseguram a garantia para que a sociedade possa exercê-los.

A liberdade é atualmente um tema de grande relevância para o ambiente jurídico e social, por se tratar de um exercício fundamental para a sociedade, dessa forma, o seu estudo se torna um aspecto essencial, já que se incorpora nos contextos políticos, econômicos e culturais, desenvolvendo, assim, o exercício da cidadania.

### 4.1 FORMAS DE DEMOCRACIA

A democracia indireta ou representativa surge diante da impossibilidade do exercício de democracia direta nas sociedades de massas, gerando uma atuação limitada dos cidadãos nas esferas políticas (MAGRANI, 2014, p. 39).

A expressão democracia representativa significa, segundo Bobbio, "que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade". (1987, p. 44).

Conforme se apresenta, são três os tipos de classificação da democracia liberal: direta, indireta e semidireta. O Estado democrático brasileiro, consoante ao art. 1º da CF/88, baseia-se numa democracia semidireta, caracterizada pela coexistência de mecanismos de democracia representativa com outros da democracia direta (CARVALHO, 2010, p. 224 -226).

Acentue-se, conforme Allebramdt (2011, p. 86-87), que a democracia semidireta consubstancia-se:

[...] ao lado da democracia representativa - concretizada através da eleição de representantes junto ao executivo e legislativo que compõem o Estado brasileiro - bem como com a democracia direta, ou participativa, consubstanciada pelos instrumentos da participação direta da população no processo legislativo - plebiscito, referendo e leis de iniciativa popular - e pela exigência de participação dos segmentos representativos da sociedade nos processos de planejamento e gestão das políticas públicas, em diferentes espaços públicos, concedidos e/ou institucionalizados pelo Estado.

Assim, a democracia aponta para a "realização de direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante" (SILVA, 2009, p. 132). A sedimentação de uma democracia participativa pressupõe uma sociedade civil politizada, criativa e protagonista do cenário político estatal (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 53).

#### 4.2 PARTICIPAÇÃO POPULAR E CIDADANIA

A participação popular é o marco-jurídico constitucional do Estado democrático de direito, fundamental para o estabelecimento e manutenção. Dada a premissa que o Estado deve ser considerado não apenas como um conjunto de instituições representativas nacionais, mas como uma sociedade participativa (PATEMAN, 1992, p. 33).

Contudo, conforme a teoria liberal defendida pelo teórico Robert Dahl:

[...] os níveis de participação e interesse são exigidos apenas de uma minoria de cidadãos e que, além disso, a apatia e o desinteresse da maioria cumpre um papel importante na manutenção da estabilidade do sistema

tomado como um todo. Portanto chega-se ao argumento de que essa participação que ocorre de fato é exatamente a participação necessária para um sistema de democracia estável (PATEMAN, 1992, p. 17).

A participação popular é um processo político concreto que se produz na dinâmica da sociedade, mediante a intervenção cotidiana e consciente de cidadãos individualmente considerados ou organizados em grupos ou em associações, com vistas à elaboração, à implementação ou fiscalização das atividades do poder público (DIAS, 2014, p. 46). "Entender a participação como processo implica perceber que nele há uma interação contínua entre os diversos atores que são 'partes', o Estado, outras instituições políticas e a própria sociedade como um todo" (ACQUAVIVA, 1994, p. 32).

A limitação aparente que demonstra a democracia liberal quanto à participação popular pode ser revista ou até mesmo rompida, se aumentar a intensidade de participação popular pelo cidadão.

Fato esse que induz ao próximo conceito, a cidadania. Para iniciar as explanações acerca da cidadania, lembra-se que muito se difunde o significado da palavra democracia como governo pelo *demos*, o povo, neste conforme Wood (2003, p. 194):

Deve ser auferido o significado duplo de status cívico e categoria social". E quanto à conceito de cidadania, este geralmente é vinculado ao conceito de espaço físico. Aristóteles asseverava "que a *pólis* não pode se estender além do alcance da voz dos cidadãos, pois sua essência é o diálogo democrático que se manifesta na ágora como ponto de encontro. (2004, p. 07).

#### 4.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Consigna-se que:

Os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade". Ainda pode-se afirmar que "não há Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos, ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas constituições (SARLET, 2010, p. 25).

No que diz respeito aos direitos fundamentais, o enfoque tomado pelo presente estudo é a liberdade de expressão, e "como garantia real de realização", vale-se de um regime democrático, "portanto é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão" (SILVA, 2009, p. 234).

A Constituição Federal de 1988 dispõe de forma direta e indireta acerca das liberdades, e, com efeito, garante em seu art. 5º, IV a livre manifestação do pensamento, sendo vedado seu anonimato, e no art. 220, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá qualquer restrição. Além disso, a proteção e promoção são previstas pelo artigo XIX da Declaração Universal de Direitos Humanos.

No mais, é "em todas as suas formas e manifestações, um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática" (CIDH<sup>3</sup>). Quanto a esse aspecto importa sublinhar que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico (SARLET *et al.*, 2013, p. 454).

A visão tradicional sobre a liberdade de expressão é a de um direito negativo ou direito de defesa, no mais, é o direito de não ser impedido de exprimir-se e de divulgar ideias e opiniões, neste sentido o direito de expressão pode ainda incluir um direito à expressão, isto é, um direito positivo de acesso aos meios de expressão. Com a tecnologia da informação (mais precisamente a internet) é possível divulgar e difundir o seu pensamento, opiniões e informações (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 572-573).

De acordo com Sarmiento (2010, p. 274), considerando a dimensão objetiva da liberdade de expressão segundo a teoria alemã:

A ideia básica é a de que a liberdade de expressão desempenha um duplo papel: por um lado, ela constitui um direito subjetivo individual, vital, para a dignidade humana, mas, por outro lado, ela também é um instrumento para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias entre os cidadãos, tão necessários ao funcionamento de um regime democrático.

---

<sup>3</sup> Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s\\_Convencao.Libertade.de.Expressao.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s_Convencao.Libertade.de.Expressao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2016.

A liberdade de expressão no âmbito das proteções deve englobar "tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos". Igualmente extenso é o modo de exercício da liberdade de expressão, que pode ser pelo uso da palavra escrita ou verbalizada, por gestos, fotografias, vídeos, pinturas, símbolos, músicas, representações teatrais, bem como mensagem em páginas de relacionamento, blogs, etc. (SARLET *et al.*, 2013, p. 454-456).

Para elucidar o reconhecimento a manifestações não verbais, como gestos ou exhibições conota-se o HC 83.996/RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.08.2004, na qual o réu utilizou-se de gestos obscenos após um espetáculo teatral, com destaque no acórdão para o seguinte trecho "um exame da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada".

Deve, também, a liberdade de expressão ser ponderada em consenso com outros direitos fundamentais. Um deles é o direito de resposta; outro é o acesso à informação. O direito de resposta constitui meio de assegurar o contraditório no processo público de comunicação (GERMANO, 2011, Kindle Location 768-1115). A questão da informação assume maior relevância em razão de seus desdobramentos comerciais e de responsabilidade civil. "O acesso à informação constitui o maior valor de uma sociedade democrática, e a massificação da Internet com serviço de informação e informatização possibilita um aumento de competitividade global de comunidades antes marginalizadas". (PINHEIRO, 2013, p. 85).

De tal modo que devem ser protegidos não só o direito de crítica, manifestação do pensamento, exposições de ideias e afins como também o direito a não discriminação das comunicações pelos intermediários ou transmissores da comunicação (provedores de acesso, hospedagem, conteúdo, aplicativos e conexão, dentre outros) para assegurar sua máxima difusão ou até mesmo o bloqueio, pois "as restrições à livre expressão de ideias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informações, violam o direito à liberdade de expressão" (Declaração de Princípios sobre a liberdade de expressão, 2000, p. 1).

A problemática dos bloqueios é com a relação da amplitude destes, pois, em certas condições e dependendo do meio técnico utilizado para a realização do bloqueio, há o risco de bloquear outros conteúdos além daquele considerado ilícito. Como por exemplo, "um servidor de Internet hospeda diversos sites e este possua um único endereço IP, se este for bloqueado, todos os outros sites que estiverem hospedados neste servidor também o serão" (LEONARDI, 2012, p. 299).

Ao mesmo tempo em que há o direito à informação, este se desdobra em três categorias, a primeira o direito de informar, que é direito ativo, a segunda, sendo o direito de ser informado, que é um direito passivo e a terceira, o direito de não receber informação, que é um direito ativo e passivo. Além desse, existe o direito à não informação, que traz um limite ao direito de informar no qual o valor protegido é a privacidade do indivíduo (PINHEIRO, 2013, p. 85).

Subsequente "é o fato de que a liberdade de expressão tem um direito que lhe complementa, no destinatário da comunicação: a liberdade de receber e acessar informações". Em relação à autonomia individual dos receptores, a ideia essencial é a de que deve ser reconhecida a cada ser humano a capacidade de decidir o que vai ouvir, ler, ver ou aprender (SARMENTO, 2010, p. 288).

Possibilitar o livre fluxo da informação e a proteção, a liberdade de expressão contribui para o pluralismo no âmbito comunicativo, pois a:

[...] garantia da autonomia para o receptor das informações liga-se à concepção de que quanto mais se assegura a cada um o acesso a opiniões e informações diferentes, lhe proporciona a chance de escolha, ao invés de simplesmente percorrer com o automatismo pré-definidos pela sociedade e aos emissores, por que se partimos da premissa de que expressão das próprias ideias e sentimentos é tão importante para o indivíduo, constituindo-se num dos aspectos mais centrais da proteção a dignidade humana, torna-se necessário assegurar a possibilidade real de exercício deste direito (SARMENTO, 2010, p. 288).

Entretanto, considerando a relevância da liberdade de expressão para a democracia e o pluralismo, algumas hipóteses envolvendo limitações e restrições ao seu exercício serão analisadas mais adiante.

Cabe salientar que se vive em um Estado Democrático de Direito, sendo um dos fundamentos a proteção a esse direito tão significativo para o exercício da democracia, já que é um instrumento de consecução a ela, pois é certo que, em um

país que não haja a possibilidade de confrontar opiniões, ou que seja aberto aos debates, não haverá respeito ao regime democrático.

A liberdade de expressão cumpre funções cruciais como a permissão para que os eleitores façam escolhas informadas nas eleições a partir da ampla discussão entre candidatos; que as pessoas possam influenciar as escolhas das políticas governamentais; que as autoridades públicas sejam submetidas a críticas que podem levar à sua substituição, entres outras grandes discussões. (MARTINS NETO, 2008, p. 49)

A liberdade de expressão traz a busca pela diversidade e pela contestação, a luta por novos ideais e a renovação de ideias já externadas, pois as melhores decisões são sempre tomadas por meio do debate, da argumentação e da análise entre os envolvidos.

O estudo sobre a liberdade de expressão ainda possui um longo caminho a ser percorrido, por isso, a utilização de critérios que identifiquem uma forma de conceituar esse tipo de liberdade se torna, em muitas vezes, uma tarefa extremamente difícil, já que ainda são relativamente poucas as doutrinas que abordam exclusivamente a questão.

Não se pretende aqui exaurir o tema, pois se trata de um campo muito rico a ser explorado. Conforme já mencionado, entende-se por liberdade de expressão o direito de manifestar livremente opiniões, ideias e pensamentos, ou seja, incide no direito de cada indivíduo adotar a atitude intelectual que lhe convier, de acordo com as suas ideologias e pensamentos.

Barbeiro et al. (2003, p. 1) se refere à liberdade de expressão no sentido de ser um direito fundamental humano, uma vez que atende ao princípio do direito de informar e de ser informado, garantindo a todos a possibilidade em expressar livremente suas ideias e seus sonhos, sem qualquer limitação.

Ainda nas palavras do autor, a liberdade de expressão é um ideal a ser perseguido por qualquer pessoa ou grupo, que queira divulgar um manifesto, uma reflexão, fazer uma denúncia ou dizer se está ou não contente com os governantes.

A pessoa humana traz como atavismo a condição de ser livre; livre para fazer e livre para pensar, sem essa condição o ser humano estaria desprovido da força e da segurança da sua humanidade. (MARTINS NETO, 2009, p. 660).

A liberdade de expressão é dinâmica e, por isso, há a necessidade de ser perseguida sempre, uma vez que está submetida às pressões que a sociedade, mesmo democrática, faz sobre ela. É uma luta que não termina nunca, sob pena de sucumbir à ação da censura ou dos agentes sociais poderosos atingidos por ela. (BARBEIRO et al., 2003, p. 01).

Com a liberdade de expressão não há predomínio de opiniões e de condutas, o que eleva a qualidade da mente humana, a fonte de todas as coisas respeitáveis no homem como um ser intelectual ou moral, capaz de retificar seus erros através da discussão e da experiência. (MILL, 2006, p. 40).

Ainda, conforme afirma o autor mencionado, a liberdade de expressão é um importante instrumento para o homem, pois mantém a mente aberta à censura em relação às suas opiniões e condutas, já que a única forma de um homem buscar o conhecimento sobre um assunto é ouvir tudo o que pode ser dito sobre ele por pessoas de variadas opiniões e, assim, estudar todos os modos nos quais tal assunto pode ser examinado por qualquer natureza da mente.

“A liberdade de expressão é um patrimônio social e por isso deve ser protegida por políticas públicas, o que não isenta o cidadão da responsabilidade de lutar pela sua existência”. (BARBEIRO *et al.*, 2003, p. 01).

Necessário faz-se, ainda, a sua proteção, de acordo com Moro (2004, p. 49), quando o discurso é desagradável ou ofensivo para a maioria da comunidade, pois nada tolhe em grau mais significativo o desenvolvimento da personalidade humana do que a imposição do silêncio.

Para Mill (2006, p. 9), a liberdade de expressão é, para o cidadão, fundamental na construção de uma sociedade justa, sobretudo de um Estado justo, próspero e benéfico para o bem comum de todos os cidadãos em seu conjunto, refletindo o bem-estar de cada indivíduo e respeitando-o em sua liberdade plena e em suas liberdades peculiares e particulares.



A liberdade de expressão caracteriza-se como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente, já que o homem não vive concentrado apenas em seu espírito, não vive isolado, ele tem a viva tendência e a necessidade de expressar e de trocar suas ideias e opiniões com os outros homens. (SILVA, 2009, p. 241).

Martins Neto (2008, p. 27) refere-se à liberdade de expressão como a figura entre as liberdades constitucionais mais comumente asseguradas e que consiste, basicamente, no direito de se comunicar, ou de participar de relações comunicativas, quer como o portador da notícia, quer como destinatário.

A liberdade de expressão compreende a comunicação em torno de informações, opiniões, sentimentos e propostas, entre outros, que se realiza através da linguagem oral e escrita, de gestos simbólicos e de imagens, admitindo a discussão de variados assuntos, como políticos, sociais, morais, históricos, econômicos, religiosos, científicos, culturais, entre outros. (MARTINS NETO, p. 28, 2008)

A liberdade de expressão, para Moraes (2007, p. 152), possibilita a atuação ativa dos indivíduos na sociedade, movendo-os e tornando-os capazes de escolher entre as opções que lhes sejam apresentadas, com ampla liberdade para programar seu futuro, ou seja, essa atuação através da liberdade de expressão possibilita o desenvolvimento social, criando mecanismos de transformação social que propiciem informação e capacitação para as mudanças.

Ainda, nas palavras de Moraes (2007, p. 152), a liberdade de expressão é um elemento de formação plena do indivíduo, por isso, é fundamental o estabelecimento dessa conexão do valor da liberdade aos valores da dignidade, da justiça, da igualdade e da solidariedade, que reunidos suprem as necessidades básicas com consequente efetivação da ideia de bem-estar pessoal.

De acordo com Martins Neto (2008, p. 52), a liberdade de expressão é prerrogativa de cada cidadão e, em associação com a democracia, tende a proteger as manifestações orientadas a interagir no processo político.

Ainda, na concepção de Martins Neto (2008, p. 54), trata-se de direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que, como ser social, o homem sente a necessidade de se comunicar, de exprimir seus pensamentos e sentimentos e de ter contato com os seus semelhantes.

Para Moraes (2000, p. 118), a liberdade de expressão:

[...] constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

O direito de falar com liberdade defronta-se com seu maior desafio quando o privilégio é reclamado por alguém que professe ideias política ou economicamente opostas a maioria das pessoas. Não conceder liberdade de expressão a alguém de quem se discorda, radicalmente, é negar a liberdade a todos. (WEINBERGER, 1965, p. 98)

Finalizando essas colocações, Mill (2006, p. 10) afirma que a liberdade de expressão, a moral e a vivência política e social têm sua declaração máxima e se realizam na arte de viver, na sublimidade da vida, que, por gênese e princípio, é livre. A liberdade presume, portanto, vida plena e realização pessoal em todos os sentidos.

Assim, após alguns esclarecimentos sobre a importância dessa liberdade, parte-se para a compreensão da liberdade de expressão como uma garantia constitucional e a sua recepção no texto constitucional como um direito fundamental.

#### 4.4 LIBERDADE DE PENSAMENTO

A expressão de pensamento é a forma na qual o indivíduo transmite as suas opiniões, ideias e suas convicções sobre qualquer assunto, seja de grande importância ou sem valor algum, mas a expressão de pensamento é essencial para a sociabilidade entre as pessoas, pois cumpre papel fundamental para a comunicação.

Para Silva (2009, p. 241), são liberdades de conteúdo intelectual, pelo qual o homem tenda a participar a outros as suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos, neste sentido, ela se caracteriza como a exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente.

A liberdade de opinião resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão, já que significa a liberdade que o indivíduo tem de adotar a atividade intelectual de sua escolha, quer seja um pensamento íntimo quer seja a tomada de posição pública. (SILVA, 2009, p. 241).

Nas palavras de Farias (1996, p. 131), a liberdade de pensamento é liberdade consagrada não apenas nos textos constitucionais, mas garantidas também em documentos internacionais, que a consagra como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, as ideias e as opiniões.

A liberdade de consciência ou de pensamento tem a ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda, não podendo o Estado interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não cabendo a ele impor concepções filosóficas aos cidadãos. (BRANCO et al., 2009, p. 456).

Esses autores esclarecem que se o Estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência, ele deve admitir, igualmente, que o indivíduo aja de acordo com as suas convicções. Haverá, porém, casos em que o Estado impõe conduta ao indivíduo que desafie essas convicções, e, nesses casos, há a possibilidade de uma objeção de consciência.

Quanto à liberdade de convicção filosófica e política, a Constituição de 1988 veda apenas a organização de partidos políticos paramilitares, conforme preconiza o artigo 17, § 4º.

Na segunda dimensão, considerada pela Constituição como forma de expressão de aspecto externo, se encontram os exercícios das liberdades de

comunicação, de religião e de expressão intelectual, artística e científica. (SILVA, 2009, p. 243)

A liberdade de comunicação, para Silva (2009, p. 243), consiste em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, da expressão e difusão de pensamento e da informação.

Nas formas de comunicação serão observados princípios básicos de direito ao indivíduo, estabelecidos pela Constituição, como estes: não poderão sofrer qualquer restrição independentemente de processo ou veículo pelo qual se manifestem; nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; a publicação de veículo impresso de comunicação independente de licença de autoridade; os serviços de radiofusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo Federal, sob o controle sucessivo do Congresso Nacional; e os meios de comunicação social não podem direta ou indiretamente ser objeto de monopólio. (SILVA, 2009, p. 244)

Cabe mencionar que no exercício do direito à informação em um Estado Democrático de Direito deverá ser exigido do sujeito um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contatada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação. (FARIAS, 1996, p. 132)

A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu artigo 5º, IV: é livre a manifestação de pensamento, vedado o anonimato, bem como o artigo 220 que diz: “a manifestação de pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística”.

Segundo Silva (2009, p. 244), a liberdade de manifestação do pensamento inclui, também, o direito de ficar calado e de manter a sua manifestação em segredo. Por outro lado, verifica-se que dessa manifestação caberá um ônus ao manifestante

devidamente identificado, quando o seu produto vier a causar danos a terceiros, já que a Constituição também assegura a ele o direito de resposta.

Para Moraes (2000, p. 118), a manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional absoluto, não aludindo censura prévia em diversões e em espetáculos públicos.

Quanto à liberdade de informação, de acordo com Moraes (2000, p. 162), o direito de receber informações é um direito de todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

No mesmo sentido, Castro (2003, p. 437) destaca que a liberdade de informação compreende de modo amplo o direito de ser informado e de ter acesso às informações necessárias e desejadas para a construção da formação do conhecimento, que constitui, juntamente com o direito à vida, a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento e as opções da consciência.

Trata-se, pois, do pré-requisito mais essencial ao regime democrático, sabendo-se que os indivíduos e, sobretudo, um povo desenformado e destituído da capacidade de crítica para avaliar o processo social e político se encontram fora da condição da cidadania. (CASTRO, 2003, p. 437)

Moraes (2000, p. 162) destaca que a proteção constitucional engloba juntamente com o direito de expressar-se, oralmente, ou por escrito, o direito de ouvir, de assistir e de ler, portanto, é inconstitucional a lei ou o ato normativo que proibir a aquisição ou o recebimento de jornais, livros e a transmissão de notícias e de informações.

No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos, de acordo com Farias (1996, p. 133), tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas e corretas, com isso, objetiva-se proteger não apenas o emissor, mas também o receptor do processo da comunicação.

Ainda segundo Faria (1996, p. 131), a liberdade de informação:

[...] é a faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.

A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica é assegurada no artigo 5º, IX, da Constituição, sendo uma manifestação do pensamento dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos. A Constituição traz um capítulo sobre a cultura, em seus artigos 215 e 216 e manifesta a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites.

Já a liberdade de transmissão e de recepção de conhecimento é uma das formas de manifestação do pensamento, mas o destaque que a Constituição deu foi sobre o exercício do magistério, reconhecendo a liberdade de uma classe de especialistas na comunicação do conhecimento, que são os professores, envolvendo três premissas: a liberdade de ensinar, a de aprender e a de pesquisar. (SILVA, 2009, p. 255)

Nesse sentido, percebe-se a importância da liberdade de pensamento, não só por ser a mais fundamental das prerrogativas humanas, já que o indivíduo que possui conhecimento e tem a capacidade de trocá-lo exerce o direito de escolha. Mas, em uma sociedade em que a formação de seu povo é, sobretudo, desinformada e destituída de capacidade crítica, não só no âmbito social e político, mas nas suas próprias relações individuais, não seriam cidadãos já que despidos do exercício da cidadania.

Pois como já dito, a troca de conhecimento, de opiniões e de ideias estimula a participação popular, na qual a democracia só poderá existir como organização política se for inserida nesse ambiente, no qual possibilite a todos a manifestação de suas vontades, mesmo que sejam as vontades da minoria.

#### 4.5 LIBERDADES DE EXPRESSÃO COLETIVA

As liberdades de expressão coletiva são essenciais para a ocorrência da troca de informações e de ideias, que permitem aos indivíduos questionamentos e trocas de conhecimento acerca de assuntos políticos, sociais, econômicos, culturais, entre outros aspectos, possibilitando não só o ganho de conhecimento, mas principalmente a deliberação e esclarecimento.

Reunião é qualquer agrupamento formado em certo momento com o objetivo comum de trocar ideias ou de receber manifestação de pensamento político, filosófico, religioso, científico ou artístico. (SILVA, 2009, p. 264).

No mesmo sentido, Moraes (2000, p. 167), ao se referir sobre o direito de reunião, diz que a reunião se trata de uma manifestação coletiva da liberdade de expressão, que, além da troca de ideias, tem por finalidade a defesa de interesses, a publicidade de problemas e de determinadas reivindicações.

Para Sarlet *et al.* (2013, p. 525), a liberdade de reunião é o exercício coletivo da liberdade de expressão e a manifestação do pensamento servindo como instrumento eficiente para a luta política, assegurando a possibilidade de influenciar o processo político, de tal sorte que se pode considerá-la como um elemento da democracia direta.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XVI, garante que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente, tratando-se, pois, de direito individual coligar-se com outras pessoas para fim lícito.

Pelo dispositivo citado, percebe-se que a liberdade de reunião está devidamente assegurada, não cabendo prévia comunicação à autoridade como também sua intervenção ou que o local utilizado seja destinado por ela.

O direito de reunião é assegurado, de acordo com o dispositivo mencionado, desde que as reuniões possuam caráter temporário e eventual, pois tendo natureza

permanente pode se tratar de associação, protegidas em outros preceitos constitucionais. (PAULO; ALEXANDRINO, 2003, p. 88).

Para Moraes (2000, p.167), trata-se de um direito público subjetivo de grande abrangência, pois não se compreenderia a liberdade de reuniões sem que os participantes pudessem discutir, tendo que se limitar apenas ao direito de ouvir, quando se sabe que o direito de reunião compreende não apenas o direito de organizá-la e de convocá-la, mas também o direito de participação total ativa.

A liberdade de reunião pode ser considerada como a liberdade-condição, já que através dela é possível exercitar outras liberdades, como a de pensamento, a de expressão, a de convicção filosófica, religiosa, científica e política e a de locomoção, mas, justamente por ser considerada uma liberdade-condição, exige-se que a reunião se constitua sempre para fins passíveis, por isso, a determinação em seu dispositivo de não utilização de armas. (SILVA, 2009, p. 265).

Embora a reunião implique, em geral, manifestação do pensamento e expressão e seja um instrumento de garantia dessas liberdades nas suas formas coletivas, igualmente não se pode confundi-la, já que estão em diferentes âmbitos de proteção do direito, de forma que o conteúdo da expressão veiculada por ocasião de uma reunião será avaliado a partir dos parâmetros da liberdade de expressão, desse modo, significa que o direito à liberdade de reunião não oferece proteção adicional à liberdade de expressão, pelo simples fato de que a reunião se trata de um exercício coletivo do direito. (SARLET *et. al.*, 2013, p. 525).

Segundo Moraes (2000, p. 168), são elementos da reunião: a pluralidade de participantes; tempo, já que toda a reunião deve ter duração limitada; e finalidade, visto que pressupõe um encontro com propósito determinado e lugar específico.

Já para Sarlet *et al.* (2013, p. 528), além dos elementos citados, a reunião assume um caráter subjetivo, visto que sua composição não deixa de ser, pelo agrupamento de pessoas que decidem se reunir para algum fim, portanto, a que existir um vínculo interno, consubstanciado por uma finalidade em comum, sendo exigido uma consciência e vontade coletiva da reunião com a apresentação de um elemento finalista.



Outra liberdade de expressão coletiva, citada por Silva (2009, p. 266), é a liberdade de associação que ingressou no direito constitucional brasileiro através da Constituição de 1891, em seu artigo 72, hoje essa liberdade está reconhecida e garantida no artigo 5º, nos incisos XVII a XXI.

A liberdade de associação, da qual é espécie a liberdade de criação e a participação de cooperativas, é reconhecida e protegida na condição de um direito fundamental, sendo aplicado a ela o regime jurídico reforçado dos direitos e as garantias fundamentais. (SARLET *et al.*, 2013, p. 517).

No que diz respeito às associações cooperativas, os autores citados falam que a Constituição Federal foi a primeira a contemplar tal modalidade associativa, assegurando, além disso, não apenas uma genérica liberdade de criação e participação de cooperativas, mas também prevendo para as cooperativas um regime constitucional diferenciado e em determinados aspectos privilegiado, como o tratamento tributário adequado a ser disciplinado por lei complementar (art. 146, c) e a atribuição ao Estado de apoiar e de estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo (art. 174, § 2º).

Segundo Silva (2009, p. 266), os elementos fundamentais da associação são as bases contratuais, a permanência e que seu fim seja lícito, abrangendo todas as associações em sentido estrito; as sociedades também e a associação profissional ou sindical.

Silva (2009) segue com ideia afirmando que a liberdade de associação contém quatro direitos, que são: o de criar associações (cooperativismo também, visto que é a lei correlaciona os dois); a não dependência de autorização; o direito de aderir a qualquer associação; e o de desligar-se da associação e de dissolução espontânea da associação.

Ao mesmo tempo em que essa liberdade possui direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal, é desde logo estabelecido dois limites, sejam eles: a vedação de associações com finalidade ilícita; e a proibição de caráter paramilitar. (SARLET *et al.*, 2013, p. 527).

Quanto aos fins ilícitos, eles abarcam qualquer finalidade ou atuação ofensiva da legislação criminal e também incluem fins e atos contrários aos bons costumes e mesmo ofensivos à ordem pública. Quanto à constituição de associações com caráter paramilitar, basta que para a caracterização das atividades haja uma estrutura hierarquizada, marcada pelo dever de obediência e por manter treinamento, não sendo necessário o uso de armas ou mesmo de uniforme. (SARLET *et al.*, 2013, p. 528)

A dissolução das associações, ou a suspensão de suas atividades, deverá ser por meio de decisão judicial, extinguindo-se no primeiro caso, com o trânsito em julgado, dessa forma qualquer ato normativo editado pelos poderes Executivo ou Legislativo, no sentido de dissolução compulsória, será inconstitucional. (MORAES, 2000, p. 171)

Percebe-se através das colocações dos autores que existem algumas ponderações que devem ser observadas no exercício da liberdade de reunião, para que possa garantir o fim desejado. As associações também deverão observar alguns requisitos, tanto para a sua criação quanto para sua extinção.

Cabe ressaltar a importância do direito à reunião que aproxima as pessoas pelo simples fato de discutir, debater e questionar um objeto comum e, por meio dessas manifestações coletivas, buscar justiça, paz, segurança, igualdade social, racial, sexual e outros direitos fundamentais à pessoa, ou seja, é a instrumentalização da participação popular nos países democráticos.

#### 4.6 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A liberdade de expressão manifesta-se há tempos como direito humano fundamental, surgindo como produto de fusão de várias fontes de pensamentos e de ideias da civilização que encontravam como pontos fundamentais a limitação e o controle dos abusos de poder do Estado, bem como a consagração dos princípios básicos da igualdade e liberdade. (MILL, 1991, p. 45).

A liberdade de expressão é em si um direito protegido, porquanto existem razões em função das quais se supõe e aceita-se que a circulação da palavra é valiosa, pois acredita-se que as manifestações feitas em seu antagonismo têm valor expressivo justamente na medida em que, integradas ao processo democrático, contribuem para decisões ponderadas. (MARTINS NETO, 2008, p. 46).

Segundo Sarlet (2003, p. 41), a conquista pela liberdade teve um importante papel que possibilitou o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos; foi a partir do reconhecimento de privilégios, como a liberdade religiosa e a liberdade de locomoção, que se desenvolveu e se reconheceu os direitos fundamentais nas constituições.

De acordo com Sarlet *et al.* (2013, p. 451), no âmbito da Constituição Federal de 1998, a liberdade de expressão forma não apenas objeto de mais detalhada positivação, mas também passou a corresponder, pelo menos de acordo com o texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e de proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito.

A liberdade de expressão vinculada com a democracia é a grande couraça protetora da sociedade para o exercício dos direitos que garantem a dignidade da pessoa humana, no sentido da liberdade da palavra, da liberdade de agir, da liberdade de não ficar dependente de opiniões e liberdade de não ter medo. (BONAVIDES, 2004, p. 213).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, IV, preceitua que "[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Tal preceito foi complementado pelos incisos V, IX, XII e XV do mesmo artigo, bem como nos artigos 220 a 224, guardando relação direta com uma série de outros dispositivos da Constituição, os quais formam o conjunto jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas mais diversas manifestações. (SARLET *et al.*, 2013, p. 452)

A liberdade de expressão está garantida no texto constitucional brasileiro como um "dos direitos e garantias fundamentais". O direito à liberdade é certo, ainda que se apresente como um dos pilares do que é chamado Estado Democrático de Direito. (SARLET *et al.*, 2013, p. 453)

Os direitos fundamentais são os direitos e as garantias assegurados pelo complexo normativo constitucional interno, ou seja, estão situados na Constituição Federal de 1988 e nela protegidos como cláusulas pétreas.

De acordo com Silva Neto (2009, p. 626), a expressão "direitos fundamentais" configura o direito material reputado fundamental pelo criador do Estado de 1988, como são exemplos os direitos à vida, à propriedade, à intimidade, à privacidade, à imagem, à liberdade, à inviolabilidade do domicílio, dentro outros previstos no texto constitucional.

Ainda, Silva Neto (2009, p. 626) menciona que "garantias" fundamentais representam o instrumental disponibilizado pela Constituição para garantir a efetividade dos "direitos" fundamentais e cita como exemplo, o mandado de segurança, individual e coletivo, a ação popular, o direito de petição, a ação civil pública, o habeas corpus e o habeas data e, caso houvesse apenas o conjunto de direitos fundamentais sem as respectivas ações constitucionais dirigidas à tutela judicial daqueles direitos, pouca efetividade essas garantias teriam.

Com o intuito de possibilitar a afirmação desses direitos que, através dos processos sociais, ou seja, das progressivas conquistas de direitos, bem como a exigência de uma vida humana digna, tornou-se necessário o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras constituições, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo quanto no que concerne a sua titularidade, eficácia e efetivação. (SARLET, 2010, p. 46)

Nesse contexto, marcado pela evolução histórica experimentada pelos direitos fundamentais, cabe falar, sucintamente, do seu reconhecimento em diversas gerações, como: os de primeira que foram marcados pelo signo da ausência do estado das questões individuais, sendo os direitos de particular relevância o direito à liberdade (expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, entre outros) e os chamados direitos civis e políticos. (SILVA NETO, 2009, p. 626).

Contudo, o impacto da industrialização e a omissão do Estado foram responsáveis por graves problemas sociais e econômicos, o que elevou consideravelmente as desigualdades sociais, constatando-se que a consagração formal de liberdade, como um dos direitos expressamente almejados, não gerava

garantia de seu efetivo gozo, surgiram, assim, os direitos de segunda geração, os direitos sociais. (SILVA NETO, 2009, p. 626).

Através da explosão demográfica e do subsequente aumento do consumo, bem como o recrudescimento das transgressões ambientais foram impostas preocupações pela qualidade de vida, ensejando o aparecimento dos direitos de terceira geração, os direitos de natureza difusa; já as demandas da coletividade em prol do respeito às minorias possibilitaram o surgimento dos direitos de quarta geração, direitos das minorias. (SILVA NETO, 2009, p. 627).

Cabe mencionar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais possui o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, que não significa a substituição de uma geração por outra e sim a expansão, a cumulação e o fortalecimento dos direitos fundamentais, logo, esses direitos nascem a partir das necessidades humanas que se encontram em constante processo de transformação. (SARLET, 2010, p. 47).

Percebe-se, através da análise dos autores, que a liberdade de expressão continua sendo um direito que possui grande significado em sua conquista, além de ter se tornado direito e garantias fundamentais.

Nesse contexto, é possível destacar as quatro principais características dos direitos e das garantias fundamentais, como a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade, ou seja, o caráter histórico está presente de maneira que a consolidação dos direitos e das garantias fundamentais acontece através do decurso do tempo; por se situarem fora do campo de comércio jurídico eles não podem ser alienados; a ausência de exercício por determinado lapso temporal não implica prescrição; e não importa a manifestação da vontade do indivíduo no sentido de consumir sua renúncia. (SILVA NETO, 2009, p. 628).

Nas palavras de Vieira (2006, p. 25), os direitos fundamentais têm o papel formal de harmonizar e de preservar uma esfera de interesses da pessoa humana, que assegura esferas de autonomia, de dignidade ou de interesse, permitindo aos seres humanos o relacionamento e a convivência sem que a liberdade ou seus interesses sejam ameaçados pelos interesses ou liberdades dos demais.

Ainda segundo Vieira (2006, p. 36):

[...] direitos fundamentais é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional, os direitos fundamentais partilham uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana, porém com uma distinção, a sua positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

Sob a visão de Fernandes (2011, p. 228), os direitos fundamentais outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais diante de órgãos estatais obrigados, impondo uma atuação positiva ou negativa ao Poder Público.

O interesse ou o valor por ele protegido deve prevalecer sobre outros interesses ou valores não protegidos como direitos fundamentais, já que o reconhecimento expresso ou implícito pela Constituição tem como consequência a função de colocá-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas. (VIEIRA, 2006, p. 47).

Corroborando com a ideia dos autores supracitados, percebe-se que a liberdade de expressão tem grande importância como um direito fundamental do sistema constitucional brasileiro. Ela representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de ideias e o controle social do exercício do poder.

#### 4.7 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CAMPO DAS RELAÇÕES COLETIVAS

A liberdade de expressão é um direito que cada cidadão possui de exercer suas ideias, pensamentos, religião, crenças, expressões através da arte, da linguagem, da música, da ciência, do conhecimento e da informação, trata-se da liberdade de expor ou não seus ideais e valores.

Apresentado em destaque anteriormente, o exercício da liberdade de expressão no âmbito das relações coletivas é de fundamental importância, visto que quando o indivíduo acrescenta as suas ideias, informações, conhecimentos, valores,

opiniões, condutas, pensamentos a um novo grupo social no qual possuem ideias semelhantes, essas ganham maior expressão e são fortalecidas.

Para Mill (2006, p.10), a partir do momento que a humanidade passou a discutir ampla e livremente as suas ações, não prejudicando as ações de cada um, essa possibilidade refletiu o princípio da liberdade, estabelecendo-a como uma esfera individual da não interferência, o que dá o direito de o ser humano viver segundo os princípios da sua própria natureza, tornando a individualidade o ingrediente mais importante para a realização do bem-estar do ser humano.

De acordo com a afirmação, a liberdade de expressão pode ser considerada um valor essencialmente individual, um direito que cada cidadão tem de expressar suas opiniões e pensamentos. Porém, não se pode deixar de lado a importância e os benefícios que esse direito traz para as relações coletivas.

No mesmo sentido, ao mencionar o conceito de liberdade de expressão, Pettit (2007, p. 145) alega que geralmente a ideia traduzida é feita através da ótica individual, já que a liberdade permite ao ser humano a realização de certas ações livremente. Mas o que ocorre é que esse homem individual ao praticar sua liberdade de expressão se vale dos agentes coletivos, pois eles são constituídos pelos individuais.

Ainda de acordo com o autor mencionado, torna-se de grande importância que essa individualidade da vontade seja realizada através da pluralidade e da comunidade, objeto recíproco da própria natureza humana que requer convivência e sociabilidade, portanto, é preciso somar a liberdade individual às liberdades de grupo social.

Inicialmente, a liberdade foi estudada com a intenção de assegurar os direitos do ser individual contra a tirania do poder governante. A humanidade, nas palavras de Mill (2006, p. 19), ficava satisfeita em combater um inimigo por meio de outro, mantinha-se afastada da atuação dos governantes, mas se submetia a modos de limitação, sob a condição de estar a salvo, não considerando aspirações no sentido da liberdade, do ser livre, além desse ponto.

Com o progresso da história da humanidade, percebeu-se que era necessário, que, tanto os homens quanto os seus governantes, precisam identificar-se entre si, para que seus interesses e desejos fossem os mesmos e, através dessa compatibilidade de ideais, os homens não precisariam mais ser protegidos dos seus próprios desejos. (MILL, 2006, p. 19).

Percebe-se que dentro das relações é imprescindível a atuação de todos os atores da sociedade, como também os seus governantes, já que somados esses fatores servem para garantir e promover de maneira mais eficiente as realizações humanas.

É por meio desse direito que surgem novas ideias e novas buscas pelo conhecimento, que trazem à tona uma série de questionamentos, de conflitos e de ideias, que engrandecem o conhecimento e o choque entre o que se entende como certo e errado, e essa divergência possibilita um novo conhecimento.

Ainda conforme Mill (2006, p. 19):

O mal particular em silenciar a expressão de uma opinião é que constitui um roubo à humanidade: à posteridade, bem como à geração atual; àqueles que discordam da opinião, mais ainda do que àqueles que a sustentam. Se a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar o erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade.

Em sentido comum, a lição de Martins Neto (2008, p. 20) é esta:

Um regime constitucional que favoreça à livre expressão e discussão habilitaria indivíduos e comunidades a substituir concepções errôneas longamente acreditadas, bem como a testar e revitalizar verdades que, do contrário, não passariam de dogmas mortos.

De acordo com Pettit (2007, p. 146), tanto os sujeitos individuais quanto os coletivos são capazes de ser considerados responsáveis, isto é, de acordo com a teoria da liberdade atuando por meio do controle discursivo, estando sim os sujeitos coletivos adequados a serem responsáveis na medida em que gozam desse controle.

O autor supracitado (2007, p. 146), especifica sobre o assunto, quando diz que os grupos sociais se formam em virtude da identificação dos mesmos atos, intenções, costumes, atitudes, crenças, emoções, e ideias semelhantes, e lutam



para que tenham o reconhecimento de suas necessidades, sendo todos responsabilizados conjuntamente por seus atos.

A ocorrência dessas totalidades sociais compostas por indivíduos, que se aproximam por um ideal comum, não pode implicar agenciamento da posse de propriedades mentais, esses grupos somente têm propriedades mentais em um sentido dialético e metafórico na construção dos seus sujeitos por meio desses princípios. (PETTIT, 2007, p. 147).

A razão de entender a importância dos grupos coletivos é que esses grupos não são somente formados por cidadãos, são, além de tudo, formados por magistrados, inseridos no exercício das atividades judiciais, cujas decisões colegiadas são constituídas por vários membros, que devem tomar uma decisão através de seu embasamento legal referente às considerações determinadas para a solução de um caso. (PETTIT, 2007, p. 148).

Dessa forma, é possível verificar a importância, além do exercício da liberdade individual, da liberdade dentro das relações coletivas, pois isso corrobora para a ocorrência de enfrentamentos díspares, uma vez que quando há um posicionamento comum, sempre em contrapartida, ocorre a negação dessa posição e através disso tem-se a preocupação de ponderar opiniões para que sejam decididas e para que aflorem, a partir dessas controvérsias, as melhores soluções para as necessidades sociais.

Assim, após breves explicações acerca do tema liberdade de expressão, passa-se ao tópico final deste trabalho acadêmico, discorrendo sobre as limitações ao exercício da liberdade de expressão.

#### 4.8 DESAFIOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O desafio ao se trabalhar com a liberdade de expressão envolve a limitação a este direito fundamental, necessários a salvaguardar outros direitos fundamentais conflitantes (SARMENTO, 2010, p. 208). Isso, por que se deve interpretar a aplicação da liberdade de expressão à luz do Código Civil, em seus art. 186 e 187,

que determina a responsabilidade por indenizar pelo dano causado quer quando o ato ilícito tenha sido causado por ação ou omissão, quer quando é fruto do exercício legítimo de um direito no qual o indivíduo que o detém ultrapassou os limites da boa-fé e dos bons costumes (PINHEIRO, 2010, p. 86).

Em um ambiente como a Internet, um dos conflitos mais comuns é o embate entre liberdade de expressão e os direitos de personalidade, principalmente no que se refere à honra e à imagem. "Se, por um lado é proibida a censura e a licença prévia, por outro, cumpre o Estado zelar pela dignidade do povo e pelo mínimo de moralidade, proibindo a divulgação de notícias injuriosas, mentirosas e difamantes" (BULOS, 2011, p. 576).

Críticas, reclamações também podem ser veículos de violação, quando ofendem os direitos fundamentais das pessoas criticadas. Assim como a crônica pode ser abusiva, também a crítica pode ultrapassar os limites justos. [...] é evidente que uma opinião pode agredir bens fundamentais (DORING *apud* BERTOLO; SALLA, 2013).

Sendo assim, mesmo que "um consumidor tenha o direito de reclamação previsto no Código de Defesa do Consumidor pode vir a infringir a lei e ter de responder pelo dano causado por uma reclamação criada cujo conteúdo seja difamatório" (PINHEIRO, 2013, p. 86).

Outro aspecto polêmico é o discurso do ódio, "entendido como manifestação agressiva e provocadora do ódio em relação a determinados grupos sociais, em geral, as minorias, abrangendo a discriminação racial, social ou religiosa" (CARVALHO, 2010, p. 803).

Dentre outras situações de restrições à liberdade de expressão está "a proibição de manifestações (publicações, filmes etc.) de cunho pornográfico e de manifestações culturais e artísticas consideradas ofensivas à moral, aos bons costumes e mesmo à dignidade da pessoa humana" (SARLET *et al.*, 2013, p. 468).

Além dos conflitos com outros direitos fundamentais, e a indenização por danos materiais e morais causados por base do exercício da liberdade de expressão, outra limitação que se verifica é a vedação ao anonimato.

A vedação ao anonimato tem por fundamento evitar a impossibilidade da identificação de eventuais responsáveis por violação de direitos de terceiros. Todavia a vedação ao anonimato não exclui o sigilo da fonte, conforme o art. 5º, XIV da CF/88 (SARLET *et al.*, 2013, p. 462). No entanto, na internet a questão do anonimato é relativa, uma vez que a própria tecnologia nos permite rastrear o emissor, assim como se rastreia ligações telefônicas e sinais de rádio (PINHEIRO, 2013, p. 90).

## 5 CIDADANIA

Conceituar cidadania é uma tarefa complexa por se tratar de um tema amplo e com várias dimensões, das quais, a principal tem como vertente os direitos e os deveres dos indivíduos (cidadania individual) e de grupos (cidadania coletiva) na sociedade. (GOHN, 1995).

A cidadania individual, direitos civis e políticos tiveram a sua construção histórica entre os séculos XVII e XVIII, quando a sociedade ocidental mudou alguns parâmetros de referência, retirando os indivíduos das sociedades de castas e os elegendo com valor supremo, com liberdade e autonomia, com respeito e garantias mínimas para a livre manifestação de suas opiniões. Na cidadania individual o que se destaca é a dimensão civil da luta pelos direitos civis e políticos. (GOHN, 1995).

Na cidadania coletiva dois marcos são referenciais: as origens clássicas do cidadão da pólis grega e os tempos pós-modernos. O primeiro era embasado em uma dimensão cívica, no qual os cidadãos exerciam virtudes cívicas e tinham na comunidade em que viviam a sua referência imediata, com deveres e obrigações a cumprir. Já a cidadania na contemporaneidade buscou de leis e direitos para categorias sociais que até então estavam excluídas da sociedade, privilegiando a dimensão sociocultural, reivindicando direitos sob a forma de concessão de bens e serviços e não em forma apenas de lei, aqui reivindica espaços sociopolíticos sem perder a sua identidade cultural. (GOHN, 1995).

Para entender melhor o conceito de cidadania hoje no Brasil é necessário uma sistematização de algumas formas de como a cidadania foi concebida em épocas distintas, conforme as necessidades de cada tempo. Embora hoje a cidadania seja expressa em direitos e obrigações, como exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que regula direitos de consumo, essa realidade nem sempre foi assim. Aqui, para que possamos compreender as transformações desse modo prescritivo de comportamentos sociais no Brasil, pós-independência, tomaremos como paradigmas três vértices na história universal.

O primeiro vértice vem da concepção aristotélica da cidadania, com moldes elitistas e centrada na participação política. O segundo vértice surgiu no século XVII, com Thomas Robbins, que opondo a Aristóteles estabeleceu a igualdade na liberdade entre os homens pela eleição de um soberano como único ser, depois de Deus, capaz de dizer o certo e o errado nas relações intra-sociais. O terceiro vértice está na Revolução Francesa e Americana, que traz as liberdades individuais e democracias republicanas. (MENDES, 2010).

O processo de construção da cidadania resulta da transformação milenar da sociedade, iniciando nos tempos bíblicos quando a concepção de cidadania como nós entendemos hoje nem sequer existia, uma época marcada por um contexto de desigualdade social em que os profetas ensinavam a preocupar-se com o próximo como indicação de humanidade.

O conceito de cidadania teve a sua origem na Grécia antiga, que tinha como significado a vivência ativa da comunidade. Por um longo período a ideia de cidadania foi ligada a um contexto de privilégios, uma vez que os direitos dos cidadãos eram restritos a determinadas classes e grupos de pessoas.

Os romanos levaram esse conceito para o mundo da época, do qual originou a palavra cidadania, derivada do latim *civis* que gerando a palavra *civitas*, colocando cidadãos e estado em um único conceito. Nessa condição só poderia haver cidadania se houvesse estado e cidadãos livres, foi assim que, nesse contexto, surgiu o voto secreto por parte do Romanos, alcançando, desta forma, a liberdade de escolha dos cidadãos. Chega, também, o Cristianismo, o Renascimento e as três revoluções que estão na base da sociedade ocidental: a Francesa, a Inglesa e a Americana.

No Brasil, o desenvolvimento da cidadania traz semelhança com as narrativas universais. A primeira delas foi centrada no período Saquarema, já consolidada a independência, os conservadores pregavam um sistema político onde as autoridades governamentais deviam agir imparcialmente, garantindo a liberdade de todos os cidadãos. Defendiam o governo centralizado e desejavam realizações de progresso. Como a cidadania aristotélica, ela era uma cidadania elitista, onde amplos setores da população, inclusive os escravos, estavam excluídos de seu exercício.

O segundo vértice surge com o Estado Novo de Getúlio Vargas, uma cidadania de natureza corporativa. Com semelhança no modelo hobbesiano, onde o soberano-estado unilateralmente decide e implementa constitucionalmente os direitos dos cidadãos-trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a terceira narrativa da cidadania brasileira, baseada na igualdade de direitos entre todos os cidadãos, com semelhança na declaração dos direitos do homem e do cidadão da Revolução Francesa. Nesta fase o Estado sai da condição de representante de interesses específicos para ser a vontade conjunta dos cidadãos. (MENDES, 2010).

Nessa nova concepção o cidadão não é mais concebido como beneficiário passivo de direitos tutelados pelo Estado, reivindicando condições de bem-estar e sem se envolver construtivamente na geração desses benefícios.

A construção da cidadania foi evoluindo até os dias de hoje, e ampliado, constitui um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, podendo ser traduzido por um conjunto de liberdades e obrigações políticas, sociais e econômicas.

Ser cidadão implica exercer o direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde e à cobrança de ética por parte dos governantes.

A cidadania contemporânea tem as suas origens na formação do Estado de Direito e nas relações específicas entre os ideais de liberdade e de igualdade que prefiguram esta forma de política. T. H. Marshall (*in* BRANDÃO, 2009) foi um dos principais intelectuais a pender para esse tema: em sua obra *Cidadania, Social e Status* (1967), analisa o desenvolvimento histórico da cidadania na Inglaterra para identificar três dimensões básicas da cidadania:

- a) Direitos civis: conquistados no século XVIII, os direitos civis seriam “os direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Para o autor, os tribunais de justiça desempenhariam um papel crucial na garantia dos direitos civil.
- b) Direitos Políticos: Conquistados no século XIX, os direitos políticos estão relacionados “à participação no exercício do poder político, como membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor de membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o Parlamento e os conselhos do governo local”. Desta forma, algumas das questões disputadas seriam o acesso às instituições políticas, os direitos eleitorais (e a luta pela expansão do sufrágio), o voto secreto, a permissão de novos partidos políticos, entre outras.

c) Direitos Sociais: Conquistados (em geral apenas parcialmente) ao longo do século XX, os direitos sociais dizem respeito “a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico segurança até o direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado, de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais ligadas a eles são o sistema educacional e os serviços sociais”. Um marco do desenvolvimento dos direitos sociais é o surgimento do Sistema de Bem-Estar Social no pós-guerra, disseminando alguns direitos como seguro desemprego, seguro doença, pensão, previdência, etc. (MARSHALL, 1967 *in* BRANDÃO, 2009, p. 63-64).

Para Marshall (*in* BRANDÃO, 2009), a luta pela extensão da cidadania está relacionada à correção da insuficiência da igualdade perante a lei (garantida teoricamente pelos direitos civis) face à estratificação social, sendo assim o principal meio político para resolver, ou ao menos conter as contradições entre a igualdade política formal e a persistência da extensiva desigualdade social e econômica oriunda, em última instância, do caráter do mercado capitalista e da existência da propriedade privada.

O Poder Constituinte Originário, que deu origem à Constituição Federal de 1988, inseriu o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos relevantes fundamentos da República Federativa do Brasil. Destarte, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como o valor maior de todos os demais direitos fundamentais, apresentando-se como fundamento e escopo de toda a ordem política nacional. Expressa não somente que as pessoas são sujeitos de direitos, mas que esses direitos não existem per se e muito menos devem se sobrepor às necessidades humanas, ou seja, as normas devem ser criadas e aprimoradas em prol da humanidade e jamais para servir como ponto de apoio de alguns grupos ou minorias, a fim de justificar, como num passado não tão distante, as atrocidades étnicas e os horrores do holocausto nazista. (VIDOTTI; SILVEIRA, 2012).

A sustentação dos direitos estabelecidos na Constituição permeiam pelas seguintes questões: a vida, saúde, integridade física, honra, liberdade física e psicológica, nome, imagem, intimidade, propriedade, entre outros nela encartados.

Como fundamento da Ordem Política e Jurídica do País ele se desmembra em outros princípios e até mesmo como base de inúmeros regramentos que, de algum modo, trazem preceitos assecuratórios dos direitos do homem. Ademais, toda pessoa humana, homem ou mulher, fazem jus à dignidade de tratamento e

consideração numa simples análise de sua origem, enquanto criatura e o seu caráter de ser espiritual com valor em si mesmo. (VIDOTTI; SILVEIRA, 2012).

A luta pelos direitos humanos é secular, que após muitos fatos históricos resultou na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, que só então o princípio da dignidade da pessoa humana foi inserido em vários textos constitucionais, passando o ser humano a ganhar posição de destaque do Direito e do próprio Estado, ensejando o que se pode chamar de primado do homem. (VIDOTTI; SILVEIRA, 2012).

A dignidade da pessoa humana tem papel fundamental dentro de todo o ordenamento jurídico, pois a tutela dos direitos de todos os cidadãos pressupõe que seja respeitada, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa. Com isso, o Estado é o instrumento principal no sentido de providenciar condições para que os indivíduos tenham condições mínimas para viver com dignidade.

Rodrigues assinala:

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República (art. 1.º, III, da CF/88), deve desempenhar um importante papel na esfera de proteção do consumidor. Grosso modo, lembrando as conhecidas lições de Kant sobre o tema, a dignidade é atributo daquilo que não tem preço. Seria paradoxal, assim, falarmos de dignidade em tema correlato à circulação de riquezas como é a proteção do consumidor? Obviamente que não, porque determinados valores que integram a dignidade do homem contemporâneo só podem lhe ser assegurados se houver um consumo mínimo. Assim, a degradação material de um homem reduzido a uma condição de miséria absoluta afronta a sua dignidade. (2006, p. 94).

Outro autor que dá destaque especial a respeito da dignidade humana é Guerra Filho:

O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19, II, da Lei Fundamental, denomina de núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais. (1999, p. 33).

Um número expressivo de doutrinadores consideram a dignidade da pessoa humana um fundamento essencial, que rege os demais princípios. Por isso, o exercício do poder e a ordem estatal só serão legítimos se observarem o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui verdadeiro pressuposto da



democracia. O referido princípio expressa um valor inerente a todo cidadão. Esse valor deve ser respeitado por qualquer outra pessoa e, principalmente, por toda legislação jurídica, a fim de que o indivíduo não seja desrespeitado enquanto ser humano. (BRANDÃO, 2017).

Para Alexandre de Moraes, por ser inerente às personalidades humanas, a dignidade da pessoa humana confere unidade aos direitos e garantias fundamentais. (2003 *in* BRANDÃO, 2017).

Sarlet assim se posiciona:

A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais. É nesse contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa. (2001, p. 103-104):

## 5.1 CIDADANIA: UM PROCESSO BRASILEIRO

O primeiro ponto a ser destacado para a análise de como foi processado a construção da cidadania no Brasil é o seu caráter histórico em termos de tipo, forma e conteúdo, métodos e procedimentos de realização e efeitos obtidos na sociedade civil e política.

A cidadania do período colonial circunscrevia-se em torno das temáticas do “ser nacional” e do “nativismo”. Buscava demarcar espaços para condições mínimas de trabalho nas terras da Metrópole, para poder se proteger minimamente da exploração de Portugal, fugir ou burlar o fisco e depois tentar eliminá-lo, rompendo a própria relação com a Metrópole, ações essas que embasaram inúmeras ações. (GOHN, 1995).

Nesse período, a expressão maior foi a luta pela independência política na nação, a construção da cidadania coletiva de um povo, que ao reivindicar e lutar por

sua libertação política, construiu bases para o surgimento de uma identidade nacional: um território, uma língua, uma religião.

Na fase imperial o campo da cidadania se ampliou, foram acrescentadas aí as lutas pelo trabalho livre, com uma ampliação das reivindicações, mas o direito ao trabalho foi uma luta central.

As reivindicações “igualitárias” existente no Brasil até a primeira metade do século XIX restringiram-se à esfera socioeconômica e não política. Na segunda metade do século XIX, com o movimento abolicionista, foi proposto o término do trabalho escravo no país, consolidando a negação da ordem escravocrata como parte de nação brasileira.

As condições de sobrevivência no Brasil na fase imperial eram ruins para a maioria da população e as desigualdades sociais gritantes, marcadas por uma sociedade em que havia escravo e o luxo na Corte, proporcionando lutas e movimentos sangrentos. (GOHN, 1995).

A cidadania construída com o advento da República além da ausência da participação popular, existia a introdução de um padrão de relações entre a sociedade e o Estado que passou a fazer parte da estrutura profunda do novo sistema político.

No século XX, o campo de luta pela cidadania ampliou, ocorrendo novas demandas, incorporando algumas noções de direitos políticos modernos ao lado de demandas para alterar a ordem conservadora existente. Surge, aqui, a luta por eleições “limpas”, pelo voto das mulheres e de outras categorias que não possuíam propriedades; a legislação trabalhista baseadas em modernos contratos de relações de trabalho na Europa . Os novos direito regulamentados passam a compor um novo cenário na cidadania brasileira, a construção da figura do brasileiro enquanto trabalhador, com direitos e deveres. (GOHN, 1995).

No período populista a cidadania se expressou pelo voto, o exercício dos direitos civis que levava ao exercício dos direitos sociais, por meio de pressão organizada, da troca de voto pela melhoria coletiva.

O processo de construção da cidadania nunca foi linear, pelo contrário, com avanços e recuos, de fluxos e refluxos, com períodos de perdas, retrocessos e

supressão dos direitos básicos, como nos golpes de Estado, nos estados de sítio e nos períodos de ditadura militar.

Os anos 80 trouxeram novos tempos para a cidadania, novas bandeiras foram construídas, direitos sociais tradicionais foram misturados com direitos sociais modernos com o propósito de mudanças sociais no país. Com a insatisfação generalizada o movimento político nacional favoreceu as lutas sociais. Os novos direitos sociais brasileiros, ou a nova cidadania construída, trouxeram transformações profundas que operam no seio da sociedade brasileira. (GOHN, 1995).

As ações coletivas nos anos 70 e 80, no Brasil, foram impulsionados pelo anseio de redemocratização do país, pela crença no poder quase ou mágico da participação popular, pelo desejo de democratização dos órgãos, das coisas e das causas públicas, pela vontade de construir algo a partir de ações que envolviam os interesses imediatos dos indivíduos e grupos.

Em razão do avanço tecnológico, científico e cultural, várias alterações ocorreram nas relações jurídicas, forçando os juristas a passarem a se preocupar não em fundamentar as novas relações, mas sim em proteger o cidadão dessas relações. De uma outra forma, foram buscar a segurança necessária para garantir os direitos fundamentais nesse novo quadro de relações. Abaixo segue a análise de Cristiano Chaves de Farias, quanto à defesa do consumidor em decorrência do fenômeno da globalização, identificando a cidadania como elemento fundamental da ordem jurídica:

E reconheça-se que o ponto de partida para tanto deve estar, sempre, no conceito de cidadania. Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paradigmáticas da ciência jurídica, será a ponte, o elo de ligação, com o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam, permitindo um direito mais sensível, aberto e poroso aos novos elementos que se descortinem na sociedade. Um direito mais real, humano e, por conseguinte, justo. (FARIAS, 2002, p. 83 *in* BRANDÃO, 2017).

O autor destaca o princípio da cidadania, uma vez que a proteção do consumidor constitui um dos mais importantes aspectos na garantia do exercício da cidadania. Para ele, a cidadania deve ser exercida em sua plenitude, inclusive no que se refere à proteção do consumidor. Desta forma, a defesa do consumidor

expressa-se como exercício da cidadania e também da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 elenca a cidadania como o segundo fundamento do Estado brasileiro, provocando dificuldades para muitos doutrinadores definir o que seja a cidadania: alguns a relacionam com a perda ou aquisição da nacionalidade, enquanto outros a identificam com os direitos políticos de votar e ser votado. (BRANDÃO, 2017).

Cada autor tem sua forma para conceituar a cidadania, mas Marshall, em 1949, propôs a primeira teoria sociológica de cidadania, ao desenvolver os direitos e obrigações inerentes à condição do cidadão. Marshall (1967 *in* BRANDÃO, 2009), estabeleceu alguns tipos de direitos de cidadania, tais como: os direitos civis, conquistados no século XVIII; os direitos políticos, alcançados no século XIX e os direitos sociais conquistados no século XX. O autor concebeu a participação integral do indivíduo na comunidade política, a partir de então o conceito de cidadania vem sendo ampliado, deixando de abranger apenas os direitos e deveres políticos, para incorporar também os direitos civis, sociais e econômicos. Na atualidade o conceito de cidadania está associado à participação integral dos cidadãos na comunidade.

Nessa perspectiva, a participação popular nos movimentos sociais, políticos e econômicos do Estado se tornou parte principal no processo de desenvolvimento da cidadania. Significa que, como princípio constitucional fundamental, a cidadania deve ser respeitada em favor dos interesses dos cidadãos, com o objetivo de se concretizar um verdadeiro Estado Democrático de Direito. (BRANDÃO, 2017).

Mazzuoli (2001 *in* BRANDÃO, 2017) assinala o seguinte conceito de cidadania:

A cidadania é um processo em constante construção, que teve origem, historicamente, com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII – chamado Século das Luzes –, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval na busca da participação na sociedade. A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *ancien régime* absolutista, em virtude de ser ela incompatível com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o *status* de “cidadão”, tendo asseguradas, por um rol mínimo de normas jurídicas, a liberdade e a igualdade, contra qualquer atuação arbitrária do então Estado-coator.

Milena Petters Melo (1999 *in* BRANDÃO, 2017), postula que a nova ordem constitucional implantada em 1988 objetivou instaurar o processo de

redemocratização no Brasil, estabelecendo uma série de direitos e garantias fundamentais que viriam a criar uma nova concepção de cidadania e exercício democrático. Afirma que:

O conceito de cidadania, configurado no âmbito do saber jurídico-constitucional dominante no Brasil, freqüentemente peca pela limitação, posto estar calcado em concepções nitidamente liberais, embevecidas na idéia de democracia formal representativa, que o vinculam à nacionalidade, restringindo o seu exercício ao direito de votar e ser votado e à faculdade de ocupar cargos públicos. No entanto, a práxis da cidadania não se limita ao instante periódico do voto, ela está profundamente vinculada à concretização dos direitos fundamentais e ao exercício democrático.

Para esses autores, a cidadania deve ser entendida como um meio concreto para a realização da soberania popular, com uma série de direitos que evitam prejuízos para a sociedade causados pelos poderes públicos, consolidando seus direitos e garantias fundamentais mínimos assegurados constitucionalmente.

Liszt Vieira (2002, p. 27 *in* BRANDÃO, 2017) esclarece:

A República Moderna não inventou o conceito de cidadania, que, na verdade, se origina na República Antiga. A cidadania em Roma, por exemplo, é um estatuto unitário pelo qual todos os cidadãos são iguais em direitos. Direitos de estado civil, de residência, de sufrágio, de matrimônio, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais que permitem acesso ao direito civil. Ser cidadão é, portanto, ser membro de pleno direito da cidade, seus direitos civis são plenamente direitos individuais. Mas ser cidadão é também ter acesso à decisão política, ser um possível governante, um homem político. Esse tem direito não apenas a eleger representantes, mas a participar diretamente na condução dos negócios da cidade.

Nessa concepção entende-se que a cidadania cumpre um papel libertador e contribui para a emancipação humana, assim, cabe ao direito o papel normativo de regular as relações entre os indivíduos e o Estado, e entre os direitos e deveres da cidadania, condicionando regras da vida democrática.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1983, p. 105) conceitua a cidadania como um estágio acrescido de direitos políticos, ou seja, o poder de participar do processo governamental, sobretudo pelo voto. Tomando como base esse conceito, entende-se que a cidadania tem por conteúdo a nacionalidade, somada ao gozo dos direitos políticos. Ainda hoje existem concepções entendendo que o conceito de cidadania é reduzido ao exercício dos direitos políticos dos indivíduos. Por sua amplitude o conceito de cidadania não cumpre o papel de apenas englobar o exercício dos

direitos políticos, envolve em seu contexto a relação jurídica entre o cidadão e o Estado, delimitando direitos e deveres recíprocos, com uma expressa participação social e política da sociedade, assegurando o respeito dos direitos humanos.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em vários de seus artigos, preceitua os vocábulos “cidadania” e “cidadão”, que são entendidos como a consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito do Estado. Os indivíduos devem participar com igualdade de direitos e obrigações, com um sentimento ético comum, tornando os partícipes no processo do poder e garantindo o acesso ao espaço público.

Para a constituição do exercício do direito ao acesso à justiça, os princípios da cidadania e da dignidade humana são primordiais, que devem ser respeitados pelo Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos têm como um dos seus pressupostos básicos a garantia da dignidade e o exercício da cidadania. Isto significa dizer que a relação entre o ser humano, sociedade e condições mínimas para uma vida digna deve ser revisada, considerando-se os princípios do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Desta forma, onde quer que se encontre uma pessoa deve ter seus direitos substancialmente reconhecidos em relação as suas necessidades básicas. Para isso, deve-se definir a direção dos movimentos coletivos, individuais, privados ou públicos, na interação com qualquer pessoa, principalmente as excluídas do sistema econômico. É importante ressaltar que há um vínculo indissociável entre o poder do qual emana a norma a ser aplicada, a justiça dos meios e os resultados concretos.

Em termos resumidos significa dizer que, o Direito Positivo em vigor é um sistema normativo eticamente comprometido com os valores da pessoa humana.

Neste contexto, para se garantir a efetividade destes interesses é necessário conceber-se os Direitos Humanos como um ordenamento jurídico aberto, dialético e em permanente construção de normas (princípios e regras), no âmbito do Estado Democrático de Direito que preconiza a Teoria dos Direitos Fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, como no caso brasileiro, deve-se levar em consideração que o Direito exerce três funções sociais: a) controle social; b) proteção dos direitos fundamentais; e c) promoção social. Isto pressupõe que o Estado e a Sociedade em geral devem propiciar condições de pleno desenvolvimento moral e material dos indivíduos e dos grupos sociais, promovendo a Justiça nas relações intersubjetivas e a Justiça Social.

O que precisa verdadeiramente é de um agir do Estado e da Sociedade Civil comprometidos com a efetividade dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Nesta perspectiva, é indispensável o abandono do formalismo jurídico, que significa a rejeição das atitudes metodológicas que refletem orientações doutrinárias e jurisprudenciais contrárias à realização dos Direitos Fundamentais, bem como das atitudes que adiam, sem justificativa, a construção de uma sociedade humanitária e democrática em prejuízo da grande maioria do povo brasileiro.

No que concerne à Ação Social no Brasil, a história revela que foi marcada por uma constante articulação com a lógica do capital e à política clientelista que influenciaram as relações do Estado com os setores mais carentes da população. Dentro desse quadro sócio-político se institucionalizou em nosso país a subordinação das Políticas Sociais Básicas à remuneração do capital. Em consequência disso, tivemos uma diminuição quantitativa e qualitativa das Políticas Sociais Básicas e um aumento das Políticas Sociais Compensatórias.

Desta forma, se torna necessário que o Estado interfira na realidade social, formulando e implementando uma Política - Programa destinada a efetividade dos Direitos Humanos e Fundamentais. Uma das dificuldades que podemos encontrar para a efetividade desses direitos é a resistência governamental em promover as Políticas Sociais Básicas. Ressaltamos que uma política voltada ao atendimento dos direitos e necessidades de todos os seres humanos, sem distinção, não deve ser fruto de contingências momentâneas. Devemos reconhecer que é uma exigência do processo civilizatório que deve ser impulsionado em direção ao fortalecimento dos seus valores vitais, de suas necessidades e dos seus direitos. Para tanto, os processos políticos e econômicos precisam se subordinar à pauta de realizações das potencialidades do ser humano.

Assim, uma política de agir do Estado é uma macropolítica que impõe a ele o dever de agir considerando-se, ainda, que ele é um instrumento à disposição da sociedade para que os processos centrados na pessoa humana sejam permanentes e, não dependam de caridade ou filantropia.

Em face dessas contingências, o modelo jurídico-político do Estado Democrático de Direito faz com que a exigência de implementação de uma política voltada aos Direitos Humanos seja inderrogável e improrrogável. Do ponto de vista estrutural e funcional o Estado Brasileiro constitui-se como um Estado de Cidadania.



Em vista disso, a efetividade dos Direitos Humanos obriga o Estado, primeiramente por sua legitimidade sócio-política, e, em segundo lugar, porque esta matéria está inserida no texto constitucional. Assim, a cidadania é uma das questões mais importantes da Política Nacional, devendo ser tratada com respeito por todas as esferas do poder público.

O dever de agir do Estado Brasileiro em face dos Direitos Humanos não deve ser entendido como uma determinação moral, mas algo que represente a síntese que deve existir entre a Política, a Ética e o Direito. Assim, o conceito de dever de agir representa também um dos princípios fundamentais quando se trata de Estado Democrático ou Estado Social.

Falar do Estado nos dias atuais significa dizer que esta forma de associação coletiva deve se subordinar ao dever jurídico e político de servir aos interesses do conjunto da população como a efetiva realização da justiça nas relações sociais, na partilha e na fruição do produto do trabalho coletivo.

Diante dos fatos, Direitos Fundamentais só se tornarão efetivos com a redefinição do Direito e seu papel enquanto instrumento de positivação permanente de direitos. Enfim, observando-se sempre os postulados da Justiça Social e da dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos Direitos Humanos e o ser humano como valor-fonte da normativa a eles destinada.

O Direito, diferentemente do que pregam as correntes positivistas apegadas aos aspectos lógico-formais na aplicação e interpretação das normas, tem um sentido material que corresponde ao conteúdo axiológico e teleológico do Ordenamento. É neste eixo-fundamental que a política de direitos relacionada aos Direitos Humanos adquire legitimidade e funciona como um amplo programa na construção da cidadania.

Este modo de ver o Estado Contemporâneo nas suas relações com a sociedade, enfatizando a sua função social como conceito operacional relacionado com o dever jurídico de reconhecer, observar e implementar uma autêntica Política de Direitos, é um dos pressupostos teóricos dos sistemas que valorizam a primazia do ser humano como princípio ético, jurídico e racional da vida em sociedade.

Com isso, nosso estudo, apoiado no texto da Constituição Federal de 1988, verificou, inicialmente, que a garantia da democracia semidireta dá ao cidadão a possibilidade de esforços próprios modificar a situação que considera em desconformidade com a Constituição, seja com movimentos sociais, seja com sua participação na elaboração de leis. Neste sentido, além disso, o instituto da representação serve para eleger pessoas que vão agir em nome do povo, portanto, poderão e deverão ser controladas.

## REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- AGUIAR, Roberto de. **Direito, Poder e Opressão**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é Justiça: uma abordagem dialética**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1993.
- ALLEBRANDT, Sérgio Luís. Cidadania e Gestão do Processo de Desenvolvimento: um estudo sobre a atuação dos conselhos regionais e municipais de desenvolvimento do Rio Grande do Sul, de 1990 a 2009. **Cad. EBAPE.BR**. vol.9. n.3. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: < <http://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/456/1/Sergio.pdf>>.
- ALMEIDA, José Vicente Gomes de. Procedimento Tutelar. **Revista de Direito Autárquico**, Lisboa, ano 03, n. 3, set. 1994.
- ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala. 2004.
- BARBEIRO. Heródoto; CONY. Carlos Heitor; XEXÉO. Artur. **Liberdade de Expressão**. São Paulo: Futura, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. Ver. Amp. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BERTOLO, Jaqueline; SALLA, Mariana Fenalti. A Liberdade de Expressão Versus os Direitos de Personalidade na Blogosfera: uma análise ao encontro da teoria de

DWORKIN. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/2-4.pdf>>.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet; COELHO. Inocência Mártires; MENDES. Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Dignidade da Pessoa Humana e Cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7538](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538)>. Acesso em: 04 fev. 2017.

BRANDÃO, Lucas Coelho. **A Luta pela Cidadania no Brasil**. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/74593>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988) Atualizada até a Em. Const. N° 52/2006. Brasília. Senado Federal, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ministério Público Federal**. Ação declaratória de constitucionalidade. Lei Complementar n° 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa"). Julgamento conjunto da presente ação, da ADC n° 29 e da ADIN n° 4578. Casos de inelegibilidade. Requisito constitucional da "vida pregressa dos candidatos" (art. 14, §9°). N° 5210 - PGR. 25 ago.2011.

BRITTO, Carlos Ayres; BASTOS, Celso Ribeiro. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTINHO, J.J. Gomes; MOREIRA Vital. **Constituição da República Portuguesa**: Lei do tribunal constitucional. 8. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. 16ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTRO. Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil**: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2000.

**CONHEÇA** as Revoltas que Marcaram a História do Brasil. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/infograficos/2013/06/18/conheca-os-movimentos-sociais-que-marcaram-a-historia-do-brasil.htm#1>>. Acesso em: 28 out. 2016.

CORRÊA, Felipe. **Movimentos Sociais, Burocratização e poder popular**: da teoria à prática – os movimentos sociais na história. Disponível em: <<http://www.passapalavra.info/2010/10/98608>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>.

DIAS, Solange Gonçalves. **Reflexões Acerca da Participação Popular**. Integração (São Paulo), v. 48, p. 45-53, 2007. Disponível em: <[ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/45\\_48.pdf](ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/45_48.pdf)>.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. (Org.). **A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança**. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito e Justiça**: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1994.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudo da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Direito de Resposta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Kindle Ebook.

GOHN, Maria da Glória. **História dos Movimentos e Lutas Sociais**. A Construção da Cidadania dos Brasileiros. São Paulo: Loyola, 1995.

GOSS, Karine Pereira; PRUDÊNCIO, Kelly. **O Conceito de Movimentos Sociais Revisitados**. Tese. **Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC**. V. 2, N. 1(2), jan.-jul./2004, p. 75-91. Disponível em: <<https://ufesemus.files.wordpress.com/2010/07/o-conceito-de-movimentos-sociais-revisitado-goss-prudencio.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Anotações Sobre Institutos de Direitos Processual Constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará - RGPE**, Fortaleza, 6 (8): 90-108, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HERKENHOFF, João Batista. **A Cidadania**. 2. ed. Manaus: Editora Valer, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Direito e os Movimentos Sociais**. 2. ed. Manaus: Valer, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Direito e os Movimentos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A Contribuição da Teoria do Multiculturalismo para a Defesa dos Direitos Fundamentais dos Indígenas Brasileiros**. 2006. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/estado\\_dir\\_povos\\_ana\\_maria\\_lopes.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2016.

VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. *In* BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Dignidade da pessoa humana e cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7538](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538)>. Acesso em: 04 fev. 2017.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares.** Coimbra: Coimbra, 1995.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da constituição** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MACIEL, Felipe Guatimosim. O Controle da Corrupção no Brasil. 48 f. **I Concurso de Monografias e Redação da Controladoria-Geral da União**, 2005.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia Conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático.** Curitiba: Juruá. 2014.

MARSHALL, T. H. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. *In* BRANDÃO, Lucas Coelho. **A Luta pela Cidadania no Brasil.** 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/74593>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

MARTINS NETO. João dos Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão.** Florianópolis: Insular, 2008.

MEDEIROS, Humberto Jacques. O Papel do Ministério Público no Combate à Corrupção. 2003. 30 f. **5º Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal**, Porto Alegre, 2003.

MELO, Milena Petters. Cidadania e direitos humanos: uma nova praxis a partir da ordem constitucional de 1988. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: junho, 1999. *In* BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Dignidade da pessoa humana e cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7538](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538)>. Acesso em: 04 fev. 2017.

MENDES, Ovídio Jairo Rodrigues. **Concepção de Cidadania.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010. Disponível em: <[www.teses.usp.br/.../publico/Concepcao\\_de\\_cidadania.pdf](http://www.teses.usp.br/.../publico/Concepcao_de_cidadania.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

MICHAELIS. **Dicionário Conciso: Língua Portuguesa.** São Paulo: Melhoramentos, 2009.

MILL. John Stuart. **Ensaio Sobre a Liberdade.** São Paulo: Escala, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Liberdade: clássicos do pensamento político.** 2. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais,** 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, t. 4.

Montesquieu. **O Espírito das Leis**. 2ed. Brasília (DF): UnB, 1995.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Sabrina. **O Direito Humano Fundamental ao Desenvolvimento Social: uma abordagem interdisciplinar e pluralista ao direito constitucional comparado entre Brasil e Espanha**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Controle de Constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial** 4. ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

NANDER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NOLETO, Mauro Almeida. Subjetividade jurídica. **A Titularidade de Direitos em Perspectiva Emancipatória**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais: teoria geral e art. 5º da CF/88**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PETTIT, Philip. **Teoria da Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

QUEIROZ, Luíz Cesar souza de. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - IBDV**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 23, abr/Jun.1989.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 58. Revista dos Tribunais: abr



– jun. 2006. p. 75-97. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/87056>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. FENSTERSEIFER, Tiago. Democracia Participativa e Participação Pública como Princípios do Estado Socioambiental de Direito. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 19, n. 73, p.47-90, Jan/Mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SENNA, Naira Gomes Guaranho. **Improbidade Administrativa: É constitucional da modalidade culposa?** 2009. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Título? Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, Fortaleza, n. 11, 1992.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1982.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed., São Paulo: RT, 1991.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TELES, Vera da S. Pobreza e Cidadania: precariedade e condições de vida. *In* MARTINS, Heloísa H.T. de & RAMALHO, José Ricardo. **Terceirização – Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho**. São Paulo: Hucitec/CEDI/NETS, 1994.

TOSI, Giuseppe. Direitos Humanos como Ética Republicana. **Direitos humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar**, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. In BRAGA, Fernanda Gonçalves. **Ponderação Judicial e Limites Racionais na Justificação das Decisões**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário. As Novas Garantias Constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n° 644, 1989.

VIDOTTI, Alexandre Ferrari Vidotti; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **Direitos Coletivos e Cidadania: Comentários sobre a Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pelo Judiciário e as Políticas Públicas Voltadas à Assistência Farmacêutica, No Âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XVII, n. 21, p. 97-111, jan./dez. 2012. Disponível em: < [http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/para\\_dig\\_ma/article/view/200/190](http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/para_dig_ma/article/view/200/190)>. Acesso em: 10. Fev. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEINBERGER, Andrew D. **Liberdade e Garantias: a declaração de direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia Contra o Capitalismo: a renovação do materialismo histórico**. São Paulo: Boitempo, 2010.