



ANAI S

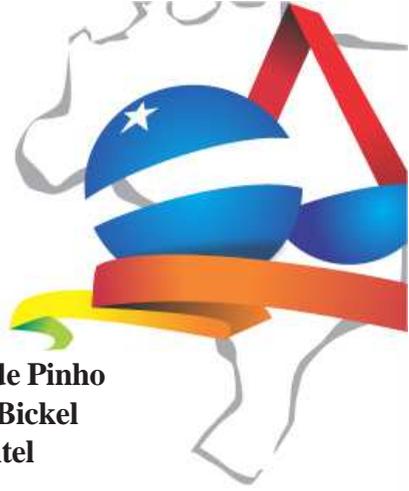
XIII CONGRESSO BRASILEIRO DIREITO
E TEORIA DO ESTADO

IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO



Organizadores
Emanuelle Ferreira Melo de Pinho
Janaína Silveira Castro Bickel
Reinaldo Silva Pimentel

A N A I S

**XIII CONGRESSO BRASILEIRO DIREITO E
TEORIA DO ESTADO**

**IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS**



Anais Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado
Seminário Internacional de Direitos Humanos

v. 13, n. 1/2016

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO

EXPEDIENTE

Os Anais do Congresso Brasileiro de Direito e Teoria do Estado e do Seminário Internacional de Direitos Humanos visam divulgar o evento e integrar as informações entre discentes, docentes e a comunidade – tanto acadêmica quanto a sociedade como um todo. O nível internacional do Congresso e do Seminário, que são uma realização da Faculdade de Direito Santo Agostinho, é exposto com a lista dos Palestrantes.

Faculdade de Direito Santo Agostinho

Av. Donato Quintino, 90, B: Cidade Nova - Montes Claros - MG. CEP: 39400-546

Organizadores:

Emanuelle Ferreira Melo de Pinho;
Janaína Silveira Castro Bickel;
Reinaldo Silva Pimentel

Editoração gráfica:

Maria Rodrigues Mendes

C749 XIII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado e IX Seminário Internacional de Direitos Humanos (3.: 2016: Montes Claros). Anais do XIII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado e IX Seminário Internacional de Direitos Humanos, v. 3, n. 1, 2016, Montes Claros / organizado por: Emanuelle Ferreira Melo de Pinho; Janaína Silveira Castro Bickel; Reinaldo Silva Pimentel (Orgs.). [realização: Faculdade de Direito Santo Agostinho]. 125 p.

ISSN: 2236-1111

1. Anais. 2. Direito. 3. Teoria do Estado. 4. Direitos humanos. I. Título.

CDU: 34(063)

Ficha catalográfica

Catálogo Bibliotecas Santo Agostinho
Vinícius Silveira de Sousa – Bibliotecário – CRB6/3073

Sumário



MODALIDADE RESUMOS.....	7
UM BREVE RELATO HISTÓRICO DA LUTA PELA LIBERDADE RELIGIOSA E O SEU RECONHECIMENTO PELA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO POR INTERMÉDIO DO DIREITO	
<i>Cleideman Rodrigues Pereira.....</i>	<i>9</i>
DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA INSTITUCIONAL DA POLICIAL MILITAR	
<i>Lázaro Ferreira Alves.....</i>	<i>11</i>
ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO	
<i>Amanda Soares Santos, Ilenice Soares de Freitas Muniz.....</i>	<i>13</i>
TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: O impacto tributário sobre a reciclagem	
<i>Thaís Carolina Souza Guedes, Helen Cristiany Pimenta de Oliveira.....</i>	<i>15</i>
A VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA CONTRA OS DIREITOS DO TRABALHADOR DOMÉSTICO	
<i>Hélio Olímpio de Souza Macedo.....</i>	<i>17</i>
A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE	
<i>Antônio Maria e Silva, Noêmia Coutinho Pereira Lopes.....</i>	<i>19</i>

MODALIDADE ARTIGO CIENTÍFICO.....	21
ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSIVEL	
<i>Diana Alves Câmara.....</i>	<i>23</i>
ANÁLISE DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER LEGISLATIVO	
<i>Diana Alves Câmara, Lucas Oliveira Rocha.....</i>	<i>43</i>
A APARENTE NORMALIDADE DOS ATOS DOS NAZISTAS	
<i>Cynthia Mirella Cangussu Fernandes Sales.....</i>	<i>59</i>
REFUGIADOS AMBIENTAIS: novos desafios dos Direitos Humanos dos Refugiados com enfoque nos deslocamentos dos haitianos para o Brasil	
<i>André de Souza Oliveira.....</i>	<i>77</i>
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MEIO DE GARANTIA DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	
<i>Cecília Lopes Viana.....</i>	<i>95</i>
DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO: O papel da Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos no desenvolvimento do Direito Internacio- nal dos Direitos Humanos	
<i>Reinaldo Silva Pimentel Santos, Isadora Ribeiro Mendes, Maíla Nunes da Costa.....</i>	<i>107</i>



Modalidade

Resumo

**UM BREVE RELATO HISTÓRICO DA LUTA PELA
LIBERDADE RELIGIOSA E O SEU RECONHECIMENTO
PELA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO POR
INTERMÉDIO DO DIREITO**

*Cleideman Rodrigues Pereira**

Depois de acentuada luta de classes e longos anos finalmente é possível notar uma elevação em relação ao reconhecimento da liberdade. Essa, ainda que não tenha alcançado a sua plenitude, nunca foi tão considerada. Houve sempre um fator real de poder, dentre outros, como o religioso que detinha toda a ordem. Muitos foram mortos, apedrejados, outros escravizados, alguns sofreram penas severas, de muitos ceifaram a liberdade e a dignidade humana. Isso, simplesmente por se manifestarem contrários àqueles regimes. No entanto, após acontecer a Revolução Francesa, no final do séc. XVIII, o povo, vítima da submissão, que aspirava, além de outros, o direito à liberdade, teve seus anseios reconhecidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Mas, esse ainda fora um marco inicial, pois essa aspiração ganhou maior força depois da Segunda Grande Guerra com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948. Com as novas bases jurídicas, essa carta internacional reconheceu os direitos humanos e os fundamentais. Diante disso, pode-se perceber uma evolução em relação ao constitucionalismo que na idade antiga se baseava apenas no Estado Teocrático e, na Grécia, havia a democracia direta, onde os considerados cidadãos poderiam participar na elaboração da constituição. Com o advento da idade média, destaca-se a Magna Carta, em 1215, na Inglaterra, que embora houvesse o arbítrio por

* Acadêmico do 2º período do curso de direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.
E-mail: cleideman@outlook.com

parte da nobreza e do clero, já se iniciava o reconhecimento do direito pelo Habeas Corpus, o júri e o devido processo legal. Já a idade moderna e contemporânea é marcada por pedidos e declarações inglesas, e além da revolução supracitada, a separação de poderes, para evitar a arbitrariedade; a elevação dos direitos individuais e a ausência do Estado no domínio econômico. Entretanto, essa ausência estatal propiciou a concentração da renda e conseqüentemente a desigualdade social. A partir de então, com a necessidade da reaproximação, o constitucionalismo contemporâneo se configurou num Estado Positivo, não obstante, pouco efetivo. E por fim, graças ao Neoconstitucionalismo que reaproximou o direito à moral, à ética, à filosofia, à justiça e a valores levou a sintonia da Constituição com a realidade a partir da sua força normativa. Logo, percebe-se o reconhecimento da liberdade de escolha religiosa, uma vez que já se havia descrito a imparcialidade Estatal na Carta Constitucional Brasileira de 1988 sobre o estado laico. O presente estudo objetiva analisar, através de uma abordagem metodológico-dedutiva e bibliográfica, a história da luta pela diferença, mostrando um certo reconhecimento da liberdade religiosa com base na evolução do constitucionalismo, tendo como premissa o direito como agente transformador da realidade. Assim, conclui-se que se observa a importância do Direito, com sua base axiológica, na transformação de uma realidade universal para uma realidade individual, no reconhecimento da diferença numa sociedade plural.

Palavras-chave: pluralismo, diferença, direito.

DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA INSTITUCIONAL DA POLICIAL MILITAR

*Lázaro Ferreira Alves**

Apresentação do tema - O policial militar sendo um dos profissionais competentes a assegurar que não ocorra a violação dos direitos humanos, no viés da segurança pública, encontra uma série de obstáculos, fazendo com que modelos de conduta e a sua postura nem sempre atinjam o que é esperado pela sociedade.

Problematização – A polícia militar está apta a garantir a segurança diante de uma sociedade violenta sem infringir os direitos humanos?

Objetivos – Analisar quais os métodos propostos pela instituição para que o policial militar seja um promotor dos direitos humanos. Demonstrar através de estudos de caso a relevância do policial militar visar o profissionalismo em situações extremas e sempre se pautar em decisões voltadas a garantia dos direitos humanos.

Justificativa – A declaração universal dos direitos humanos visa assegurar ao homem sua liberdade e dignidade, e está prevista na constituição brasileira de 1988, dessa forma os Estados nas figuras de suas instituições a tomam como base para uma série de normas e procedimentos adotados na busca de prevenir e reprimir ações consideradas ilegais. A violação dos direitos humanos por policiais militares revela uma série de fatores a serem questionados, como o conhecimento sobre as teses de direitos e deveres fundamentais, os fatores que levaram à violação, a forma como a sociedade se posiciona e várias proposições relevantes que são deixadas de lado para a simples observância do foco do problema. A polícia militar encontra dificuldade em assegurar os direitos e garantias fundamentais nas suas

* Acadêmico da Faculdade de Direito - Segundo Período - Santo Agostinho – Fadisa
– Lazaro35@Gmail.Com

competências - por razões culturais, sociais, e educacionais da sociedade brasileira – como também pela precariedade estrutural da instituição. **Metodologia** – No intuito de atingir o objetivo, a pesquisa encontrou suas bases em bibliografias sobre o tema, manuais e resoluções internas da polícia militar de Minas Gerais, além de estudos de casos de violações de direitos humanos. **Resultados** – A constatação da necessidade de adequação da polícia militar as constantes mutações da sociedade, com isso a possibilidade de traçar soluções para a garantia dos direitos humanos. **Considerações finais** – O estudo versar sobre o aprimoramento dos policiais militares, enfatizando sua importância como protagonista na busca de assegurar a sociedade que os direitos humanos não sejam violentados.

Palavras-chave – Direitos Humanos; Polícia militar e Violação.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

*Amanda Soares Santos**

*Ilenice Soares de Freitas Muniz***

O assédio moral no trabalho refere-se a uma violência prolongada e repetitiva que se expressa em situações constrangedoras e humilhantes, praticada por uma ou mais pessoas. Esta violência apresenta-se como constrangimento psicológico ou físico. Existem várias situações concernentes ao assédio moral, sendo: Degradação das condições de trabalho; Isolamento e Recusa de Comunicação; Atentado contra a dignidade; Violência verbal, física ou sexual; sendo estas divididas em três grupos: “auto-infligida, interpessoal e coletiva”. (SOBOLL, 2008, 129-146). O assédio moral cresce de forma assustadora nas empresas. É recebido em média mais de 30 denúncias diárias por pressão psicológica. No Brasil 39,5% dos trabalhadores sofrem abuso verbal e humilhações, pois as empresas fazem com que o trabalhador sintam-se inútil, expressando assim a cultura trabalhista do Brasil. (FERREIRA, 2004) Isso ocorrer de forma direta (acusações, insultos, gritos) ou indireta (fofocas, exclusão social, isolamento). Nisto, o trabalhador coloca em risco sua saúde física e psicológica, além de afetar seu desempenho e o próprio ambiente de trabalho. O objetivo geral desta pesquisa é discutir as relações intersubjetivas que envolvem os trabalhadores -empregador e empregado - e que, por sua vez, configuram-se em uma violação de

* Acadêmica do Curso Tecnólogo em Gestão Comercial; 2º Período; amandasummer@hotmail.com.

** Mestre em Desenvolvimento Social pelo PPGDS/Unimontes; Especialista em Violência Doméstica e contra a Criança e o Adolescente; Assistente Social na Prefeitura de Montes Claros; Professora na Faculdades PRISMA. Graduada nas Faculdades Santo Agostinho; ilenicefreitas@yahoo.com.br

direitos denominada assédio moral. É relevante a promoção da dignidade do trabalhador, pois assim há a efetivação da legislação vigente. O Artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943, dispõe sobre a rescisão do contrato por parte do trabalhador em casos de assédio moral. Este dispositivo está em consonância com a Constituição Federal/1988, sendo que, no Artigo 3º está previsto “*a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”, o Artigo 5º, inciso V, prevê a não violação do dano moral, material ou da imagem, e ainda o Artigo 7º dispõe sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Este trabalho deu-se pela argumentação teórica, respaldado por fundamentações bibliográficas, com seu marco legal na CLT, na CF/1988, entre outros. Sua análise é quali-quantitativa, contextualizando o seu objeto em sua essência, complexidade, processualidade. De acordo com a análise de conteúdo exposta acima por meio das referências bibliográficas, o assédio moral se expressa como uma violência simbólica inerente à violência substantiva com consequências diretas nas relações trabalhistas, violando a moralidade do sujeito. Portanto, o empregador é responsável por promover um ambiente trabalhista saudável com “direito à saúde ocupacional” (OLIVEIRA, GERALDO, 2006, p. 95). Mas, caso haja a violação, a vítima deve tomar posse das provas materiais e das testemunhas de tal violação e, posteriormente, procurar o sindicato de referência, a justiça do trabalho, médicos, advogados, ministério público, dentre outros.

Palavras-chave: Assédio, Trabalho, Legislação.

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: O impacto tributário sobre a reciclagem

Thaís Carolina Souza Guedes⁴

Helen Cristiany Pimenta de Oliveira⁵

A preocupação com o meio ambiente e sua preservação é assunto que permeia o meio jurídico há vários anos. Tomou feições a partir da Conferencia das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em 1972. Entretanto, conforme leciona Soares (2000) somente no século XX é que o meio ambiente passou a integrar o mundo jurídico como um valor autônomo a ser tutelado. Dentre os instrumentos a disposição do Estado para a intervenção na economia visando a defesa ambiental está o direito tributário. Para a questão ambiental o tributo adquire duas feições: a primeira é a criação de tributos com caráter fiscal, ou seja, espécies que tenham como objetivo arrecadar recursos para a preservação e ou projetos ambientais, a segunda seria a função extrafiscal, que visa incentivar ou desestimular práticas ambientais sustentáveis a partir de desonerações tributárias. Ou seja, a partir da tributação ambiental o Estado poderia estimular a criação de produtos menos poluidores e desestimular os que sejam ineficientes e poluidores. Contribuindo para tal preservação estaria a atividade de reciclagem. Conforme assegura Machado (2015) a reciclagem é uma atividade econômica que evidencia oportunidade de arrecadação mas, ao mesmo tempo, merece estímulos enquanto fator de proteção do meio ambiente. Sobre o processo de reciclagem do lixo incidem uma série de tributos:O

⁴ Acadêmica do 2º período do curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho. (thaisguedes_2009@hotmail.com)

⁵ Advogada, Mestre em Desenvolvimento Social pela UNIMONTES, especialista em Direito Tributário pela UNISUL e em Docência e Metodologia do Ensino Jurídico pelas Faculdades Santo Agostinho. Professora do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho (hellenc@fasa.edu.br)

IPI é um imposto que incide sobre produtos industrializados e é de âmbito Federal. O imposto em questão tem como fato gerador a saída da indústria para o comércio, sendo assim, os produtos recicláveis que visam a comercialização serão tributados. O ICMS, por sua vez, é um imposto que incide sobre a circulação de mercadorias e serviços, de âmbito estadual e distrital (Federal), e que também tem incidência tributaria na reciclagem, uma vez que os materiais recicláveis, mesmo sendo de origem resultante das atividades humanas, como as domésticas e industriais, possuem potencial econômico, o que acarreta a esses materiais tratamento de mercadoria. E o ISS que é um imposto que incide sobre serviços de qualquer natureza, que recairá sobre a reciclagem quando esta for prestada em caráter individualizado, a título exemplificativo, a reciclagem artesanal que se dá através de encomenda. Ressalta-se que a proposta de emenda à Constituição (PEC 1/2012), de autoria do senador Paulo Bauer já foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), em setembro do ano passado estando pronta para ser votada em Plenário. A referida proposta tem como fulcro que produtos fabricados com material reciclado ou reaproveitado possam ficar livres da maioria dos impostos previstos atualmente. Utilizando (**metodologia**) o método dedutivo e pesquisa bibliográfica, este trabalho tem como **objetivo** analisar se a múltipla tributação que incide sobre o processo de reciclagem configura um entrave a preservação ambiental. Por derradeiro, **conclui-se** que a tributação ambiental é instrumento viável a preservação ambiental inclusive incentivando a reciclagem ao permitir a desoneração de tributos que recaem não só sobre a atividade em si, mas sobre as indústrias ligadas a atividade. Há, portanto, uma necessidade de dispositivos normativos que viabilizem práticas de reciclagem, através de incentivos fiscais e desonerações que poderiam gerar um aumento da competitividade no mercado dos materiais recicláveis e reciclados.

Palavras-chave: Tributação – Reciclagem- Meio Ambiente

A VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA CONTRA OS DIREITOS DO TRABALHADOR DOMÉSTICO

Hélio Olímpio de Souza Macedo⁶

É inegável que a lei que permitiu a abolição dos escravos no Brasil, foi um dos feitos mais notáveis já realizados pelo estado brasileiro, apesar da ausência da sua efetividade de forma ampla e irrestrita até os dias de hoje. Passado mais de cem anos da referida lei, ainda encontramos um forte ranço do regime escravagista, aqui materializado por meio da exploração do trabalho doméstico, situação que ocorre com a chancela do próprio estado. Para se ter uma ideia mínima deste fato, basta consultar a constituição de 1988, em especial no seu artigo 7º, onde são relacionados 34 direitos fundamentais do trabalhador, e dentre estes apenas 07 são estendidos ao trabalhador doméstico. Com a aprovação da PEC 72/2013 das domésticas, que veio para alterar a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Imaginou-se que finalmente havia chegado o grande dia da libertação deste trabalhador, que o doméstico não seria mais visto como um mero agregado da casa, que haveria um ponto final contra a violência dos seus direitos, mas infelizmente não foi isto que aconteceu. Ainda hoje vamos encontrar as mais diversas formas de violências praticadas contra esta categoria, que vão desde a exploração do trabalho infantil e a mão de obra escrava, em especial nas cidades de maior porte, onde é possível encontrar meninas trabalhando em troca da alimentação e de um lugar para

⁶ Advogado. Especialista pela Faculdade de Direito Santo Agostinho em Docência e Metodologia do Ensino Jurídico. Professor de Direito Civil e Processo do Trabalho na Faculdade de Direito Santo Agostinho. Email: heliolimpio@ig.com.br.

dormir, e ainda assim a patroa se passa por “bem feitora”, sob a alegação de que estaria acolhendo as meninas e lhes dando a oportunidade de estudar e sonhar com novos horizontes, e que em contra partida nas horas vagas, estas limpam a casa, lavam as roupas e fazem a comida. O assédio moral e sexual, com anúncios de Cunhos discriminatório, exigindo da candidata ao emprego a “boa aparência”, certidões de antecedentes criminais dentre outros. Depois de contratados, a revista de bolsas e armários, chegando até a revistas pessoais, dentre muitos outros atos que violam a privacidade do trabalhador e joga no lixo a dignidade humana. Passado mais de um ano da aprovação da PEC 72/2013 das domésticas, nota-se que as mudanças foram muito superficiais, e que ainda é preciso muito a ser feito, uma vez que até a presente data, o congresso ainda não criou as normas para a regularização dos principais direitos previstos na referida pec., tais como: proteção da relação de emprego contra demissão sem justa causa, seguro desemprego, obrigatoriedade do FGTS, remuneração do horário noturno, salário família, auxílio creche e seguro contra acidente de trabalho. Como se pode ver destas breves reflexões, o estado é o maior responsável pela violência aos direitos do trabalhador doméstico, em razão da sua inércia na criação das normas que colocaria este valioso trabalhador no mesmo pé de igualdade dos demais trabalhadores.

Palavras-chaves: Empregada doméstica, Violência, Direito, PEC das Domésticas 72/2013

A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE

*Antônio Maria e Silva**

*Noêmia Coutinho Pereira Lopes***

TEMA: O presente trabalho versa acerca da intolerância religiosa, explicitada no atentado terrorista ao jornal francês Charlie Hebdo, ocorrido no dia 7 de janeiro do presente ano. **PROBLEMATIZAÇÃO:** Desde o início do Cristianismo, aproximadamente século I, a religião tem se mostrado palco de grandes discussões filosóficas, dogmáticas e teológicas. Dá-se o problema quando tais discussões – juntamente com a racionalidade – são abandonadas em prol de crenças que afetam o indivíduo em sua totalidade, por exemplo, quando a vida de um homem é ceifada por convicções religiosas. **OBJETIVO:** Nessa perspectiva, através de uma breve análise histórica, comparando o fanatismo religioso no século XVIII em contraponto à contemporaneidade, no que tange à intolerância religiosa no cenário internacional, pretende-se apresentar um paralelo com o Direito e, como este vem sendo afrontado, principalmente se tratando de direitos inerentes ao homem, como a liberdade, dignidade e até mesmo a vida. **JUSTIFICATIVA:** Dá-se em face da importância do acadêmico do curso de Direito refletir sobre a intolerância religiosa e seu impacto negativo na sociedade, tendo em vista que, como futuro operador do Direito, terá papel relevante na solução de conflitos e mesmo numa intervenção anterior ao próprio conflito. **MÉTODO:** Fora utilizado como referência, a

* Acadêmico do 5º período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. E-mail: antoniomariaesilva@gmail.com

** Professora Orientadora. Professora da Faculdade de Direito Santo Agostinho. E-mail: noemiacoutinho@hotmail.com

obra *Tratado sobre a Tolerância*, do filósofo iluminista francês, François Marie Arouet, Voltaire. Não obstante a isso, foi observado o atentado ao jornal francês Charlie Hebdo, com o intuito de apresentar uma evolução – ou seria uma estagnação? – no que tange à intolerância religiosa. **RESULTADO:** Ao analisar a obra, *Tratado sobre a Tolerância*, é possível inferir o quão nocivo o fanatismo religioso, oriundo da intolerância, pode se tornar. A presente obra, narra um julgamento ocorrido no século XVIII, em Toulouse, França – que nos permite visualizar a intolerância entre Calvinistas e Católicos – que ocasionou a morte de um inocente. Através dessa explanação é possível observar como o maior bem do indivíduo – vida – é relativizada por um determinado segmento religioso. Tais acontecimentos ainda se fazem presentes nos dias de hoje, sendo o ataque ao Charlie Hebdo prova disso. Três séculos após ao terrível julgamento descrito por Voltaire, a França novamente tem seu solo manchado pela intolerância religiosa. Essa comparação nos evidencia que, mesmo com o passar dos séculos, o homem continua resistente a aceitar a diversidade religiosa, ocasionando a segregação do indivíduo. **CONCLUSÃO:** A intolerância religiosa se faz presente na sociedade pós-moderna. Para reverter esse quadro, cabe a sociedade amadurecer a ideia de que as diferenças religiosas nada mais são do que pontos distintos que partem do mesmo objeto, um ser superior. É válido ressaltar ainda a importância do acadêmico de Direito em pesquisar, aprofundar e até mesmo emitir opinião sobre o tema, buscando, através dos preceitos filosóficos, antropológicos e sociológicos, discutidos durante a formação do acadêmico nas disciplinas que compõem a grade curricular do curso, propor discussões que ocasionem, efetivamente, o respeito e aceitação do indivíduo em relação ao outro, tendo em vista a diversidade de proposições culturais e políticas que a sociedade atual apresenta.

Palavras-chave: religião, intolerância, crença.



Modalidade
Artigo Científico

ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

*Diana Alves Câmara**

RESUMO: Este artigo busca abordar a efetividade dos direitos sociais, que implicam uma atuação no que tange as autoridades públicas a fim de assegurar uma situação de estabilidade socioeconômica, constituindo-se como núcleo normativo medular do Estado Democrático de Direito amplamente empenhado em sanar as desigualdades que atinge a sociedade. Em face do princípio da reserva do possível no qual a insuficiência de recursos financeiros torna inexigível a aplicabilidade de tais direitos, impondo obstáculos de cunho político e econômico. Ante a peculiaridade da estrutura do estudo em pauta, o recurso metodológico utilizado, próprio das pesquisas jurídicas, exprimiou-se por meio da análise e interpretação de textos, leitura e investigação em leis, doutrinas, teses, bem como pesquisa online complementar. Objetivando produzir um juízo crítico do tema abordado cuja fundamentação geral se deu na crença da supremacia da Constituição Federal em que o direito só se concretiza por meio da efetivação dos direitos fundamentais e cumprimento dos imperativos constitucionais.

Palavras-chave: Efetivação dos direitos sociais, reserva do possível, Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This article address to effectiveness of social rights that imply an act by public authorities in order to secure a situation of socioeconomic stability, constituting like central normative core of

* Estudante de direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, 4º período matutino.
E-mail: dhiannaalves@hotmail.com

Democratic Right State broadly committed in remedy the inequality that reaches the society. From possible reserve in wich insufficiency of financial resources makes unenforceable the applicability of these rights, imposing political and economics obstacles. Before peculiarity of the structure of this study, the methodological resource utilized, own from legal researches, was expressed though review and interpretation of texts, reading and research in law, doctrines, theses, as well as complementary online survey. Aiming to produce a critical judgment of the subject whose general statement of reason was given in the belief of the supremacy of the Federal Constitution in wich the right is realized only through the enforcement of fundamental rights and constitutional imperatives.

Keywords: realization of social rights, possible reserve, democratic right state.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais integram a categoria dos direitos e garantias fundamentais na vigente Constituição Federal, especificamente no artigo 6º. Ora, como o próprio nome já diz fundamental é elementar, imprescindível não podendo, portanto tais direitos serem relegados a apenas existir na Constituição sem efetividade social. Não obstante, o Brasil é um Estado Social Democrático de Direito, importa ressaltar que tal designação implica em um estado com finalidade voltada ao bem comum e ao interesse social, consoante à vontade da maioria com respeito às necessidades da minoria – afinal, isto é democracia.

Nítido observar que o Direito foi concebido a fim de proteger aos hipossuficientes colocando-os em nível de igualdade com os demais que estejam em uma categoria superior seja intelectual, social ou financeiramente. Denotando a busca pela isonomia que consiste em

iguais oportunidades para todos a serem caucionadas pelo Estado. Soma-se a isso o conceito realista que pugna pela igualdade proporcional, em síntese, tratamento congênere aos substancialmente similares. Ademais impõe abordagem distinta aos desiguais na dimensão de suas diferenças, na medida em que supridas as discrepâncias se atinja a igualdade de fato.

Dado que a primazia do ordenamento jurídico brasileiro não é apenas a vida, como bem de valor constitucional supremo, mas um viver com dignidade. Subentende-se um viver em que as pessoas possam ter acesso a todos os meios para o seu completo desenvolvimento, o presente estudo acadêmico destina-se a investigar se *a efetivação dos direitos sociais pode ser condicionada a reserva do possível*. Através de uma abordagem perspicaz de doutrinas, leis e parecer de estudiosos sobre o assunto tratado e por derradeiro serão catalogadas as considerações finais.

2 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais direcionam-se ao desígnio de oportunizar o efetivo gozo das liberdades fundamentais, propiciando aos indivíduos as condições necessárias para uma sobrevivência digna. Intentando melhor contextualização é pertinente citar Fernandes:

A origem histórica encontra-se na tradição do Estado Social de Direito, que rompendo com os padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, vão buscar mecanismos mais concretos de redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade. (FERNANDES, 2011, p. 461).

Isto é o primórdio do entendimento de que o Estado pode ser encarado não mais como um inimigo erga omnes (oponível) da sociedade, mas

como um viabilizador de sua existência. (FERNANDES, 2014). Uma vez que os direitos sociais “para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social”. (CUNHA JÚNIOR, 2008 p. 696-697). Em outras palavras os direitos fundamentais sociais em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem através do Estado. (BARRETO, 2013 p.207). Rompendo o paradigma de que o Estado é o comitê executivo dos negócios da burguesia- Karl Marx. Visto que nasceram, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, que se instalaram no mundo no período pós 2º Guerra Mundial, constituindo-se como núcleo normativo central do estado democrático de direito, aponta Barreto. (2013). Com vistas a solucionar essa profunda crise de desproporção social – subtende-se a dicotomia entre pobres e ricos, em que os primeiros sobreviviam com recursos ínfimos e os últimos adquiriam cada vez mais, emergiu a necessidade de transição do modelo liberal de Estado para o Democrático de Direito que se articula por meio de uma democracia representativa, participativa e pluralista, além de garantir a execução prática dos direitos fundamentais abrangendo os sociais, por intermédio de métodos apropriados outorgados aos cidadãos, visando à dignidade humana. (MAGALHÃES FILHO apud CARVALHO, 2006).

Em síntese:

A concepção liberal-burguesa do homem abstrato e artificial foi substituída pelo conceito do homem em sua concretude histórica, socializando-se então os direitos humanos. O Estado deixa de ser absenteísta para assumir uma postura ativa, de quem são exigidas prestações para que sejam assegurados os direitos sociais (...). (CARVALHO, p.479, 2006).

Do exposto, infere-se a deserção da percepção de uma conduta absenteísta por parte do Estado, para ao contrário, atestar a

necessidade do intervir, gerando condições para execução de programas públicos voltados para saúde, trabalho etc. (FERNADES, 2014).

No Brasil, à preocupação com os direitos sociais granjeia seu marco introdutório na Constituição de 1934. Porém é na vigente Lei Maior, que estes passam a agregar a pauta de direitos e garantias fundamentais. O que cabe menção ao texto constitucional que elenca “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (Art. 6º, CBRF/88) como direitos sociais. Nas palavras de Lenza (2014) trata-se do desdobramento de um Estado Social de Direito. “Que nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana”. (DALLARI, 2011 p. 147)

São, portanto, imperativos que limita e impõe deveres ao Poder Público a fim de resguardar a população contra a ingerência do Estado, sendo em virtude do apresentado designados como liberdades individuais – em consequência das demandas judiciais relacionadas à efetivação dos direitos sociais em sua vasta maioria serem de cunho individual e não coletivo- consoante Flávia Piovesan (2010). De forma análoga, afirma Lafer¹ (apud Augusto Gonçalves) que o titular dos direitos sociais continua sendo, como nos direitos civis e políticos, o homem na sua individualidade. Consistindo em pressuposto substancial para o exercício da cidadania ao disponibilizar circunstâncias materiais e executar condições fáticas que fomentem a homologação dessas liberdades. Possibilitando meios favoráveis propícios ao auferimento da isonomia, mais compatível com o exercício da liberdade. (SILVA, 2014). Corroborando tal assertiva Morais versa:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de

observância obrigatória em Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático. (MORAES, 2013, p. 2013)

Depreende-se então que tais garantias objetivam ofertar ao homem como cidadão de direito uma condição digna de convívio, relacionamento e sobrevivência dentro da sociedade. O que acaba por demandar a intervenção ativa e frequente dos Poderes Públicos. Evidente, que reivindicam do Estado enquanto ente soberano um leque de diversidade de ações e políticas públicas que devem ter por escopo a efetivação dos direitos sociais, que por se enquadrarem na categoria dos subjetivos esteiam poderes de exigir. Importa relembrar o já anteriormente mencionado, que em contraste com os denominados direitos individuais, cujo cerne se respalda em um “não fazer”, um “não violar”, por parte das demais pessoas principalmente no que tange as autoridades públicas, em contraposição o conteúdo dos direitos sociais acarreta “um fazer”, “um ajudar” por intermédio dos órgãos estatais. (CARVALHO apud SILVA, 2006). Ademais são instituídos pelo texto constitucional como “valores supremos.” (BARRETO, 2013, p.205).

Em última análise: (Port apud Leonardo Augusto Gonçalves)

A ideia central que levou à incorporação dos sociais ao rol dos direitos fundamentais tem seu alicerce na necessidade de que a todos sejam garantidas condições mínimas de bem-estar, assegurando-se a igualdade de oportunidades, o que está intrinsecamente ligado ao princípio da solidariedade. (PORT, 2005, p. 09).

Notadamente, objetivando extinguir, ou no mínimo amainar as desigualdades existentes.

3 DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

Por outro lado, não é fácil estremar, com nitidez, os direitos sociais dos direitos econômicos. (SILVA, 2014, p. 288). Conjuntura que pode ser deslindada com a divergência no que tange aos direitos dos trabalhadores pertencerem aos sociais ou aos econômicos - pelo seu inquestionável vínculo com a economia. Válido atentar, todavia que a Constituição classifica os supraditos direitos no rol dos sociais, por ser de conhecimento geral que o trabalho é um exercício laboral, tipicamente humano que dignifica o homem por prover-lhe seu sustento e demais necessidades. O que decerto nos conduz ao elo entre os direitos sociais e econômicos considerando que o último também tenciona proporcionar o suprimento das necessidades humanas, agraciando vida digna ao homem.

Nos dizeres de Silva (2014, p. 288):

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou segundo Geraldo Vidigal “é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social”. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto.

Silva agrega ainda a seguinte assertiva:

Pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressuposto da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos. (SILVA, p. 288, 2014) (Grifo nosso).

Relevante aludir ao equívoco da afirmativa acima grifada, uma vez que na concepção de Barretto (2013) os direitos sociais não são subsidiários de outros direitos. Ademais, se estes possuísssem caráter residual qual seria a finalidade do texto constitucional os listar como direitos fundamentais? Não é preciso ir além do disposto na Constituição para entender que todos os corolários dos direitos e garantias fundamentais possuem a mesma hierarquia e a mesma importância constitutiva no estado democrático. Ficando então eximidos de tornarem-se meras promessas constitucionais inconsequentes. (PIOVESAN, 2010). Ratificando o argumentado, cabe menção a Declaração Universal dos Direitos Humanos que disserta em seu art. 22º a liberdade concedida a toda pessoa como membro da sociedade de exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Concretizando assim, o dever do Estado de comeder as consequências da pobreza, que não podem ser delegadas privativamente aos próprios indivíduos, proporcionando suprimento satisfatório das necessidades pessoais. (BARRETO, 2013). Ora, o que se pretendeu com a explanação foi mostrar a existência autônoma dos direitos sociais, que independem dos demais para serem ferramentas de direitos e garantias fundamentais. O que não se confunde obviamente com a intrínseca ligação destes com os demais direitos principalmente os econômicos. Como mostrado por Silva é indiscutível a indispensabilidade de uma orientação econômica voltada ao cumprimento dos ditames constitucionais. E é justamente essa inegável conexão que leva alguns operadores do direito a sustentar que a execução fática dos direitos sociais prestacionais estaria suscetível a disponibilidade de recursos voltados para esse fim. De modo que a insuficiência, carência de tais recursos tornaria inexigível a garantia dos supracitados direitos.

4 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”

Concepção que remete ao embate entre a efetivação dos direitos sociais e a reserva do possível. “O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que coloca, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos” – explica Flávia Danielle Santiago Lima. Destarte, carece observar que os direitos sociais são caros (CANOTILHO, 2010). Em virtude de todas as dimensões dos direitos fundamentais demandarem gastos públicos. E perante uma situação que não haja recursos suficientes para atender todas as demandas deve-se priorizar a mais pertinente conforme a situação do momento. Como bem salientado por Troester e Mochon(2004) a necessidade de escolha é inerente a toda sociedade, desde o indivíduo, a empresas e também o governo, que tem que escolher entre investir na educação ou no comércio internacional, por exemplo. Consequentemente existirão beneficiados e preteridos, e em consonância com Barreto (2013), os direitos sociais jamais poderão ser desprezados por consistirem no núcleo normativo central do estado democrático de direito. Ademais a estrutura democrática da sociedade consiste no clima socioeconômico favorável a vivência concreta dos direitos fundamentais. (MAGALHÃES FILHO apud CARVALHO, 2006, p. 458).

Em sua obra Canotilho alega que o Estado Social só estaria apto a desempenhar satisfatoriamente as suas tarefas de socialidade se houver a observância de quatro requisitos básicos, uma vez que a efetivação dos sociais deve ser assegurada de forma gratuita ou tendencialmente sem ônus. São esses requisitos:

- 1) Provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária;

- 2) Estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (serviços sociais) e para investimentos produtivos (despesa produtiva);
- 3) Orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controle do déficit das despesas públicas e a evitar que um déficit elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e
- 4) Taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano). (CANOTILHO, 2010, p. 19-20)

Ademais elucida que alguns alegam que a ideia dos direitos sociais está alicerçada em expectativas às quais o Estado não possui condições de cumprir. O que na visão de Barretto (2013) é uma falácia que se embasa no pretexto de que a efetividade dos direitos sociais depende da presença de uma economia estável, na qual as cifras de manutenção das prestações sociais poderiam ser suportadas. Simplificando o intrincado sistema econômico e social da contemporaneidade. Porquanto “parte do pressuposto de que somente os países ricos teriam condições de sustentar políticas sociais consistentes e que atendessem aos ideais de justiça social”. (BARRETTO, p.213, 2013)

José Canotilho, anexa ainda em sua obra à informação em que “no banco dos réus está a célebre política do *déficit spending*: endividamento do Estado com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social”. (CANOTILHO, 2010, p.20). É a partir dessas premissas que alguns operadores brasileiros do direito vão sustentar que a aplicação de recursos financeiros em defluência a consumação de providências positivadoras de direitos sociais seria um conteúdo restringido e privativo das decisões governamentais e parlamentares, condensadas nos planejamentos de políticas públicas e em conformidade as previsões orçamentárias. (FERNANDES, 2014).

A crítica de Dirley da Cunha Júnior, é importante e deve ser marcada, pois, afinal, a doutrina constitucional brasileira parece estar deslumbrada pelo modismo e pela autoridade da doutrina alemã, importando teses e institutos jurídicos sem a menor preocupação de adequação (adaptação) dos mesmos ao nosso contexto histórico-hermenêutico. (FERNADES, 2014, p.583)

Pode-se deduzir então que o princípio da “reserva do possível” nada mais é que uma hipocrisia decorrente de um Direito Constitucional Comparado equivocadamente, no aspecto em que o cenário social brasileiro não se compara ao dos países consignatários da União Europeia onde vigora a máxima da igualdade material³. Informação prontamente testificada por Barretto (2013) que constata serem estas justificativas arcaicas, com vistas a eximir o Estado enquanto ente soberano de suas responsabilidades, dado ao desnível da realidade política-social da Alemanha pós- 2º Guerra Mundial e Brasil atual – em que este último atravessa um momento de constantes crises sociais com a maioria das pessoas sendo socialmente excluídas, vivendo a margem e sem perspectivas de vida. O que cabe menção ao juízo de Andréas Krell citado por Fernandes (2014, p. 583) para quem a “leitura da reserva do possível é falaciosa, pois, se, os recursos são incontroversamente reconhecidos como insuficientes, devemos retirá-los de áreas menos importantes do ponto de vista do interesse público...”. Sobre tal declaração legítima Barretto que é ilusória a racionalidade que distingue a reserva do possível como limite fático a efetivação dos direitos sociais prestacionais, por esse argumento desconhecer em que pese ser o custo consubstancial a todos os direitos fundamentais. Salienta o alto custo do conjunto estatal administrativo-judicial exigido para garantia dos direitos civis e políticos. Não obstante, a escassez de recursos termina por afetar precisamente em razão da unidade dos direitos humanos tanto os direitos civis quanto os políticos. (BARRETO, 2013). obsta evocar que em nenhum momento o texto constitucional enaltece a importância que se efetive determinado direito fundamental em detrimento de outro, uma vez que o ordenamento

jurídico se constitui como um todo, uno, indivisível e harmônico. Aludindo a Fernandes (2014, p. 575) “os direitos sociais não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais”. E estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos. (BARRETO, 2013, p.214).

Em um exame mais apurado do texto constitucional, como um todo é pertinente citar o Preâmbulo da Constituição Federal, que institui um **Estado Democrático** destinado a assegurar o exercício dos direitos **sociais e individuais**. (grifo nosso) Além do bem-estar e desenvolvimento, portanto se o Estado não assegura tais direitos está passando por cima de todo fundamento basilar da democracia social e representativa. O que representa em última análise ignorar a exigência estabelecida no próprio Preâmbulo da Constituição de 1998. (BARRETO, 2013, p. 212) Oportuno mencionar Cunha Júnior (2008) para quem “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”. Compreende-se que o referido princípio da reserva do possível, denotaria, por conseguinte, um instrumento restritivo à exequibilidade dos direito fundamentais e sociais.

Apostola o ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal que entre dar proteção à inviolabilidade do direito à saúde e à vida que se caracteriza como direito subjetivo inalienável a todos respaldado pela Constituição da República ou fazer sobrepujar, versus essa garantia fundamental, uma conveniência financeira e acessória do Estado, compreende - que uma vez configurado esse impasse – que motivos de ética jurídica compulsam ao julgador uma singular e razoável alternativa: aquela privilegia a deferência indeclinável à vida e saúde do ser humano.

Não obstante, voltando ao cerne da indagação, condicionar a eficácia dos direitos sociais à disponibilidade de haveres financeiros figuraria em remover-lhes toda pujança normativa que os circunda e refutá-los o regimento de custódia estatuído pela Lei Maior e pelo sistema internacional de tutoria dos direitos humanos. Em consonância Barreto (2013) sustenta justamente ser essa – negar-lhes a característica de direitos fundamentais - uma das maneiras mais genérica de contestar a efetividade aos direitos sociais.

Afastados da esfera dos direitos fundamentais, ficam privados de aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, e se tornam assim meras pautas programáticas, submetidas à “reserva do possível” ou restritos à objetivação de um “padrão mínimo social”. (BARRETTO, 2013, p. 209).

Explana ainda que tais polos argumentativos se presta ao propósito de legitimar protótipos tanto políticos quanto sociais que se antepõem a ideia medular do estado democrático de direito, que sanciona ser a observância dos direitos sociais uma exigência de cunho moral e ético, não sujeita a entendimentos políticos. Semelhantemente pondera Viviane Carvalho Melo e Fernando Gomes Correia Lima que não haveria óbice o aproveitamento do princípio da reserva do possível por analogia a fim de valer-se de sustentação legal ante a inércia do Poder Público que em consequência gera condições fáticas desfavoráveis à admissão de melhores providências que seria essencial e inescusável no sentido de viabilizar o direito a vida. Anexam ainda que o intuito do Estado em alegar tal principio seria tão somente legalizar sua omissão na implementação de políticas públicas cuja atribuição seria perseguir o interesse público primário.

Conveniente remeter ao direito penal brasileiro que não admite analogia in malam partem (em prejuízo do acusado). Adaptando tal premissa a interpretação do direito constitucional figuraria em proibição de analogia em prejuízo ao destinatário dos direitos assegurados pela

Constituição. Que consoante Canotilho (2006, p. 481) “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. Posto que “constituem-se, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional”. (BARRETTO, 2013, p. 207) De modo símile menciona Novellino (2008) que congruente o princípio da máxima efetividade – também conhecido como princípio da interpretação efetiva ou princípio da eficiência – é fixado que se deve outorgar na interpretação das normas constitucionais o sentido que lhes confere a maior efetividade factível. A qual implica a consumação do direito, o exercício concreto de sua missão social, que se relaciona de forma íntima com a dignidade da pessoa que será devidamente esmiuçado no próximo tópico.

5 QUANTO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo dignidade designa o respeito que qualquer pessoa merece. (CARVALHO, 2006, p. 462). Não obstante, é incontroverso que na hodierna Constituição Federal a dignidade da pessoa humana é alicerce de todas as normas e ditames que dela decorre, implica não apenas uma reconção do valor do homem, mas um Estado edificado com base nesse princípio.

Uma vez que a dignidade se caracteriza como uma particularidade do gênero humano, que possibilita identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero. (BARRETO, 2006) Em semelhança a Declaração Universal dos Direitos do Homem prega em seu art. 1º que todos os seres humanos nascem livres em dignidade e em direitos. E em seu preâmbulo versa sobre o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos que se constituem como fundamento da justiça e paz do mundo. Em outras palavras, “todos são dotados de uma mesma dignidade”. (BARRETTO, 2013, p. 66)

Numa concepção mais clássica de dignidade humana, o homem é um fim em si mesmo – Immanuel Kant. Em consonância com o pensamento Kantiano em casos de confronto entre normas jurídicas alusivas a progênie financeira, tributária, administrativa e econômica do direito e normas imediatamente vinculadas aos direitos fundamentais, às últimas nunca podem ceder às primeiras. Sob penalidade de converter o ser humano em meio de satisfação de políticas públicas, violando-lhe os direitos fundamentais e sua dignidade, primordiais do modelo do Estado Democrático de Direito, consoante a qual toda norma deve se contextualizar, aponta Marcelo Kokke Gomes. (5) Pois, a dignidade humana encontra-se na ordem daquilo que não é demonstrável, mas existe como pré-condição. (BARRETO, 2013, p. 67)

Nítido reparar que o conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis políticos e sociais) – pontifica Delpérée (apud Carvalho, 2006, p. 463). Consagrando assim na redação constitucional um direito de resistência em favor do homem. Concluímos, então, que a dignidade da pessoa humana, na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupões para a sua materialização jurídica perspectivas mais amplas que permite o espaço jurídico positivado. (BARRETO, 2013, p. 64-65)

No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que como base nesta é que aqueles devem ser interpretados. (CARVALHO, 2006, p. 465).

Por conseguinte a dignidade é basicamente um direito que irrompe em mister da imprescindibilidade de se atestar os outros direitos da pessoa, que se situem além dos individuais. Constituindo a fonte

legitimadora de todos os demais direitos. (BARRETO, 2013) Pois, abarca não somente os direitos individuais como também os de cunho econômico, social e cultural. Ora, no Estado Democrático de Direito a liberdade não é meramente negativa (ausência de constrangimento), mas liberdade positiva que se funda na desoneração de obstáculos que possam impedir a completa realização da personalidade humana. (CARVALHO, 2006).

Em consonância ao exposto, arrazoa Sarlet (2010) que a dignidade da pessoa humana, demanda por meio de prestações positivas (direitos fundamentais sociais) uma existência codigna para todos. O que conseqüentemente implica em uma vedação as medidas que fiquem aquém desse patamar. Além do mais, mediante a supressão de dado direito social, será também deflorado, a depender do caso, a própria dignidade, o que desde logo se mostra como inadmissível. Portanto, a dignidade situa-se no âmago da batalha contra o risco de desumanização. (BARRETO, 2013) Por ser um valor que norteia todo o corpo jurídico assegurando a todos os cidadãos direitos a eles inerentes.

Em última análise, levando em consideração a natureza jurídica da dignidade humana, constata-se de que não se trata de um direito subjetivo, mas ela possui competência para exigir que esses direitos sejam reconhecidos para o indivíduo. (BARRETO, 2013) E como proferido por Sarlet (apud Carvalho, 2006,) “os direitos fundamentais representam explicitações da dignidade humana já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa”. Que a permite gozar o dom da vida de forma digna, pois nada é tão belo quanto viver. Não importa a cor da pele, a nacionalidade, o físico, ou a moradia, ninguém ocupa o lugar de ninguém no palco da vida. (CURY, 2002) Sintetizando nas palavras de Eldeman (apud Barretto, 2013) a liberdade é a essência dos direitos humanos e a dignidade a essência da humanidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o relatado, capta-se que a finalidade do presente trabalho não foi esgotar o tema discutido nem tampouco se devota a uma pesquisa acadêmica em prol de mera satisfação intelectual por meio de análise, comparação e explicação de textos, leis e doutrinas. Assume antes, relevância eminentemente prática e útil, por produzir um esquadrinhamento da atual realidade social, auxiliando e esclarecendo tanto os operadores do Direito quanto aqueles que se interessam pelo assunto em pauta.

Das informações elencadas presume-se que os direitos sociais asseguram uma existência humana digna alicerçada na promoção da justiça social, tratamento isonômico e respeito à manifestação material da liberdade. Além de consagrar o Estado Democrático de Direito no qual os direitos sociais obtiveram tutela máxima e efetiva. Compelindo ao Estado o encargo de suscitar a consumação dos direitos sociais.

Não obstante, são clausulas pétreas, não podendo ser limitados ou relegados, dada a inexistência de motivos e argumentos que legitimem a limitação de seus efeitos. Portanto, condiciona-los ao princípio da reserva do possível, seria antes de qualquer coisa, afastar-lhes a força normativa contrariando o disposto no próprio texto constitucional por meio de uma tese do direito comparado que visa justificar as omissões das autoridades públicas. Ou facultar aos governantes efetivar ou não os direitos sociais.

Em síntese, não se deve importar teses desenvolvidas no exterior por intermédio do direito comparado sem a medida cautelar de adaptá-las as necessidades do povo brasileiro, afinal o direito é um produto social que regula a vida em sociedade, portanto deve haver uma relação harmônica entre o direito e seus destinatários que só é possível quando a realidade se torna um reflexo dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

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

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição: Direito Constitucional Positivo*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

CURY, Augusto. *Escola da vida: Harry Potter no Mundo Real*. São Paulo: Academia da Inteligência, 2002.

UNITED NATIONS. *The Universal Declaration of Human Rights*. Paris, 1948. (?)

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Belo Horizonte: Jus Podivim, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JÚNIOR, Dierley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivim, 2008.

TROESTER, Roberto Luís; MORCILLO, Francisco Mochón. *Introdução à economia*. São Paulo: Pearson Markron Books, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 39 3175 RS/ DF. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 16/02/2006 pp- 00054, RIP. V.7, n°35, p. 163-166. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>> Acesso: 17 mar. 2015

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n.51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2177>>. Acesso: 29 set. 2014.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. *O princípio da reserva do possível o mínimo existencial e o direito a saúde*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46>. Acesso: 29 set. 2014

GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Origens, conceito e características dos direitos sociais: Uma análise das consequências do déficit na segunda dimensão*. **Juris Way**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/3317>. Acesso: 23 mar. 2015.

GOMES, Marcelo Kokke. *O ser humano como fim em si mesmo: imperativo categórico como fundamento interpretativo para normas*

de imperativo hipotético. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5157>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Costa Gomes; et al (Org). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; et al. (Org). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANÁLISE DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER LEGISLATIVO

*Diana Alves Câmara**
*Lucas Oliveira Rocha***

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar a crise de legitimidade que se abateu sobre o poder legislativo, um dos três poderes instituído pela Constituição Federal, sendo, portanto princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, com o intuito de responder o seguinte questionamento: Quais são os fundamentos dessa crise? E partindo dessa premissa será feita uma análise jurídica e fática do tema abordado, sem pretensão de proporcionar respostas definitivas. Em virtude do assunto em pauta, o método utilizado foi a pesquisa bibliográfica em doutrinas, leis, demais literaturas sobre o tema e pesquisa online complementar. Além de uma pequena pesquisa de campo com finalidade única de fomentar essa produção e retratar a realidade.

Palavras-chave: Crise de Legitimidade do Poder Legislativo, Separação de Poderes, Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This patent study aims to analyze the legitimacy crisis that has befallen on the Legislative, one of the three powers instituted by the Federal Constitution and is therefore fundamental principle of the rule of Democratic State, in order to answer the following question: What are the reasons for the crisis? Moreover, based on this premise

* Estudante de direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, 4º período - matutino. Email: dhiannaalves@hotmail.com

** Estudante de direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, 4º período- matutino. E-mail: lucascaribe3@gmail.com

will be made a legal and factual analysis of the issue addressed, without claim to provide definitive answers. Because of the subject matter, the method used was the bibliographic research in doctrines, laws and others literature about this subject and supplementary online survey. In addition, a small field research with sole purpose of promoting this production and portray reality.

Keywords: Legal Democratic State, the Legislative, State Segment Division

“Dirão: É inútil, todo o mundo aqui é corrupto desde o primeiro homem que veio de Portugal. Eu direi: Não admito, minha esperança é imortal”.
(Só de Sacanagem- Elisa Lucand)

1 INTRODUÇÃO

O patente estudo tem por objetivo analisar o fenômeno da crise de legitimidade do poder legislativo, que tem se exteriorizado pelo descrédito da população nos representantes escolhidos considerados como corruptos, que se instauram no poder em busca dos próprios interesses em face do bem comum. Além de uma crescente descrença na seriedade e compromisso do Parlamento. O que nos leva a questionar se o legislativo tem de fato representado a vontade popular. E partindo dessa premissa, que será levantado as hipóteses de tal acontecimento, sem a pretensão de esgotar o assunto ou apresentar soluções, mas apenas fazer uma análise jurídica com um olhar voltado para a realidade brasileira.

Importa salientar que o fito a que se propõe não é questionar a legitimidade democrática, ativismo judicial, coalisão presidencial e afins.

Por isso, não se pretende achar respostas totais e definitivas, mesmo porque a sociedade é mutável e cada época tem seu conflito. Intenta antes, servir como norte para operadores do direito e demais cidadãos que tenham interesse no objeto de estudo proposto e em esclarecer o sentimento de insegurança social.

Dada à dimensão, alcance do tema será usado como fundamento à pesquisa bibliográfica em doutrinas, leis e demais literaturas sobre o tema tratado. Além da dúvida que moveu o desenvolvimento do presente trabalho acadêmico será abordado o conceito de estado democrático de direito, a relação entre os poderes e por derradeiro serão registradas as considerações finais.

2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A denominação Estado (do latim=estar firme) consiste em uma situação permanente de convivência intrinsecamente ligada à sociedade política, consoante Dallari (2011). Observa ainda que para alguns doutrinadores o Estado, a exemplo da própria sociedade sempre existiu, uma vez que o homem vive integrado numa organização social, municiada de poder e com autoridade para orientar o comportamento de todo o grupo.

O antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.C., com a conclusão de Aristóteles de que “o homem é naturalmente um animal político. (DALLARI, 2011, P.21-22)

De maneira símile afirma Santo Tomás de Aquino que “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade”. (apud DALLARI, 2011, p. 22). Em oposição a tais

ideias, os contratualistas alegam que o nascimento do Estado se deu por meio da celebração de um contrato, que se embasa na mútua transmissão de direitos. Sendo então por estímulo desse ato puramente racional que a vida em sociedade é estabelecida, cuja subsistência necessita de um poder visível e coercitivo que mantenha os homens dentro dos limites estabelecidos e os obrigue a submissão das leis anteriormente referidas. Tal poder, “é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa”. (DALLARI, 2011, p. 25).

Nítido constatar que nenhuma das teorias acima mencionadas é completa, mas que a junção de ambas produz um conceito mais plausível que se resume na conjugação de “um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”, esclarece Dallari (2011, p. 23).

Porém além do desenvolvimento histórico, é também investigado, estudado o Estado em si mesmo, seu funcionamento, sua natureza e infraestrutura, os mecanismos e elementos que os compõe, órgãos e demais. Como um esquema complexo considerado em si mesmo e nas relações com os sistemas contíguos. (Bobbio, 1999).

E ao longo do tempo o Estado foi se modificando para atender aos interesses de seus membros. Transformações essas que culminaram no Estado Moderno, decorrente das formas anteriores – Estado Patrimonial, de Polícia e de Direito, no qual os poderes são rigorosamente disciplinados por regras jurídicas. (Stefano apud Dallari, 2011). E da mutação do puro Estado de Direito, as teorias tão somente jurídicas condenadas como formalistas, foram menosprezadas pelos próprios juristas. Com isso, ganharam vigor os estudos de sociologia política cujo objeto de investigação e estudo é o Estado como forma

de complexa organização social em que o direito é apenas um dos muitos elementos constitutivos, segundo Bobbio (1999).

Já o Estado Democrático de Direito, que por sua vez é o que interessa ao presente trabalho na sua concepção mais recente, como Estado de legitimidade justa, ou (Estado de Justiça material) se funda em uma sociedade democrática na qual se instaura um processo de efetiva incorporação de todos nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção, salienta Silva (2014).

A propósito, a ideia de Estado Democrático de Direito obtém suas seu germe no período do Constitucionalismo, momento definido pela disputa entre as classes e consequentemente afirmação dos direitos individuais dos cidadãos, bem como, a imposição de medidas restritivas ao Estado, limitando sua atuação, notabiliza Lucyellen R. D. Garcia e Ricardo Almeida Zacharias.

A vigente Constituição Federal, prever já desde seu preâmbulo em Estado Democrático.

[...] Para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]

Não obstante elenca em seu art. 1º que os fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui um Estado Democrático de Direito formado pela união indissolúvel de seus membros, são “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (CBRF/88)

Em consequência, as três esferas do poder – Executivo, Legislativo e Judiciário- devem primar em seu atuar pela execução dos ditames constitucionais. Ora, a preocupação em se ter poderes independentes e harmônicos, foi um medida cautelar para evitar arbitrariedades. Uma vez que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleito ou diretamente. (art. 3º/ CBRF/88). Infere-se que a separação de poderes é característica basilar do Estado Democrático de Direito, embora não se deva interpreta-la de maneira excessivamente rígida. (FONSECA, 2013, p.8)

Ora é incontestável que a democracia deduz acesso, troca, dialogo e debate público. Democracia não se concretiza sem trabalho, cooperação e participação. Democracia sugere e lembra Estado, Poder Executivo e Legislativo, mas deve lembrar também o nosso cotidiano como escolas, reuniões de condomínio, clubes recreativos, empresas, associações de classe, associações de bairro, famílias- todo os espaços cujo se pode e deve alcançar por uma decisão comum através do dialogo amplo e aberto. Assim sendo, na atualidade, a carência de compromisso e participação na vida publica leva a crise da democracia.

3 DA SEPARAÇÃO E RELAÇÃO ENTRE OS PODERES

A ideia de separação de poderes tem seus antecedentes mais remotos na obra “A Política”, de Aristóteles. Tornou-se dogma do Estado moderno, prevista expressamente no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que afirmava que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.¹

Para se iniciar a de fato discorrer sobre a separação dos poderes adotada no Brasil, vamos atentar a formulação política de

Montesquieu. Que define que as funções estatais estão intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Consoante Cléve [20-], Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder, ofertando o alicerce para a constituição de um governo misto, moderado pelo agir das forças dinamizadoras do tecido societário. Ademais acrescenta que a missão dos atuais operadores do direito adaptar a concepção de Montesquieu a realidade constitucional de nosso tempo.

Averiguando as diferentes funções, composição e competências dos Poderes estruturadores do Estado, nota-se que o Poder Legislativo, objeto de crítica desse estudo, tem atribuições indelegáveis ao Congresso Nacional. Divisão das funções do Poder Legislativo entre duas Câmaras ou Casas de representação popular Câmara dos Deputados (art. 45 da CF/88) e representação das unidades federadas Senado Federal(art. 46 da CF/88) . Com a finalidade de proporcionar maior desdobramento da atividade legislativa, dividindo-a em duas etapas.

A estrutura funcional do Poder Legislativo se encontra devidamente elencada na Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente nos artigos 44-75, nos quais o texto trata do fundamento basilar da estrutura de tais poderes.

Consoante o art. 44:

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e Senado Federal. Parágrafo único. Cada legislatura terá duração de quatro anos. (CBRF/88)

Não obstante, no cap. dos artigos 45 e 46 da referida Constituição é elencado que tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal

é composta pelos representantes do povo eleitos através do sufrágio universal – assunto que será posteriormente esmiuçado. Ademais, os deputados são eleitos pelo sistema proporcional, enquanto os senadores são eleitos em consonância ao princípio majoritário.

O Poder Legislativo tem funções típicas tradicionais e primárias, exercidas de forma padrão desde o advento da teorização sobre a separação dos poderes (Arts. 59 a 69, CRFB/88– normatização de elaboração de emendas à constituição e das leis) e funções atípicas com atribuições estabelecidas por normatividade constitucional, não tradicionais e em tese de competência típica dos Poderes Executivo e Judiciário.

Na sua elaboração , cada casa tem sua própria estrutura e recursos com competências privativas e indelegáveis (arts. 51 e 52 da CF/88), seus integrantes são eleitos de forma democrática, pelo voto, passando a usufruir de prerrogativas e deveres plúrimos para o livre exercício do mandato (arts. 53 a 56 da CF/88).

Porém a relação entre os poderes via de regra é repleta de tensões algumas necessárias e outras indesejáveis. Para um adequado funcionamento da estrutura estatal, a Lei Maior admitiu que em situações esporádicas os poderes possuíssem legitimidade para exercer funções atípicas, ou seja, que não lhe originariamente inerentes, afirma Nicole Pilagallo. Assim os Poderes do Estado exercem duas espécies de funções: típicas, ligadas à essência, à atividade principal do próprio poder; e atípicas que a despeito de não se relacionarem com a função principal, assegura a independência e equilíbrio na relação com os demais poderes, em um autêntico sistema de freios e contrapesos. (FONSECA, 2013, p.17)

As funções típicas do poder legislativo é legislar e fiscalizar, a as atípicas consiste em administrar e julgar. Já julgar é natureza típica do judiciário que exerce de forma atípica funções de natureza legislativa e executiva. Por derradeiro o poder executivo que tem como função central atos típicos de chefia de Estado, chefia de Governo e atos de administração. E exerce de forma atípica tanto função de natureza jurisdicional como de natureza legislativa, em consonância a Constituição Federal.

Nesse sentido, quer-se destacar que no Brasil algum tem tempo tem se notado a transferência das decisões políticas fundamentais para outras esferas de Poder que não possuem legitimidade democrática para tanto, constata Nicolle Pigallo. Melhor dizer que levando-se em conta “o cenário da separação e equilíbrio dos poderes estatais, percebe-se facilmente um apequenamento do Legislativo”. (FONSECA, 2013, p. 16).

4 DA CRISE DE LEGITIMIDADE

O tempo acelere-se. O que anteriormente era tratado como novidade, hoje não possa de lembranças. Vivemos em um contexto cuja demanda de mudança, do homem, da família, dos conceitos exige do Estado à assunção de renovadas tarefas que se agigantou de tal modo que tanto a liberdade dos cidadãos quanto o bem-estar dos cidadãos tem ficado a cargo do Estado, no entendimento de Cléve (2014).

Ainda nos dizeres de Forsthoff (apud Cléve, 2014) não muito tempo atrás o homem possuía domínio sobre o espaço vital, no qual suas necessidades vitais poderiam ser satisfeitas. Contudo, na sociedade contemporânea, tal fato é impossível de se realizar já que se estabeleceu de forma insuperável um relação de dependência entre os indivíduos e o Estado. Ademais o individuo necessita do Estado para quase tudo:

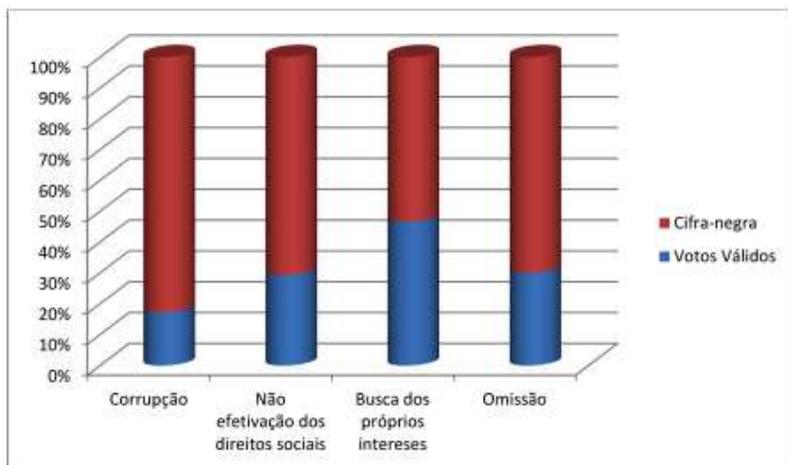
desde o suprimento da energia elétrica, água, saúde, providência, educação dentre outros. Na verdade, o Estado passar ser o pai que decepciona por não conseguir atender as expectativas da população, tornando-se o carrasco da liberdade.

Portanto, compete agora abordar a crise que está em curso no que tange aos representantes, subtende-se membros do congresso devido à falta de canais permanentes de diálogo entre os que representam e os que são representados em decorrência da participação popular está vinculada de forma majoritária ao direito de votar, nos dizeres de Cláudio Ramos.

Ressalta-se que a utilização de mecanismos de participação direta dos cidadãos nas decisões estatais (iniciativa popular, plebiscito e referendo) tem sido bastante escassa, o que não contribui para o aperfeiçoamento e avanço da democracia representativa. (FONSECA, 2013, p. 33).

Não obstante, o declínio da atividade legiferante do Congresso Nacional não decorre apenas do agigantamento dos outros poderes, mas em boa parte é consequência da própria inércia do legislativo, na maioria das vezes em desarmonia com o anseio da população. Assim sendo, as competências do Legislativo como o lugar de proposição, discussão e aprovação de leis não encontra-se mais. A potência do poder Executivo e a aliança política consoante os interesses da cúpula do executivo sobrepõem as funções do Legislativo, o encaminhando a adentrar numa crise de identidade sem antecedente. Exonerado de produzir leis por denúncias frequentes de corrupção o poder legislativo se torna acuado sujeitando ao Presidente da República além de índices numerosos de rejeição popular.

Cabe agora mencionar a pesquisa de campo realizada pelos autores, que vem a confirmar de forma factível todas as informações acima elencadas:



Os dados do gráfico em pauta mostram as principais razões evocadas pelos entrevistados como causa da crise de legitimidade. Obsta constar que foram entrevistados 98 alunos dos cursos de direito e administração, 3º período noturno das Faculdades Santo Agostinho. Os votos válidos dispensam explicações, já a cifra negra tange aqueles votos que não podem ser computados de maneira formal, uma vez que os entrevistados não disponibilizaram o CPF.

Dos votos válidos 17% dos entrevistados opinaram que os interesses democráticos não estão sendo respeitados e que o legislativo tem sido omissivo no cumprimento de seus deveres. 3% entendem que tanto os interesses democráticos têm sido respeitados como estão satisfeitos com a atuação do legislativo. E por derradeiro, 10% apesar de defender que há respeito aos interesses democráticos estão insatisfeitos com o desempenho do legislativo.

Do exposto, infere-se que o poder Legislativo de enfrentado mesmo uma crise de legitimidade decorrente da corrupção, não efetivação dos direitos sociais, busca de interesses próprios em detrimento do

bem comum, da omissão – “um atuar”, “um não fazer” por parte dos parlamentares. Essas foram as principais causas suscitadas pelos entrevistados, embora outras também tenham sido mencionadas, tais como: inflação, desemprego, falta de ética, escândalos frequentes, desonestidade de outros análogos.

Como bem sintetiza Bobbio:

Não se pode reduzir tudo à política, como se a única regra do comportamento humano fosse à conformidade com seu escopo. Entre os muitos efeitos deletérios da politização está a indiferença moral. Como nos ensinou Maquiavel, e de acordo com a verdade das coisas, a virtude do político nada tem a ver com a virtude de que falam os moralistas. Ela é a capacidade de atingir os efeitos pretendidos. (BOBBIO, 199, p. 125).

De maneira símile aponta Fonseca (2013) que como “já analisado o próprio Legislativo é responsável por parte significativa do enfraquecimento que vem sofrendo” (p. 18). Diz mais:

Em face da atuação insuficiente do Legislativo no atendimento às demandas legislativas provenientes do Estado Social, o Poder Executivo, que desfruta de desmesurado poder normativo com a inconstitucional utilização das medidas provisórias tornou-se um grande protagonista da produção normativa do País. (FONSECA, 213, p.18)

Além do mencionado furor legislativo do Poder Executivo, o próprio STF (Supremo Tribunal Federal), instituído como guardião da Constituição tem pegado para si o encargo de suprir eventuais lacunas legislativas que bloqueiam a fruição de direitos e garantias fundamentais. (FONSECA, 2013).

O que nos remete a Bobbio “o Estado está em pedaços. Entretanto, os tecelões (a comparação entre governantes e tecelões remonta

Platão) continuam a tecer tramas cada vez mais inconsistentes em cima de urdiduras cada vez mais frágeis e desgastadas”. (1999, p. 203).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas linhas anteriores, apresentou-se um quadro de tensão entre dois Poderes da República, Legislativo e Executivo, marcado por uma acentuada preponderância do último diante da escalada omissão e inércia legislativa porque passa o cenário político brasileiro.

A crise do Poder Legislativo que tanto se mensurou nesse trabalho da brandos indícios do que caminho a ser traçado pelo Estado brasileiro, entretanto são indícios considerável tendo em vista preocupação e sobre toda a mobilização a favor da proteção da bases fundamentais do Estado Democrático de Direito que nessa situação está destruída por vários pretextos, como o esvaziamento da esfera pública, o distanciamentos de cidadãos políticos e o consentimento de uma democracia elitista.

Numa visão fotográfica da crise de legitimidade do Poder Legislativo é exacerbado pela intemperança na edição de Medidas Provisórias (art. 62, da CF) ; a pauta do Congresso é tomada a reboque pelo Poder Executivo , sendo assim o legislador sendo vendado, velado e conduzido ao presidencialismo de coalizão. Assim permanecem os legisladores intactos e acomodados sem apresentar a sociedade brasileira um mísero projeto de lei que atenda uma minoria “hipossuficiente” .A democracia somente vai ser perfectibilizada plenamente quando os mecanismos democráticos previstos na Constituição Federal puderem ser utilizados sem máculas, sem serem burlados, sem estarem a serviço de interesses de uma elite dominante.

Portanto é necessário empregar todos os esforços em torno da reconstrução de uma esfera pública ativa, da formação de cidadãos políticos e da reformulação da democracia, pois, somente assim, poder-se-á garantir a segurança do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

FONSECA, Edson Pires da. *Direito Constitucional Legislativo: Poder Legislativo, Direito Parlamentar e Processo Legislativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013.

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

BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política*. / tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o Poder em Crise*. / tradução João Ferreira Filho – Brasília: UNB, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. / tradução Paulo César de Souza- São Paulo: Companhia da Letras, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, Lucyllen Roberta Dias. *Crise de legitimidade do poder legislativo e ativismo judicial: Uma análise crítica do*

fenômeno como fator de risco para Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos>>.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mader. *O risco da crise do poder legislativo para o Estado Democrático de Direito: A necessária reconstrução da esfera pública, o resgate político e a reformulação da democracia*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/229/222>>.

A APARENTE NORMALIDADE DOS ATOS DOS NAZISTAS

*Cynthia Mirella Cangussu Fernandes Sales**

1 INTRODUÇÃO

Com a promessa de devolver aos alemães a dignidade perdida pela crise econômica que assolou a Alemanha desde a Primeira Guerra Mundial, Hitler ascendeu ao poder, e pouco a pouco tratou de eliminar todos os que fossem contrários ao seu governo.

Motivado pelo antissemitismo europeu, Hitler incluiu entre os seus inimigos o povo judeu e não poupou esforços para eliminá-los de seu caminho, sob o argumento de que eles representavam a fonte de todo o mal pelo qual passavam os alemães.

A propaganda publicitária e o direito positivo vigente são apontados como instrumentos eficazes para traduzir um sentimento geral do povo Alemão. Tornaram facilmente aceitas condutas que em outras circunstâncias certamente seriam tidas como reprováveis pela maioria integrante daquele sistema.

Através de um resgate sintético das atrocidades cometidas pelo partido nazista contra os judeus, bem como da demonstração das principais ferramentas utilizadas por Hitler para difusão e execução do seu plano de extermínio, o presente estudo tem como objetivo chamar atenção para o aparente estado de normalidade criado por Hitler nos alemães e até mesmo nos executores de seu plano.

¹ Advogada e Professora de Direito de Família das Faculdades Santo Agostinho.

2 SÍNTESE PROGRESSIVA DO TERROR²

Quando Hitler ascendeu ao poder em 1933, seus objetivos de extermínio dos Judeus, ao que tudo indica, não estavam ainda traçados. Objetivava inicialmente, segundo relatos históricos, apenas retirar os entraves ao seu governo, que naquele momento eram representados pelos comunistas e pelos socialdemocratas.

Com um discurso anticapitalista e com promessas de livrar a Alemanha da crise econômica que se estabelecera desde a Primeira Guerra Mundial, Hitler foi conquistando, com seu carisma peculiar, o povo alemão e concentrando gradativamente mais poder.

Utilizando-se do incêndio do parlamento em 27 de fevereiro de 1933, cuja autoria fora atribuída ao comunista holandês Martin Van der Lubbe, Hitler, então chanceler, iniciou sua trajetória na concentração máxima do poder. Conseguiu, a partir desse acontecimento, que o presidente Hindenburg assinasse um decreto, denominado de “Decreto para a proteção do povo e do Estado” em 28 de fevereiro de 1933, o qual cerceava algumas liberdades fundamentais do povo, notadamente a de imprensa e de associação.

No mesmo decreto, limitou o sigilo epistolar e a inviolabilidade do domicílio. Instituiu, para alguns casos, pena de morte, bem como medidas de detenção preventiva contra os inimigos políticos, naquele momento, direcionadas aos comunistas.

² Todo o contexto histórico desse item fora pesquisado nos livros: *História Ilustrada do Nazismo – o poder e as consequências* Vol. I e II e *Holocausto – A estratégia de Purificação Racial de Hitler*.

Ainda em 1933, ano em que foi nomeado Chanceler, motivado pelo movimento antissemita europeu, Hitler estabeleceu medidas a fim de excluir os judeus da vida econômica e social alemã.

Já em maio daquele ano, fora determinada a queima de livros escritos pelos judeus, políticos dissidentes e demais pessoas que não se adequavam a nova ordem estabelecida.

Em agosto de 1934, Hitler recebe o cargo de Chanceler do Reich, e determina que as forças armadas alemãs lhe dediquem lealdade e obediência. Já no ano seguinte, impede que os judeus entrem ou sirvam às forças armadas do país.

Em setembro de 1935, são decretadas as Leis de Nuremberg. Nesse conjunto de normas dirigidas contra o povo judeu, foi determinada a privação de seus direitos políticos. Estabeleceu-se, com a edição dessas normas, a defesa do sangue e honra alemã, por isso foi proibido o casamento entre judeus e arianos. Além disso, a partir daí, foram considerados nulos os casamentos já contraídos nessas condições.

No intuito de evitar contaminação da raça ariana, os nazistas adotaram medidas que impedissem qualquer contato entre judeus e alemães que pudessem levar a relações sexuais entre eles. Assim, mulheres alemãs, com idade inferior a 45 anos, foram proibidas de prestar serviços a judeus. Afastaram também os judeus das piscinas públicas, pois consideravam que aqueles locais eram propícios à aproximação indevida, repudiada pelas novas regras impostas pelo partido. E, a partir de 1936, os médicos judeus foram impedidos de proceder a exames nos órgãos genitais das mulheres arianas.

Em 1938, foram confiscadas as carteiras de motoristas dos judeus e no ano seguinte, foi determinada a permanência em casa após as oito horas da noite. Em seguida foram proibidos de sair do município

em que estavam estabelecidos, bem como de utilizarem o transporte público em horários de muito movimento.

Anne Frank (FRANK, 2012, p. 21), em seu diário, confirma as restrições impostas ao povo judeu e resume o tratamento a eles dispensado. Segundo ela:

Nossa liberdade foi gravemente restringida com uma série de decretos antisemitas: os judeus devem usar uma estrela amarela; os judeus eram proibidos de andar nos bondes; os judeus eram proibidos de andar de carro, mesmo em seus próprios carros; os judeus deveriam fazer suas compras entre três e cinco horas da tarde; os judeus só deveriam frequentar barbearias e salões de beleza de proprietário judeus; os judeus eram proibidos de sair às ruas entre oito da noite e seis da manhã; os judeus eram proibidos de frequentar teatros, cinemas, ou ter outra forma de diversão; os judeus eram proibidos de ir a piscinas, quadra de tênis, campos de hóquei ou a qualquer outro campo esportivo; os judeus eram proibidos de ficar em seus jardins ou nos de amigos depois das oito da noite; os judeus eram proibidos de visitar casas de cristãos; os judeus deveriam frequentar escolas judias etc. Você não podia fazer isso nem aquilo, mas a vida continuava.

Em 1941, como destacado por Ane Frank (2012), os judeus foram obrigados a usar a estrela amarela para melhor identificação e posterior transferência para os guetos. Iniciava-se nesse período, a fase da concentração, fase preliminar da “solução final”. Com isso, a emigração que fora incentivada até 1939, passou a ser proibida a partir de 1941.

Já nos guetos os judeus eram proibidos de manter contatos com os que estavam fora deles. Com a falta de contato com o mundo externo e com comida insuficiente para alimentar as pessoas ali confinadas,

desnutrição, doença e morte, principalmente por epidemia, eram palavras comuns naquelas comunidades.

Dos guetos os judeus foram transferidos aos campos de concentração e eram obrigados a jornadas de trabalho em condições desumanas. Segundo Morrison (2006), os campos de concentração se assemelhavam ao regime militar, pois inicialmente fora imposto aos adversários políticos do nazismo, na intenção de reeducá-los. Posteriormente, o sistema de confinamento foi destinado também aos judeus, porém sem finalidade reeducativa, mas, preparatória para a promoção do extermínio que estaria por vir.

Devido às más condições a que eram expostos, muito trabalho e pouca alimentação, além dos castigos físicos, muitos judeus pereceram nesse sistema antes mesmo de se chegar aos campos de extermínio.

Para evitar a reprovação da população alemã, os campos de extermínio começaram a funcionar na Polônia. De 1941 a 1942, foram criados os campos de Sobibor, Treblinka, Chelmno, Majdenek, Belzec e Auschwitz II.

O extermínio dos judeus fora projetado e executado com a utilização das técnicas mais apuradas, nas mais variadas áreas do conhecimento. Conforme observa Morrison (2006) técnicas sofisticadas de engenharia, administração, química industrial, tornaram mais eficientes e dinâmicas a produção da morte dos judeus nos campos de extermínio.

Morrison (2006, p. 367) destaca o posicionamento de Feingold, acerca desses campos:

Era também uma extensão rotineira do sistema fabril moderno. Em vez de produzir bens, a matéria prima eram seres humanos e o produto final era a morte; o número de unidades diárias era

cuidadosamente registrado nos gráficos de produção. As chaminés, símbolos do sistema fabril moderno, lançavam uma fumaça acre produzida por carne humana queimada.

Segundo estatísticas históricas, o Holocausto ou “solução final para o problema dos judeus europeus”, com sua política sistemática e organizada burocraticamente, foi responsável pelo extermínio de 5 a 6 milhões de judeus. Segundo consta, se estima que mais de 4 milhões foram mortos nos campos de concentração e extermínio, e outros 2 milhões de judeus, morreram nos guetos, por doença, fome ou fuzilamento. Números aproximados, visto que é impossível se chegar ao exato número do genocídio perpetrado pelos nazistas.

Além dos judeus, a ira nazista foi também direcionada aos ciganos, aos homossexuais, aos criminosos, antissociais, deficientes e aos débeis. Antes da “solução final”, ou em concomitância com ela, Hitler implementou o programa T4, que era a utilização de experimentos científicos voltados ao extermínio dos doentes mentais e portadores de deficiência, os quais também comprometiam a pureza da raça ariana.

3 OS INSTRUMENTOS LEGITIMADORES DO IDEÁRIO NAZISTA

Alguns mecanismos foram essenciais para que os nazistas alcançassem seus objetivos. Segundo Morrison (2006, p.367) a propaganda, o direito e a prática de desumanização, foram instrumentos fundamentais para o desfecho final dos judeus na Alemanha Nazista. afirma o autor que o “Holocausto não poderia ter ocorrido sem a destruição das qualidades de solidariedade e empatia que Hume e outros entendiam como bases da vida moral” alemã.

A política nazista antissemita, segundo aponta Morrison (2006), citando

o pensamento de Goldhagen, continha um tríplice ataque à existência social do povo judeu. Destaca que todo ataque era sustentado na poderosa propaganda nazista, nos maus tratos físicos perpetrados contra os judeus e finalmente na separação legal representada pelos guetos e pelos campos de concentração e extermínio.

Com a implementação dessas condutas gradativas e frequentes os nazistas conseguiriam transformar os judeus em seres indignos da proteção do Estado e desprezíveis aos olhos da população alemã.

Com as campanhas publicitárias os nazistas conseguiam desumanizar os judeus, tornando-os criaturas de menor importância social. Incutiam no imaginário alemão que eram os judeus a fonte de todo mal, induzindo a população a não cultivar em relação a eles qualquer sentimento de solidariedade ou compaixão, com isso, preparam o campo fértil para a solução final.

Segundo o próprio Hitler³:

A propaganda política busca imbuir o povo, como um todo, com uma doutrina [...] A propaganda para o público em geral funciona a partir do ponto de vista de uma ideia, e o prepara para quando da vitória daquela opinião.

Para a transmissão do ideário nazista, Hitler contou com um ministério específico, estabeleceu o *Ministério do Reich para Esclarecimento Popular e Propaganda*, encabeçado por Joseph Goebbels, o qual foi incumbido de disseminar, por vários meios, as ideias do partido recém elevado ao poder.

³ Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005202>>
.Acesso em: 02 jul. 2012.

Segundo a Enciclopédia do Holocausto, disposta no site *United States Memorial HolocaustMuseum*, a propaganda nazista tinha um papel crucial no extermínio dos judeus:

O regime nazista até o final utilizou a propaganda de forma efetiva para mobilizar a população alemã no apoio à sua guerra de conquistas. A propaganda era também essencial para dar a motivação àqueles que executavam os extermínios em massa de judeus e de outras vítimas do regime nazista. Também serviu para assegurar o consentimento de outras milhões de pessoas a permanecerem como espectadoras frente à perseguição racial e ao extermínio em massa de que eram testemunhas indiretas.

No que concerne aos maus tratos físicos, os nazistas, perpetravam, estimulavam ou toleravam violências contra os judeus, tudo isso aprovado pelo povo alemão, já embebedos do ideário amplamente difundido pelas campanhas publicitárias. A partir daí, o aprisionamento nos campos de concentração e extermínio, tornou-se consequência natural para a história do povo judeu.

Com a disseminação das ideias nazistas preparou-se o cenário adequado para a próxima etapa rumo à eliminação dos judeus. A separação social veio a partir de condutas jurídicas e administrativas bastante orquestradas, sustentadas em teorias desenvolvidas por renomados juristas.

Noticia Rafecas (2010) que Schimitt publicou um artigo em 12 de maio de 1933, estimulando o afastamento dos judeus da vida pública:

Las nuevas determinaciones sobre funcionarios, médicos y abogados, limpianla vida pública de elementos extranjeros no arios [...] En este grande y profundo, pero al mismotiempo interno proceso de cambio [...] nada heterogéneo debeentrometerse. Él nos *perturba*, aunqueseaconbuenaintención, en una forma

dañina y peligrosa. Nosotros aprendemos sobre todo a diferenciar entre *amigo* y *enemigo*.

Com a Lei de Restauração do Funcionalismo Público de 7 de abril de 1933, os judeus foram afastados do serviço público. Em 22 de setembro do mesmo ano, foram afastados também das atividades culturais e da imprensa. Segundo Morrison (2006), mais de duas mil leis e decretos administrativos foram editados com a finalidade de promover a degradação e exclusão do povo judeu.

Durante a era nazista o direito foi um dos grandes ou talvez o maior instrumento legitimador das ações do partido. Segundo Morrison (2006), as leis editadas nesse período, notadamente as Leis de Nuremberg, em setembro de 1935, estabeleceu a política de purificação da raça ariana, bem como promoveu o confisco das propriedades do povo judeu. E segundo o autor, como toda determinação provinha de uma norma, a população se sentia confortável diante da ação nazista, e não se preocupavam em questionar a legitimidade ou ilegitimidade daquelas condutas, pois se tende a pensar que o que é legal é também moral e ético.

Morrison (2006, p. 363) lamenta:

As leis, os regulamentos e as medidas da década de 30 roubaram aos judeus seus meios de subsistência, empobreceram-nos e desmoralizaram-nos, isolando-os do conjunto da sociedade em cujo âmbito moviam-se livremente até bem poucos anos. Tornaram os judeus socialmente mortos, transformando-os num material subumano, ervas daninhas que precisavam ser arrancadas do jardim.

Ainda segundo Morrison (2006), a legalidade do governo do Terceiro Reich, decorria da República de Weimar que o precedeu. Quando Hitler foi eleito Chanceler em 1933, a partir do incidente anteriormente

noticiado, conseguiu autorização do então presidente Hindenburg, para que pudesse governar através de decretos de emergência, sem precisar passar pela aprovação do congresso.

Rafecas(2010) demonstra o efeito das Leis do regime nazista sobre o povo judeu:

De este modo, permitió a los nazis sentar las bases formales y materiales para los pasos posteriores del proceso de destrucción del colectivo judío, esto es, la cancelación sistemática de derechos; la expoliación económica; la concentración en zonas determinadas, o bien en guetos; la deportación fuera de los confines del territorio; y finalmente, el exterminio físico de millones de niños, hombres, mujeres y ancianos, por la sola condición de encajar en algunas de las categorías de “judío” diseñadas por Stuckart y Lösener, sancionadas por Frick y Hitler y legitimadas inmediatamente por Schmitt y otros juristas fieles al nazismo.

Segundo Morrison (2006, p.364), “o nazismo concebia o Estado como um corpo coletivo com uma hierarquia de estruturas autoritárias administradas por membros do partido, com um líder forte à frente”. Por isso a vontade desse líder é sempre soberana, e o direito positivo era o instrumento eficaz para exprimir essa vontade.

A exemplo dessa afirmativa se tem, segundo Rafecas (2010) a concessão de amplos poderes legislativos a Hitler. Transformando o parlamento em mera peça “decorativa” com a obrigação de apenas confirmar a vontade do ditador.

Conduta mais uma vez confirmada pelos juristas da época. Vozes que deveriam ecoar contra os desmandos do sistema instituído pelos nazistas, ao contrário, através do discurso jurídico, legitimavam as ações do ditador. Lembra Rafecas (2010) a divulgação de Schmitt:

“El programa del Partido Nacional-socialista Alemán (NSDAP) es una genuina, y por ciertola más importante, fuente del derecho. Es ya desde ahoraderecho válido.”

Impossível não destacar o pensamento de Bobbio (2006) acerca da norma fundamental. Segundo ele a norma estabelece o que é preciso obedecer, como a norma é produto do conjunto de forças políticas de uma época, poderiam a seu critério, estabelecer um novo ordenamento, segundo ele, reduzindo o direito à força. Fato perceptível no que concerne ao Holocausto, a norma jurídica produziu a legitimidade da ação nazista.

4 A APARÊNCIA DE NORMALIDADE CRIADA PELO SISTEMA NAZISTA

O carisma do ditador e a popularidade do partido perpetrada pelas mais altas técnicas publicitárias, bem como, a edição de normas tendentes a obter a finalidade do partido, levaram o povo alemão a aceitar e muitas vezes cooperar com o ideal nazista.

Walter Funk ministro da economia da era nazista relata à Leon Goldensohn (2006, p. 117) o quão envolventes eram as palavras do líder nazista e que “o magnetismo pessoal de Hitler atraía milhões de pessoas”. E nesse contexto era fácil acreditar que tudo o que dele partia era o melhor para o povo alemão.

Hitler conduziu o holocausto de tal forma que a maioria de seus “súditos” não percebia ou não queria perceber a extensão das barbaridades por ele cometidas. Alguns de seus generais, julgados em Nuremberg, ao confidenciar ao Dr. Leon Goldensohn (2006, p.460), não se sentiam responsáveis pela ação nazista. Diziam, em muitos trechos da obra, não conhecer ou não participar do “assassinato dos judeus”.

Alguns dos entrevistados se diziam meros cumpridores de ordens, a maioria deles ocupava altos postos militares e destacavam que haviam feito juramento de bem servir a pátria e o povo alemão, e se as ordens eram aquelas deveriam ser cumpridas.

Sentimento que coaduna com as determinações Kelsenianas, segundo as quais (KELSEN, 1999, p. 131), “o conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma norma jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral.” Segundo ele, “o homem deve fazer o que deve fazer”.

Esse posicionamento conduz à reflexão proposta por Hanna Arendt (2011), em seu livro *Eichmann em Jerusalém – Um Relato Sobre a Banalidade do Mal*. Destaca a autora que, Eichmann, quando questionado acerca do envio dos judeus aos campos de concentração e extermínio, não se sentia culpado pela morte de nenhuma daquelas pessoas, e se qualificava, a todo momento, como um mero funcionário público, cumpridor de ordens legítimas emanadas de seus superiores.

Em vários trechos da obra, Eichmann se colocava como um burocrata cumpridor dos seus deveres e não como um monstro como se tentava demonstrar naquela ocasião. Daí a demonstração da banalização do mal, já que sequer os próprios executores do Holocausto estavam convictos do mal que praticaram.

Pelo que se depreende dos vários depoimentos dos nazistas, percebe-se que o mal praticado por eles durante a dominação do regime, muitas vezes, não era do conhecimento dos próprios executores, pois não tinham consciência de que praticavam algo reprovável, mas tão somente executavam o que lhes era determinado.

Fenômeno também observado nos depoimentos dos nazistas julgados em Nuremberg. Segundo relatos de Leon Goldensohn (2006), seus

pacientes também, apenas obedeciam ao regime.

Em alguns trechos da obra de Arendt (2011), a filósofa destaca a convicção do acusado (Eichmann) de que na realidade não cometeu mal algum contra os judeus, ao contrário, trabalhou muito na preservação da vida deles, quando trabalhava na emigração. Cumpria as ordens que lhe eram determinadas e continuava a cumpri-las quando lhe mudaram de função. Fazia portanto, o que deveria fazer.

O efeito de normalidade produzida no povo alemão bem como nos executores da obra de Hitler pode também ser atribuída à forma como tudo foi arquitetado. O sistema fabril estabelecido pelo regime nazista para a destruição do povo judeu facilitava a condição de não responsabilidade perante o resultado final do processo, pois cada um era responsável por apenas uma parte dele e não se interiravam de todo o contexto, por isso, quem conduzia não poderia ser responsabilizado pelo resultado morte.

Segundo Morrison (2006, p.367):

A perfeita organização da moderna rede ferroviária europeia levava um tipo de matéria prima para as fabricas. E o fazia como se transportasse outro tipo de carga. Nas camaras de gás, as vítimas inalavam um gás venenoso que em geral provinha de capsulas de acido cianídrico produzidas pela industria química alemã avançada. Engenheiros projetaram os crematórios; administradores conceberam o sistema burocrático que funcionava com um dinamismo e uma eficiência que deixaria com inveja as nações mais atrasadas. O próprio plano geral era um reflexo do moderno espírito científico as avessas. O que ali se via era nada menos que um gigantesco esquema de engenharia social.

Bauman, citado por Morrison (2006) afirma que todo o conteúdo do Holocausto provinha de um estado de normalidade e os muitos

ingredientes utilizados pelos nazistas para torná-lo realidade, decorriam de elementos de conhecimento geral e em conformidade com tudo o que se sabia da civilização até então:

A verdade é que cada ingrediente do holocausto – todas as muitas coisas que o tornaram possível – era normal; normal não no sentido do conhecido, de mais um espécime numa grande classe de fenômenos há muito tempo descritos em todos os seus aspectos, explicados e conciliados (ao contrário, a experiência do Holocausto era nova e desconhecida), mas no sentido de estar em conformidade com tudo que sabemos sobre nossa civilização, seu espírito condutor, sua prioridade, sua visão de mundo imanente – e de observar as maneiras ideais de buscar a felicidade humana juntamente com uma sociedade perfeita. (MORRISON, 2006, p. 367)

O conjunto de instrumentos utilizados pelos nazistas na consecução de seus objetivos transformou suas ações ilegítimas em legítimas, ocasionando na população e nos integrantes do próprio regime, um sentimento e consciência de que tudo o que foi feito, foi feito para a promoção de um bem maior, a restauração da dignidade do povo alemão. E nesse contexto, a eliminação de semelhantes não poderia ser considerada como reprovável, pois esses semelhantes eram a causa de todo sofrimento do povo alemão naquela ocasião.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com seu carisma, Hitler fez crer que as medidas, tomadas durante o regime nazista, se destinavam a fortalecer o povo alemão, através da eliminação de toda corrupção representada pelos judeus, não se descuidando de destacar a necessidade de eliminação dos doentes mentais, como também dos portadores de enfermidades incuráveis, e de todos os demais indesejáveis, reforçando a ideia da necessidade da purificação da raça alemã.

No cenário de terror experimentado na Alemanha Nazista, o direito, a mídia e a tecnologia avançada foram instrumentos essenciais para a difusão e consecução do ideário nazista, instrumentos essenciais, para refletir a aparente normalidade experimentada pelo cidadão alemão ante as atrocidades cometidas pelo partido.

Não se pode afirmar, entretanto, se os instrumentos utilizados pelos nazistas refletiam também o desejo contido da população, para exterminar os sofrimentos pelos quais passava, decorrente da crise econômica que os assolava.

Talvez o crime maior dos nazistas tenha sido apresentar aos alemães um culpado pelo seu sofrimento, no caso os judeus, e diante disso torturar e exterminar o grande vilão, não parecia pecado, ainda mais quando legitimados pelo poder vigente.

De fácil constatação, entretanto, é que o sofrimento experimentado pelo povo alemão em decorrência da crise econômica, associado a poderosa propaganda estatal manipuladora, mais as normas legitimadoras de suas ações, facilitaram a manipulação pelos nazistas, para que a população de bem aceitasse a solução final para a questão do povo judeu, transparecendo a normalidade presenciada por todo o mundo.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – Um relato sobre a banalidade do mal. 11.ed. Schwarcz. São Paulo: 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10.ed. UNB. Brasília (2006).

FRANK, Otto H. PRESSLER, Mirjam. **O Diário de Anne Frank**. 15. Ed. BestBolso. Rio de Janeiro: 2012.

GOLDENSONHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**. 3. Ed. Companhia das Letras. São Paulo: 2006.

História Ilustrada do Nazismo – Rumo ao Poder: 1919 – 1933. Vol. I. Larousse. São Paulo: 2009.

História Ilustrada do Nazismo – O Poder e as Consequencias: 1933 – 1945. Vol. II. Larousse. São Paulo: 2009.

HOBSBAM, Eric. **Era dos Extremos** – O breve século XX. 2.ed. Companhia das Letras. São Paulo: 2008.

Holocausto – A Estratégia de Purificação Racial de Hitler. Escala. São Paulo.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes. São Paulo:1999.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito** – Dos Gregos ao Pós-Modernismo. Martins Fontes. São Paulo: 2006.

RAFECAS, Daniel. **La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt**. *publ. en Revista “Academia”, Año N° 8, Nro. 15, 2010, pp. 133-166 y en la revista “Nuestra Memoria”, Museo del Holocausto Buenos Aires, Año XIV, N° 34, Diciembre de 2010, pp. 97-124.*

WILLIAMSON, Gordon. **A Polícia Secreta de Hitler** – A atuação da SS na II Guerra Mundial. Livros Escala. São Paulo: 2006.

_____. **A Polícia Secreta de Hitler** – A formação da SS e seu papel na Alemanha Nazista. Livros Escala. São Paulo: 2006.

Sítio consultado:

<<http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005202>>

REFUGIADOS AMBIENTAIS: NOVOS DESAFIOS DOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS COM ENFOQUE NOS DESLOCAMENTOS DOS HAITIANOS PARA O BRASIL

*André de Souza Oliveira**

RESUMO: O presente trabalho busca abordar os novos desafios interpostos pela sociedade contemporânea, no que tange aos direitos e garantias dos Refugiados e a necessidade do reconhecimento da modalidade do refugiado ambiental, que apesar de não estar postulada no âmbito normativo, tem encontrado respaldo na esfera doutrinária sendo também reconhecido pela ONU como um fenômeno crescente e irreversível, face aos desastres ambientais naturais majorados pelas mudanças climáticas. Dentro desta conjuntura, também será analisado a atual situação jurídica dos imigrantes Haitianos que se deslocam para o Brasil. Apesar de postularem todos os requisitos que configura o status de Refugiado Ambiental, este ainda não fora reconhecido pelo governo brasileiro. A metodologia utilizada fora o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito dos Refugiados, Refugiados Ambientais, Migração dos Haitianos para o Brasil

* André de Souza Oliveira, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho e graduando em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Montes Claros. E-mail: andresouza.uni@icloud.com.

1 INTRODUÇÃO

O estudo dos Direitos Humanos dos Refugiados é comum tanto na disciplina de Direitos Humanos tal qual nos conteúdos proferidos no Direito Internacional Público. Tratando-se, portanto, de um elementar mecanismo jurídico internacional na proteção do tripé fulcral inerente aos valores da pessoa humana: vida, liberdade e dignidade.

O fenômeno da imigração sempre se fez presente na história da humanidade, os principais elementos desencadeadores deste fenômeno estavam atrelados até então as perseguições de ordem religiosa, ideológica, como também aos conflitos (ou ameaça) por disputa de poder, ou território. Todavia, com o aumento vertiginoso do número de desastres naturais – muitos deles provocados ou acelerados pela ação humana no meio ambiente global – um novo fator desencadeador se impõe para o instituto do refúgio, trata-se da figura do refugiado ambiental.

O refugiado ambiental, diferentemente dos demais, não está circunscrito as ameaças pessoais direcionadas a determinado indivíduo ou grupo. Isto porque a força motriz que o qualifica está associada aos eventos da própria natureza (diante do meio ambiente global) que não se restringe as fronteiras geográficas, ou as diferenças políticas, sociais e ideológicas. De modo que todos estão sujeitos, aos efeitos deletérios provenientes das catástrofes ecológicas.

Partindo desta premissa este trabalho busca apresentar um breve panorama quanto a evolução da ideia de refúgio dentro do direito humanitário, como também analisar o atual mecanismo jurídico internacional sobre o direito do refugiado face aos novos desafios contemporâneos, e, por sua vez, investigar o atual status jurídico concedido pelo Brasil aos haitianos que pleiteiam refúgio.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DOS REFUGIADOS

São múltiplos os fatores que aduzem um indivíduo a migração, dentre estes estão os de aspectos: políticos, econômicos, sociais e, não obstante, os ambientais. Este fenômeno exsurge de uma necessidade iminente de proteção dos valores fundamentais da pessoa humana e do auspício, por parte do migrante, em buscar uma oportunidade para melhoria de vida, livre de potenciais ameaças a liberdade e a própria vida.

Os migrantes bifurcam-se, basicamente, em duas categorias: os forçosos e os não forçosos. Este trabalho ater-se-á a categoria dos migrantes forçosos, mais especificamente, os refugiados.

Para fins de melhor compreensão, faz-se importante sublinhar a diferença instituída entre os institutos jurídicos de asilo e refúgio, embora guardem entre si semelhanças na garantia dos direitos civis de um estrangeiro residente, estes não se confundem e não se misturam, neste liame Barreto (2009, p.05) bem elucidada:

[...] Embora apresentem algumas semelhanças a principal característica que diferencia o asilo do refúgio é o fato de que o asilo é ato soberano do Estado, ou seja, é uma decisão política e o seu cumprimento não está vinculado a nenhum organismo internacional. O Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo nem declarar por que o nega. Diferentemente a concessão do *status* de refugiado, quando preenchidos os requisitos, obriga os Estados signatários dos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados (a já mencionada Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967). Os órgãos internacionais multilaterais realizam o controle da aplicação das normas sobre o refúgio e os Estados respondem pelo não cumprimento de seus deveres ou violação das normas específicas. [...]

De acordo com a definição clássica plasmada na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiado (1951), refugiado é toda pessoa que por causa de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao mesmo.

Conforme observa Ramos (2011, p.104)

[...] Do ponto de vista histórico, é relevante registrar que a referida Convenção, (...) **fora concebida em virtude de uma preocupação específica** – os grandes deslocamentos humanos no continente europeu **após a segunda guerra mundial**. Com o avançar do tempo e o surgimento de novos focos de conflitos e fluxos de refugiados além das fronteiras da Europa, conferiu-se **alcance universal** ao presente instrumento a partir da eliminação das limitações geográficas e temporais existentes no texto original. Vale salientar que foi com Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967) que se ampliou o alcance da Convenção em seus aspectos geográfico e temporal[...] (grifo nosso)

Partindo desta premissa, seguindo Ramos (2011) pode-se vislumbrar que na concepção clássica apesar de apresentar grandes avanços na proteção dos direitos humanos universais, esta mantém-se adstrita ao caráter individualista interposto pela figura essencial do “agente perseguidor”, limitando desta maneira aos eventos provocados pelo Homem.

Apesar da natureza restritiva adotada pela definição clássica do Estatuto do Refugiado, no âmbito regional houve uma ampliação da ideia de refúgio, como tentativa de abarcar novos casos advindos de contextos específicos, como bem planificado por Ramos (2011, p.107)

[...] A proteção universal mínima estabelecida pela Convenção

de 1951 foi ampliada no âmbito regional, sendo incorporadas ao rol de motivações preexistente outras situações para a concessão do status de refugiado, de modo a adaptar a proteção dos refugiados a contextos específicos [...]

Pode-se elencar, basicamente, dois instrumentos jurídicos internacionais de âmbito regional que incorporam novos elementos na concepção de refugiado: a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 (aborda os aspectos específicos sobre os problemas dos refugiados na África), e a Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984) (América Central, México e Panamá), segundo Ramos (2011, p.77)

[...] Ambos os instrumentos preveem a ampliação do conceito de refugiado estabelecido na Convenção de 1951/Protocolo de 1967, adaptando-o à realidade de cada região (África e América Central). Nesses dois diplomas, consideram-se também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países (de origem, nacionalidade ou local de residência habitual) porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas em razão de violência generalizada, agressão (ocupação ou dominação) estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias/acontecimentos que tenham perturbado gravemente a ordem pública [...]

Com base na declaração de Cartagena (1984), o ordenamento jurídico brasileiro incluiu a violação a direitos humanos como causa ensejadora da condição de refugiado, conforme postulado na lei 9474/97. Segundo Kim (2006, p.10)

[...] a lei brasileira nº. 9.474 de 1997 amplia ainda mais o conceito de refugiado, vez que não impõe condições específicas, em seu artigo 1, inciso III, 'devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país'. Alguns

autores, também, acrescentam como possível causa da problemática do refúgio os desastres naturais formando os chamados ‘refugiados ambientais’ [...]

Contudo vale salientar que os textos legais supracitados são instrumentos internacionais de alcance regional, o que para Barros (2011), apesar de ser um avanço não se faz suficiente na lida com a comunidade internacional como um todo, para isto, seria fundamental a ratificação de um instrumento internacional de âmbito global que positivasse uma definição abrangente e de alcance global, estabelecendo por sua vez critérios de categorização que permitam adotar soluções específicas.

3 REFUGIADO AMBIENTAL

Embora não haja uma regulamentação normativa quanto ao Direito Internacional do Refugiado que contemple a figura do refugiado Ambiental, esta definição tem se tornado recorrente nos meios midiáticos como também tem permeado, no âmbito doutrinário, intensos debates face aos desastres ambientais naturais, muitos desses majorados pelo papel de degradador assumido pelo homem moderno de maneira a ocasionar drásticas mudanças do meio ambiente natural dentro do atual cenário mundial. Como bem clarificado por Hossneet *al.* (2012, p.409):

[...] A questão dos refugiados não é recente no mundo. O que é novo é o aparecimento de refugiados que saem de seus países por motivos outros que não só perseguições. Calcula-se que milhões de pessoas deixaram seus lares em função de secas, desertificação, erosão do solo, acidentes industriais e outras causas ambientais. A mudança climática, induzida principalmente pelo padrão de consumo e produção industrial impostos pelos países desenvolvidos e pelos países industrializados, acelerou muitos desses processos naturais e

trouxe consigo novos problemas. Observa-se que, nos últimos anos, os desastres naturais produziram mais refugiados que as guerras e os conflitos, e o aquecimento global, causado pela ação do homem, é um dos principais causadores dos problemas ambientais hoje no mundo, ainda que não seja o único. [...]

A popularização do termo “refugiados ambientais” advém da obra *environmentalrefugees* (1985) publicada pelo professor Essam El-Hinnawi que segundo por Hossneet *al.* (2012) está concatenado, não mais a figura do “perseguidor”, mas a uma série de problemas ambientais que resvalam ,por sua vez, diretamente na esfera socioeconômica e cultural tanto das áreas atingidas pelos efeitos das catástrofes ambientais, como também às áreas que se tornam rotas potenciais para imigração.

Segundo definição do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA, 1985, [...]):

[...] refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo.[...]

Partindo desta premissa conceitual, pode-se categoriza duas modalidades, apontadas pela doutrina, que postulam a hipótese do instituto do refugiado ambiental, segundo Myers *apud* Hossneet *al* (2012, p.411)

[...] O primeiro grupo sendo formado por aqueles que se viram obrigados a deixar suas casas devido à degradação, enchentes, secas e desertificação, e que são chamados também de “**refugiados induzidos por desastres**” e “**migrantes**”

induzidos pelo desenvolvimento”, como aqueles que deixaram suas casas devido a acidentes humanos que levaram ao êxodo ambiental; e o segundo grupo, formado por aquelas pessoas que deixam seus países devido a **conflitos que tiveram início por razões ambientais e tornaram-se, ao longo do processo, conflitos políticos**, e que, por essa razão, não cabem no conceito de refugiado da Convenção de 1951 [...] (grifo nosso)

Conforme o Relatório Global do HABITAT Cidades e Mudanças Climáticas em Assentamentos Humanos apresentado pela ONU (2011, sn) estima-se que, “[...] em 2050, poderá haver até 200 milhões de refugiados ambientais em todo o mundo, muitos dos quais serão forçados a deixar as suas casas por causa da elevação dos níveis do mar e os aumentos da frequência de inundações ou secas.” Neste mesmo estudo também aponta que em 2010, já haveria 50 milhões de refugiados ambientais, de maneira a superar o às categorias de refugiados tradicionais. Segundo Barros (2011, p.11) “[...] Hoje já se reconhece que os deslocamentos humanos vinculados a grandes projetos de desenvolvimento e a desastres naturais ocorrem de cinco a dez vezes mais do que os deslocamentos gerados por conflitos.”.

Dentre os riscos advindos em decorrência das catástrofes ambientais, têm-se: os maremotos, terremotos, ciclones tropicais, eventos de precipitação intensa e condições meteorológicas extremas, dentre outros, que segundo Clos (2011, sn)

[...] podem prejudicar os alicerces e o funcionamento das cidades com repercussões generalizadas na infra-estrutura física, econômica e social das cidades. Nós já sabemos que os impactos das mudanças climáticas serão particularmente severos em zonas costeiras pouco elevadas, onde muitas das maiores cidades do mundo estão localizadas. E são sempre os pobres urbanos, especialmente os moradores de favela, que correm maior risco quando os desastres acontecem [...]

De acordo com o 4^a Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC) (2007), a frequência e a intensidade de desastres associados aos efeitos das mudanças climáticas, tem tido aumento significativo ocasionando, por conseguinte, sérios danos e prejuízos socioeconômicos. Segundo alertado pelo Relatório do IPCC a negligencia das mudanças climáticas nas políticas públicas dos Estados, tem implicado além dos riscos e danos, um custo elevado nas ações de mitigação e adaptação aos efeitos das mudanças climáticas, a estimativa do custo anual de inação é de 5% do PIB mundial contra 1% do custo da ação.

Todavia, apesar do cenário iminente, no âmbito normativo do Direito Internacional do Refugiado, o referido tema não é um consenso entre os Estados, segundo Barros (2011, p. 84) ainda há “[...]uma forte resistência por parte de Estados e de organizações intergovernamentais no tocante à ampliação do alcance do atual sistema internacional de proteção a refugiados [...]” de maneira que ainda é inexistente um mecanismo internacional que promova aos refugiados ambientais uma proteção e assistência.

A resistência dos Estados em ampliar o conceito de refugiado, segundo Zeferino e Aguado (2012, p.07) esta arraigada a uma “[...] postura autodefensiva por parte dos governos, principalmente diante do acréscimo considerável de convulsões naturais ocorrentes na atualidade, cujo resultado poderia conduzir à invasão descontrolada de milhões de refugiados em determinados Estados [...]”. Contrariando portanto os princípios fulcrais do direito internacional público da solidariedade e cooperação, como bem destacado por D’adesky (2003, p. 193-194)

[...] O crescimento de fluxos migratórios mundiais vem ensejando crescentes recusas pelos Estados, notadamente quanto aos refugiados, em total afronta ao princípio da inclusão

universal da cidadania, implicando à certos países um nacionalismo xenófobo, contrariando postulados consuetudinários de respeito à dignidade humana e à diversidade cultural. Tais nacionalismos extremistas repelem-se ao ideário de uma ordem internacional lastreada em axiomas principiológicos de paz, cooperação e solidariedade global, cuja materialização ocorre no reconhecimento destas coletividades em sua igualdade, independentemente de características étnicas e ideologias culturais e religiosas, efetivamente incluindo-as à determinada comunidade nacional.

Segundo Menezes (2010, p.155)

[...] a principal razão para não reconhecer o conceito de *refugiado ambiental* é pela falta de viabilidade política para criar uma agenda para a sua caracterização no direito internacional dos refugiados, ou ainda, com a criação de um novo instrumento internacional. Sendo razoável concluir, na esteira dos discursos apresentados, que a grande dificuldade em avançar no tema é de ordem política e não jurídica.

A evolução no âmbito científico e doutrinário sobre o tema, não se coaduna, portanto, com as lacunas acopladas no quadro normativo e com a inação das políticas internacionais voltadas aos refugiados ambientais de modo a deixar desprotegida a pessoa humana num momento de extrema vulnerabilidade decorrente dos desastres naturais (muito desses potencializados pela própria ação humana). Neste sentido, seguindo Barros (2011, p.72), faz-se “(...) absolutamente necessária e urgente a busca de caminhos para uma resposta jurídica adequada e eficiente para esse problema, (...) que ainda não conquistou o merecido espaço na agenda política da grande maioria dos membros da comunidade internacional”.

4 DESLOCAMENTO DOS HAITIANOS PARA O BRASIL

O Relatório de Avaliação do IPCC (2007), ao tratar da urgência em estabelecer políticas públicas frente aos desastres ambientais naturais, emprega os termos “Vulnerabilidade e Resiliência”. Estes que serão fatores imprescindíveis quanto a qualificação da figura do refugiado ambiental. Segundo Hogan e Marandola Jr (2006, p.37):

[...] Resiliência é a capacidade de um sistema social ou ecológico para absorver perturbações, mantendo a mesma estrutura básica e os modos de funcionamento, a capacidade de auto-organização, e a capacidade de se adaptar ao estresse e mudança. [...] vulnerabilidade por sua vez passa pela compreensão do perigo envolvido (eventos que causam dano), do contexto geográfico e da produção social (as relações sociais, culturais, políticas, econômicas e a situação das instituições), que revelarão os elementos constituintes da capacidade de resposta, absorção e ajustamento que aquela sociedade ou lugar possuem para enfrentar o perigo.

Neste sentido Barros (2011, p.56) complementa:

A análise da vulnerabilidade é o elemento-chave que conecta mudança climática, desastres, degradação ambiental e migrações forçadas daí decorrentes e que permite visualizar, com a devida abrangência, as múltiplas dimensões das mudanças ambientais e a necessidade da cooperação global, especialmente quando Estados e regiões afetados demonstram evidente incapacidade de responder a tais mudanças por meio de medidas preventivas e também posteriormente à ocorrência dos eventos. [...] Nesse sentido, a migração também é considerada, em maior ou menor grau, como **recurso ou estratégia para o enfrentamento das mudanças ambientais globais, seja sob o aspecto preventivo ou de preparação, seja na adaptação aos efeitos das mudanças globais.**

A depender da intensidade e do alcance do evento, é possível

vislumbrar a hipótese de que Estados venham a depender da solidariedade internacional para a sua reconstrução. (grifo nosso)

O terremoto em 2010 no Haiti assume diante desta temática um exemplo emblemático, vez que segundo *Thomson Reuters Foundation* (2010) trata-se do pior desastre urbano da atualidade, que segundo estimativas resultou em mais de 300 mil vítimas fatais e por volta de um milhão e meio de pessoas desabrigadas. Segundo projeção apontada pelo Bando Mundial o custo recorrente da catástrofe está avaliado em 7.9 bilhões de dólares. A reconstrução do país vem tendo financiamento de organizações, fundos e doadores internacionais.

Cinco anos após a tragédia, os problemas ainda permeiam de modo devastador o país mais pobre da América, segundo o Índice de Desenvolvimento Humano (PNUD 2013). Conforme dimensionado por *Thomson Reuters Foundation* (2010) a maior parte da população atingida ainda encontra-se em abrigos improvisados, lhe dando diariamente com a escassez dos recursos essenciais de uma vida minimamente digna. Cumulado a isto ainda se tem graves problemas com a corrupção, a falta de policiamento nos abrigos, falta de segurança e disputa por posse de terras elevando ainda mais a tensão pós-desastre.

Diante deste complexo cenário muitos haitianos têm vislumbrado a migração como uma esperança de um futuro melhor onde as suas garantias fundamentais possam ser resguardadas de maneira que assim possa usufruir uma vida digna. As principais rotas migratórias segundo *Matos et al* (2013) são: Canadá, EUA, França, Antilhas Francesas, República Dominicana e Brasil.

Segundo Matos *et al* (2013, p.100)

[...] O recente fluxo migratório de haitianos para o Brasil iniciou-se de forma tímida, após o tremor de 2010, porém intensificou-se no final de 2011 e começo de 2012. Estima-se que, neste período, cerca de 4.000 imigrantes haitianos, segundo dados do Ministério da Justiça – MJ, entraram ilegalmente no país. Os haitianos adentraram principalmente pelas fronteiras do Acre e do Amazonas, mas há rotas nos estados de Roraima, Mato Grosso e Amapá. Segundo estimativa do Ministério das Relações Exteriores – MRE o montante de haitianos em território brasileiro já supera a marca de 10.000 [...]

De acordo com Milesi e Alves (2012, p. 02) “[...] entrando no Brasil irregularmente, os haitianos encaminham solicitação de refúgio. Após a solicitação, fazem Carteira de Trabalho (CTPS) e CPF para trabalhar no país [...]”.

Diante deste vertiginoso fenômeno de imigração o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) remeteu as solicitações de refúgio para avaliação do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) (vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego) sendo por este abnegado o status de refugiado, visto que de acordo com a interpretação clássica adotada, os haitianos não estariam qualificados uma vez que se faz ausente a figura do perseguidor e das respectivas motivações previstas na Convenção de 1951 bem como na lei doméstica 9474/97.

Desta feita, afim de estabelecer uma solução ao caso, o CNIg, concedeu aos haitianos a permanência em decorrência das questões de ordem humanitária, por meio da Resolução nº 97/2012, que também definiu a concessão de cem vistos mensais pela embaixada do Brasil no Haiti aos haitianos que desejem imigrar para o Brasil. Segundo Télémaque (2012, p. 53), este dispositivo “[...] visa tornar os haitianos menos vulneráveis às ações de atravessadores ou quadrilhas de tráfico internacional de pessoas.”

De acordo com Pacífico e Pinheiro (2013, p.109)

[...] a Resolução acima (Artigos 1º e 3º), o visto humanitário será válido por cinco anos, podendo ser renovado se o imigrante provar sua condição trabalhista regular no Brasil. Segundo dados do Instituto Migrações e Direitos Humanos (2012), até junho de 2012, foram deferidos 3.065 processos de vistos para residência permanente por motivos humanitários para haitianos. Com a concessão do visto humanitário, os haitianos detêm basicamente os mesmos direitos dos brasileiros, como direito à saúde, à educação e autorização para trabalhar. Conforme a Resolução, não apenas quem solicitar o visto será beneficiado, mas também cônjuges e parentes, pois a unidade familiar, conforme visto, é princípio-dever aplicado pelo Brasil aos imigrantes.

Contudo, ante o exposto Barros (2013) pondera que a concessão pelo governo brasileiro do visto humanitário não soluciona por definitivo está celeuma, uma vez que se trata de medida paliativa afim de resolver as demandas emergenciais, Neste sentido Ventura (2014, sn) corrobora ao enfatizar que a resolução do CNIg visa substancialmente “(...) preencher as lacunas de uma lei obsoleta e submetido à pressão de diferentes setores produzir uma colcha de retalhos numa política migratória fragmentada, opaca e casuística (...)”.

O Visto Humanitário, é de acordo com Barros (2013), um precedente que a médio e longo prazo não se faz sustentável, haja vista que devido à ausência de um mecanismo normativo que estabeleça critérios basilares para definição da modalidade de refugiado ambiental, esta tarefa fica a encargo da discricionariedade do Estado, incorrendo no risco de discriminação e injustiça face às pessoas que se encontram numa mesma condição. Segundo Barros (2011, p.112):

Há, portanto, diante do caso concreto, a preocupação real com a ausência de critérios mínimos para o tratamento da

questão e em situações similares. No caso do Haiti, é notório que o processo de reconstrução do país demandará um tempo considerável, donde é possível confirmar a tendência ao crescimento do fluxo de “refugiados ambientais” [...] o amparo conferido pelos instrumentos gerais de proteção de direitos humanos precisa ser materializado sob pena de se agravar ainda mais tal situação de precariedade e exposição a toda sorte de violações de direitos humanos.[...]

Destarte, a urgência de se estabelecer mecanismos jurídicos internacionais que amplie o direito do refugiado (vítimas de desastre natural) se faz preponderante afim de que se possa resguardar os direitos basilares da pessoa humana. Não obstante, faz-se relevante salientar que no caso do Haiti apesar da concessão do visto humanitário, trata-se de um precedente paliativo face ao contexto emergencial, mas não sana as deficiências das políticas públicas sobre o tema, visto que para esta resolução, o reconhecimento normativo da modalidade de refugiado ambiental se faz imprescindível, bem como, segundo Ventura (2014, sn) o investimento de “(...)política migratória clara, capaz de garantir o igual tratamento entre migrantes, devidamente acompanhada de uma lei à altura dos desafios contemporâneos”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, apesar dos avanços galgados no espaço doutrinário quanto a ampliação conceitual da ideia de refugiado e do próprio posicionamento da ONU, que passou a reconhecer a figura do Refugiado ambiental. Ainda há uma grande resistência por parte dos Estados em estabelecer fundamentos legais no que tange a dilação do conceito de refugiado.

Esta resistência está calcada no receio por parte dos Estados de uma migração em massa em caso de desastres naturais. Sendo portanto,

uma postura auto defensiva que colide frontalmente com os princípios basilares da cooperação e solidariedade, que norteiam o Direito Internacional Público.

No que condiz ao cenário doméstico, o não reconhecimento do status de refugiado do governo brasileiro para com os imigrantes haitianos, expõe as grandes deficiências do atual modelo de política migratória (ainda atrelado a concepção clássica) que adotara, como tentativa de resolução do fenômeno migratório crescente, a concessão do visto humanitário. Tratando-se portanto de um precedente paliativo que não sana as deficiências das políticas públicas sobre o tema que exige, como imprescindível, o reconhecimento da modalidade de refugiado ambiental.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Luiz Paulo F. Teles. **Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio**. Disponível em: <www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc> Acesso em: 28 mar. 2015

CLOS, Joan. **Mudanças Climáticas em Assentamentos Humanos**. Disponível em: <http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=236&Itemid=308>. Acesso em: 08 abr. 2015

D'ADESKY, Jacques. **Imigração interna e controle de estrangeiros: O discurso nacionalista e a prática da exclusão social**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: as minorias e o direito, 2003, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 24.

HOSSNE, William Saad *et al.* **O conceito de Refugiado Ambiental**: é uma questão bioética? Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/98/05.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2015

IPCC. **ClimateChange 2007**: MitigationofClimateChange. Disponível em :<<https://www.ipcc.ch/publications>>Acesso em: 19 abr. 2015

MATTOS, Beatriz Rodrigues Bessa; ANDRADE, Carlos Alberto Alencar de Andrade e

MORAES, Isaias Albertin de. **A IMIGRAÇÃO HAITIANA PARA O BRASIL: CAUSAS E DESAFIOS**. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/ConjunturaAustral/article/download/35798/27329>. Acesso em: 20 mar. 2015

MARANDOLA JR., Eduardo e HOGAN, Daniel J. Vulnerabilidades e riscos: entre Geografia e Demografia. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, Abep, v.22, n.1, p.29- 53, jan./jun. 2006.

MENEZES, Fabiano L. de. Em defesa da descaracterização do conceito de refugiado ambiental. In: MENEZES, Wagner (Coord.). Estudos de Direito Internacional. **Anais do 8o Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 155, v. XX.

MILESI, R. e ALVES, C. **Haitianos no Brasil - Um apelo à Acolhida, à Solidariedade e à Integração**. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/IMDH/fckeditor/editor/filemanager/connectors/aspx/userf>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

ONU. Relatório Global do HABITAT Cidades e Mudanças Climáticas em Assentamentos Humanos. Disponível em:

<http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=236&Itemid=308>.
Acesso em: 08 abr. 2015

PACÍFICO, Andrea Pacheco e PINHEIRO, Thaís Kerly Ferreira. **O status do imigrante haitiano no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do Pós-Estruturalismo.** Disponível em: <www.red.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/.../7233>. Acesso em: 08 abr. 2015

PNUMA. **Environmental Refugees, tradução.** Disponível em: <http://www.liser.org/liser_portugesa.htm>. Acesso em: 26 jun. 2009.

PNUD. **Ranking IDH Global 2013.** Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-2013.aspx>> 2013 IDH>. Acesso em: 10 abr. 2015

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais:** em busca de reconhecimento pelo direito internacional .Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da USP, 2011. Orientador: Alberto do Amaral Júnior– São Paulo : 2011.

TÉLÉMAQUE, J. 2012. **Imigração haitiana na mídia brasileira: Entre fatos e representações..** Disponível em: <<http://oestrangero.org.files.wordpress.com> >. Acesso em: 08 abr. 2015

THOMSON REUTERS FOUNDATION. **ClimateChange.** Disponível em: <<http://www.trust.org/climate>>. Acesso em: 12 abr. 2015

ZEFERINO, Marco Aurélio Pieri; AGUADO, Juventino de Castro. **Os Deslocamentos Ambientais de Haitianos para o Brasil.** *Revista SJRJ*. Rio de Janeiro-RJ, v. 19, n. 25, p. 213-230, dez 2012.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MEIO DE GARANTIA DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

*Cecília Lopes Viana**

RESUMO: Sabe-se que a Supremacia da Constituição possui uma força subordinante que a eleva à condição de legitimidade e validade de todas as normas jurídicas positivadas em um dado Estado. Entretanto, essa supremacia constitucional restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la e, em consequência, manter a superioridade e a força normativa da Constituição, afastando qualquer antinomia que venha contrariar os preceitos constitucionais. Indaga-se, entretanto, quais são os meios adequados para garantirmos a supremacia da Constituição. Nesse viés, o objetivo deste trabalho é demonstrar a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia das normas constitucionais. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, constituída por doutrinas e legislação vigente. Justifica-se o estudo deste trabalho dada a relevância do tema, tanto para profissionais do direito quanto para a segurança das relações jurídicas no nosso ordenamento. Depreende-se pelo estudo deste trabalho, que mecanismos para conter os excessos, abusos e desvios de poder, são indispensáveis para assistirmos a garantia dos direitos fundamentais, dada a sua importância no nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, garantia, supremacia.

* Acadêmica do 9º período Matutino do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho. E-mail: cecilialopes@yahoo.com.br

ABSTRACT: It is known that the Supremacy of the Constitution has a tying force that raises the condition of legitimacy and validity of all legal rules positivadas in a given state. However, this constitutional supremacy would remain committed if there were a system that could guarantee it and therefore maintain the superiority and the normative force of the Constitution, ruling out any antinomy that will run counter to the constitutional norms. However we look into what are the appropriate means to guarantee the supremacy of the Constitution. In this bias, the objective of this work is to demonstrate the importance of judicial review as a mechanism to guarantee the constitutional requirements. Therefore, we carried out a literature search, consisting of doctrine and law. Justified the study of this work given the relevance of the subject, both for legal practitioners and for the security of legal relations in our system. It appears from the study of this work, what mechanisms of these excesses, abuses of power and deviations are essential to witness the guarantee of fundamental rights, given its importance in our legal system.

Keywords: constitutional control, security, supremacy.

1 INTRODUÇÃO

A supremacia da Constituição – enquanto princípio jurídico que atribui à Constituição uma força subordinante e a eleva à condição de legitimidade e validade de todas as normas jurídicas positivadas em um dado Estado – é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais. Contudo, se não existisse um sistema que pudesse garanti-la, essa supremacia constitucional restaria comprometida. É nesse contexto que se avulta a importância do controle de constitucionalidade para afastar toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos

constitucionais. Eis a pertinência do que afirma Dirley da Cunha Júnior (ano, p. 41),

Em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.

Segundo MARIA e FERRARI (2004, p.54), “a norma que proporciona a unidade do sistema normativo é a Constituição, considerada, desta forma, como fundamento de validade de um determinado ordenamento jurídico”. Ainda segundo os autores, “esta superioridade constitucional é a mais eficaz garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo, já que obriga a enquadrar todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição”.

Com efeito, a par de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, o controle de constitucionalidade apresenta-se como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Vivendo o homem em uma sociedade estatal, sua conduta encontra-se submetida a um conjunto de normas, normas estas que se acham escalonadas sistematicamente, de tal forma que, em determinado ordenamento jurídico, não possuem todas elas o mesmo valor, havendo uma hierarquia no sistema. De feito, partindo dessa premissa teórica, a Constituição de um Estado é a norma suprema e fundamental, pois nela é que buscamos a validade das normas existentes no ordenamento

jurídico. Isso demonstra que, para uma norma ter validade dentro do sistema necessita ser produzida em concordância com os ditames da norma superior, que representa seu fundamento de validade. Eis a pertinência do que afirma Regina Maria e Macedo Nery Ferrari (2004, p. 54)

A norma inferior não pode contrariar a superior e, quando isto acontecer, passa a não ter validade dentro do ordenamento jurídico em questão, já que sua validade não decorre do sistema e, portanto, face a tal ordem normativa, ela não existe.

Nesse viés, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. A esse respeito, Alexandre de Moraes (2011, p. 729) pondera

Nas constituições rígidas, se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

Ante essas breves considerações, resulta claro que o controle de constitucionalidade revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser. Segundo Dirley da Cunha Junior (ano, p.42)

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.

Ainda completa o autor que “o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de verificação da conformidade ou da adequação da lei ou do ato do poder público com a Constituição”. Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, e restando esta evidenciada, o órgão competente para esse controle, quando provocado, realiza uma operação de confronto entre as normas antagônicas. Constada a violação constitucional pela norma, esta é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “*erga omnes*” (controle abstrato). Com assento a matéria discutida, Alexandre de Moraes (2011, p. 731) adverte “no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos”. Isto porque o controle de constitucionalidade está ligado à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. A corroborar o exposto, impende mencionar as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p.1027),

Dir-ser-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional.

3 PRESSUPOSTOS

Nas lições de Dirley da Cunha Júnior (ano, p.43), o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos reclama os seguintes

pressupostos: a) a existência de uma Constituição formal; b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental; c) instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle.

4 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p.1028),

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

Com efeito, vários são os critérios que se podem adotar para o discernimento dos diferentes modelos de controle de constitucionalidade. Cumpre-nos, tão somente, os principais. Para tanto, observar-se-á a classificação feita por Dirley da Cunha Júnior (ano, p 109).

4.1 Quando ao parâmetro do controle

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pode ter como parâmetro: a) toda a Constituição formal; b) apenas alguns dispositivos da Constituição; c) um bloco formado pela Constituição formal mais os princípios superiores definidos como direito supralegal.

Segundo o autor, em regra, o parâmetro utilizado é toda a Constituição formal, em face da regra da qual se exerce a jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade.

4.2 Quanto ao objeto do controle

Dirley da Cunha (ano, p. 110) assinala que as Constituições organizam seus sistemas de defesa adotando o controle de constitucionalidade dos atos normativos do poder público, entendendo-se por atos normativos, para esse efeito, simultaneamente: a) aqueles que veiculam normas e b) aqueles editados pelos poderes públicos, exigência que afasta, desde já, a possibilidade de controle dos atos normativos decorrentes da autonomia da vontade das partes privadas.

Entretanto, impende mencionar que no Brasil, com a disciplina legal da arguição de descumprimento de preceito fundamental, já se admite, o controle concentrado de atos concretos do poder público.

4.3 Quanto ao momento da realização do controle

Podemos elucidar os seguintes tipos: a) controle preventivo (ou a priori), que ocorre antes da própria existência ou perfeição do ato, isto é, durante o seu processo de elaboração e b) controle sucessivo ou repressivo (ou a posteriori), que ocorre somente após a conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de encontrar-se o mesmo em vigor.

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade, quanto ao momento da sua realização, em regra, é sucessivo ou repressivo. Contudo, há possibilidade do controle ser preventivo em sede concreta (difuso-incidental), por provocação de parlamentar em ação de mandado de segurança.

4.4 Quanto à natureza do órgão com competência para o controle

Quanto à natureza do órgão da justiça constitucional, o controle pode ser: a) político ou não-judicial, e b) judicial ou jurisdicional.

O controle político ou não-incidental ocorre sempre que a verificação da constitucionalidade da lei é confiada a órgão de natureza essencialmente política. Sob esse enfoque, o controle das leis é exercido por um órgão político, estranho à estrutura do Poder Judiciário ou cuja atuação não tem natureza jurisdicional. Segundo Dirley da Cunha Júnior (ano, p. 113),

O fundamento principal da afetação do controle de constitucionalidade das leis a um órgão não pertencente ao Poder Judiciário prende-se ao argumento de que a Constituição deve ser interpretada por órgãos com sensibilidade política, porquanto, mais do que uma simples lei, a Constituição é um projeto dinâmico de vida, que não pode ser reduzida a uma mera apreciação hierárquica. Ademais, considera-se que o controle judicial daria aos juízes o poder de recusar as deliberações majoritárias do Legislativo e do Executivo, contrariando o dogma da separação de poderes.

Contudo, esse não é o modelo adotado pelo ordenamento brasileiro – não obstante admitir um certo tipo de controle político, exercido nas mesmas hipóteses do controle preventivo. Prevalece, dessa forma, o controle judicial ou jurisdicional, caracterizado pela atuação de órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário.

4.5 Quanto ao número de órgãos com competência para o controle

É possível que este seja feito pelo: a) controle difuso, e b) controle concentrado.

No Brasil, o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância ou grau de jurisdição (juízes e tribunais). Como o juiz é órgão monocrático, decidirá o processo sozinho. Já o tribunal, nas questões de constitucionalidade deverá respeitar uma cláusula prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, conhecida como cláusula de reserva de plenário. Tal cláusula só é respeitada quando estamos diante de um tribunal e quando o julgamento for pela inconstitucionalidade (se a declaração for de constitucionalidade, em razão da presunção de constitucionalidade, a declaração pode ser feita por órgãos fracionários). Portanto, reserva de plenário significa que a declaração de inconstitucionalidade só pode ser feita pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou maioria absoluta dos membros do órgão especial, se houver. Contudo, far-se-á necessário elucidarmos uma exceção: O artigo 481 § único do Código de Processo Civil mitigou a cláusula de reserva de plenário. Segundo este artigo, a reserva somente precisa ser respeitada quando a norma estiver sendo discutida no tribunal pela primeira vez. Se o plenário do STF já tiver se manifestado sobre a constitucionalidade da norma, basta que o órgão fracionário aplique tal pronunciamento. Pretendo consolidar esse posicionamento, o STF editou a súmula vinculante nº 10 para coibir uma constante tentativa de burla por parte dos órgãos fracionários do tribunal.

O controle dos atos ou omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela. Nas lições de Dirley da Cunha (ano, p. 119) “pressupõe a existência de um conflito de interesses, no bojo de uma ação judicial, na qual um das partes alega a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretende ver aplicada ao caso”. A fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada: a) autor, na inicial de qualquer ação; b) réu, nos atos de resposta ou nas ações incidentais de contra-ataque; c) os terceiros intervenientes; c) Ministério Público, quando officio no feito; e d) juiz ou tribunal, de ofício, exceto o STF no recurso extraordinário.

Quando aos efeitos do controle difuso, estes são “extunc” e “inter partes”. Contudo, mesmo que não haja previsão legal expressa de modulação de efeitos para o controle difuso, o STF tem admitido como possível tal modulação em suas decisões por analogia ao artigo 27 da lei 9868/99 (que prevê a modulação de efeitos no controle concentrado). É pacífica a possibilidade de, excepcionalmente, o STF modular efeitos temporais no controle difuso, ainda que não haja lei prevendo essa possibilidade.

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. São várias as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art 36, III); c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art 103, §2º); d) ação declaratória de constitucionalidade (art 102, I, a, in fine – EC nº 03/93); e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art 102, §1º). Quanto a legitimidade para a propositura das ações do controle concentrado, o artigo 103 da CF/88 enumerou taxativamente quem são os legitimados. Até a promulgação da Constituição de 1988, o Procurador Geral da República era o único legitimado a propositura da ação de inconstitucionalidade. Com a entrada em vigor da CF/88, este rol foi ampliado e número de ações aumentou de modo significativo, de forma que o STF entendeu razoável separar os legitimados em dois grupos:

a) os universais, para quem pressupomos o interesse de agir; e b) os especiais, que devem demonstrar pertinência temática, ou seja, interesse de agir.

5 CONCLUSÃO

Em face do raciocínio expendido, resta demonstrado a fundamentalidade do mecanismo do controle de constitucionalidade, uma vez que vivemos num Estado Constitucional. Assim, conseqüentemente, a Constituição encontra-se no ápice do nosso sistema jurídico, sendo a mais alta expressão jurídica da soberania popular e nacional. Ademais, o controle de Constitucionalidade é o meio mais seguro para a manutenção do Estado de Direito, devendo todas as normas se adequarem aos parâmetros constitucionais, sob pena de resultarem inconstitucionais e não poderem pertencer ao ordenamento jurídico vigente.

Nesse viés, para compreender a Constituição como uma lei fundamental, deve-se reconhecer a sua supremacia na ordem jurídica, bem como a existência de mecanismos suficientes para garanti-la juridicamente contra agressões. Como visto anteriormente, temos em nosso país o controle difuso e concentrado, sendo estes responsáveis para a manutenção do respeito à nossa Constituição.

Assim, conclui-se que para assegurar tal supremacia, deve-se fazer um controle sobre as leis e os atos normativos, o chamado controle de constitucionalidade.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade**. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2012.

MARIA, Regina; FERRARI Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

**DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO:
O papel da Carta das Nações Unidas e a Declaração
Universal dos Direitos Humanos no desenvolvimento do
Direito Internacional dos Direitos Humanos**

Reinaldo Silva Pimentel Santos¹

Isadora Ribeiro Mendes²

Maíla Nunes da Costa³

Resumo: O presente trabalho buscou analisar a evolução e desenvolvimento dos direitos humanos e decorrentes garantias do indivíduo. Questionou-se inicialmente a função desenvolvida pela Carta das Nações Unidas de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 quanto o surgimento e delineamento dos direitos humanos em sua perspectiva contemporânea. Tal análise demonstra sua importância dada a necessidade de compreensão dos citados direitos no cenário internacional e doméstico. Visualizou-se que a Carta das Nações Unidas de 1945 representou a inclinação dos estados nacionais em realizar uma proteção do indivíduo por além da constitucionalização. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas é importante espaço viabilizando a proximidade dos países e proteção dos sujeitos. Não apenas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surge como elemento basilar para a proteção destes. Os direitos previstos da Declaração, notadamente marcados pelos critérios da universalidade e indivisibilidade, representam um núcleo

¹ Doutorando e mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA. Email: reinaldosps@gmail.com

² Acadêmica do 5º período da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Email: isadorinha.rm@gmail.com

³ Acadêmica do 5º período da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Email: manunescosta02@hotmail.com

mínimo a ser garantido para o pleno desenvolvimento do indivíduo. Conclui-se que os dois documentos internacionais analisados foram fundamentais para o desenvolvimento dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos; Carta das Nações Unidas; Organização das Nações Unidas; Declaração Universal de Direitos Humanos.

**HUMAN RIGHTS AND THE INDIVIDUAL
PROTECTION: The role of the Charter of United Nations
and the The Universal Declaration of Human Rights in the
development of international human rights law**

ABSTRACT: This study aimed to analyze the evolution and development of human rights stemming from the individual guarantees. It questioned initially the function developed by the United Nations Charter of 1945 and the Universal Declaration of Human Rights of 1948 as the appearance and design of human rights in its contemporary perspective. This analysis demonstrates its importance given the need for understanding of these rights in the international and domestic scene. We could see that the United Nations Charter of 1945 was the slope of national states to conduct an individual's protection beyond constitutionalization. In this sense, the United Nations is important space enabling the proximity of the countries and protection of subjects. Not only, the Universal Declaration of Human Rights of 1948 comes as a basic element for the protection of these. The expected direct the Declaration, notably marked by the criteria of universality and indivisibility, represent a minimum core to be guaranteed for the full development of the individual. We conclude that the two international documents analyzed were fundamental to the development of human rights.

Keywords: Human rights; United Nations Charter; United Nations; Universal Declaration of Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são de fundamental importância na atual situação global observada, tendo em vista seu funcionamento como um mecanismo de proteção do indivíduo em âmbito internacional. Esses têm por essência, tal como afirma Hannah Arendt, a tentativa de conferir direitos aos indivíduos - direito a ter direitos. Não se confundem, entretanto, com os chamados direitos fundamentais na medida em que não dependem de codificação em texto normativo estatal por serem inerentes a todo e qualquer ser humano independentemente de raça, sexo, cor, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou proteção da estrutura normativa administrativa. É perceptível que os direitos fundamentais atuam como um mecanismo de positivação e garantia dos direitos humanos, sendo, portanto, tal como afirma Alexandre de Moraes (2002), um conjunto constitucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade.

No âmbito internacional, o reconhecimento e aceitação dos direitos humanos estabelece a obrigação dos Estados agirem conforme parâmetros pré-estabelecidos ou de se absterem de determinados atos, com o propósito de promover e proteger as garantias liberdades dos indivíduos e grupamentos sociais. Este reconhecimento ganhou destaque com a criação e desenvolvimento de dois importantes documentos internacionais, sendo estes: a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que por sua vez, veio com o propósito de complementar o conteúdo da primeira e discorrer sobre a necessidade de proteção dos direitos do homem no cenário interno e internacional.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A história da civilização humana desde tempos remotos até a modernidade se divide em diversas fases e, cada uma delas apresenta peculiaridades que se desdobram em aspectos positivos e negativos⁴. O desenvolvimento da ciência jurídica, por exemplo, é fato relevante a ser analisado ao possibilitar a compreensão do traço lento e gradual decorrente de uma série de elementos que motivaram a proteção do indivíduo. A ciência jurídica evolui conforme o desenvolvimento social, e é daí que se destaca a importância de compreender a história para análise do mundo jurídico.

Mediante a proposta dos direitos humanos, tal perspectiva não seria diferente, já que esses se formaram ao longo das eras e essencialmente por meio de lutas contra a arbitrariedade e o poder exacerbado. Neste sentido, dispõe Bobbio (1992, p. 5):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

A concepção dos direitos humanos indicam a necessidade de desconstrução do poder imotivado e a reconstrução por bases democráticas. Segundo Oliveira (2007), Norberto Bobbio dialogava de maneira serena e civilizada com seus inimigos políticos quanto à

⁴ Destaca-se que no presente artigo utilizou-se uma perspectiva eurocêntrica, ainda inconsciente do pensamento global diverso. Certos da importância de novas abordagens, os autores optaram por iniciar as pesquisas referentes à evolução dos direitos humanos conforme as influências das bases doutrinárias europeias. Tal opção metodológica não desconsidera a importância de novas abordagens pautadas pelo conceito da diversidade. Nesse sentido, indica-se a leitura de Nascimento (2009).

defesa desses direito, principalmente no que tange a garantia da liberdade. Tornava-se perceptível a compreensão dos direitos do homem enquanto sua perspectiva histórica cumulativa, que somavam novas garantias para o indivíduo.

Compreendido o caráter histórico do desenvolvimento dos direitos humanos, sendo esses um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas (PEREZ LUÑO, 1990), é importante destacar alguns dos marcantes acontecimentos para tal evolução. Acredita-se que as primeiras manifestações da proteção do sujeito ocorreram na Mesopotâmia e no antigo Egito. Nesse sentido indica-se o Código de Hamurabi como a primeira codificação que consagrou um rol de direitos comuns aos sujeitos (HARPER *apud* ALTAVILA, 2001).

Há sinais dessa proteção do indivíduo na Grécia, por meio das afirmações feitas por Aristóteles ou as discussões na representação teatral de Antígona, onde há uma consciência da personagem cujo espetáculo leva o nome, de que os homens têm direitos naturalmente estabelecido que independem e não se submetem aos direitos positivos decorrentes da concordância e estipulação coletiva. Nesse sentido, percebe-se o surgimento da ideia de um direito natural superior a um positivo, por meio da distinção entre lei particular (dada a cada povo por si mesmo) e lei comum (possibilidade de distinguir entre o justo e o injusto pela própria natureza) (SANTOS, 2011, p. 21-22).

Na Grécia, o drama de Antígona pode ser utilizado como importante elemento para a diferenciação entre normas criadas pelo homem e àquelas cujos deuses são a fonte primária. Ressalta-se que tal passagem não trata, conforme observado na contemporaneidade, especificamente de direitos humanos nesse período da história grega. Conforme observado, a unidade conceitual dos direitos humanos será obtida nos

séculos XVIII e XIX com as revoluções e no século XX, com o movimento de internacionalização. [...] A passagem ganha importância perante a ciência jurídica ao iniciar a contraposição entre direito positivo e o direito natural. O direito natural será justificado perante a existência de normas transcendentais que garantiriam aos homens o mínimo de dignidade [...]

Outro contribuinte valorado foi Justiniano, criador do *jus civilee jus gentium* que acarreta tal significado por se tratar do primeiro “código” que definiam direitos para sujeito estrangeiro, embora visassem defender seu povo. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2011). A queda do Império Romano e ascensão do Cristianismo, ofereceu ideia de que todos os homens são iguais perante a visão divina, possuindo valor; e, por assim, devem ser respeitados e terem suas vidas protegidas. Nessa linha, tal como afirma Araújo (2005), a doutrina cristã foi a responsável por elevar o homem como semelhante de Deus, e também quem indicou a igualdade como um pressuposto fundamental.

Na Idade Medieval, mais precisamente na segunda metade da Idade Média, surgem os documentos transcritos que reconheciam os direitos direcionados a determinados estamentos. Perante a teologia e filosofia merece destaque as discussões de São Tomás de Aquino que ressaltou a dignidade e igualdade do ser humano por ser criação à imagem e semelhança de Deus. Nesse sentido, conforme Santos (2011, p.23):

Posteriormente, Tomás de Aquino diferenciara a existência da lei eterna, natural, divina e humana. Em que pese a importância no pensamento de Tomás de Aquino da diferenciação entre a lei eterna, natural e divina, cumpre ressaltar a contraposição dessas com a lei humana. Para o autor, o direito - posteriormente identificado como direito positivo - é uma criação humana representativa do ato de vontade, decorrente do poder. Em outro ponto, caberia a justiça emanar princípios imutáveis e intrínsecos, ora justificados no cosmos, em um ser divino ou

na condição racional humana. Ressalta-se que, em todo esse período ocorreu o embate entre as regras impostas pelo homem mediante a detenção de poder versus regras universalmente válidas.

É perceptível ao analisar os citados acontecimentos que o embate entre direitos naturais e direitos positivos será norteador o desenvolvimento dos direitos humanos em sua concepção contemporânea. Segundo Radbruch (1979, p. 61-62) “o direito natural da antiguidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normas; o da Idade Média, em torno da antítese direito divino-direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual”.

O término da Idade Média possibilita campo frutífero para desenvolvimento do estado nacional, tendo como elemento essencial a unificação. Da formação do estado moderno, percebe-se o desenvolvimento das grandes revoluções de direitos, devendo-se destacar a experiência inglesa, a estadunidense e a francesa. Certo é que tais revoluções significaram importantes conquistas para o indivíduo. Entretanto, deve-se compreender os eventos percebidos ao final do século XIX e início do século XX para desenvolvimento dos direitos humanos. (SANTOS, 2011).

Perante o século XX a Primeira e a Segunda Guerra Mundial reconfiguraram a concepção de normatividade e proteção de garantias individuais. Os sistemas totalitários, amparados pela lei - unicamente sob o critério normativo não-valorativo – possibilitaram uma carnificina por toda a Europa e demais regiões. Pode-se apresentar tal evento, pois, como o ápice para demonstração de que o direito positivo por si só não é suficiente para proteger o homem. Neste raciocínio, conceitua Thomas Buergethalapud Piovesan (2007, p.117):

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um

fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de Direitos Humanos da era Hitler e à crença de que partes dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Anteriormente a Segunda Guerra Mundial, a concepção dos direitos humanos visava a “jurisdição doméstica” (cada Estado como suficiente para proteger seus indivíduos). Entretanto, foi mediante tal pensamento que se visualizou um dos significativos genocídios da história. Nesse sentido, os direitos humanos passaram a operar em uma lógica interna e internacional. Internamente, passaram a inseridos em uma lógica constitucional. Perante o cenário internacional, tais direitos passaram a residir como lócus de proteção do indivíduo independentemente do critério constitucional de proteção. Neste sentido, segundo afirma Flávia Piovesan (2013), o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem sua verdadeira consolidação em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Percebe-se, então, que os Direitos Humanos em perspectiva moderna receberam significativa influência do direito natural e delineararam o direito positivo. No entanto, tal como afirma ZulmarFachin (2008), foi a partir da Idade Moderna que o problema da implementação dos direitos humanos passou a ser efetivamente discutido.

3 A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1945

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos se deu com a contribuição de inúmeros fatores relevantes, sendo o principal deles e o seu marco inicial a criação da Carta das Nações Unidas (ONU), em 1945. A Carta implicou na introdução de uma nova ordem que transformou o Direito Internacional e veio com o objetivo de promover a paz e proteger os direitos humanos, havendo, portanto, uma maior preocupação com o indivíduo, que passa a gozar de centralidade e

primazia no contexto social. Tal mudança de paradigma se deu devido à grande insatisfação da comunidade internacional, que por sua vez decorreu principalmente do elevado número de mortes causadas pelas guerras mundiais. Afirma Louis Henkin *apud* Piovesan (2013, p. 130):

O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional, simbolizados pela Carta das Nações Unidas e pelas suas organizações.

Conforme a concepção de Flávia Piovesan (2013), é possível identificar que com a criação da Organização das Nações Unidas e com a nova ordem internacional que a mesma delineou instaurou-se um novo modelo de conduta sobre as relações internacionais que inclui a manutenção da paz e segurança internacional; desenvolvimento amistoso das relações interestatais; cooperação internacional no plano social, econômico e cultural; adoção de padrão internacional de saúde; proteção ao meio ambiente; criação de nova ordem econômica internacional; e por fim a proteção internacional aos direitos humanos.

Para alcançar os objetivos anteriormente propostos, cumpre verificar a estrutura criada pela Carta das Nações Unidas de 1945, referente a Assembleia Geral, Conselho de Segurança e a Corte Internacional de Justiça.

A Assembleia Geral é o órgão supremo da organização, composta pelos cento e noventa e três países, onde todos têm direito a um voto, existindo, pois, igualdade entre todos os seus membros. Os assuntos pautados por este órgão se designam em paz e segurança, aprovação de novos membros, questões de orçamento, desarmamento, cooperação internacional em todas as áreas, dentre outros. Suas decisões não são obrigatórias já que funcionam como recomendações.

Vale citar que suas funções tem previsão nos artigos 10 e seguintes que implica a significativa abrangência de questões ou assuntos pelas quais poderão a Assembleia discutir. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015)⁵

O Conselho de Segurança é a organização responsável pela manutenção da paz e segurança internacionais, composta por quinze membros, sendo cinco deles fixos, possuidores de direito ao veto - China, Estados Unidos, Rússia, França e Reino Unido - e dez membros que eleitos pela Assembleia Geral para atuarem em um período de dois anos. É o único órgão da ONU possuidor de poder decisório, já que todas as suas indicações devem ser aceitas pelos demais membros.

Ainda, a Corte Internacional de Justiça tem sede em Haia, na Holanda, e é o principal órgão jurisdicional das Nações Unidas. Todos os países componentes do Estatuto da Corte podem recorrer a ela, devendo se ressaltar que não se admite que indivíduos solicitem a manifestação do órgão. É composta por 15 juízes eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança por meio de escrutínios separados. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015)⁶

Segundo afirma Piovesan (2013), é atribuída esta importância a Carta da ONU como marco importante dos Direitos Humanos, tendo em vista tratar-se do primeiro documento a equiparar o tema às discussões de segurança e desenvolvimento estatais em âmbito internacional. A partir deste momento a relação de um Estado com seus nacionais passou a ser responsabilidade e objeto de discussão e resolução internacional com o intuito de manter a paz. Com a Carta

⁵ Disponível em <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2015

⁶ Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015

da ONU diversos países adotaram constituições e outras demais construções normativas com o objetivo de assegurar formalmente os direitos básicos de cada ser humano. Desta forma, a sociedade internacional caminhava cada vez mais para o ideário dos direitos humanos.

Segundo Piovesan (2013), a Carta é enfática ao determinar a importância de se defender, promover e respeitar os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. Entretanto, não determina o conteúdo das mesmas, ficando, pois, não compreendido o alcance da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”, o que, a propósito só veio ocorrer três anos mais tarde, em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

4 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

O marco inicial dos direitos humanos tal como é hoje se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação de 48 Estados e oito abstenções. Com a DUDH, tais direitos não mais seriam fundamentados em uma justificativa religiosa transcendental como na Idade Antiga ou Média, mas na própria dignidade do homem e nos valores a ele inerentes, consolidando, conforme afirma Flávia Piovesan (2013), a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores e princípios de caráter universal a serem seguidos pelos Estados. Para Comparato (2004, p. 57):

Os Direitos Humanos são inerentes ao próprio ser humano, sem estar conectado com qualquer particularidade de pessoas ou grupo. Não se pode falar em Direitos humanos sem abordar a dignidade e não se pode falar em dignidade sem abordar os Direitos Humanos.

A Declaração de 1948, segundo as palavras de Flávia Piovesan (2013), caracteriza-se pela sua amplitude, ao compreender um conjunto de direitos sem os quais um ser humano não poderia desenvolver-se moral, intelectual e fisicamente. Tem-se também a universalidade dos direitos previstos na DUDH, uma vez que, segundo afirma Maria Victoria Benevides (2004), os direitos humanos são aqueles direitos comuns a todo indivíduo sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São, portanto aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca de todo e qualquer ser humano. Nesse sentido, com a sua adoção, a comunidade internacional passa a reconhecer o indivíduo como membro direto da sociedade humana.

A Declaração Universal visa estabelecer uma ordem mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, através da consagração de valores básicos universais em que a simples condição de pessoa é suficiente para se obter tais direitos. Rompe-se dessa forma com a visão totalitária que considerava para titularidade das garantias a necessidade de pertencimento à um grupamento social específico. Segundo Pinheiro (2007, p. 03), “o reconhecimento da dignidade do ser humano como valor fundamental é de suprema importância e convivência para a elaboração de qualquer estudo sobre os Direitos Humanos.” Houve com a sua adoção o comprometimento dos Estados em reconhecer os direitos e garantias de todos os grupamentos sociais no âmbito internacional, estabelecendo a necessidade de respeito e proteção.

Nesse sentido, pauta-se a indivisibilidade dos direitos previstos da DUDH, na medida em que esta conjuga a vertente civil e política com a econômica, social e cultural, introduzindo uma concepção contemporânea ao concebê-los como uma unidade interdependente e indivisível. A Declaração tem, segundo Flavia Piovesan (2013), o objetivo de promover o reconhecimento universal dos direitos humanos

e das liberdades fundamentais mencionadas pela Carta da ONU, mais especificamente em seus artigos 1º(3) e 55, havendo por esse motivo, cabimento para a indivisibilidade.

Apesar da importância do texto internacional para proteção do indivíduo, no entanto, observou-se um embate quanto à força jurídica obrigatória e vinculante que emana da Declaração de 1948, havendo três correntes distintas. A primeira delas defende a inexistência de força vinculante por tratar-se de uma Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação, que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros, conforme disposto no artigo 10 da Carta, tendo em vista que foi aprovada sob a forma de Resolução. Com base neste argumento, defende a primeira corrente que o documento não possui força jurídica vinculante. Esse entendimento, porém, peca pelo excesso de formalismo, tendo em vista que atualmente se reconhece em toda parte que a vigência e o respeito aos direitos humanos independe de sua afirmação em constituições, leis e tratados internacionais, por se estar diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra os poderes estabelecidos, sejam eles oficiais ou não. Referente a importância e conceituação da dignidade afirma Silva (2004, p. 93), tratar-se de “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...]”.

Em uma segunda vertente tem-se a vinculação parcial, por se tratar de uma complementação à Carta das Nações Unidas. Sendo assim, os Estados membros das Nações Unidas tem o dever de promover o respeito e cumprimento universal dos direitos consagrados pela Declaração, por esta ser fruto da Carta de 1945.

E, em terceira vertente tem-se a força jurídica obrigatória e vinculante. Os integrantes dessa vertente defendem a força jurídica vinculante como decorrente do direito costumeiro internacional e/ou dos princípios gerais do direito. São três os argumentos que defendem a força vinculante, sendo eles: a incorporação constitucional das previsões da Declaração relacionadas aos direitos humanos; o recebimento e aceitação das recomendações das Nações Unidas à obrigação legal de observância à Declaração Universal por todos os Estados; e por fim, as decisões proferidas pelos Tribunais internos que se referem à mesma como fonte de direito. Para esta última corrente, não só os Estados que concordaram com a Carta da Organização das Nações Unidas, mas sim todos os Estados integrantes da comunidade internacional, devem promover o respeito e a observância aos direitos e garantias mencionados pela Declaração.

Diante da exposição dos argumentos utilizados pelas três correntes mencionadas, pode-se perceber que é inegável a prevalência da terceira corrente. Observa-se, conforme proposto por Piovesan(1997, p. 148-151):

[...] a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão 'direitos humanos' constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.

Por fim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se impõe como uma norma de conduta para todos os Estados que integram a denominada comunidade internacional, tendo como principal objetivo o reconhecimento universal dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais consagrados, e reconhecendo um padrão universal de

proteção, que por sua vez, têm sido incorporados às constituições nacionais e servido como fonte para as decisões judiciais internas. A Declaração de 1948 torna-se, então, parte do direito consuetudinário internacional, vinculante a todos os Estados. (PIOVESAN, 2013)

5 CONCLUSÃO

Conforme as análises realizadas, conclui-se que a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 apresentam fundamental importância no cenário internacional e doméstico para a proteção dos direitos e garantias do indivíduo. A evolução histórica tratada no presente trabalho indicou a gênese da proteção dos direitos humanos ainda em critérios transcendentais, fundamentados em perspectivas religiosas. O desenvolvimento de um globo multicultural e fragmentado demonstrou a necessidade de fundamentação dos direitos humanos em outros critérios, que não a presença de uma entidade/ser transcendental protetivo. Nesse sentido, o desenvolvimento da sociedade internacional sob os signos das Nações Unidas demonstra a inclinação dos países em atuarem conjuntamente para a proteção do indivíduo.

Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 apresenta-se como importante marco para a proteção desses direitos. Por além das diversas vertentes que analisam sua força jurídica vinculante, conclui-se que a Declaração Universal hoje é visualizada e compreendida como elemento basilar para proteção do ser humano. Nesse sentido, percebe-se que os Estados passaram a adotá-la como o rol mínimo para o pleno desenvolvimento físico, psíquico, social e cognitivo do sujeito. Nesse sentido, os critérios da universalidade e indivisibilidade demonstram a necessidade de proteção integral em uma perspectiva civil e política, aliada a vertente social, econômica e cultural.

Conclui-se que a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos, insere o indivíduo na centralidade do cenário internacional e doméstico, reconstruindo toda a ótica de formação, desenvolvimento e compreensão do estado e do direito.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 9. ed. São Paulo: Cone, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005

BENEVIDES, Maria Victoria. Cidadania e Direitos Humanos. In: José Sérgio Carvalho. (Org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 43-65.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

PINHEIRO, Flávia de Campos. A evolução dos direitos fundamentais e os documentos internacionais para sua proteção.

Revista do Curso de Direito do Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP. São José do Rio Preto, v. 1, n. 1, p. 1-32, jan/jul. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Elisa Larkin (org.) **Afrocentricidade:** uma abordagem epistemológica inovadora. São Paulo: Selo Negro, 2009.

OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. Norberto Bobbio: teoria política e direitos humanos. **Revista Filosofia.** Paraná, v. 19, n. 25, p 361-372. 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** [S.l], 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2015.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y constitución.** 3. ed. Madri: Teccnos, 1990.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** 6. ed. Coimbra: Armênio Amado (Editor). Coimbra, 1979.

SANTOS, Reinaldo Silva Pimentel. **Territorialidade e América Latina:** uma análise da proteção territorial das comunidades

Anais

XIII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado

IX Seminário Internacional de Direitos Humanos

tradicionais negras e o direito internacional dos direitos humanos. 2011. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2004.



ISSN 2236-1111

