

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CLERILEI APARECIDA BIER

EID BADR

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Alex Copetti
Rogério Gesta Leal

Resumo

O presente artigo objetiva estabelecer um panorama geral sobre o processo histórico de positivação e sobre algumas dimensões dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais sociais. Entende-se que o respeito espontâneo às normas de direitos fundamentais e a sua concretização são mais facilmente obtidos com a clara compreensão do seu conteúdo e da sua fundamentalidade, que podem ser buscados no estudo dos aspectos filosóficos e políticos e no processo histórico de positivação desses direitos. O ponto central do artigo está no argumento de que, quanto mais se entender sobre o processo histórico de positivação e quanto mais se esclarecer as dimensões filosófica e política desses direitos, mais eficientes e melhores serão as suas possibilidades eficaciais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, Aspectos filosóficos, Aspectos políticos, Positivação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to establish an overview of the historical process of positivization and on some dimensions of fundamental rights, in particular social fundamental rights. It is understood that the spontaneous respect for fundamental rights standards and their implementation are more easily obtained with a clear understanding of its content and its fundamentality, which can be found in the study of the philosophical and political aspects and the affirmations of historical process of these rights. The point of the paper is the argument that the more you understand about the historical process of positivization and the more you clarify about the philosophical and political dimensions of these rights, more efficient and better will be your implementation possibilities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social fundamental rights, Philosophical aspects, Political aspects, Positivization

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais podem ser vistos sob as dimensões filosófica e política. Ambas, de uma forma ou de outra, buscam estabelecer com exatidão a sua delimitação e a sua fundamentalidade.

O presente artigo tem a finalidade de tratar dessas dimensões e dos aspectos históricos da positivação dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, para, assim, contribuir na delimitação do seu conteúdo e da sua fundamentalidade.

O artigo é dividido em três principais partes, a primeira trata dos aspectos filosóficos dos direitos fundamentais sociais. Na segunda parte é feita uma abordagem acerca dos aspectos políticos dos direitos fundamentais sociais. E, na terceira, é tratado dos aspectos históricos da positivação dos direitos fundamentais sociais. O método utilizado é o dedutivo e a pesquisa foi realizada através de consulta bibliográfica.

2. ASPECTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme afirma Sarlet (2012, p. 37/38), uma das primeiras notícias históricas de um desenvolvimento mais claro de pensamentos que mais tarde influenciariam na formação da ideia de dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais pode ser buscada na filosofia antiga greco-romana, mais especificamente na escola estoica, que defendia que o ser humano é diferente dos outros animais em virtude da racionalidade.

Para os estoicos, a racionalidade, que era a capacidade de pensar do homem, a capacidade de pensar no futuro, a capacidade de pensar e de seguir regras de comportamento que visavam a autopreservação e a evolução da espécie, estava “potencialmente disponível a todos os indivíduos de qualquer nação ou povo”. (TARNAS, 2001, p. 119)

Influenciado pelo pensamento estoico, o filósofo romano Marco Túlio Cícero defendeu que a racionalidade é o traço diferencial do ser humano que lhe confere capacidade de conviver com o próximo, que lhe permite criar normas de conduta objetivando o bem comum. (BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 176) Esse pensamento vai além do pensamento da escola estoica, pois nesse caso a racionalidade inspiraria mais do que um simples comportamento negativo de não lesar o outro, ela inspiraria os homens a contribuírem para que o seu semelhante se aperfeiçoasse (o que ultrapassa o mero senso de coletividade dos animais).

É de se ressaltar a importância do pensamento cristão no desenvolvimento das ideias-bases que mais tarde fundamentariam a formação da noção de dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, no pensamento cristão o homem é a principal criação divina, afinal, o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, dessa ideia advieram “as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens perante Deus”. (SARLET, 2012, p. 38)

Percebe-se, assim, que o pensamento da filosofia greco-romana e o pensamento cristão são em grande medida semelhantes, podendo-se dizer que ambos influenciaram nas posteriores doutrinas jusnaturalistas embasadoras dos direitos fundamentais.

Sarlet (2012, p. 38) afirma que as reflexões oriundas da religião e da filosofia grega acabaram por criar algumas ideias-chave (valores), que depois influenciaram o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis.

O pensamento jusnaturalista defendia que existem direitos que derivam da própria natureza do homem, que são anteriores e superiores ao próprio Estado, esse pensamento pode ser utilizado para justificar os direitos fundamentais ao se entender que estes últimos são aqueles direitos que decorrem da própria natureza humana.

Nesse sentido, nos séculos XVI e XVII, jusfilósofos como Francisco Suárez, Gabriel Vázquez, H. Grócio, Samuel Pufendorf, John Milton e Thomas Hobbes, defendiam a existência de direitos naturais inalienáveis do homem decorrentes da liberdade, da dignidade e da submissão da autoridade ao direito natural. (SARLET, 2012, p. 39)

O pensamento contratualista de John Locke, de que os homens aceitam o contrato social com o objetivo de preservar a vida, a liberdade e a propriedade, e que a defesa de tais direitos seria a razão primeira de ser do Estado, também pode justificar os direitos fundamentais ao se entender que estes decorrem da ideia do contrato social.

Sarlet (2012, p. 40) afirma que já no século XVIII, John Locke defendia a ideia de que os direitos naturais inalienáveis do homem seriam oponíveis até mesmo em face do Estado, pois apesar dos homens terem consentido com a sua criação (contrato social) não eram meros objetos do Estado¹.

¹ “Locke, assim como já havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal” (SARLET, 2012, p. 40)

O pensamento positivista também pode ser citado como justificador dos direitos fundamentais ao se afirmar que esses direitos seriam prerrogativas básicas do ser humano outorgadas pela lei.

Outra possível justificação dos direitos fundamentais é o argumento dos realistas de que eles são resultado de lutas sociais e políticas que ocorreram ao longo da história. (BRANCO, 2002)

O atual estado da arte, no que se refere aos fundamentos filosóficos dos direitos fundamentais, desemboca no chamado pós-positivismo, que “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e da teoria dos direitos fundamentais”. (BARROSO, 2006, p. 27)

O pensamento pós-positivista defende, sinteticamente, não ser razoável afirmar de forma *a priori* que qualquer conteúdo da lei possa ser considerado direito (OLIVEIRA, 2012, p. 56), defende a existência de valores que não podem ser violados e que também integram o direito, esses valores decorrem da dignidade da pessoa humana e estão consubstanciados nos direitos fundamentais.

Para o pensamento pós-positivista a lei em sentido formal não é suficiente, busca-se um reencontro com a dimensão valorativa do direito, é defendida a existência de uma conexão entre direito e moral, entre direito e justiça, entre direito e política². (OLIVEIRA, 2012, p. 56)

Nesse sentido, Leal (2009, p. 18) aponta que os direitos fundamentais advêm do entrelaçamento entre Direito e Moral, que acontece quando o direito positivo é utilizado para defender dificuldades de argumentação (incertezas) e para institucionalizar vias de fundamentação dos próprios sistemas jurídicos (o que vai se dar também pelos Direitos Fundamentais), que estão abertas a argumentações morais.

Sendo assim, os direitos fundamentais sociais resultariam desse entrelaçamento entre direito e moral e, no contexto atual do desenvolvimento teórico, pode-se dizer que os direitos fundamentais sociais consubstanciam pressupostos necessários para o exercício dos demais direitos fundamentais, conforme lecionam Rawls e Alexy.

² Um alerta deve ser feito, esse reencontro com a dimensão valorativa do direito não significa uma volta ao jusnaturalismo, assim, não basta que se reconheça a dimensão ética e moral dos direitos fundamentais, é necessário também que eles estejam inseridos no ordenamento jurídico, sob pena de não poderem ser objeto de proteção e implementação estatal, pois aproveitar o termo “direito” para alcançar valores morais sem inseri-los em norma jurídicas válidas significaria uma volta ao jusnaturalismo e não é isso que se espera de um ordenamento jurídico. (LEAL, 2009, p. 28)

Rawls primeiramente entendia que o mínimo social seria atendido com a distribuição justa de bens primários, feita pelos indivíduos na posição original sob o véu da ignorância, entretanto, ao longo do tempo, o autor americano revisa sua teoria e passa a defender que existem certos bens mínimos que sempre devem estar presentes (ser garantidos) numa sociedade democrática de direito, esse mínimo social seria necessário para viabilizar a satisfação das necessidades básicas do cidadão. (LEAL, 2009, p. 26/27)

No mesmo sentido, Alexy sustenta que a liberdade jurídica somente realiza-se quando aliada à liberdade fática, e, para que esta exista é necessário que o Estado garanta condições mínimas de possibilidade de exercício daquela. Essas condições mínimas são justamente os direitos fundamentais sociais, que “oportunizam a densificação material da liberdade fática como contraface da liberdade jurídica” (LEAL, 2009, p. 36/37).

Portanto, pode-se dizer que tanto para Rawls quanto para Alexy, os direitos fundamentais sociais são pressupostos necessários para o exercício dos demais direitos fundamentais.

3. ASPECTOS POLÍTICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A análise dos contextos políticos em que surgiram os direitos fundamentais sociais nas civilizações modernas do ocidente é fator importante para se entender os atuais contornos desses direitos.

É possível estabelecer uma relação entre a evolução do Estado moderno e do constitucionalismo com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, pois tanto as formas de Estado quanto as formas de constitucionalismo refletem o contexto político vivido por uma determinada sociedade, num determinado momento histórico.

3.1. FORMAS DE ESTADO

Pode-se dizer que o Estado moderno tem sua origem no período de instabilidade política vivida no período feudal, é em virtude dessa instabilidade que se percebe a necessidade de concentrar o poder político, com isso, surge o primeiro estágio do Estado moderno, que é o absolutismo. (SPARAPANI, 2012)

No Estado absolutista, excepcionalmente surgiram alguns documentos limitadores do poder do monarca e que podem ser anunciados como as primeiras notícias históricas do

desenvolvimento dos atuais direitos fundamentais, como é o caso da Magna Carta de 1215, das Cartas de Franquia firmadas em Portugal e na Espanha, da Bula de Ouro de 1222 firmada na Hungria, dos documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburgo em 1555, dos documentos firmados por ocasião da Paz de Westfália em 1648, do Petition of Rights de 1628, do Habeas Corpus Act de 1679 e da Bill of Rights de 1689. (SARLET, 2012, p. 41/42)

Com o tempo as monarquias absolutistas começaram a ser contestadas, especialmente pela burguesia que detinha o poder econômico e almejava ter mais influência política. O empenho da burguesia para alcançar o poder político aliado ao pensamento jusnaturalista, cada vez mais laico, e ao pensamento das teorias contratualistas dos séculos XVI, XVII e XVIII, foram fatores que conduziram ao iluminismo que culminou na revolução francesa. (SARLET, 2012, p. 39)

Com a revolução francesa, surge o Estado liberal que foi uma forma de reação ao absolutismo. O Estado liberal possui basicamente três núcleos: 1- núcleo jurídico-político (representado pela ideia de Estado de Direito); 2- núcleo econômico (representado pela ideia de liberalismo econômico de Adam Smith); 3- núcleo filosófico (representado pela ideia do individualismo).

Por ora, importa o primeiro núcleo, pois a ideia de Estado de Direito vigente na época, buscava atender a dois principais objetivos: promover materialmente a divisão orgânica do Poder (de Montesquieu) e promover os direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão (Estado garantidor).

Em relação aos direitos fundamentais, o Estado liberal protege especialmente o direito à vida, à liberdade e à propriedade, os quais, na classificação tradicional, são considerados direitos negativos que impõem um não agir ao Estado. (SPARAPANI, 2012)

As ideias iluministas defendidas na revolução, de que existem direitos que devem ser respeitados pelo Estado e de que os indivíduos são livres e iguais perante a lei, culminaram numa supervalorização da lei criada pelo parlamento, pois a partir de então os direitos naturais do homem estariam nela consagrados e os homens somente seriam obrigados pela lei. (OLIVEIRA, 2012, p. 56)

Entretanto, após a primeira guerra mundial, a base do pensamento defendido no Estado liberal sofre profundo golpe, pois se verifica a sua insuficiência para resolver os problemas sociais surgidos na Europa.

Nesse momento, o pensamento de Rousseau de que quando o homem é posto em convívio social a sua bondade natural é corroída e as desigualdades surgem, parecia estar correto afinal, pois desde a revolução francesa o que se viu foi a opressão e a violação dos

direitos fundamentais entre os particulares (especialmente em virtude das consequências negativas da revolução industrial sobre a população europeia).

Nesse contexto, ganha força a ideia de que o Estado deveria intervir no campo das relações privadas para reduzir as desigualdades sociais então existentes, o que acaba por embasar o surgimento do Estado social e dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

No Estado social as constituições deixam de ser apenas jurídicas-políticas, como ocorria no Estado liberal (Estado garantidor), e passam a ser também econômico-sociais ao protegerem os direitos sociais.

Surgem então, nas constituições, os chamados direitos fundamentais sociais, cujo principal objetivo é a promoção da igualdade material. As constituições que primeiro se preocuparam com tais direitos foram a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919.

Atualmente, há quem defenda que o modelo do Estado social entrou em crise a partir da década de 70, sendo que, dentre outras, são feitas as seguintes críticas a esse modelo: 1- gerou o crescimento das despesas públicas que levou ao aumento das necessidades financeiras dos governos (endividamento, emissão monetária, inflação); 2- gerou o aumento da tributação que pode provocar efeitos maléficos em vários setores da sociedade (evasão fiscal, fraudes fiscais, desenvolvimento da economia informal, dentre outros); 3- gerou o emprego irracional de recursos materiais do Estado; 4- o Estado social, aparentemente benfeitor, acabou produzindo um ambiente de ineficácia e clientelismo, pesadamente pago pelo mesmo cidadão que à primeira vista procurava socorrer. (GONÇALVES, 2002, p. 78)

Tais críticas possuem fundamento numa visão neoliberal de Estado, que propugna uma menor intervenção do Estado na esfera social, busca limitar as suas fronteiras econômicas e promover a liberdade individual. (GONÇALVES, 2002, p. 88)

A consequência de se adotar tal pensamento no que se refere aos direitos fundamentais sociais é o possível enfraquecimento da sua fundamentalidade e a permissão para que haja uma menor atuação do Estado na concretização desses direitos.

Os defensores dessa nova visão afirmam que esse novo modelo de Estado (neoliberal) não impede de forma absoluta a atuação estatal na concretização dos direitos fundamentais sociais, na verdade, ele objetiva uma intervenção mais eficiente do Estado no campo social. (GONÇALVES, 2002, p. 88-89)

Por outro lado, há quem diga que a necessidade da atuação do Estado, especialmente no Brasil, é imprescindível para evitar o caos no âmbito social. (SPARAPANI, 2012)

O tema não é pacífico, há atualmente grande divergência acerca de qual modelo seria mais adequado à tutela dos direitos fundamentais sociais (Estado social x Estado neoliberal). Talvez a melhor saída seja encontrar o ponto de equilíbrio entre os dois modelos, entretanto, “achar o equilíbrio, o ‘caminho do meio’, representa um grande desafio na atual conjuntura do Estado brasileiro que passa por tantas mudanças embaladas pela globalização”. (SAPARAPANI, 2012)

3.2. CONSTITUCIONALISMO

Constitucionalismo é o movimento de limitação do poder estatal, que ocorre basicamente por intermédio da criação de direitos e garantias fundamentais e de regras acerca do exercício do poder num dado território. Segundo Canotilho (2003, p. 51), constitucionalismo é a teoria que defende o princípio do governo limitado, que é indispensável à garantia de direitos aos indivíduos e ao respeito a ordem organizatória instituída em uma comunidade.

Nesse sentido, o constitucionalismo pode ser considerado como um movimento que, ao limitar o poder Estatal e criar direitos fundamentais, reflete o contexto político vivido por uma sociedade, num determinado momento histórico.

Segundo classificação tradicional, o constitucionalismo pode ser dividido em antigo, medieval, clássico ou liberal, moderno ou social e contemporâneo.

Refletindo o contexto político da época, no chamado constitucionalismo antigo ocorreram importantes experiências relacionadas com a limitação do poder e com o surgimento de direitos, como a dos romanos.

Na experiência romana pode ser citada a Lei das Doze Tábuas, que garantia direitos aos plebeus como forma de limitação do poder do Estado.

A principal experiência ocorrida no constitucionalismo medieval foi a inglesa, especialmente com a Magna Carta de 1215, que, apesar de estamental, elencou direitos até hoje previstos nas constituições modernas e também difundiu a ideia do governo da lei em substituição ao governo dos homens, e da igualdade dos cidadãos perante a lei.

O constitucionalismo clássico ou liberal surge no final do século XVIII. Nesse momento, o ambiente político estava sob a influência da doutrina naturalista e, em virtude das consequências da revolução industrial e do desenvolvimento da economia, o pensamento burguês tinha grande força.

Surge um novo cenário político que resultou nas revoluções burguesas, em especial na revolução americana de 1776 e na revolução francesa de 1789, que possibilitaram a criação de declarações que buscavam estender as liberdades estamentais medievais para todos, ou seja, nesse contexto político, surgem direitos básicos dos cidadãos nos moldes dos atuais direitos fundamentais (direitos fundamentais de primeira dimensão).

A declaração francesa tem maior conteúdo social (trata de direitos trabalhistas, assistência social e educação) que a americana, e, enquanto a primeira tem aspiração universal e abstrata a segunda é mais pragmática. (SARLET, 2012, p. 43-45)

Em virtude de sua aspiração universal, a declaração francesa influenciou decisivamente no processo de constitucionalização e no processo de reconhecimento de direitos fundamentais nas constituições do século XIX. (SARLET, 2012, p. 43-45)

O constitucionalismo moderno ou social surge com o fim da primeira guerra mundial num contexto político de profunda desigualdade social e de incapacidade estatal para atender as demandas sociais que abalaram o século XIX.

As consequências negativas da revolução industrial aliadas a ilusória igualdade formal pós revoluções liberais, acabaram por criar esse contexto de profunda desigualdade social e de precárias condições de vida para grande parte da população europeia. Tais elementos impulsionaram o surgimento de teorias opostas ao capitalismo, o surgimento do operariado organizado e o desenvolvimento da ideia da igualdade material e de que deveriam ser ampliados os direitos dos indivíduos para abranger também outros direitos fundamentais, como os relativos à saúde, à educação, à assistência e trabalhistas (direitos fundamentais de segunda dimensão).

Sendo assim, a partir do término da primeira guerra mundial, os países ocidentais ampliaram o rol de direitos fundamentais para abranger os direitos fundamentais sociais, conforme se verifica nas constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919. A partir desse momento a ideia de oposição entre homem e Estado resta superada e ganha força a ideia de que o Estado deveria atuar positivamente para promover os direitos fundamentais sociais e para reduzir as desigualdades.

Por fim, o constitucionalismo contemporâneo tem seu marco histórico inicial após o fim da segunda guerra mundial num contexto político de profunda perplexidade com as atrocidades ocorridas durante a guerra.

A partir de então surge com força a ideia de dignidade da pessoa humana, que passou a ser consagrada expressamente nos textos das constituições como um valor constitucional supremo.

Mudanças também ocorrem com relação aos métodos de interpretação constitucional, surgiram métodos específicos de interpretação constitucional, passa-se a falar em força normativa das constituições, em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em direitos fundamentais como direitos subjetivos e resta claro que toda interpretação jurídica deve passar pela “filtragem constitucional”.

É também a partir desse momento que, em 1948, surge como marco histórico da internacionalização dos direitos fundamentais, a declaração universal dos direitos humanos, que impulsionou o surgimento de vários outros documentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais. (LEAL, 2009, p. 60/61)

4. ASPECTOS HISTÓRICOS DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Destacando a importância da contextualização histórica, Bobbio afirma que os direitos fundamentais são direitos históricos nascidos em certas circunstâncias “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. (BOBBIO, 2004, p. 6)

Apesar de não se poder afirmar que os direitos fundamentais são fruto tão-somente da evolução histórica natural do homem, considera-se que a contextualização histórica serve para uma melhor compreensão desses direitos no cenário atual, sendo assim, serão analisados alguns aspectos gerais da evolução da positivação dos direitos fundamentais no ocidente e, paralelamente, alguns aspectos internos dessa evolução na legislação constitucional do Brasil.

4.1. EVOLUÇÃO GERAL

Poder-se-ia relacionar as *leis comuns* gregas e o *direito das gentes* romano com os direitos fundamentais atuais, em virtude da sua pretensão de universalidade. (COMPARATO, 2010, p. 26)

Entretanto, segundo Sarlet (2012, p. 41), é no século XIII que surgem os primeiros documentos positivadores de direitos que podem ser considerados como um prelúdio dos atuais direitos fundamentais. Nesse momento, foi editada, na Inglaterra, a Magna Carta (1215), documento estamentário, que naquele contexto pode ser visto como um importante documento positivador de direitos fundamentais.

No mesmo período, documentos semelhantes à Carta Magna surgiram em outros Estados, como ocorreu, por exemplo, em Portugal e na Espanha com as Cartas de Franquia e os Forais, na Hungria com a Bula de Ouro de 1222, no extinto Reino de Leão e da Galiza com as Cortes de Leão de 1188 (firmado por Afonso IX) e no extinto Reino de Aragão com o Privilégio General de 1283 (firmando por Pedro III). (SARLET, 2012, p. 41)

Sampaio (2010, p. 130/131), apesar de afirmar que esses textos não possuíam o significado atual dos direitos fundamentais, também reconhece a importância da repercussão desses documentos.

Posteriormente, em virtude da reforma protestante, surgiram outros documentos positivadores da liberdade de crença e culto, como é o caso do Édito de Nantes de 1598 (França), dos documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburgo em 1555, dos documentos firmados por ocasião da Paz de Westfália em 1648 ao final da guerra dos 30 anos, do Toleration Act de Maryland (1649) e do Toleration Act de Rhode Island em 1663. (SARLET, 2012, p. 42)

Na sequência, surgem as declarações dos séculos XVII e XVIII que buscavam ampliar o conteúdo e a titularidade das liberdades estamentais medievais. Nesse contexto, podem ser citados a Petition of Rights de 1628 (Inglaterra), o Habeas corpus Act de 1679 (Inglaterra), a Bill of Rights de 1689 (resultado da revolução gloriosa de 1688) e o Establishment Act de 1701 (definiu as leis inglesas como direitos naturais de seu povo – “Estado das leis”). Pode-se dizer que as declarações do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas. (SARLET, 2012, p. 42)

Mais adiante, as revoluções liberais da segunda metade do século XVIII (americana e francesa) marcam a positivação dos direitos naturais do homem como direitos fundamentais constitucionais, que vinculavam todos os Poderes e tinham supremacia normativa. Além disso, a declaração francesa, por sua pretensão universal, influenciou na positivação de direitos fundamentais de primeira dimensão nas constituições europeias do século XIX (SARLET, 2012, p. 43-45)

Após a primeira guerra mundial, verifica-se uma nova postura dos Estados, que passam a positivar os direitos fundamentais sociais. Surgem então, nas constituições de países ocidentais (como no caso da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição alemã de 1919) os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, cujo principal objetivo é a promoção da igualdade material.

Mais adiante, com o fim da segunda guerra mundial surge com força a ideia de dignidade da pessoa humana, que passou a ser consagrada expressamente nos textos das

constituições como um valor constitucional supremo, além disso, com base nessa mesma ideia, surgem no século XX inúmeras declarações internacionais de direitos fundamentais.

Após a segunda guerra mundial, diante das violações de direitos ocorridas, restou claro que a tutela dos direitos fundamentais não poderia se restringir ao âmbito interno dos Estados, pois trata-se de matéria de interesse de todos os seres humanos. (LEAL, 2009, p. 59/60)

Sendo assim, surge em 1948 o marco histórico da internacionalização dos direitos fundamentais: a declaração universal dos direitos humanos. E, apesar das críticas, deve-se reconhecer que ela foi o marco inicial que impulsionou, após a sua edição, o surgimento de vários outros documentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais com a criação de um sistema de proteção internacional desses direitos. (LEAL, 2009, p. 60/61)

Atualmente, no direito internacional existem basicamente dois sistemas de proteção dos direitos fundamentais: o sistema global de proteção dos direitos humanos ou sistema das nações unidas (ONU), que abrange o mundo inteiro, e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, nesse caso, existem vários sistemas (regionais) de proteção (como exemplo, podem ser citados o sistema africano, sistema europeu, sistema interamericano e sistema asiático).

O instrumento inaugural do sistema global de proteção dos direitos humanos é a Carta das Nações Unidas de 1944, que previu que os direitos fundamentais deveriam ser protegidos sem relacionar exatamente quais eram esses direitos. O documento equivalente, no sistema regional de proteção interamericano, é a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948.

Na sequência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), complementando a Carta das Nações Unidas, estabeleceu o rol de direitos e garantias que deveriam ser protegidos. O documento equivalente no sistema regional de proteção interamericano é Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) regulamentou e criou normas processuais para a concretização e proteção dos direitos previstos na primeira parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Pacto de 1966 consagra, de forma incondicional, a obrigação dos Estados integrantes adotarem medidas concretizadoras dos direitos civis e políticos, prevê direito de recurso no caso de violação desses direitos e confere legitimidade aos Estados e aos indivíduos para comunicarem (“denunciarem”) violações aos direitos protegidos. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 83/84) O documento equivalente

no sistema regional de proteção interamericano é a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Por fim, o Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) regulamentou a segunda parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse Pacto consagra a obrigação dos Estados adotarem medidas progressivas de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, porém, condiciona essa obrigação à disponibilidade de recursos e, ao contrário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, trabalha apenas com sistema de relatórios sobre a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, não prevê direito de recurso no caso de violação e não cria mecanismos de denúncia de violações a esses direitos. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 83/84) O documento equivalente no sistema regional de proteção interamericano é o Protocolo de San Salvador (1988).

Atualmente, há uma crescente integração entre o direito internacional e o direito nacional, especialmente na tutela dos direitos fundamentais, reflexo disso é que nos últimos quinze anos, diversas Constituições ibero-americanas destacaram a importância de aplicar instrumentos internacionais de direitos humanos no direito interno. Essa crescente integração traz, por consequência, novas exigências para o intérprete local, que deve conhecer a interpretação que se faz dos pactos no âmbito internacional. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 90/91)

4.2. EVOLUÇÃO INTERNA

A evolução da positivação dos direitos fundamentais sociais pode ser observada, com algumas ressalvas, na análise do histórico das constituições brasileiras.

Fruto natural da independência do “Império do Brasil”, a Constituição de 1824 foi outorgada, teve como fonte inspiradora a Constituição francesa e o constitucionalismo inglês, adotou como forma de governo a monarquia (art. 3º), adotou a teoria do poder moderador (art. 10 e art. 98 a 101) e tinha um rol de direitos fundamentais de primeira dimensão, tais como, liberdade³, segurança, propriedade e igualdade (formal). Elencava, também, um conjunto de

³ Duas ressalvas devem ser feitas: 1- nesse período existia liberdade de crença, mas não de culto (art. 5º c/c 179, V, CF/1824); 2- a escravidão era justificada na ideia de que os escravos não eram sujeitos de direito.

garantias fundamentais, tais como, princípio da legalidade, princípio da irretroatividade, inviolabilidade domiciliar, presunção inocência e devido processo legal⁴.

Apesar de priorizar direitos fundamentais de primeira dimensão, já tratava de alguns temas hoje considerados direitos fundamentais sociais, tais como, educação e socorros públicos (art. 179, XXXI).

Em 1889 é proclamada a república e editado o Decreto n. 01/89, que põe fim à monarquia e revoga a Constituição de 1824. Com a proclamação da república surge a necessidade de uma nova constituição, então convoca-se uma Assembleia Nacional Constituinte que tem por resultado a Constituição de 1891.

A Constituição dos “Estados Unidos do Brasil” de 1891 foi promulgada, teve como fonte inspiradora a Constituição americana de 1787, adotou a forma de governo republicana (art. 1º e 6º), o sistema ou regime de governo presidencialista (art. 6º), a divisão tripartite do poder de Montesquieu (art. 15), tinha um rol de direitos fundamentais de primeira dimensão, tais como, liberdade, segurança, propriedade e igualdade (formal), e previa uma cláusula inclusiva de direitos fundamentais no seu artigo 78⁵. Elencava, também, um conjunto de garantias fundamentais, tais como, princípio da legalidade, inviolabilidade domiciliar e ampla defesa⁶.

Com a revogação da constituição de 1891 e após a revolução constitucionalista de 1932, a Constituição de 1934 foi promulgada, teve como fonte inspiradora a Constituição alemã de 1919, adotou a divisão orgânica de Montesquieu (art. 3º), a forma de governo republicana e o sistema ou regime de governo presidencialista (art. 1º). A Constituição de 1934 marca a passagem de um constitucionalismo jurídico-político para um constitucionalismo, também, econômico-social, sendo assim, continha um rol de direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, tais como, igualdade (material), legalidade, liberdade, propriedade, assistência social e subsistência⁷.

⁴ Art. 179 - A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

⁵ Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

⁶ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

⁷ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

A Constituição de 1937 foi outorgada, teve como fonte inspiradora a Constituição polonesa de 1935, centralizou o poder na figura do chefe do executivo da União (art. 9º; 13; 74), adotou a forma de governo republicana (art. 1º) e o sistema ou regime de governo presidencialista (art. 1º e 9º). Se comparada com a Constituição que a precedeu, regrediu no que se refere aos direitos fundamentais, pois, tratou da pena de morte (art. 122) e da censura (art. 122).

A Constituição de 1946 foi promulgada e marcou o processo de redemocratização do país e da volta às características da Constituição de 1934, a qual foi sua fonte inspiradora, adotou a divisão orgânica de Montesquieu (art. 36), a forma de governo republicana (art. 1º) e o sistema ou regime de governo presidencialista (art. 1º). A Constituição de 1946 é caracterizada pelo constitucionalismo econômico-social somado ao constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, e, assim como ocorreu na Constituição de 1934, também previa um rol de direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões e uma cláusula de inclusão no seu artigo 144⁸.

As Constituições de 1967 e 1969 novamente centralizaram o poder na figura do chefe do executivo e retrocederam na proteção dos direitos fundamentais, permitindo a cassação de direitos políticos, possibilitando a censura dos meios de comunicação e a proibição de manifestações.

Por fim, a Constituição de 1988 foi mais um marco histórico no processo de redemocratização do país e de valorização da dignidade da pessoa humana, especialmente através do reconhecimento de um extenso rol de direitos fundamentais, que são divididos, no seu título II, em direitos individuais, sociais, coletivos, de nacionalidade, políticos e partidos políticos.

Além disso, como reflexo da cada vez maior integração entre o direito internacional e o direito nacional, podem ser citados, na Constituição de 1988, dois importantes pontos de infiltração dos direitos fundamentais, previstos pelo direito internacional, no direito interno. Tais pontos de infiltração correspondem ao parágrafo segundo, do artigo 5º, da Constituição, que faz a abertura do catálogo dos direitos fundamentais para abarcar outros não previstos na Constituição, e ao parágrafo terceiro, do mesmo artigo 5º, que cria procedimento para incorporação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos como equivalentes a emendas constitucionais.

⁸ Art. 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

5. CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi o de tratar dos aspectos filosóficos, políticos e da positivação dos direitos fundamentais, para, assim, contribuir na delimitação do seu conteúdo e da sua fundamentalidade, especialmente dos direitos fundamentais sociais.

Entende-se que, quanto mais se esclarecer e objetivar essas dimensões, mais eficientes e melhores serão as possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.

A análise de aspectos não jurídicos desses direitos é fundamental para a sua delimitação, afinal, apesar de serem protegidos por normas jurídicas, a linguagem jurídica, assim como qualquer outra forma de linguagem, não é suficiente para sozinha abranger todos os aspectos e complexidades dos direitos fundamentais sociais, daí a importância de se estudar seus aspectos filosóficos e políticos.

6. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos Sociais são Exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais - 2ª parte*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528 (acesso em 15/07/2014).

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. *Filosofia do Direito*. In: *Coleção saberes do direito*. Vol. 50, São Paulo: 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____, Ingo Wolfgang (Coord.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SPARAPANI, Priscilia. *O modelo de estado brasileiro contemporâneo: um enfoque crítico*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11257>. (acesso em: 14/11/14)

TARNAS, Richard. *A epopeia do pensamento ocidental*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.