XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

MARCELO ANTONIO THEODORO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior, Marcelo Antonio Theodoro, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-181-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais III", durante o XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Brasília- DF em julho de 2016.

O Grupo foi Coordenado pelos Professores Doutores, Eloy Pereira Lemos Junior da Universidade de Itaúna-MG, Narciso Leandro Xavier Baez da Universidade do Oeste de Santa Catarina e Marcelo Antonio Theodoro da Universidade Federal de Mato Grosso.

No Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais pudemos identificar, a partir da apresentação dos artigos que a seguir foram selecionados, vários enfoques atualíssimos sobre a temática.

Para melhor situar e favorecer os debates, identificamos um primeiro grupo que tratou sobre temas afetos aos direitos afetos às vulnerabilidades, reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. Neste sentido identificamos os trabalhos de Aldrin Bentes Pontes e Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes "O direito e reconhecimento de comunidade quirombola em Manaus"; Joyce Pacheco Santana que apresentou o artigo realizado em coautoria com Izaura Rodrigues Nascimento, "Exploração sexual infantil: um estudo de caso acerca da coragem das meninas indígenas de São Gabriel da Cachoeira para enfrentar esse mal"; Thandra Pessoa de Sena, com o artigo em coautoria com Joedson de Souza Delgado sobre a "Adoção de Crianças e Adolescentes nas Comunidades Indígenas: A colocação de uma criança indígena em uma família substituta", além de Alyne Marie Molina Moreira e Jeanne Marguerite Molina Moreira que apresentaram o artigo "O reconhecimento da personalidade psíquica da criança transexual como forma de garantir a dignidade humana prevista na constituição federal brasileira/1988 – uma análise à luz do direito e da psicanálise".

Noutra ponta, vários artigos enriqueceram o debate acerca da judicialização dos direitos fundamentais, do chamado 'ativismo judicial' e a concretização dos direitos fundamentais tendo como horizonte hermenêutico o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar temos os artigos de Danielle Sales Echaiz Espinoza: "Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial social"; Clarisse Souza Prados, "O direito fundamental a autonomia da vontade como conteúdo essencial à dignidade

da pessoa humana – o caso do arremesso de anões; Flávia Brettas Brondani e "O mandado de injunção e o ativismo no Supremo Tribunal Federal" e Fernanda Sartor Meineiro e Fábio Beltrami: "O princípio da dignidade humano como conceito interpretativo".

Um terceiro grupo de artigos versou sobre a liberdade de expressão, sobre o direito fundamental à verdade e também sobre o direito fundamental à cultura. Neste sentido, os artigos de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em coautoria com Ana Maria D' Ávila Lopes: "Notas sobre a efetividade do direito fundamental à verdade no nordeste brasileiro: a experiência da comissão estadual da memória e verdade Dom Helder Câmara (Pernambuco); Catia Rejane Liczbinski Sarreta e "O direito à cultura como fundamental: Considerações em relação à aplicabilidade da Lei Rouanet"; Sabrina Fávero trouxe o artigo produzido em coautoria com Wilson Antonio Steinmetz "A liberdade de expressão e direitos de personalidade: colisões e complementariedades"; no mesmo sentido Caroline Benetti: "A liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e sua convivência com os direitos da personalidade".

Não se olvidou sobre a discussão do direito fundamental à igualdade, com vários enfoques: a começar por Lucas Baffi Ferreira Pinto que apresentou o artigo em realizado em coautoria com Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira: "Igualdade religiosa na era secular um diálogo entre Charles Taylor e Danièlle Hervieu-Léger"; Alisson Magela Moreira Damasceno e Ana Maria de Andrade: "Analise do sistema de cotas raciais no Brasil como ações afirmativas aliadas ao direito geral de igualdade"; Matheus Ferreira Bezerra: "O direito fundamental de combate à desigualdade social"; Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina: "O direito fundamental à igualdade e o princípio da solidariedade como fundamento constitucional para as ações afirmativas"

Outro ponto de contato dos direitos fundamentais com as garantias processuais a eles inerentes apareceu nos artigos de Fernanda Sell de Souto Goulart e Denise S.S. Garcia "Normas fundamentais do processo civil: a sintonia da constituição federal e o novo código de processo civil na garantia e defesa dos direitos fundamentais"; João Francisco da Mota Junior: "O conceito de cidadão e a ação popular – uma perspectiva diante da constituição cidadã"; Juliane Dziubate Krefta em coautoria com Aline Fátima Morelatto: "A gratuidade de Justiça e a interpretação da litigância de má-fé em relação aos beneficiários, como meio processual adequado à efetivação dos direitos fundamentais"; Oksandro Gonçalves trouxe a discussão o artigo produzido em conjunto com Helena de Toledo Coelho sobre "O foro privilegiado das autoridades públicas e o princípio da ampla defesa – análise do

entendimento do STF de Collor à Dilma; e ainda Rogério Piccino Braga e Francislaine de Almeida Coimbra Strasser: “A inimputabilidade como direito fundamental do ser humano em desenvolvimento e a redução da maioridade penal”.

Dois artigos pontuaram questões de bioética, quais sejam, Aline Marques Marino em coautoria com Jaime Meira do Nascimento Junior, que versou sobre “Apontamentos sobre os riscos da Ortotanásia a partir de Gattaca, experiência genética” e Kelly Rodrigues Veras, juntamente com Carlos Eduardo Martins Lima: “A utilização de bancos de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do estado democrático de direito”

Por derradeiro, dois artigos que versaram sobre o direito fundamental ao trabalho, sendo eles o de Paulo Henrique Molina Alves em coautoria com Luiz Eduardo Gunther, “O programa de proteção ao emprego instituído pela Lei 13.189/2015 em contraponto ao princípio constitucional do pleno emprego”, além de Simone Kersouani e Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis com o artigo “O paradoxo do teletrabalho sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais”.

Os trabalhos foram apresentados e debatidos com discussões enriquecedoras, que instigam à leitura detalhada de cada um dos artigos, pela valorosa contribuição que certamente darão às discussões contemporâneas sobre Direitos Fundamentais e suas garantias. Parabenizam os coordenadores à todos os autores e aos que participaram do debate e recomendam com entusiasmo a leitura da presente obra.

COORDENADORES:

Professor Doutor ELOY PEREIRA LEMES JUNIOR da Universidade de Itaúna-MG (UIT-MG)

Professor Doutor NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

Professor Doutor MARCELO ANTONIO THEODORO da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

O DIREITO FUNDAMENTAL DE COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO COMBAT SOCIAL INEQUALITY

Matheus Ferreira Bezerra

Resumo

O presente trabalho propõe uma abordagem sobre o tratamento constitucional dado ao combate à desigualdade social, em face dos direitos fundamentais, em especial aos da segunda dimensão, voltados especificamente para esta finalidade, na defesa da justiça social, e da perspectiva de se buscar a efetivação do Estado Democrático de Direito, que pressupõe a igualdade como base de sustentação, a fim de se superar um paradigma social que consagra o tratamento desigual de pessoas com base em classes sociais e permitir que o acesso aos direitos seja universalizado.

Palavras-chave: Efetivação de direitos, Dignidade humana, Desigualdade social

Abstract/Resumen/Résumé

This paper proposes an approach on the constitutional treatment of the fight against social inequality in the face of fundamental rights, in particular to the second dimension, geared specifically for this purpose, in the defense of social justice, and the prospect of seeking effective Law Democratic State, which presupposes equality as a support base, in order to overcome a social paradigm which enshrines the unequal treatment of people based on social classes and allow access to rights is universalized.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Effective rights, Human dignity, Social inequality

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são construções jurídicas voltadas para a proteção humana, legitimados pelo ordenamento jurídico de determinado Estado que consagra, dentre aqueles ideais de proteção do ser humano, quais serão passíveis de tutela pela ordem local, conferindo, pois, uma titularidade do cidadão em face ao Poder Público.

No caso do Brasil, as diversas dimensões dos direitos fundamentais foram incluídas no rol de proteção do direito constitucional desde a primeira Carta Magna (1824), onde o rol de tutela foi se expandindo nas cartas seguintes, até culminar com a Constituição Federal de 1988 que consagra uma extensa proposta de realização do ser humano, partindo-se da premissa da tutela da dignidade humana, seja através da defesa das liberdades, seja de justiça social, seja do bem-estar geral, da democracia e da paz, que contemplam as diversas classificações trazidas pela doutrina sobre os direitos fundamentais.

Neste sentido, a atual Constituição trouxe dispositivos protetivos do indivíduo de suma importância para o estudo e o fortalecimento do debate sobre os direitos fundamentais, no qual abrigou diversas dimensões concebidas destes direitos pelo mundo, dentre os quais o da segunda dimensão, que permitiu consagrar o combate à desigualdade social como objetivo da República Federativa (art. 3º, III).

Com efeito, mesmo nem sempre merecendo grande destaque nos debates jurídicos contemporâneos, o combate a desigualdade social representa um importante passo para o fortalecimento da democracia e da consolidação do Estado de Direito, uma vez que permite tanto a oportunidades iguais a diferentes grupos econômicos e políticos aos espaços públicos, bem como ao acesso aos serviços públicos, tais como saúde e educação, como meio de consagração da existência digna, para aqueles que não teriam acesso caso não houvesse a intervenção estatal para o fornecimento dos mesmos.

Desse modo, a busca pela minimização das desigualdades sociais culmina com uma perspectiva de promoção da justiça social e da emancipação do sujeito, para que o indivíduo concebido com o alvo da proteção jurídica, tenha condições de ser compreendido como um integrante da sociedade e detentor de direitos a serem respeitados e exigidos quando preteridos pelo Poder Público ou por outros particulares.

Sendo assim, o presente trabalho visa fazer uma abordagem sobre o combate a desigualdade social trazida pela Constituição Federal de 1988, iniciando-se pelo tratamento jurídico-doutrinário conferido aos direitos fundamentais, para se chegar a importância a ser dada ao tema pelo direito brasileiro.

2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos e os direitos fundamentais[1] consistem em construções relativamente recentes na história da humanidade, surgidas principalmente com os movimentos constitucionalistas modernos[2], que marca uma disputa de território entre a proteção dada ao ser humano e o exercício do poder do Estado.

De fato, a existência de uma proteção de direitos humanos decorre da limitação de um Estado, a fim que o mesmo perca o seu caráter absolutista, voltado para si mesmo, passando a ser pensado como um meio para a realização do ser humano, detentor de direitos que devem ser respeitados e atendidos pelo poder público (BOBBIO, 2004).

Apenas para argumentar, ressalte-se que, em divisão bastante conhecida e citada pela doutrina especializada, Jellinek considera que os direitos fundamentais, em relação a posição do indivíduo em face do Estado, isto é, uma situação do sujeito com o Poder Público, podem ser classificados em: a) *status passivo* ou *status subjectionis*– que corresponde às situações em que o cidadão deve agir de acordo com o que for determinado pelo Estado que ora proíbe ora impõe determinado comportamento (o cidadão está sujeito ao Estado); b) *status negativos* ou *status libertatis*– que corresponde às possibilidade que o cidadão tem de resistir a uma ação(intervenção) estatal, isto é, é o espaço de liberdade do cidadão imune à atuação do Estado (o Estado tolera o cidadão); c) *status activae* ou *status civitatis* – que corresponde a possibilidade do cidadão exigir do Estado determinadas prestações positivas (o cidadão exige do Estado) e d) *status civitatis* ou *status positivus*– que consiste na possibilidade de o cidadão participar da vida política do Estado (o cidadão participa do Estado).

Segundo Robert Alexy (2014), os direitos a ações negativas (direitos de defesa) dos cidadãos em face do Estado são divididos em três grupos, o primeiro, composto pelos direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte as ações do titular; o segundo, composto pelos direitos a que o Estado não afete características e situações dos direitos do titular e o terceiro,

---

[1] Apenas para argumentar, José Afonso da Silva (2001, p. 182) justifica o uso da expressão da seguinte forma: "*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados [...]"

[2] Segundo ensina Dirley da Cunha Júnior (2013) o movimento constitucionalista surgiu desde a antiguidade clássica, com o povo hebreu, porém, que possuía uma visão restrita de organização de poderes e não defendia uma constituição escrita, ao passo que o movimento constitucionalista moderno está caracterizado pela ideia de Constituição escrita que defina a organização dos poderes e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais.

composto pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular, ao passo que os direitos as ações positivas, podem ser divididos em dois grupos: um de ação fática, que diz respeito a uma ação, e outro de ação normativa, que diz respeito à criação de normas.

Nesse sentido, os direitos humanos são compreendidos como uma proteção destinada ao indivíduo, enquanto ser humano, numa perspectiva universal e natural, voltando-se para o plano internacional, enquanto os direitos fundamentais representariam os direitos que venham a ser positivados em um ordenamento jurídico interno (NUNES JÚNIOR, 2009), ou, no dizer de J. J. Gomes Canotilho (2004, p. 393): "[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente [...]".

Desse modo, ressalte-se que a construção da teoria dos direitos fundamentais considera a sua composição de acordo com o contexto histórico, que demonstra a evolução para o aperfeiçoamento da proteção a ser dada pelo conteúdo de tais direitos ao longo do tempo e do espaço, como ensina Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 585):

> "Do exame evolutivo dessas Declarações de Direitos percebe-se que existe uma constante e uma lógica nos sucessivos graus históricos da qualificação dos direitos humanos. Do terreno filosófico ao terreno jurídico, do direitos natural ao direito positivo, das abstrações do contrato social aos tratados e às Constituições, essas Declarações logram instituir uma sociedade democrática e consensual, que reconhece a participação dos governados na formação da vontade geral. Desse envolver histórico das Declarações constata-se a afirmação progressiva de um direito fundamental básico, que repousa na cidadania ativa e participativa em uma sociedade democraticamente organizada, na qual o ser humano é a constante axiológica, o centro de gravidade para o qual convergem todos os interesses do sistema. Afere-se, portanto, desse contexto histórico a afirmação do direito humano fundamental a um catálogo de direitos, reconhecido e assegurado por uma Constituição que o torne efetivo e real. Resulta, enfim, dessa investigação que ora se conclui, como o ser humano necessita e depende de uma Constituição efetiva que organize e defina um Estado voltado a realizar a felicidade humana"

Sendo assim, nota-se que a construção dos direitos fundamentais reflete um processo evolutivo das sociedades modernas, que possuem o seu conteúdo modificado no tempo e no espaço, nas quais o controle do poder do Estado foi conquistado a partir de uma oposição em defesa de certo bem jurídico em dado momento, tais como a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

Neste diapasão, ensina J. J. Gomes Canotilho (2004) que os direitos fundamentais possuem quatro funções, a primeira consiste na defesa da pessoa humana e a sua dignidade perante o Estado, a segunda é a prestação, que consiste no direito de o indivíduo obter do Estado algo que ele não teria condições de conseguir com particulares, por não dispor de

recursos financeiros suficientes, como a saúde e a educação, a terceira consiste na proteção do indivíduo perante terceiros e a quarta consiste na não discriminação.

Por conseguinte, para uma compreensão dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma breve análise sobre a evolução deles ao longo do tempo, para se compreender sua função em cada momento, o que é feito a partir do estudo do que se convencionou a chamar de gerações de direitos fundamentais.

2.1 As gerações dos direitos fundamentais

A processo evolutivo dos direitos fundamentais deve ser analisado de acordo com as transformações ao longo da história da humanidade, na qual algumas sociedades buscaram a proteção de determinados bens jurídicos de fundamental importância para a harmonização das relações sociais.

Nesse contexto, a evolução dos direitos fundamentais compreende, pelo menos, o surgimento de três gerações com aspectos específicos de proteção, que, no dizer de Paulo Bonavides (2010), refletem os ideais da Revolução Francesa no século XVIII, que buscou a proteção de três princípios cardeais das sociedades modernas, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade), inclusive, nesta mesma ordem, que representam três gerações distintas[3].

Desse modo, a partir do estudo histórico é possível se conhecer o clamor social por cada grupo de direito fundamental, em prol da defesa da dignidade humana que, assim, fora conquistada de forma diferente em cada momento, que se agregaram para uma proteção mais completa nos dias atuais, como analisa Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 586):

> A consciência ética coletiva, como fundamento filosófico último dos direitos fundamentais, não é um fenômeno estático, paralisado no tempo. Ela amplia-se e aprofunda-se com o evolver da História. Se a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, a impor o aparecimento dos primeiros direitos humanos, relativamente as liberdades públicas, a exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos fundamentais. É esse movimento histórico de expansão e afirmação progressiva dos direitos humanos fundamentais que justifica o estudo de sua evolução no tempo. Daí falar-se em "gerações" ou "dimensões" de direitos, ou seja, em direitos de primeira, de segunda e de terceira geração ou dimensão, que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais. Isso leva, por conseguinte, a uma conseqüência

[3] Neste sentido, embora as três gerações de direito sejam facilmente identificadas pelos doutrinadores, ressalte-se que o número total de gerações dos direitos fundamentais não representa um consenso, uma vez que alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides (2010) apontam mais duas, a quarta geração, representada pela direito à democracia, ao pluralismo e à informação e a quinta geração, representada pelo direito à paz. Além disso, a identificação da geração também apresenta diferenças, uma vez que J. J. Gomes Canotilho (2004) ensina que a primeira geração seria formada pelos direitos de liberdade, a segunda pelos direitos de participação política, a terceira pelos direitos sociais e dos trabalhadores e a quarta pelos direitos dos povos.

> fundamental: a irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos reconhecidos, aliada ao fenômeno de sua complementaridade. Quer dizer o progressivo reconhecimento de novos direitos fundamentais consiste num processo cumulativo, de complementaridade, onde não há alternância, substituição ou supressão temporal de direitos anteriormente reconhecidos.

Doravante, o sistema de proteção dos direitos fundamentais representa uma gradação evolutiva, no sentido de que vão se ampliando com o passar do tempo, seja em relação ao seu conteúdo, quando a essência do direito fundamental pode mudar para se ajustar a um novo modelo de sociedade, seja em relação ao surgimento de novos direitos que se agregam à geração anterior.

Nesse diapasão, registre-se que, num primeiro momento, como forma de combate ao absolutismo as primeiras manifestações em torno dos direitos fundamentais se concentraram na proteção da liberdade humana, a fim de se estabelecer uma limitação a atuação do Estado, conferindo ao indivíduo uma esfera mínima de proteção à vida, à liberdade e à propriedade privada, através de uma série de mecanismos jurídicos.

Num segundo momento, quando a burguesia já possuía uma proteção que lhe permitia a expansão dos negócios e a exploração da classe operária, a liberdade anteriormente defendida passou a oprimir as classes menos abastadas da sociedade o que resultou num direcionamento da proteção do ser humano contrária em face da grande liberdade conferida ao poder econômico e a promoção de algumas ações para diminuir as consequências oriundas da desigualdade gerada pelo capitalismo liberal.

Num terceiro momento, além de se proteger a liberdade e a realização de algumas condições que minimizassem as diferenças entre os homens, os direitos fundamentais passaram a buscar a realização de um bem-estar social, de forma qualitativa, como uma forma de garantir a harmonia do convívio humano através de proteções voltadas para interesses difusos e coletivos.

Amiúde, entende-se que aprimeira geração, consiste na proteção da liberdade, que compreendem os direitos civis e políticos; a segunda, consiste na busca pela igualdade, que compreendem as intervenções sociais e econômicas, voltadas para o combate às desigualdades, a fim de realizar uma justiça social e a terceira geração, consiste na promoção e na defesa da solidariedade social, os direitos voltados ao bem-estar social comum, ainda que para pessoas indeterminadas.

Nesse sentido, alguns juristas entendem que os direitos da primeira geração compreendem direitos negativos em relação ao Estado, nos quais este possui o dever de “não agir”, como a liberdade de expressão ou o direito de propriedade, ao passo que, a partir da

segunda geração, os direitos devem se realizados com um “agir” estatal, ou seja, compreendem direitos ativos, como os direitos à saúde e à educação.

Todavia, vale dizer que, em que pese a primeira dimensão dos direitos fundamentais representar o direito de defesa e não de prestação do Estado, impende salientar que os serviços essenciais assumidos pelo poder público, como o policial e o judicial, a fim de garantir as liberdades e a segurança dos cidadãos, são a demonstração da existência de prestações na primeira dimensão, ainda que possa ser entendida como de forma indireta, assim, como o direito à greve representa um direito á liberdade em meio aos de segunda dimensão.

2.2 A evolução dos direitos fundamentais no Brasil

A proteção dos direitos fundamentais esteve presente na história constitucional brasileira, desde o advento da primeira Carta Constitucional, em 1824, que, de acordo com o art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.

Apenas para argumentar, ressalte-se que esta disposição de proteção dos direitos da primeira dimensão foi praticamente foi repetida nas Cartas Constitucionais seguintes (1891, 1934, 1937, 1946 e 1967), a ponto de conferir liberdade aos cidadãos, ainda que, em alguns momentos, a liberdade efetivamente estivesse restrita por um regime militar.

Doravante, assim como os direitos da primeira dimensão, a partir de 1934, o Brasil também trouxe previsões de ordem social e econômica e a consagração de direitos e garantias como saúde, assistência social e educação, voltados para a minimização das desigualdades e a busca por oportunidades iguais aos cidadãos, independentemente de suas condições econômico-sociais.

A Constituição Federal de 1988, retomando a democracia no Brasil, após as supressões aos direitos e liberdades verificadas pelo regime militar que assumiu o poder com o Golpe Militar de 1964, consagrou as diferentes gerações de direitos fundamentais, permitindo uma proteção mais ampla ao ser humano, inaugurando um novo momento histórico, ao se buscar que o indivíduo passasse a ser tratado como detentor de direitose não somente de deveres em face ao Estado, deixando a sua condição de súdito para assumir uma condição de cidadão, o que representa um novo momento para a consagração dos direitos humanos (BOBBIO, 2004).

Com efeito, atualmente o direito brasileiro ampara um extenso rol de direitos e garantias, através da proteção das liberdades individuais (art. 5º), dos direitos sociais (art. 6º a 11), direitos políticos (arts. 14 a 16), a previdência (arts. 201 a 202) e a assistência social (arts. 203 a 204), a saúde (arts. 196 a 200), a educação (205 a 214), a cultura (arts. 215 a 216) ao meio ambiente (art. 225) e a proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (arts. 226 a 230), além da possibilidade, individual ou coletiva, privada ou pública, para a busca pela tutela jurisdicional em face de violação ou ameaça a direito.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de direitos ao indivíduo que não são mais passíveis de questionamento sobre a sua existência, mas sim sobre a sua implementação, o que coloca o Brasil no dilema atual dos direitos fundamentais que, segundo BOBBIO (2004) consiste na proteção e não na sua fundamentação.

Deste modo, o conteúdo dos direitos fundamentais e, consequentemente, os limites destes direitos são alvo de estudo, em especial, sobre a existência de um conteúdo mínimo para a proteção do ser humano, a fim ponderar uma melhor aplicação sua na prática, sobretudo, quando em conflito com outro direito fundamental.

3. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

No plano da consagração dos direitos fundamentais, e, de acordo com a compreensão da necessidade de se combater a desigualdade social, como forma de se alcançar a justiça social defendida pela segunda dimensão dos direitos.

Neste sentido, o Direito brasileiro considera a desigualdade social como um problema tão relevante que elegeu, a nível constitucional, o compromisso de minimizar sua conseqüência (art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988), como forma de combater a pobreza e assegurar condições mínimas para o indivíduo, não se concebendo que a riqueza sirva apenas para alguns, enquanto que outra grande parte da população careça de condições mínimas de sobrevivência (BASTOS e MARTINS, 1988).

Aliás, o compromisso de combate à desigualdade social deve ser assumido por toda a sociedade, haja vista que a justiça na distribuição de renda e a sua melhor divisão não só proporcionam alcançar os fins do Estado moderno, pautado no bem comum que, de acordo com as palavras do Papa João XXIII, citado por Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 38), é entendido como “o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

Contudo, em que pese a relevância do tema e da abordagem constitucional do compromisso da República Federativa do Brasil em combater a pobreza da população de minimizar as desigualdades sociais e regionais, na prática, a mesma não vem sendo realizada pelo Estado brasileiro, uma vez que os indicadores econômicos e sociais somente demonstram o aumento progressivo da pobreza e da concentração de renda, de sorte que se nota uma inércia constitucional nestes pontos, não tendo sido, ainda, capaz de alterar a realidade social conforme buscado pelo norma jurídica.

Todavia, a presente inaplicabilidade do dispositivo constitucional não implica necessariamente que o mesmo seja imprestável ou inútil para a sociedade brasileira, muito pelo contrário, haja vista que, conforme ensina Luis Pedro Barroso (2003, p. 51), a Constituição é também um instrumento para a promoção da transformação social. Senão, vejamos:

> [...] uma Constituição será tanto melhor quanto com mais facilidade se possam efetuar mudanças na vida social, sem que isto venha a abalar a mecânica do processo político. Sem dúvida, a ordem constitucional de um Estado deve ser instituída para durar e sobrepairar aos entrechoques políticos e econômicos que se compõem a tessitura da vida em sociedade. Mas, naturalmente, isso não significa que a Constituição de um país subdesenvolvido, no limiar do século XXI, possa visar à perenidade.

Deste modo, a proposta constitucional é salutar uma vez que estabelece os objetivos para a sociedade brasileira ser mais livre, justa e solidária, a fim de que a mesma se utilize dos meios cabíveis para a sua concretização, com as conseqüências da melhoria de vida da população e o bem-estar social.

Nesse sentido, a despeito da proposta constitucional, saliente-se que o direito brasileiro convive com posicionamento que além de ratificar ainda permitem a manutenção da desigualdade social, a partir do momento em que a estrutura jurídica consagra a diferenciação de grupos sociais que apenas se distanciam, a exemplo da política salarial de servidores públicos que convivem com uma diferença entre o teto e o piso maior que 30(trinta) vezes e a isenção de tributação para grupos econômicos que nem sempre estimulam uma política salarial proporcional entre os funcionários, não apresentam proposta de geração de riqueza local e nem sequer são estendidos para pequenos e médios empresários que buscam o crescimento de seus empreendimentos.

Neste sentido, no que tange o exemplo mencionado sobre o aumento salarial, o Estado jamais poderá conceder um aumento aos servidores que recebem o teto sem que aumento maior seja dado aos servidores que recebem o piso salarial, sob pena de se violar o preceito de combate a desigualdade social existente na Constituição Federal de 1988.

Ademais, sob essa perspectiva jurídica, vale dizer que o direito brasileiro possui institutos jurídicos capazes de proporcionar uma melhor distribuição da renda na sociedade, em conformidade com o preceito constitucional, para assegurar tanto uma qualidade de vida maior para um maior para a sociedade como um todo, quanto para ofertar condições mínimas existenciais aos indivíduos, possibilitando uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Sendo assim, o direito brasileiro pode se valer dos seus instrumentos jurídicos concebidos para minimizar as diferenças sociais, no fito de se buscar a aplicação e o cumprimento do preceito constitucional, tanto de forma preventiva, através da atuação do Poder Executivo, quanto repressivo com a determinação do Poder Judiciário, tais como a concretização da reforma agrária e da usucapião, a valorização do trabalho e a política salarial, o combate a concentração de renda, o incentivo à inversão do capital e a pesquisa e à educação (BEZERRA, 2008).

Todavia, o objetivo traçado não deve ser analisado isoladamente, como uma norma solitária e completamente insuscetível de conjugação com outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Com efeito, a análise do mencionado dispositivo deve ser interpretada também sob a ótica dos direitos fundamentais, haja vista que, muitas vezes, a promoção, defesa e concretização destes direitos somente se consolidam com a melhor distribuição de riquezas entre os integrantes da sociedade.

Doravante, nota-se que existe uma forte ligação entre os fatores econômico-sociais e jurídicos, uma vez que a igualdade de oportunidades é conseguida com a melhoria da educação, a consolidação do direito do trabalho e ao trabalho, com o crescimento econômico, o acesso à moradia pode ser alcançado pela usucapião e pela desapropriação, dentre outras situações possíveis; ao passo que a maior disparidade gera elementos nocivos ao acesso de grande parte da população a seus direitos fundamentais, como, por exemplo, discriminação social, aumento da pobreza e da miséria, conflitos urbanos e rurais pela aquisição de bens etc.

Nesse diapasão, a utilização dos institutos jurídicos já tipificados pelo ordenamento, para promover a distribuição de renda e o combate à pobreza são tanto admissíveis quanto necessários à ordem jurídica brasileira, uma vez que atendem aos objetivos constitucionais, possibilitando uma melhor condição de vida para a sociedade como um todo e, principalmente, para aqueles não desfrutam dos seus direitos básicos, inerentes à própria dignidade humana, além de terem reflexos positivos em outras áreas, como sociais e econômicas por possibilitar uma melhor convivência humana e circulação de riquezas.

4. O COMBATE À DESIGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 ao inserir o como objetivo da República Federativa Brasileira o combate à desigualdade social e ao empobrecimento, a norma jurídica estabelece o objetivo a ser perseguido por toda a sociedade, devendo a mesma se valer dos instrumentos jurídicos necessários à consecução dos seus ideais.

Contudo, a sua não concretização imediata não significa que o preceito constitucional deva ser abandonado, esquecido pelo direito brasileiro, sendo tratada como uma letra morta. Ao contrário, porém, diante da distância existente entre o texto e a realidade é que deve sim ser relembrado constantemente e buscado para a concretização de uma sociedade justa, como bem leciona Dirley Cunha Junior (2004, p. 300):

> Uma Constituição "justa", preocupada com os direitos humanos, notadamente com os direitos sociais, preordenada a erradicar a pobreza e as diferenças sociais e regionais, pode ser utópica, mas quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas sim o fato de não deixar de o ser.

Deveras, a Constituição Federal de 1988 possui preceitos ainda não concretizados, que devem ser trabalhados em prol da sua concretização e efetivação, a fim de alcançar o desiderato da Carta Magna de uma melhor distribuição de riquezas entre o povo brasileiro.

Por conseqüência, a melhor distribuição de renda pelo Direito atenderá os seus fins, haja vista que contribuir para a minimização das desigualdades sociais representa também uma maior harmonização das relações sociais, assim como alerta Rousseau (2006) que via a desigualdade como um fator desagregador do grupo social, de modo que o mesmo deveria possuir leis justas para evitar os conflitos internos, o Estado Brasileiro, atendendo aos fins a que se destina, deve buscar a defesa de todos os segmentos sociais que o compõem para que os ideais de justiça alcancem o maior número de cidadãos que seja possível.

Destarte, a melhor distribuição de renda no Brasil compreende um compromisso constitucional que implica na melhoria da qualidade de vida de parte da população, assegurando condições mínimas de existência a um número cada vez maior de indivíduos como pretende os ideais da justiça, como ensina John Rawls (2002, p. 65), segundo qual “apesar da distribuição de riqueza e renda não precisar ser igual, ela deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos”.

Por conseguinte, um maior avanço na seara jurídico-constitucional brasileira, de proteção, efetivação e a exigibilidade dos direitos fundamentais, pode ser alcançado com maior eficácia a partir de transformações sociais e econômicas das estruturas então vigentes,

conseguida com aplicabilidade dos instrumentos jurídicos já existentes, que venham a possibilitar a todos o acesso à educação, ao trabalho à propriedade, à moradia e à igualdade de oportunidades.

Neste sentido, defende Matheus Ferreira Bezerra (2008, p. 79):

> O Direito sempre foi visto como um instrumento de manutenção da ordem, da resolução de conflitos, mas, sobretudo, de garantia de uma determinada realidade (situação jurídica). Todavia, atualmente, a ciência jurídica já transcendeu ao seu estágio de satisfação meramente formal dos papéis dos sujeitos das relações jurídicas, de modo que busca soluções cada vez mais adequadas ao ideal de justiça e mais benéficas àquelas meramente pautadas em formalismos e que não tragam nenhum benefício social, como, por exemplo, a exigência da boa-fé objetiva nas relações de direito privado; a adoção de penas alternativas no direito penal ou a busca da moralidade administrativa.
>
> Neste diapasão, a ciência jurídica hodierna procura adaptar seus institutos para maior satisfação das necessidades sociais, atendendo a demanda de se resolver os conflitos e harmonizar as relações sociais, não somente pela garantia do cumprimento literal da lei, mas procurando encontrar o seu verdadeiro sentido para melhor aplicação do seu conteúdo e adequação do conteúdo à realidade.

Sendo assim, a aproximação do indivíduo com os seus direitos não deve ser buscada apenas por construções meramente textuais, de preceitos normativos no bojo de uma Carta Política, ou por construções científicas abstratas; é preciso que a ciência jurídica, através dos seus institutos, utilize com maior veemência seu poder de transformação da realidade existente, para que sejam estabelecidas condições sócio-econômicas favoráveis ao florescimento dos direitos fundamentais estabelecidos, para que se alcance a sua maior promoção e exigibilidade.

No Brasil a desigualdade social representa uma proposta de modificação da estrutura sócio-econômica existente na perspectiva de uma construção de um Estado Democrático de Direito que signifique a proteção dos direitos constitucionais de forma efetiva e não somente formal, prevista num texto sem qualquer previsão de aplicabilidade.

Nesse sentido, combater a desigualdade existente representa permitir que diversas pessoas sejam capazes de ter acesso aos serviços públicos disponibilizados, principalmente através dos direitos da segunda dimensão, ditos sociais, a fim de assegurar o próprio exercício de uma cidadania, voltada para a proteção da dignidade humana, transcendendo, como ensina BOBBIO (2004) da condição de súditos para a de cidadão.

Ademais, a proposta de redução de desigualdade promove uma maior justiça no plano social, uma melhor distribuição da riqueza no plano econômico e uma maior harmonização das relações no plano jurídico, dinamizando os espaços existentes no contexto social, para permitir a emancipação de grupos e uma melhor aplicação do princípio da

igualdade, tão essencial para a construção de uma sociedade democrática, sobretudo, que preconiza suas bases de forma “livre, justa e solidária” e a conseqüente superação dos resquícios coloniais na formação da consciência nacional que ainda convivem com o tratamento diferenciado de pessoas, de acordo com a classe social pertencente.

Por conseguinte, uma vez que as Constituições, no plano neoconstitucionalista, saem do enfoque lógico-formal do positivismo, tanto para buscar o conteúdo material da norma, quanto para promover a sua associação aos valores existentes, numa junção entre Direito e Moral, nota-se que o combate à desigualdade trazido pela Carta Magna de 1988 representa um compromisso concreto, a ser irradiado a todo o ordenamento jurídico, irradiando-se em normas infraconstitucionais para que passem a refletir este mesmo ideal (COMANDUCCI, 2007).

Não obstante, não se trata de nenhuma ilação construída fora dos padrões estabelecidos pelo ordenamento jurídico, posto que, sendo o combate a desigualdade e a promoção da justiça social os ideais inerentes aos direitos fundamentais da segunda geração, compreende-se os mesmos como assimilados pelo ordenamento jurídico e que exigem dos poderes públicos os mesmos níveis de comprometimento e de legitimação que se empregam aos direitos fundamentais, que, na verdade, são o produto do que se busca alcançar.

Assim sendo, considerando o processo de neoconstiucionalização que implica na supremacia constitucional e na disseminação de seus efeitos por todos os atos por ela abrigados, as disposições do ordenamento jurídico e os atos advindos destes devem estar em conformidade com o objetivo constitucional do combate à desigualdade social, representando este um compromisso a ser atingido, tanto de forma preventiva, com a inclusão de trabalhos em políticas públicas de redução das diferenças sociais, quanto na construção legislativa que não deverá aumentar as desigualdades já verificadas, sob pena de se incorrer no retrocesso aos direitos sociais, ou mesmo na atuação repressiva judicial que deve assegurar o cumprimento da Constituição Federal e os seus objetivos.

5. CONCLUSÃO

A proposta de proteção constitucional do cidadão deve ser concebida de forma ampla e efetiva pelo Poder Público, a fim de que a disposição prevista em norma não se resuma a uma mera previsão textual sem qualquer expectativa de concretização, mas sim uma realidade concreta de promoção do ser humano no espaço social.

Neste contexto, a proteção dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 traz a proposta de emancipação do ser humano, para que o mesmo deixe a condição de súdito para alcançar a de cidadão, detentor de direitos passíveis de serem exigidos em face do Estado, a fim de que este seja considerado um meio para a promoção daquele e não de forma diversa.

Doravante, como objetivo da Constituição Federal de 1988, que busca a promoção dos direitos fundamentais, em especial, os da segunda geração, o combate à desigualdade social se reverte em um compromisso assumido pela República Federativa do Brasil para minimizar os efeitos da pobreza da população e reduzir as grandes distancias econômicos sociais entre a população brasileira, a fim de que o maior número de pessoas seja beneficiada com o acesso aos serviços públicos que venham a atender as suas necessidades, o que interliga o objetivo constitucional com os direitos considerados fundamentais.

Sendo assim, a proposta de combate à desigualdade social deve ser encarada como uma finalidade a ser atingida pelo Estado em todas as suas manifestações de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como nas suas manifestações de atuação, de modo os atos emitidos pela Administração Pública estejam sujeito ao crivo do preceito constitucional, para não aumentar a desigualdade e sim minimizar aquilo que já se encontra presente na sociedade contemporânea.

Desse modo, a proposta constitucional de redução da desigualdade deve ser vista como um compromisso a ser perseguido pelo Estado, da mesma forma como se deve buscar a promoção dos direitos fundamentais, cujo descumprimento pode representar, ao menos, uma vedação de se retroceder na garantia de minimização das distancias sociais, o que deve ser passível de repressão jurisdicional.

Com efeito, o discurso de combate a desigualdade social representa um importante compromisso da sociedade brasileira principalmente na consagração do Estado Democrático de Direito que assenta suas bases numa construção desigual de matriz colonial, oligárquica e escravocrata que se acostuma em idealizar um tratamento diferenciado em relação à condição social, o que somente enfraquece a própria solidez do sistema jurídico, devendo, assim, encontrar neste preceito constitucional um impulso para a transcendência e solidificação dos outros valores inerentes à Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** [trad. Virgílio Afonso da Silva]. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Pedro. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 7ª ed. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1988.

BEZERRA, Matheus Ferreira. A utilização dos instrumentos jurídicos brasileiros para diminuição da desigualdade social e promoção dos direitos fundamentais.**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador, nº 17, p. 75-90, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. [Trad. Regina Lyra]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ou.1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 09 abr. 2016.

_____. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. **Secretaria de Estado de Negócios do Brazil**. Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 09 abr. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu**. Elementos da Teoria Geral do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.