



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

DANIELA VIEIRA DE MELO

**O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E O DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO**

Salvador
2017

DANIELA VIEIRA DE MELO

**O CONSTITUCIONALISMO FRATERO E O DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto

Linha de pesquisa: proteção Constitucional dos interesses transindividuais

Salvador
2017

CIP - Catalogação na Publicação

M528 Melo, Daniela Vieira de
O Constitucionalismo Fraterno e o Direito ao
Desenvolvimento. /Daniela Vieira de Melo. -- Salvador,
2017.
139 f.

Orientador: Manoel Jorge e Silva Neto. Dissertação
(mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

1. Direitos Fundamentais. 2. Fraternidade. 3. Direito ao
desenvolvimento. 4. Efetividade. I. Silva Neto, Manoel Jorge
e, orient. II. Título.

CDD - 342.087

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIELA VIEIRA DE MELO

O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, aprovada pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Dr Manoel Jorge e Silva Neto (orientador) _____
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-
PUC/SP. Universidade Federal da Bahia.UFBA.

Dr. Heron José de Santana Gordilho _____
Doutor em Direito Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.
Universidade Federal da Bahia.UFBA.

Dr. Lucas Gonçalves da Silva _____
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-
PUC/SP. Universidade Federal de Sergipe. UFS.

Salvador, 14 de Janeiro de 2017.

Aos meus pais, a origem e o fim de tudo.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, tenho de agradecer a Deus, aquele que sempre me dá forças diante das adversidades, dos desafios, das minhas buscas, dos encontros e desencontros, para realizar os Seus desígnios de forma a prestigiar as ações e práticas diárias com o olhar mais humano possível!

Aos meus pais, Walfrido e Miriam, responsáveis pela minha formação “de vida fraterna”: uma vida ética, respeitosa para com o próximo, baseada no forte vínculo da união. Com seu apoio e amor incondicionais alimentam meus sonhos, diariamente, me dando a certeza de que estes devem ser buscados -e alcançados- de maneira ética e sem se sobrepor indevidamente aos sonhos de outrem. Obrigada pelas lições de vida mais importantes!!

Aos meus irmãos, Eduardo e Rodrigo, que me lecionam a fraternidade, sempre, e todos os dias, amparando, apoiando, corrigindo, comemorando, torcendo, anseando, conquistando e incentivando-me com suas palavras ou simples ações a continuar a trilhar o caminho que tracei para mim. E, a Rodrigo, pelo grande incentivo, na verdade, decisivo para a conquista desse sonho do mestrado.

Ao meu amor Bruno, grande companheiro e amigo, que acompanha minhas inquietudes e sentimentos dos mais rotineiros aos mais conflitantes, não medindo esforços para perseguir comigo sonhos; sonhando junto, construindo junto; concretizando o que pareceria utopia.

Aos amigos novos e antigos, à nova família, Edna, Jorge, Bianca, muito obrigada pela compreensão e paciência pelas ausências necessárias à concretização deste trabalho.

A todos aqueles, os mais necessitados, as ditas minorias, para quem espero que este trabalho sirva, de algum modo, para reforçar a luta e conquista pelos seus direitos.

Ao meu orientador, professor Dr. Manoel Jorge e Silva Neto, por ser mais que referencial teórico, sobretudo referencial de zelo e de luta pelos direitos fundamentais dos que deles mais necessitam; exemplo de respeito ao próximo, de olhar e práticas fraternais; exemplo de ser humano. Agradeço pela paciência e pelas lições que culminaram com a produção desta dissertação.

“Tente mover o mundo - o primeiro passo será mover a si mesmo”

(Platão)

“(...) todos os homens juntos podem libertar-se de suas distâncias.”

(Canetti)

“Il diritto fraterno, dunque, mette in evidenza tutta la determinatezza storica del diritto chiuso nell’angustia dei confini statale e coincide con lo spazio riflessione legato al tema dei diritti umani.”

(Eligio Resta)

RESUMO

O Constitucionalismo Fraterno é instrumento indispensável para a consolidação de direitos fundamentais, é mecanismo para atingir a “igualdade em dignidade”. Algumas premissas precisam ser tratadas para que se compreenda com abrangência o tema. A perspectiva histórica, centrada nos étimos da Revolução Francesa- a liberdade, igualdade e fraternidade- revelam os ideais predominantemente defendidos em cada período histórico e a sua influência para o nascimento dos diferentes direitos fundamentais. A fraternidade, vista como categoria jurídica, - com diversas características que lhe tornam peculiar- poderia promover a proteção constitucional de interesses transindividuais que são frutos da complexidade e carecimentos das sociedades modernas. É um imperativo. No entanto, a fraternidade não pode ser confundida com a solidariedade, pois para que aquela se concretize deve-se priorizar a horizontalidade das relações, o que não ocorre com esta. Prevista no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, seria possível para a fraternidade irradiar força normativa cogente? O novo modelo de constitucionalismo que tem sido referenciado, na Supremo Tribunal Federal brasileira, o Fraterno, tem como matriz a dignidade da pessoa humana, e tem consagrado a releitura de alguns institutos jurídicos há muito arraigados no imaginário jurídico coletivo. O Direito ao desenvolvimento, sobretudo o humano, pode ser revisto à luz do Constitucionalismo Fraterno em busca da maior efetividade de direitos fundamentais, arraigados ao princípio matriz da dignidade da pessoa humana. Nessa senda, é preciso abordar os diferentes aspectos do Direito ao desenvolvimento, quais sejam econômico, social, ambiental e humano. Quais são as previsões sobre o direito ao desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro e nos principais documentos internacionais? Poderia o Constitucionalismo fraterno garantir maior efetividade ao Direito ao desenvolvimento previsto na CRFB/88? Para tanto, é indispensável percorrer os caminhos da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e algumas decisões internacionais, bem como ressaltar a importância do manejo de ações constitucionais para, assim, vislumbrar a aplicação prática dessa nova forma de Constitucionalismo que dignifica e pode significar novo olhar para o direito fundamental ao desenvolvimento.

Palavras-chave: Fraternidade; Desenvolvimento; Constituição Federal; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Fraternal Constitutionalism is an indispensable instrument for the consolidation of fundamental rights, it is a mechanism to achieve "equality in dignity". Some premises need to be addressed in order to comprehensively understand the theme. The historical perspective, centered on the epochs of the French Revolution -freedom, equality and fraternity-, reveals the ideals predominantly defended in each historical period and their influence for the birth of the different fundamental rights. Fraternity, seen as a juridical category - with several characteristics that make it peculiar - tends to promote the constitutional protection of transindividual interests, fruits of the complexity and lack of modern societies. It's imperative. However, fraternity can not be confused with solidarity, because the first one must prioritize the horizontality of relationships, fact that not occur with this one. Predicted in the Preamble to the Federal Constitution of 1988, would it be possible to radiate cogent normative force? The new model of constitutionalism that has been adopted in the supreme Brazilian court, the Fraternal ones, is based on the dignity of the human person, and has consecrated a number of legal institutes that have long been rooted in the collective legal imaginary. The right to development, especially the human right, can be reviewed in the light of fraternal Constitutionalism in search of greater effectiveness of fundamental rights, rooted in the principle principle of the dignity of the human person. In this way, it is necessary to address the different aspects of the Right to development, which are economic, social, environmental and human. What are the predictions about the right to development in the Brazilian legal system and in the main international documents? Could fraternal constitutionalism ensure greater effectiveness of the right to development provided for in CRFB / 88? In order to do so, it is indispensable to follow the paths of the Supreme Court's Jurisprudence and some international decisions, as well as to emphasize the importance of the management of constitutional actions, so as to envisage the practical application of this new form of Constitutionalism that dignifies and may mean a new look at The fundamental right to development.

Keywords: Fraternity; Development; Federal Constitution; Dignity of human being

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRATI- Associação Brasileira de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de passageiros.

ADC- Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AED- Análise Econômica do Direito

ARE- Agravo em Recurso Extraordinário

Art. - Artigo

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CEPAL- Comissão para estudos econômicos da América Latina

CIJ- Corte Internacional de justiça

CONFEN- Confederação Nacional do Ensino e do Trabalho

CRFB/88- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DF- Distrito Federal

DUDH - Declaração Universal de Direitos Humanos

EC - Emenda Constitucional

EUA- Estados Unidos da América

HC- *Habeas Corpus*

IDH- Índice de desenvolvimento humano

INAMPS- Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social

LACP- Lei de Ação Civil Pública

Min. - Ministro (a)

MS- Mandado de Segurança

NTU- Associação Nacional de Transportes Urbanos

PET- Petição

PIB- Produto interno bruto

PNUD- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PPGD - Programa de Pós-graduação em Direito

RE - Recurso Extraordinário

RESP - Recurso Especial

Recl. - Reclamação

RJ- Rio de Janeiro

STF - Supremo Tribunal Federal.

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS- Sistema Único de Saúde

UFBA - Universidade Federal da Bahia

UnB - Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA/PROBLEMA	13
1.2 METODOLOGIA	15
2 O CONSTITUCIONALISMO FRATERO: A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA	17
2.1 SOBRE A REVOLUÇÃO FRANCESA E AS PREMISSAS HISTÓRICAS DA FRATERNIDADE: A TRÍADE CONSTITUCIONAL E A IMPORTÂNCIA DA FRATERNIDADE	17
2.2 O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA MODERNIDADE	22
2.3 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E A FRATERNIDADE	26
2.3.1 Da Efetividade dos Interesses Transindividuais Constitucionais	33
2.4 SOLIDARIEDADE OU FRATERNIDADE?	39
2.5 PRESSUPOSTOS DO DIREITO FRATERO	42
2.5.1 Direito jurado em conjunto	43
2.5.2 Livre de obsessão de identidade	45
2.5.3 Presente na forma dos direitos humanos	47
2.5.4 Sugere uma antropologia dos deveres	50
2.5.5 Não violento e inclusivo	52
2.5.6 Aposta na diferença	54
2.6 O CONSTITUCIONALISMO FRATERO: UM SALTO PARA A EFETIVIDADE	54
2.6.1 Sobre a efetividade das normas constitucionais	61

3 DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO FRATERO	63
3.1 DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO OU DO DESENVOLVIMENTO?	63
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO, SUSTENTÁVEL, E HUMANO	68
3.2.1 Direito ao Desenvolvimento Socioeconômico	71
3.2.2 A contribuição da Análise Econômica do Direito para o Direito ao Desenvolvimento?	76
3.2.3 Do aperfeiçoamento da dimensão Socioeconômica do Direito ao Desenvolvimento	79
3.3 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	86
3.3.1 Sobre o Meio Ambiente do Trabalho e o dano existencial	91
3.4 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO: CIDADANIA E JUSTIÇA SOCIAL	95
3.4.1 O papel dos grupos vulneráveis e o direito ao desenvolvimento humano	106
4 O CONSTITUCIONALISMO FRATERO E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: INSTRUMENTOS E GARANTIAS APLICÁVEIS	110
4.1 AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO FRATERO: A IGUALDADE EM DIGNIDADE	111
4.2 ALGUMAS DECISÕES SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO PLANO INTERNACIONAL	125
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS	133

1 INTRODUÇÃO

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA/PROBLEMA

O presente trabalho tem por fito investigar se através do Constitucionalismo Fraternal¹ o Direito ao Desenvolvimento- enquanto direito fundamental transindividual do Estado Democrático de Direito brasileiro - pode ter ampliada a sua efetividade. Essa temática insere-se na área de concentração de Direito Público, linha de pesquisa Estado, Constituição e Direitos Fundamentais, mais especificamente, na proteção constitucional dos interesses transindividuais.

Para atingir tal desiderato, considerar-se-á a fraternidade enquanto categoria jurídica apta a realizar os objetivos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, reconhecendo o outro e respeitando a sua diversidade. Tudo isso, sem esquecer dos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, ou do que Owen Fiss² denomina como “igualdade em dignidade”.

Os étimos constitucionais do Estado Moderno, frutos da Revolução Francesa (a liberdade, a igualdade e a fraternidade), serviram como alicerces constitucionais das sociedades modernas. As novas relações do pós-guerra e o novo contexto mundial de relações múltiplas e multifacetadas exigiriam novo modelo para atender a essas novas condições. Seria este modelo centrado na fraternidade.

Alerta Elígio Resta³ que o sentido da fraternidade é anacrônico, permanecendo esta, ao contrário dos valores da igualdade e da liberdade, ainda “irresolvida” e dotada de estranho “ineditismo”. Esta constatação é possível de ser verificada facilmente quando se procura fazer revisão bibliográfica a respeito da temática. A literatura dá conta de pouquíssimas obras, recém publicadas, sobretudo, no continente europeu.

A partir dos estudos europeus sobre a fraternidade, destacam-se entre os principais Elígio Resta, Antônio Maria Baggio, Filippo Pizzolato, Giuseppe Tosi, Marco Aquini e Fausto

¹ Insta salientar que a maior parte doutrina tem aclamado a expressão “Constitucionalismo Fraternal”, mas, optou-se seguir a teoria de Elígio Resta que trata de um Direito Fraternal e não fraternal, entendendo que tal terminologia seria semanticamente mais adequada, bem como estilisticamente melhor.

² FISS, Owen. Grupos y Cláusulas de la Igual Protección. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999.

³ RESTA, Elígio. **O direito fraternal**. (trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

Goria. No Brasil, as idéias de maior expressão são as de Sandra Regina Martini Vial, Carlos Ayres Britto, Carlos Augusto Alcantara Machado, Ildete Regina Vale da Silva e Clara Machado Jaborandy.

Ressalta a doutrina que esta nova categoria jurídica retoma seus princípios estruturantes a partir da modernidade, para repropor as condições que já se haviam apresentado outrora. Tal ocorrência é de reconhecida relevância, tendo em vista que a fraternidade enquanto categoria constitucional tem edificado a proteção de direitos fundamentais, sobretudo, o de segmentos sociais historicamente vilipendiados, em verdadeira desigualdade estrutural- nos termos usados por Roberto Saba- tais como ocorrem com os índios, mulheres, negros, quilombolas; enfim das minorias.

De modo que é assente a necessidade de se avançar nos estudos teóricos sobre a fraternidade. E igualmente imperioso é aplicar seus preceitos, nos termos do que prevê o Preâmbulo, bem como o art. 3, I da CRFB/88.

O Constitucionalismo fraterno, para Ayres Britto⁴ surge como um novo patamar de fraternidade, como característica do constitucionalismo atual que remete à democratização no interior da sociedade, e não apenas perante o Estado, permitindo a busca pela dignificação de todos. De par com a dignificação dos indivíduos dentro de uma coletividade, respeitadas as suas pluralidades individuais, não se pode esquecer que o constitucionalismo fraterno também alcança a dimensão da luta pela afirmação do direito ao desenvolvimento.

O objeto desta investigação concentra-se, então, no modo como o Constitucionalismo fraterno pode dar contornos de maior efetividade ao direito ao desenvolvimento. As idéias de Paulo Bonavides, Ana Paula Barcellos, Luis Roberto Barroso, Manoel Jorge e Silva Neto, Dirley da Cunha Júnior, Boaventura de Sousa Santos oferecem os substratos teóricos constitucionais a partir dos quais se pode investigar mais aprofundadamente o tema da efetividade dos direitos fundamentais.

O Constitucionalismo Brasileiro tardio, conforme as idéias expostas por Manoel Jorge e Silva Neto, consiste em obstáculo à efetividade de direitos fundamentais, é fenômeno originado de concausas históricas, políticas e jurídicas, que tem impedido o desenvolvimento e a consolidação de uma cultura constitucional. Como seria possível contornar esse grave problema?

Ademais, é preciso esclarecer que os interesses transindividuais ultrapassam a esfera da tutela do direito subjetivo do particular, e que comportam espécies que abrangem

⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

conjuntos mais numerosos de indivíduos ou mais restrito, a depender da natureza do interesse ofendido. Nesse sentido é a doutrina capitaneada por Manoel Jorge e Silva Neto, Fredie Didier Júnior, Antônio Gidi e Júlio Rocha.

Quanto ao direito transindividual ao desenvolvimento, diversos são os documentos internacionais que, no século XX, trataram sobre a sua proteção. A Constituição Federal brasileira demonstra igualmente a sua preocupação com o direito ao desenvolvimento, reconhecendo a existência de pessoas com necessidades urgentes, decorrentes de problemas profundos de justiça social e desenvolvimento irrealizados.

A Carta Magna tem como um de seus primados o reconhecimento da importância do desenvolvimento humano e do bem-estar da humanidade. E diversos são os doutrinadores que indicam os caminhos para tal desiderato, destacando-se Gilberto Bercovici, Robério Nunes, Ignacy Sachs, Eros Robert Grau, Cláudia Perrone-Moisés e Amartya Sen.

O direito ao desenvolvimento não pode ser enviesado sobre a perspectiva apenas do crescimento econômico, isolando-se dos aspectos sociais, ou ambientais ou humanos. O desenvolvimento tem de ser vislumbrado em sua globalidade para realmente se conseguir a tão esperada efetividade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Preâmbulo, bem como em seu artigo 3º retratam os valores supremos de uma sociedade fraterna que busca, dentre outros objetivos, o desenvolvimento nacional e redução das desigualdades sociais. Essas disposições encontram-se isoladas? Afinal, como garantir maior efetividade do direito transindividual ao desenvolvimento?

1.2 METODOLOGIA

A metodologia a ser adotada será desenvolvida em uma perspectiva jurídico-compreensiva e propositiva na busca por respostas ao problema da efetividade do direito ao desenvolvimento. O diálogo interdisciplinar será de extrema importância, sobretudo entre a matriz, Direito Constitucional, com a Filosofia do Direito, Direito Constitucional Econômico e Direito Ambiental. A amplitude que o tema pode comportar não permite que este trabalho seja de conteúdo exaustivo sobre a efetividade do direito ao desenvolvimento- através da fraternidade-, senão de cunho, mormente, reflexivo e propositivo.

No Capítulo II, parte-se da periodização histórica que tratará da tríade constitucional da Revolução Francesa e a sua influência para o estudo hodierno da fraternidade; a relação

entre o constitucionalismo e os direitos fundamentais, confluindo na exposição sobre a conceituação e proteção dos direitos transindividuais.

Ainda será necessário realizar distinções e aproximações entre a fraternidade e a solidariedade que não se confundem, para, assim, poder analisar aquela enquanto categoria jurídica, indicando quais seriam os pressupostos do Direito Fraternal na perspectiva de Eligio Resta⁵. Por fim, falar-se-á do Constitucionalismo fraternal.

O Capítulo III versará sobre o direito ao desenvolvimento, visto em seu caráter transdisciplinar, relacionando-se aspectos econômicos, sociais, ambientais e humanos. Direito ao desenvolvimento é o mesmo que direito do desenvolvimento? Desenvolvimento é o mesmo que crescimento? O conceito de desenvolvimento econômico é suficiente para a garantia de direitos fundamentais?

O foco deste capítulo estará no desenvolvimento humano em busca da cidadania e da justiça social, sobretudo no que concerne às minorias. Como a normativa internacional regula o tema? Como a Constituição Federal se posiciona a respeito?

Por fim, o último capítulo tem por objetivo trazer quais seriam os instrumentos e garantias aplicáveis para a realização do direito transindividual ao desenvolvimento na perspectiva da fraternidade. O que o Supremo Tribunal Federal tem entendido sobre o tema, e a jurisprudência internacional tem se posicionado a respeito?

⁵ RESTA, Elígio. **O direito fraternal**.(trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

2 O CONSTITUCIONALISMO FRATERO: A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, art. I, conferiu expressão normativo-formal ao Revolucionário lema francês: “*liberté, égalité et fraternité!*”; expressando categoricamente que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, tem de agir, uns para com os outros, em espírito de fraternidade.

O espírito fraterno, evocado no supramencionado instrumento convencional, deixava entrever indicativos de princípios normativos a serem seguidos pelas uteriores constituições, mas que passaram à condição de esquecimento. Um breve contratempo⁶?

Este capítulo tem por escopo analisar a fraternidade vista enquanto categoria jurídica que compõe o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal; e mais, que o constitucionalismo brasileiro contemporâneo tem por dever ser juridicamente fraterno, conferindo novo olhar interpretativo, bem como dando um salto de efetividade para conquista de diversos direitos fundamentais.

2.1 SOBRE A REVOLUÇÃO FRANCESA E AS PREMISSAS HISTÓRICAS DA FRATERNIDADE: A TRÍADE CONSTITUCIONAL E A IMPORTÂNCIA DA FRATERNIDADE

O Brasil é considerado país cuja modernidade é tardia.⁷ No estágio histórico contemporâneo brasileiro, vislumbra-se um período denominado como o da Crise do Estado Providência⁸ em que as promessas da modernidade não foram totalmente concretizadas. Essa carência de efetividade constitucional espraia-se não apenas para as conquistas de direitos sociais, como também na consolidação de direitos fundamentais de terceira dimensão.

Com efeito, deve-se levar em consideração que os efeitos da crise de Estado Providência se fizeram sentir de modo diferente em cada País. Nos países centrais⁹, a crise foi superada ao longo das décadas. O problema maior ocorre nos países periféricos ou

⁶ RESTA, Elígio. **O direito fraterno**. (trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3^a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 23.

⁸ Ibidem, p. 23.

⁹ Expressão utilizada por Boaventura para classificar os países em termos de desenvolvimento socioeconômico, sendo os países centrais os ditos desenvolvidos, e os países semiperiféricos os países subdesenvolvidos. (2010, p. 14).

semiperiféricos em que a transição histórica do Estado Liberal para o Estado Social deu-se tardiamente e de maneira ineficaz. Portanto, a crise do Estado Social teve efeitos muito maiores do que nos países centrais.

Ressalta Lênio Streck que a criação deste Estado providência foi uma invenção das sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da modernidade com seu desenvolvimento: “O Estado intervencionista não é uma concessão do capital, a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção das desigualdades socioeconômicas.”¹⁰

Para Bonavides¹¹, sendo o Estado social a expressão política por excelência da sociedade industrial - e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma do liberalismo-, verifica-se que, nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com os interesses sociais antagônicos arvorados por grupos e classes em busca de afirmação e eficácia.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto tal fenômeno decorreu daquilo que English denomina de entropia negativa¹², tendo em vista a inviabilidade de dar continuidade ao Estado Liberal, nos moldes absenteístas que lhe era conatural. Àqueles que mantinham o sistema sociopolítico e econômico surgia a necessidade de atualizar o liberalismo mediante a positivação em sede constitucional “e com pretensões meramente formais- de previsões de natureza social que jamais viriam a ser concretizadas.”¹³

Houve uma ruptura na linearidade dos ideais da Modernidade, ou melhor, a história do Direito Fraternal é anacrônica¹⁴. Assim, se indaga, se a modernidade pode manter suas promessas inerentes ao pronunciamento de 1789¹⁵? Vaticina José Ribas¹⁶ que há um simulacro da modernidade, na atualidade, tendo em vista que algumas das promessas proclamadas na Revolução Francesa, ainda, estão carentes de efetividade, sobretudo no que

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.435.

¹² Ou seja, a necessidade de todo o sistema manter-se vivo.

¹³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Constituição e processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2007, p. 44.

¹⁴ Vale destacar as idéias de Peter Burke que trata sobre a Escola dos Annales. Segundo este autor, o estudo sobre a história tradicional era meramente narrativo, possuindo cronologia e escrita definidas, de forma que haveria uma linearidade histórica que era evolucionista e privilegiava, sobretudo, os fatos políticos. Para Burke, a história dos Annales foge a este padrão e o historiador da “Nova História” utiliza-se de fontes diversas, dispensa a ordem cronológica, interpreta documentos; mas do que narração de fatos, a Nova História carrega a idéia do historiador ter senso crítico. Neste sentido: BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989)**: a Revolução Francesa da Historiografia. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

¹⁵ HELLER, Agnes & FEHER, Ferenc. **O pêndulo da modernidade**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 6(1-2): 47-82, 1994 (editado em jun. 1995).

¹⁶ VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1995.

diz respeito à fraternidade. Portanto, percebe-se que, para entender a fraternidade, enquanto categoria jurídica, necessário se faz iniciar a investigação, tecendo algumas considerações históricas.

Por óbvio, a história do Ocidente esteve profundamente permeada de pela cultura cristã, e tal fato, em verdade, conferiu à fraternidade caráter teológico “com uma miríade de situações práticas, que vão da simples esmola ao dever da hospitalidade e à fraternidade monástica (...) chegando a complexas obras de solidariedade social.”¹⁷

De maneira que este trabalho, é preciso destacar inicialmente, não se propõe a investigar a fraternidade numa perspectiva religiosa. O mote da investigação é a fraternidade “laica”, fraternidade enquanto categoria jurídica, a qual começou a ter expressão de cunho político a partir da Idade Moderna, com a Revolução Francesa e os ideais iluministas.

A economia do mundo, no século XIX, estruturou-se principalmente a partir da Revolução Técnica¹⁸ na Inglaterra. Mas a França, ou melhor, a Revolução Francesa “forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo.”¹⁹ Iniciou-se a era das revoluções democráticas e um de seus exemplos significativos foi a Revolução Francesa.

Foi esta Revolução que ensejou a divisa “liberdade, igualdade e fraternidade.” Esta tríade somente tornar-se-ia oficial com a república revolucionária²⁰ de 1848. Mas qual seria o motivo da preocupação com essa trilogia? Antônio Maria Baggio explica que a revolução Francesa poderia ser ponto de referência histórico, tendo em vista que, durante a Idade Moderna foi a primeira vez que a fraternidade foi tratada e praticada politicamente.²¹ E a fraternidade transmudou-se face às novas interações com a liberdade e a igualdade, que são dois princípios que caracterizam as democracias atuais²².

Até antes de 1789 pensava-se as liberdades e igualdades civis desatreladas da fraternidade, ou esta em lugar daquelas, pois “no confronto com as idéias de liberdade e igualdade, a ideia de fraternidade sempre teve um papel secundário na teoria da democracia.”²³ Resignificou-a.

¹⁷ BAGGIO, Antônio Maria. **O Princípio Esquecido/1**, Editora Cidade Nova, São Paulo, 2008. p. 08.

¹⁸ Expressão utilizada por Manoel Jorge em: **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTr, 2004, p. 29.

¹⁹ HOBBSBAWN, E. J. **Revolução francesa**. São Paulo: Paz e Terra. 7ª Ed. Coleção leitura, 2008, p.09.

²⁰ Ibidem, p 07.

²¹ Ibidem, p 07.

²² Ibidem, p 07.

²³ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 101

Do que se denota que a fraternidade, no decorrer da história, foi adquirindo um significado universalizante, identificando-se através do sujeito: a humanidade. Não “apenas” um grupo, ou determinada classe, ou raça, ou etnia; senão o gênero humano como destinatário dos conteúdos protetivos dos direitos fundamentais. Comum unidade²⁴. Estaria o projeto do Iluminismo inconcluso? Parte da doutrina refuta essa idéia. Propuseram-se novas tríades.

Para Erhard Denninger ²⁵, a realidade de um mundo globalizado, multicultural, multifacetado aponta para idéia universalizante dos Direitos Humanos que o modelo burguês não poderia sustentar.

Para o aludido autor, a tríade liberdade, igualdade e fraternidade, embora tenha sido utilizada por muitos anos, não encontraria mais respaldo para representar e organizar os valores constitucionais dos estados contemporâneos. Para ele, deve ser concebida nova tríade constitucional: solidariedade, diversidade e segurança.

Zigmund Baumann afirma também que existiria nova tríade constitucional. Para o autor, tornou-se pressuposto tácito, factual, da filosofia que os homens precisavam ser livres, iguais, e realmente fraternos, uma vez que, na irmandade, a mútua simpatia, a o auxílio e a ajuda de irmãos seriam direitos de nascimento, não privilégios que precisariam ser conquistados e demonstrados como conquistas, nem serem considerados concessões.²⁶

Todavia, as mudanças resultantes do que ele denomina “processos líquidos modernos”²⁷ de desregulamentação e privatização “emerge com a (inalterada) finalidade de buscar a felicidade pode ser mais bem expressada passando-se de *Liberté, Égalité, Fraternité* para *Sécurité, Parité, Réseau* (segurança, paridade, rede).”²⁸

Na mesma linha, Paulo Castro Rangel afirma que a liberdade, igualdade e fraternidade foram partes de valores imersos em contexto histórico de superação do Estado absolutista “nimbado pela falta de liberdade, pela desigualdade de nascimento e pela miséria generalizada.”²⁹ Afirma, então, que os três étimos da Revolução Francesa foram necessários por longo tempo como programa de ação para a política constitucional, no entanto, “sem pôr

²⁴ Expressão utilizada por Ayres Britto em: BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁵ DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol.88, dez. 2003, p. 21-45.

²⁶BAUMAN, Zygmund. **Comunidade**; a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro, Zahar: 2001.

²⁷ Ibidem

²⁸ Ibidem

²⁹ RANGEL, Paulo Castro. Diversidade, solidariedade e segurança. Revista **OAB**, 2002. Ano 62 - Vol. III - Dez. 2002. Disponível em:

<http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887>. Acesso em: 01 jun. 2016, p. 01.

em causa a dignidade humana como referente fundamental, é tempo de perguntar se não fará sentido encontrar uma nova formulação dos étimos da democracia.”³⁰

Aponta Habermas que Denninger expôs suas idéias no sentido de “expandir e modificar” as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade com os postulados da segurança, diversidade e solidariedade.³¹ Argumenta Alcântara Machado³², na linha de entendimento de Habermas, que a idéia de paridade seria o mesmo que fraternidade, já que segundo Baumann, “o direito de se tornar igual é substituído pelo de ser e permanecer diferente, sem ter por isso negados a dignidade e o respeito.”³³

Alinha-se, neste trabalho, à intelecção de Habermas³⁴ para quem tais autores não estariam propondo novo modelo constitucional, senão que estaria justamente o ratificando em seus próprios termos:

[...] multiculturalism and the materialization of the law only make explicit their objective, legal, and intersubjective content, which, from the very beginning, was implicit in “classical” basic rights, namely the rights to liberty and the political participation³⁵.

Do que se verifica que não se pode considerar despicienda a realização da fraternidade como propôs Denninger, posto que sequer fora efetivamente aplicada em diversos ordenamentos no mundo, mas, sobretudo, no que se concentra este trabalho na realidade brasileira. A constituição de 1988 inaugura novo modelo de estado, voltado para o cumprimento das promessas da modernidade, cuja construção, porém deve se entendida como exercício permanente e cidadania.³⁶

³⁰ Op. cit, p. 01.

³¹ HABERMAS, Jürgen. **Remarks on Erhard Denninger’s Triad**. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In *Constellations*, nº 4, dezembro de 2000. p. 01. These ideas are reflected in the new constitutional texts (for example in those of the new East German Bundesländer) in such a way that social and cultural basic rights, as well as ecological aspirations, are enacted as constitutionally codified goals of the state; that is, not as subjective rights, but rather as objective aims of governmental policy. Tradução livre: Estas idéias se refletem em novos textos constitucionais (por exemplo, naqueles do novo Bundesländer do Leste Germânico) de tal forma que os direitos sociais e culturais básicos, bem como as aspirações ecológicas, são aprovadas como objetivos do Estado constitucionalmente codificados; isto é, não como direitos subjetivos, mas antes como metas objetivas da política governamental.

³² MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014, p. 114.

³³ BAUMAN, Zygmund. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro, Zahar: 2001.

³⁴ *Ibidem*, p. 524.

³⁵ Tradução livre: “multiculturalismo e a materialização da lei só tornar explícito o seu objetivo, legal e conteúdo intersubjetivo, que, desde o início, estava implícito em direitos básicos “clássicos”, ou seja, os direitos à liberdade e à participação política.”

³⁶ GUBERT, Roberta Magalhães; TRINTADE, André Karan. 20 anos de constitucionalismo democrático- e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n.6, 2008, p. 08.

2.2 O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA MODERNIDADE

Assim, a liberdade, a igualdade e a fraternidade são os ideais fomentadores para a interpretação e aplicação das constituições do Estado Moderno. É a partir delas, em suas interações, que é possível investigar se é possível conferir maior efetividade aos direitos fundamentais – e como se verá, adiante, ao direito ao desenvolvimento.

A despeito da importância histórica da fraternidade, bem como do seu aspecto garantístico -que não deve ser esquecido, posto que amálgama das Constituições modernas- ainda é tímida a doutrina que trate especificamente do constitucionalismo fraterno.³⁷

Sem pretender esgotar o tema, em linhas gerais, o Estado Moderno³⁸, estruturou-se segundo as concepções políticas, filosóficas, sociais e econômicas do período. A modernidade legou o Estado, o Direito e as Instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço para determinados carecimentos³⁹ da época.

As origens do Estado Moderno, enquanto suprema autoridade política dentro de um território definido - no mundo Ocidental - estão associadas à derrocada do modelo de economia e sociedade feudal, e com o conseqüente e gradual desenvolvimento das cidades e do ressurgimento da economia de mercado⁴⁰. Houve, num primeiro momento, a ascensão do estado sob a forma absolutista e do renascimento da economia sob a forma de capitalismo mercantil.

A centralização do poder político, na figura do monarca, envolveu a delimitação das fronteiras, houve a introdução de um exército permanente, um sistema de tributação central, bem como o desenvolvimento da política econômica do Estado mercantilista.⁴¹ Assim, a depressão econômica, a crise demográfica no país, entre outros fatores, tornaram propício o momento para ensejar verdadeira Revolução.

Esse poder absolutista, enfeixado na figura de um ente único, limitava nova classe econômica ascendente que necessitava de um Estado não intervencionista, compatível com o novo modelo de sociedade e economia que se pretendia estruturar. Necessitava-se da figura de

³⁷ Este trabalho optou por considerar a nomenclatura como constitucionalismo fraterno e não fraternal, como emprega Ayres Brito. Preferiu-se o uso da palavra fraterno tendo em vista a classificação proposta por Eligio Resta de um Direito Fraterno e não fraternal.

³⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21-22.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Globalização e direito econômico**. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/.../Manoel%20Jorge%20e%20Silva%20Neto.doc> Acesso em: 05 jun. 2016.

⁴¹ HOBBSBAWN, E. J. **Revolução francesa**. São Paulo: Paz e Terra. 7ª Ed. Coleção Leitura, 2008.

Estado mais liberal para os burgueses e mais igualitário para a massa popular camponesa que a cada dia aumentava.

Portanto, segundo J. Hobsbawm: “O burguês liberal clássico de 1789 não era um democrata, mas um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários.”⁴²

O Liberalismo⁴³ justificou-se a partir das teorias filosóficas lançadas por filósofos como Locke, Montesquieu e Hobbes. De maneira geral, tais idéias representaram-se pela difusão de direitos fundamentais individuais, da separação de poderes, bem como, do império das leis; ideais próprios dos movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215.

De modo que a modernidade deu ao homem como “parâmetro a razão e a partir dela buscou institucionalizar o dever. Daí para o subjetivismo, individualismo e relativismo foi um passo curto.⁴⁴” O individualismo excessivo, portanto, foi uma das características mais pujantes, no período, o que se refletiu no texto das recém criadas Constituições. Foi o passo inicial para o individualismo utilitarista que se maximizou “com o absolutismo da razão instrumental e da ideologia tecnocrática”.⁴⁵

O Constitucionalismo clássico, neste contexto, surge como movimento político, social e cultural que, questionava, nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais de domínio político, concomitantemente sugerindo a criação de uma forma de ordenação nova e da também nova forma de fundamentação política.⁴⁶

Uma das características marcantes desse momento histórico⁴⁷ é o surgimento das primeiras constituições escritas colocadas como instrumentos contentores de qualquer arbítrio

⁴² HOBBSAWN, E. J. **Revolução francesa**. São Paulo: Paz e Terra. 7ª Ed. Coleção leitura, 2008, p. 21.

⁴³ Nota-se que os diversos movimentos sociais e revolucionários que eclodiram deram ensejo à escrita de diversos documentos como os pactos e as cartas de franquia ou forais. São exemplos da época: o *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1689); e o *Act of Settlement* (1701). Os pactos e as cartas de franquia foram documentos que surgiram como a formalização escrita da luta dos direitos fundamentais, mas que se diga que eram direitos cuja proteção estava resguardada a determinados homens e não gracejados à universalidade de pessoas, vistas como iguais

⁴⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 98.

⁴⁵ Op. cit, p. 98

⁴⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

⁴⁷ No Constitucionalismo americano, as colônias da América do norte deram uma importante contribuição ao fenômeno com os denominados *contratos de colonização*. Seriam tais instrumentos indiciários do aludido fenômeno que desembocou mais tarde na *Declaration of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776, seguindo-se às Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte e Constituição da Confederação dos estados americanos. Na lição Ferreira Filho (ver citação), esse momento histórico das colônias fora bastante representativo, porque chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por mútuo consenso, as regras por que haveriam de governar-se. Forma-se assim, pelos chefes de família a bordo do *Mayflower*, o celebre “Compact (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas por rei Carlos II,

decorrente do poder. Estes marcos formais são a Constituição norte-americana⁴⁸ de 1787 e a francesa de 1791 – esta teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para Dirley da Cunha Júnior, o reconhecimento desses direitos coincide com a própria origem do constitucionalismo moderno, com perspectiva da separação dos poderes, a concepção de direitos individuais que foram garantidos por documentos constitucionais. Esta é a razão do art. 16 da Declaração Francesa⁴⁹ de 1789.⁵⁰

As constituições que foram elaboradas, no período clássico, serviram para estabelecer a estrutura básica do Estado e “proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos de liberdade”⁵¹.

Os direitos individuais de primeira dimensão simbolizam a luta pela garantia aos direitos civis e políticos tais como direito de liberdade, igualdade, propriedade, nascidos nos contextos das Revoluções Liberais -os primeiros a fazerem parte das constituições clássicas do ocidente- são direitos das liberdades cuja titularidade é do indivíduo considerado singularmente.

Esclarece Silva Neto, dentre os caracteres desse estado chamado de liberal ou abstencionista, pode ser destacada a passividade no trato das desigualdades sociais. A isonomia estava assegurada apenas em uma tessitura formal. “Não se investigava a respeito da exigência de desequiparações havidas entre os indivíduos que impusessem atuação do Estado no sentido de eliminá-las, ou, na pior das hipóteses, mitigá-las.”⁵²

Se por um lado o homem alcançou a condição de sujeito de direitos, através da concretização do ideal de liberdade em face do Estado; por outro, essa garantia cingia-se ao campo formal, tendo em vista que, no paradigma constitucional do Estado liberal de direito, a idéia de dignidade da pessoa humana não sofreu alterações sensíveis.

que incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a idéia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro pilar da idéia de constituição.

⁴⁸ No Constitucionalismo americano, as colônias da América do norte deram uma importante contribuição ao fenômeno com os denominados *contratos de colonização*. Seriam tais instrumentos indiciários do aludido fenômeno que desembocou mais tarde na *Declaration of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776, seguindo-se às Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte e Constituição da Confederação dos estados americanos.

⁴⁹ Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

⁵⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 617.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 229.

⁵² SILVA NETO, Manoel Jorge, **Curso De Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218.

Nesse sentido, houve a evolução dos direitos fundamentais. Tal ascensão histórica⁵³, ensejou espaço para avanços de uma nova ordem. O Século XX representou, então, a ascensão e consolidação dos denominados direitos de segunda dimensão.

Da mesma forma que os direitos de defesa, os direitos prestacionais foram formulados e consolidados a partir das concepções ideológicas de sua época, reconhecendo-se como seu ponto de partida as constituições do pós-guerra, notadamente a Constituição da República de Weimar de 1919. Na intelecção de Bonavides, a superação do Estado Liberal – inspirado nas ideias iluministas de Rousseau, Hegel, Engels e Marx - ampliou ainda mais o rol de direitos fundamentais com o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais que passaram a compor a essência das Constituições Contemporâneas.⁵⁴

Já o modelo de direito do Estado Social, com o constitucionalismo social, tem fundamentos de natureza sociológica, política e jurídica, respectivamente, através dos movimentos sociais contestadores; das decisões das forças políticas como manifestação constituinte; e o fundamento jurídico no sentido de normatizar os sistemas de elementos sociais como forma de expressar o compromisso do Estado com a questão social.

Embora tenham sido os direitos de caráter prestacional aqueles que, de forma pioneira, exigiram que o Estado se afastasse do *laisser-faire laisser-passer*, a própria natureza dos direitos fundamentais de terceira e quarta gerações impôs a persistência de modelo de sociedade política igualmente comprometida com a efetivação dos direitos da coletividade (direitos ou interesses difusos – terceira geração) e com a busca da isonomia substancial (direitos das minorias- quarta geração). Se é assim, torna-se evidente que o abstencionismo estatal se põe em rota de colisão com a concretização dos direitos fundamentais atuais.⁵⁵

Advém desta soma de fatores, a necessidade de ampliação e concentração do papel do Estado como ente “assistencialista” para atender a demandas relacionadas com direito á saúde, moradia, assistência social, entre outros, concretizáveis através da atuação do Poder Executivo. Por isso, tal paradigma estatal também ficou conhecido como Estado Providência ou *WelFare State*.

A evolução histórica do Constitucionalismo permite afirmar que primeiro ele foi liberal, inicialmente, e em seguida, juntamente com os ideais liberais, somou-se os direitos prestacionais. Atualmente está-se diante da etapa fraterna da sua existência⁵⁶ em que as atuais constituições têm incorporado a dimensão da Fraternidade; Segundo expõe Carlos Ayres

⁵³ Expressão utilizada por Paulo Bonavides, em: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 09.

⁵⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge, **Curso De Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673.

⁵⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 216.

Britto, abre-se espaço para dar oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, os negros, os deficientes físicos e as mulheres.

2.3 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E A FRATERNIDADE

Para Paulo Bonavides, novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotada de altíssimo teor de humanismo e universalidade, a fraternidade tende a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado; Na expressão de Antônio Maria Baggio é a ontologicidade do co-pertencimento universal⁵⁷.

Tal sentimento de co-pertencimento ainda precisa ser desenvolvido, sob pena de se agregar os homens em massa, perdendo-se a ideia de identidade, em decorrência do coletivismo de massa, ou criação do homem-massa.⁵⁸ A preocupação, segundo Ortega y Gasset é a de se seria possível reformar o homem-massa, ou poderiam as massas despertar a vida pessoal?

Ortega Y Gasset⁵⁹ destaca a compreensão de que a vida coletiva, também-denominada espírito da nação- é decorrente dos ideais iluministas e liberais do século XVIII, sobretudo França e na Alemanha. Estas idéias demonstram uma supervalorização da idéia de coletividade que se colocaria acima, inclusive, acima do próprio indivíduo, singularmente considerado.

Ora, o que seria o todo sem se considerar as suas partes? Seria retirado o sujeito da coletividade, esvaziando a própria metonímia coletividade. De modo que, alcançar a fraternidade sem se considerar a singularidade de cada indivíduo é unir a todos em uma massa disforme. Há necessidade premente de se atingir a humanização da coletividade em busca da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a fraternidade tende a tornar mais concreta a finalidade de proteção de direitos fundamentais de uma coletividade singularmente considerada. Os interesses ou direitos transindividuais, ou melhor, a sua proteção tem de estar centrada nos valores da

⁵⁷ BAGGIO, Antônio Maria. **O Princípio Esquecido/1**, editora Cidade Nova, São Paulo, 2008.

⁵⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Edição Eletrônica Ridendo Castigat Mores. Ebook, p. 112.

⁵⁹ Op.cit, p. 112.

fraternidade, no direito fraterno enquanto mecanismo que tutela com grande efetividade os direitos fundamentais.

Mas, antes de adentrar aos pormenores dos interesses transindividuais, é forçoso dizer que existe diferenciação entre o conceito de interesse e direito. Tal diferenciação se faz necessária visto que o ordenamento jurídico brasileiro usa ora um termo ora o outro.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), no art. 81, referem-se tanto a direitos como a interesses coletivos (*lato sensu*), assim como a lei da Ação Civil Pública⁶⁰ (LACP), art. 21. Já o artigo⁶¹ 21 da lei 12.016/09 faz menção apenas aos direitos coletivos e individuais homogêneos. E a Constituição Federal de 1988, no art. 129, III, utiliza a expressão interesses difusos e coletivos⁶².

A distinção entre a aplicação da terminologia direito ou interesses tem a sua razão de ser. A denominação direito está arraigada à concepção de uma tutela individualista, cuja matriz filosófica é liberal.⁶³ Há autores que entendem serem termos sinônimos como Assagra⁶⁴ e Rizzato Nunes⁶⁵; Didier e Zaneti⁶⁶ entendem como direito; por fim Manoel Jorge e Silva Neto e Hugo Nigro Mazzilli adotam o termo interesse.

Na lição de Manoel Jorge e Silva Neto interesse é um “conjunto de aspirações que brotam continuamente da fonte psíquica do indivíduo que quando positivado é interesse sujeito à incidência normativa”.⁶⁷ Tudo aquilo que desperta o desejo ou o direciona para

⁶⁰ **Art. 21.** Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)

⁶¹ **Art. 21.** O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.**Parágrafo único.** Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

⁶² **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: (...) **III** - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre garantias no código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115.

⁶⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 487.

⁶⁵ NUNES, Rizzato. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 443-444.

⁶⁶ DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. 7 Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 4, p. 88-89.

⁶⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional dos interesses Transindividuais Trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTR, 2004, p. 22.

alguma coisa, um estado de ânimo é considerado interesse que segundo a ética kantiana é o móvel para a realização de algo⁶⁸.

A diferença entre direito e interesse para Manoel Jorge e Silva Neto está centrada na própria noção de direito. Isso porque a noção de direito, sobretudo a de direito subjetivo, está associada a perspectiva individualista liberal “que não presenciava a possibilidade de existência de direito que não estivesse preso a um sujeito certo, preciso e determinado e, portanto, direito subjetivo somente seria identificável ao interesse individual.”⁶⁹

Tal perspectiva não se coadunava com a conflitualidade de ordem coletiva que surgiu no pós-guerra mundial. Os sujeitos de direitos passaram a ser, então, indeterminados ou indetermináveis, não sendo possível individualizá-los. A terminologia interesse, portanto, adequar-se-ia mais perfeitamente com o advento dessas novas situações jurídicas.

Para Hugo Nigro Mazzilli⁷⁰ os interesses transindividuais⁷¹ ocupam posição intermediária entre o interesse público e o privado. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas que não constituíam exatamente interesse público. Este pertenceria ao Estado, sendo protegido pela atividade administrativa cujo fim é o bem da coletividade.⁷²

Supraindividuais são os interesses que transcendem à órbita individual e cuja lesão afeta um cem número de indivíduos, sendo possível ou não realizar a sua identificação. Tais interesses são aqueles que ultrapassam a esfera da tutela do direito subjetivo do particular, mas comportam um conjunto mais numerosos de indivíduos ou grupos mais restritos a depender da natureza do interesse ofendido.⁷³

Isto posto, é preciso dizer que, muito embora a tutela dos direitos transindividuais, modernamente, encontre resguardo na Constituição Federal de 1988, inaugurando o que a doutrina⁷⁴ chama de “fase da tutela jurídica integral ou tutela jurídica holística dos direitos coletivos”, é certo que a luta pela sua efetividade ainda tem que trilhar um longo caminho.

⁶⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge. **A proteção Constitucional dos Interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTR, 2004, p. 22.

⁶⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. **A proteção Constitucional dos Interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTR, 2004, p. 23.

⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21 Ed São Paulo: Saraiva, 2000. p. 48

⁷¹ Os interesses individuais são aquelas cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Só o indivíduo dele se beneficia ou se prejudica. MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. **Interesses difusos - conceito e legitimação para agir**, São Paulo, Ed. RT., 1997, p. 45.

⁷² SILVA NETO, Ibidem, p. 25.

⁷³ Ibidem, p. 31.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direitos processual civil**. Volume 4, 10 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2011, p. 12.

Segundo a doutrina da evolução dos modelos de estado, no mundo, percebeu-se timidamente o surgimento de uma nova classe de direitos que mereciam guarida. Portanto, acompanhando o movimento histórico da evolução sociopolítica do Estado, a proteção dos direitos transindividuais seguiu igualmente movimentos graduais de evolução, marcados por três fases distintas.

A primeira, denominada “fase da absoluta predominância individualista da tutela jurídica”, estava atrelada ao modelo preconizado pelo Código Civil de 1916. Nessa fase, a tutela de posições e interesses jurídicos cingia-se à defesa, em nome próprio, de direito próprio ou excepcionalmente dos direitos de familiares. A tutela dos direitos da coletividade restringia-se ao campo do direito penal ou administrativo.

Cappelletti obtempera que a modernidade tornou cada vez mais complexas as relações econômicas e sociais. Deste modo, determinadas situações poderiam ensejar prejuízos aos interesses de grande número de pessoas, sobrepujando as lides meramente individuais.

Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos códigos tradicionais, de inspiração individualista liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Esse fenômeno (...) se esteve generalizando a tal ponto que não há hoje, nem Constituição democrática moderna, nem declaração internacional dos direitos do homem que não insira um capítulo das liberdades fundamentais, direitos e deveres sociais e coletivos, uma vez ignorados e descuidados.⁷⁵

Havia uma nítida separação entre as leis públicas e as leis civis com a priorização das codificações, momento a partir do qual surgiu a era das codificações e fortaleceu, ainda mais, a autonomia privada das relações, através do constitucionalismo clássico que consolidou a primeira dimensão dos direitos fundamentais.

No momento seguinte, com as Constituições de 1934 e 1946, bem como com o advento da lei nº 4.717/65 e da lei nº 7.347/85, transmudou-se para a “fase da proteção taxativa dos direitos massificados”. Essa segunda fase de proteção dos direitos coletivos caracterizava-se pela proteção fragmentária dos direitos transindividuais.

Percebe-se que pairava, até então, um ar de insegurança doutrinária e legislativa a respeito do tema; no entanto, a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase do processo de proteção desses direitos. Os direitos transindividuais passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais, garantindo-se-lhes à inafastabilidade da tutela

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, **Revista de processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977, p. 130.

coletiva, devido processo legal, entre tantas outras conquistas, o que ampliou a tutela de outros interesses e direitos difusos, conforme a redação do art. 129, III da CRFB/88.

O texto de 1988, embora a idéia já se insinuasse nas constituições de 1946 e 1967, vivificou a proteção dos direitos de terceira dimensão, também chamados de direitos transindividuais. É importante notar, portanto, que a promulgação da Carta Magna possibilitou a superação da antiga dicotomia público/privado, pretendendo-se interpretar o direito privado à luz da constituição.

É interessante notar que a Constituição de 1969, quando tratava do princípio da inafastabilidade da jurisdição -art. 153, § 4º- enunciava que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.⁷⁶ Verifica-se, desta maneira que o princípio da ubiqüidade fazia referencia à proteção de direitos de ordem individual apenas, coadunando com a feição individualista que vigia, com fervor, na época.⁷⁷

Nesse caminhar, verifica-se que os interesses fundamentais transindividuais, ainda não possuem um conjunto de normas e regras específicas devidamente positivadas em um *codex*, apenas um microsistema coletivo em que se deve reunir as diversas normas distribuídas pelas diversas leis presentes no sistema normativo pátrio.

Não se pode esquecer, todavia que a Constituição Federal tem o papel primevo, a despeito dessa ausência normativa ordinária, de reger as situações jurídicas que tratem dos direitos fundamentais transindividuais. No entanto, o que tem se verificado é o esvaziamento de efetividade de alguns de seus institutos.

Tomando por base os delineamentos supracitados, verifica-se que o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁸ consagra a proteção dos interesses e direitos exercitáveis em juízo coletivamente através de três diferentes espécies de direitos transindividuais: os difusos, coletivos *stritu sensu* e individuais homogêneos. Os dois primeiros tratam de direitos essencialmente coletivos, enquanto o último é denominado como acidentalmente coletivo.⁷⁹

⁷⁶ Grifo nosso.

⁷⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁸ **Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. **Parágrafo único.** A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: **I** - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; **II** - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; **III** - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁷⁹ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23.

[...] os interesses difusos obviamente ultrapassam a esfera de um sujeito de direito, podendo até mesmo concernir a interesse de toda a humanidade, como se pode operar relativamente à prática de ato ou omissão que importe em gravíssima transgressão ambiental com repercussão *world wide*. Consequentemente, os interesses difusos são os de natureza transindividual mais amplos.⁸⁰

Assim, os interesses difusos são compostos por interesses cujo titular é a coletividade, sujeitos indeterminados e indetermináveis, ou seja, que não podem ser individualizados. Não se pode cindi-los, ou melhor, fracioná-los entre os membros que compõem a coletividade⁸¹.

Por conseguinte, pela própria existência dessa conflitualidade de massa, em que os danos não se restringem ao caráter individual, surgem, ou melhor, reconhecem-se juridicamente determinados interesses denominados difusos e coletivos, como os impactos ao meio ambiente, à saúde, às relações de consumo. Com efeito, são direitos que envolvem grupos, classes, comunidades, revelando sua marca metaindividual na titularidade dos sujeitos coletivos e na indivisibilidade de seu objeto.⁸²

Os interesses difusos ultrapassam o âmbito dos direitos arraigados a apenas um indivíduo. A natureza é indivisível, não sendo possível fracionar-lhe o conteúdo, dada a sua difusidade, fato este que repercute na indeterminabilidade dos sujeitos que os titularizam. Tudo isto decorrente de circunstâncias de fato, “ocorrido no mundo físico que prende os titulares do interesse difuso agravado.”⁸³

Os interesses difusos não se confundem com os coletivos. A diferença de ordem qualitativa, em que o interesse difuso, indeterminado e indeterminável, é originado de um fato comum, enquanto que os interesses coletivos, são ao menos determináveis e estão centrados em grupos ligados por uma relação jurídica base. Ou seja, o interesse coletivo resulta do homem em sua posição corporativa ao passo que no interesse difuso, o homem é considerado enquanto ser humano.⁸⁴

O liame entre os direitos difusos e os direitos coletivos reside no seu caráter metaindividual, podendo ser agrupados, no mais das vezes, na denominação de direitos coletivos lato senso, de outra maneira, os interesses difusos podem ter uma amplitude maior do que a órbita de uma coletividade organizada e definida, ressaltada pelo caráter corporativo; além disso, nos direitos difusos, considera-se o

⁸⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Constituição e processo do Trabalho**. Editora LTR. São Paulo, 2007, p. 94.

⁸¹ ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. **Manual de Processo Coletivo**. Volume único. Editora Método. São Paulo, 2012, p. 116.

⁸² ROCHA, Júlio Cesar de Sá. Direito Ambiental do trabalho: reflexo da contemporaneidade. **Revista de Direito Sanitário**, vol.3, n.1, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/81488/85046>> Acesso em: 12 dez 2016, p. 123-124.

⁸³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo, LTr, 2004, p. 33.

⁸⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo, LTr, 2004, p. 32.

ser humano em sua dimensão genérica, agregado ocasionalmente pela ocorrência fática que determina sua tutela.⁸⁵

Assim, os interesses difusos são aqueles de caráter indivisível, de natureza transindividual de que são titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, com intensa litigiosidade interna. Os direitos difusos são aqueles “que perpassam a esfera individual, atingindo dimensões relativas a comunidades ou grupos indeterminados de pessoas, são afetos a situações que não exigem relação jurídica prévia entre seus portadores.”⁸⁶

A poluição do ar, de graves conseqüências à saúde de pessoas moradoras de uma região industrial, em uma metrópole, por exemplo, que não faça o tratamento adequado de resíduos. Tal lesão atinge um número indeterminado de pessoas que transcende àqueles indivíduos que estejam localizados imediatamente ao lado do pólo industrial; não há como indicar com precisão quem foi atingido pela violação do bem natural. Da mesma sorte, é indivisível o bem jurídico afetado, bem como incindível a relação jurídica dos sujeitos de direito envolvidos.

Já os interesses coletivos *strictu sensu* são aqueles transindividuais de natureza indivisível cujos titulares são um grupo, classe ou categoria ligadas entre si por uma relação jurídica base. “Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo ‘*affectio societatis*’ ou pela sua ligação com a ‘parte contrária’”.⁸⁷ São eles relativos a grupo, classe ou categoria determinada de pessoas, portanto, identificáveis; têm dimensão eminentemente corporativa, pressupondo mínimo de coesão, de organização, de estrutura.⁸⁸

Significa dizer que a classe, categoria ou grupo depende de uma relação jurídica que reúna os sujeitos antes de qualquer violação ou ameaça de violação a um direito indivisível dessa comunidade.⁸⁹ Os interesses coletivos “não configuram simplesmente feixe de

⁸⁵ ROCHA, *Ibidem*, p. 124.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 123.

⁸⁷ DIDDIER, Fredie, ZANETTI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo coletivo. 7 Ed. Editora Juspodivm. Salvador, 2012. v. 4, p. 76.

⁸⁸ ROCHA, Júlio Cesar de Sá. **Direito Ambiental do trabalho**: reflexo da contemporaneidade. Revista de Direito Sanitário, vol. 3, n.1, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/81488/85046>> Acesso em: 12 de dez de 2016, p. 124.

⁸⁹ ASSUMPCÃO, Daniel Amorim. **Manual de Processo Coletivo**. Volume único. Editora Método. São Paulo, 2012, p. 118

interesses dos indivíduos que fazem parte do grupo, E isto se dá, não raro, em virtude da possível contraposição entre as aspirações individuais e a essência da vontade coletiva.”⁹⁰

Por fim, os interesses individuais homogêneos são direitos de origem comum. Significa dizer que os direitos individuais homogêneos representam “uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais de dimensão coletiva.”⁹¹

Para Kazuo Watanabe, a origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. Esses direitos em comum a origem da conduta comissiva ou omissiva da parte contrária. Tais questões de direito ou de fato conferem homogeneidade a direitos que inicialmente seriam concebidos como individuais.⁹² Nesse sentido, não se pode negar a vantagem de tratamento uno para pretensões individuais decorrentes de uma origem comum o que também possibilita a economia processual.

Os interesses individuais homogêneos são aqueles acidentalmente coletivos, vinculados a uma situação fática, no entanto divisíveis, o que torna viável ao ofendido pelo recorrer ao poder judiciário a fim de buscar a devida reparação.⁹³ São, portanto, interesses determinados, divisíveis ligados por um fato comum.

Feitas essas considerações, é chegada a hora de tratar sobre a efetividade dos interesses transindividuais, sobretudo no que diz respeito ao aspecto constitucional.

2.3.1 Da Efetividade dos Interesses Transindividuais Constitucionais

Há muito, já dizia o autor português Boaventura de Souza Santos⁹⁴ que a evolução do estado constitucional de direito caminha para que as relações jurídicas sejam massificadas. A lesão aos interesses da coletividade não poderia ficar sem proteção, sob pena de violar o senso de dignidade coletiva, igualdade, direitos da personalidade, levando, nos dizeres da Exm^a

⁹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTr, 2004, p. 38.

⁹¹ DIDDIER, ZANETTI. *Ibidem*, p. 78.

⁹² WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁹³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTr, 2004, p. 40.

⁹⁴ SANTOS Boaventura de Sousa; MARQUES Maria Manuel; PEDROSO João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 10 set. 2016, p. 10.

Ministra Eliana Calmon “ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais”⁹⁵

Tão logo os conflitos de ordem coletiva começam a surgir nas legislações, a doutrina dos direitos subjetivos enquanto categoria de bens fruíveis, apenas pelo sujeito individualmente considerado, passou a ser destoante da realidade social “que acenava para existência de valores cujos destinatários, por vezes, sequer podiam ser identificados.”⁹⁶

Nesse ponto, os direitos transindividuais são denominados como direitos de solidariedade ou fraternidade em razão do interesse comum que une as pessoas em face de sua implicação universal. Não tem por fim a liberdade ou a igualdade, senão a própria existência do grupo.⁹⁷ Pois, quando se está diante de interesses difusos e coletivos surge uma solidariedade diferenciada. “A proteção aos direitos difusos e coletivos configura-se como de tipo participativo, que pode ser exercida por todos aqueles que sejam seus portadores.”⁹⁸

Do que se nota que o modelo de Estado Fraternal ou altruísta⁹⁹ consagra a fraternidade, protegendo interesses da coletividade, ou melhor, da humanidade, de ordem difusa ou coletiva lato sensu. Demonstrando preocupação, mais que com interesses individuais ou de determinado Estado ou grupo de pessoas, senão tem como destinatário o gênero humano¹⁰⁰

Dentro desta linha evolutiva dos direitos, Bobbio¹⁰¹ destaca ainda aqueles que comporiam a literatura dos novos direitos destaca que incluem-se dentro desses novos direitos a solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente protegido, e à comunicação.

A eficácia das constituições estaria cada vez mais sendo contestada, podendo fazer com que passassem a ser consideradas meramente como “constituições simbólicas”. Para tratar de legislação simbólica, é imprescindível tratar das idéias de Marcelo Neves¹⁰² que mimetiza os elementos que compõem a expressão constitucionalização simbólica.

⁹⁵ REsp 1.057.274, Rel Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, Dje 26/02/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201057274>>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁹⁶ SILVA NETO, Ibidem, p. 23-24.

⁹⁷ CUNHA, JR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm. 2011. p. 608.

⁹⁸ ROCHA, Júlio Cesar de Sá. Direito Ambiental do trabalho: reflexo da contemporaneidade. **Revista de Direito Sanitário**, vol.3, n.1, mar. 2002. Disponível em:<<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/81488/85046>> Acesso em: 12 dez 2016, p. 126.

⁹⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 569.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 09.

¹⁰² Referencia Marcelo neves. Para o aludido autor, símbolo, simbólico e simbolismo são utilizados nas mais diversas acepções culturais, frequentemente sem que haja uma pré definição a seu respeito e nesse sentido,

Tomando como ponto de partida as idéias propostas por Kindermann e Luhuman, Marcelo Neves vê não só no significado social, mas também o político das constituições. Na verdade, seu sentido é a realização inversa da concretização normativo jurídica da constituição. Nesse sentido, a questão refere-se a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica das legislações e a insuficiente concretização jurídica dos diplomas constitucionais. Isso se faz de três formas diferentes, através das legislações álibis, da confirmação de valores sociais e do adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

Em países como o Brasil, a constitucionalização simbólica ganha um papel de alopoiese do sistema político pelo jurídico.¹⁰³ Alopoiética, porque em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado como um álibi, pelos governantes em que a “culpa” dessa realidade constitucional seria da sociedade brasileira supostamente desorganizada.¹⁰⁴

Nesses países há um bloqueio do sistema jurídico, havendo uma falta de concretização normativo jurídica do texto constitucional. O texto da constituição é usado de acordo com os interesses políticos.

Portanto, a complexidade das sociedades contemporâneas remete ao problema de efetividade das normas constitucionais que devem ser tratadas com um olhar ainda mais atento para não recair nas falácias de ambiguidade normativas das legislações simbólicas.

Entende Silva Neto que a constitucionalização simbólica, na verdade é o que a doutrina tem chamado de constitucionalização do direito. Esclarece ainda que:

[...] a constitucionalização do direito é “irmã gêmea” da constitucionalização simbólica. Enquanto a constitucionalização simbólica conduz à concepção alopoiética do direito porque, “em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi (...)”, a constitucionalização do direito realiza o mesmo papel, já, aqui, tendo por protagonista não o governante, mas o cientista do direito [...]¹⁰⁵

tratam-se dos termos mais ambíguos da semântica social e cultural cuja utilização consistente pressupõe a exata delimitação de seu significado para que não se caia em “falácias de ambiguidade”.

¹⁰³ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, São Paulo: VMF Martins Fontes, 2007.

¹⁰⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 16.

¹⁰⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. Constitucionalismo brasileiro tardio. **Revista do Ministério Público da União**, n. 5, 189-194, 2016.

Obstáculo à efetividade de direitos fundamentais, o constitucionalismo tardio é fenômeno “decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, que impede o desenvolvimento e a consolidação da cultura constitucional.”¹⁰⁶

A cultura constitucional, segundo os ensinamentos de Manoel Jorge e Silva Neto, é o conjunto de ações ou omissões de ordem pública ou privada tendentes a: “preservar a “vontade de constituição”; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional.”¹⁰⁷

O círculo vicioso e dialético da ausência de cultura constitucional, que se materializa na fleumática jurisprudência dos tribunais, no fisiológico comportamento dos governantes e, sobretudo, na inexistente participação dos indivíduos no processo de densificação dos valores constitucionais, isso tudo impede objetivamente o reconhecimento da constitucionalização do direito no Brasil.¹⁰⁸

Silva Neto explica que a quase total ausência de pertencimento das comunidades autóctones brasileiras -ao contrário do que aconteceu com as colônias inglesas nos EUA- foi uma das causas do Constitucionalismo Brasileiro Tardio, tendo em vista que as populações que aqui habitavam não se sentiam integrantes daquela sociedade já que as colônias portuguesas e espanholas no Brasil tinham por único interesse a exploração das riquezas e não para povoamento.

Outros fatores também podem ser colocados como causa deste constitucionalismo tardio: o legado brasileiro do homem cordial; ausência de cultura democrática e de sentimento republicano; o modelo de federação aqui adotado; o individualismo jurídico; entre outros fatores determinantes que conduzem à inadequada interpretação constitucional e inefetividade de direitos fundamentais.

Como não pode haver cultura constitucional sem constitucionalismo, ou seja, como não pode existir o sentimento constitucional sem amparo em sistema constitucional formalmente adotado, pode-se concluir que o constitucionalismo tardio é circunstância impeditiva da efetividade do texto constitucional, que resulta da ausência daquela cultura.¹⁰⁹

Como a idéia de democracia, no Brasil, tem sido difundida?

Os brasileiros, em sua maioria, estão cétricos quanto às instituições da República. A recorrente atividade legiferante dilatória determina sensação de consenso e de baixa densidade

¹⁰⁶ Ibidem, p. 87.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 87.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 88.

¹⁰⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. Constitucionalismo brasileiro tardio. **Revista do Ministério Público da União**, n. 5, 189-194, 2016, p. 87.

normativa “resultado da fixação de compromissos que, adrede, se sabe de difícil cumprimento, ou mesmo, de fato, política e/ou juridicamente inviáveis.”¹¹⁰

No século XX, as discussões a respeito da democracia tornaram-se cada vez mais acintosas. E dois foram os embates principais¹¹¹, em um primeiro momento, a luta foi pelo desejo de se implantar governos democráticos; e, ao final das duas guerras mundiais, mesmo com todo o desejo por essa forma de governo, a soberania popular ainda sofreu muitas restrições.

Esse protagonismo da democracia revela-se pelo anseio seu uso como regime de governo- ou denominado de desejabilidade pela democracia¹¹²- em uma disputa, inicial entre duas concepções de mundo, a liberal –democracia e a concepção marxista da mesma.¹¹³

Em segundo lugar, obtempera Boaventura de Souza Santos, que o debate, no pós-guerra, se deu sobre a (in)compatibilidade entre a democracia e o capitalismo¹¹⁴. A discussão que se inicia é sobre o significado estrutural¹¹⁵ da democracia nos países em desenvolvimento, ou países de economia periférica. A grande preocupação seria com a perda de demodiversidade¹¹⁶ que é entendida como coexistência, pacífica ou não, de diferentes práticas e modelos de democracia. A imposição do modelo de democracia liberal como único modelo viável para as sociedades atuais implicaria nesta perda de demodiversidade e que tem sido hostil a ampliação da participação democrática participativa e representativa.

Este novo cenário tem engendrado “formas de democracia de baixa intensidade”¹¹⁷, que tem implicado no não reconhecimento das diferenças, reintrodução do clientelismo, manipulação das instituições participativas, entre outros. O que vem ao encontro do quanto exposto sobre o papel da democracia na caracterização do Constitucionalismo tardio.

Nesse sentido a contribuição da democracia para a atualização da Constituição se realiza a partir do confronto com o constitucionalismo, pois enquanto a primeira significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade,

¹¹⁰ Ibidem, p. 90.

¹¹¹ SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, p. 39.

¹¹² Ibidem

¹¹³ DA SILVA GONÇALVES, Lucas; GONÇALVES, Luciana Aboim Machado; CERQUEIRA, Emerlino Costa. O papel prescritivo da opinião pública para as correntes democráticas procedimentalistas. In: DA SILVA GONÇALVES, Lucas; BARRETO, Lima Martônio Mont’alverne; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes (et. al). **Teoria da democracia**. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro: 2015, p. 262.

¹¹⁴ Neste sentido, destaca o autor a importância dos estudos de Moore e Przeworski para esse momento histórico, ressaltando que com o passar dos anos tornaram-se um pouco defasadas estas formulações teóricas.

¹¹⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

¹¹⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.

¹¹⁷ Ibidem, p. 74.

inserindo-o nas discussões de deliberações, aquele regula este processo, impondo limites, padrões e determinações á soberania popular [...]¹¹⁸

Não se pode olvidar também que tem de haver a democratização da administração da justiça que é dimensão fundamental da democratização da vida econômica e política¹¹⁹. Ela tem de estar presente no aspecto interno, ou seja, com maior envolvimento e participação dos cidadãos na administração da justiça; incentivo à conciliação, entre outros; e, o segundo aspecto é a democratização do acesso à justiça.

Portanto, o que se pode afirmar é que uma das causas do déficit de efetividade das normas constitucionais, sobretudo no que diz respeito aos transindividuais – objeto desse trabalho-, tem por origem a constitucionalização tardia decorrente, dentre outros fatores, da fragilidade que enfrenta a democracia brasileira, bem como a baixa densidade normativa dos preceitos constitucionais frente aos compromissos estatais não concretizados.

Neste ponto, o resgate da fraternidade oferece um pressuposto a partir do qual o problema pode ser enfrentado e tornar-se solucionável ou ao menos mitigado. A concepção individualista da Constituição não consegue mais suportar as necessidades da modernidade. A liberdade e a igualdade tornaram-se insuficientes para a realização a contento dos direitos fundamentais.

Tanto uma quanto a outra foram referência para a maioria dos Estados Democráticos. Mas não o foi a fraternidade. E ela permite, enquanto fundamento sólido, estabelecer relação de interdependência com a igualdade e a liberdade aperfeiçoando-os.

Logo, decidir conforme a Constituição Brasileira é decidir conforme a Sociedade que se quer construir. E decidir conforme a sociedade que se quer construir é construir uma sociedade fraterna. Construir uma sociedade fraterna é fazer valer a constituição. É implementá-la.¹²⁰

No que se refere à democracia, o papel cidadão tem de ser exercido conscientemente, pois, conforme será visto mais adiante, a fraternidade tem como um de seus elementos a

¹¹⁸ DA SILVA GONÇALVES, Lucas; GONÇALVES, Luciana Aboim Machado; CERQUEIRA, Emerlino Costa. O papel prescritivo da opinião pública para as correntes democráticas procedimentalistas. In: DA SILVA GONÇALVES, Lucas; BARRETO, Lima Martônio Mont'alverne; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes (et. al). **Teoria da democracia**. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro: 2015, p. 270.

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Ciência Sociais**, n.21, Nov. 1986. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF> Acesso em: 09 jan 2017.

¹²⁰ DA SILVA VALE, Ildete Regina; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade**: o valor normativo do preâmbulo da Constituição. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 177.

responsabilização do próprio indivíduo, para a concretização de direitos fundamentais, em uma verdadeira antropologia de deveres.

Possível de perceber que a constitucionalização tardia pode tentar ser mitigada a partir do direito fraterno.

2.4 SOLIDARIEDADE OU FRATERNIDADE?

A doutrina concebe a fraternidade de diversas formas, como princípio, categoria, perspectiva e experiência, mas embora cada um dos termos tenha suas próprias e diferentes acepções, Barreneche destaca aquelas que estão vinculadas ao estudo da Fraternidade a partir da tríade, liberdade, igualdade e fraternidade¹²¹. A perspectiva deste trabalho é tratar a fraternidade como categoria jurídica.

A Fraternidade pode ser estudada como categoria, ou como dimensão relacional. Esses aspectos, juntamente com outros, servirão para informar o saber sobre esse campo. A Fraternidade como categoria pode funcionar como um dos diferentes elementos de classificação utilizados nas ciências. Então, como categoria, a Fraternidade pode dar pistas para compreender melhor os alcances e restrições de outras categorias aplicadas e estas ajudarão na busca de precisões sobre a Fraternidade.¹²²

Uma vez que se considera, então, que a fraternidade é categoria jurídica, ou melhor, dizendo categoria constitucional apta a reger relações jurídicas, faz-se necessário diferenciá-la da solidariedade.

Denninger afirma ser a solidariedade mais ampla que a fraternidade. A fraternidade seria um sentimento, e a solidariedade um sentimento qualificado pela razão, assim a solidariedade ‘não conhece limites substantivos ou pessoais; ela engloba o mundo e se refere à humanidade. Ela reconhece o outro não apenas como um “camarada” ou como um membro de um particular nós-grupo, mas antes como um Outro, até mesmo um Estranho’.¹²³

Segundo Denninger, a fraternidade enfatiza o sentimento, já a solidariedade significa “vínculo de sentimento racionalmente guiado”¹²⁴, mantenedora de certos interesses e objetivos, mas mantendo a diferença entre os parceiros na solidariedade. “Significa também em termos jurídicos, uma rejeição do caráter vinculante de sistemas de valor universais, e a

¹²¹DA SILVA VALE, *ibidem*, 2014, p. 131.

¹²² *Ibidem*, p. 132

¹²³ DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol.88, dez. 2003.

¹²⁴DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol.88, dez. 2003, p. 35.

renúncia da exigência de nos fazermos iguais aos outros tanto em posses quanto em consciência¹²⁵

Antonio Maria Baggio¹²⁶ vaticina que a solidariedade dá uma aplicação parcial aos contornos da fraternidade, porque a solidariedade permite a realização de direitos em uma relação vertical, que vai do mais forte para o mais fraco. A fraternidade pressuporia um relacionamento horizontal entre os sujeitos; a fraternidade, para ele, poderia ser denominada como solidariedade horizontal.

No mesmo sentido são as ideias de José Casalta Nabais¹²⁷ para quem a solidariedade horizontal ou solidariedade fraterna é uma expressão de certo fracasso da estadualidade social, um fracasso resultado dos limites naturais que a escassez de meios convola à realização estadual dos direitos econômicos, sociais e culturais “como do seu retrocesso atual que o abrandamento do desenvolvimento econômico de um lado e o egoísmo pós-moderno, de outro, vieram suportar”.

É imperioso destacar que Filippo Pizzolato¹²⁸ entende que a fraternidade age no ordenamento como solidariedade que nasce da ponderação entre as esferas de liberdade, e que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas sim, à ação do Estado enquanto ordenamento jurídico.

A fraternidade corresponde à solidariedade horizontal que não se perquire através de uma relação entre ente superior, que tem o dever de prestação, para com o indivíduo a ele subordinado. A fraternidade¹²⁹ parte de um ponto de vista em que um está ao lado do outro e assim deve ser para que os direitos sejam realizados. É a responsabilidade de socorro mútuo entre os próprios cidadãos, ‘limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo’, como averba Filippo Pizzolato¹³⁰.

Outro fator importante é que para a fraternidade deve existir espaço de reconhecimento de responsabilidade social para com o outro, responsabilidade identificada

¹²⁵ Ibidem, p. 35.

¹²⁶ BAGGIO, Antônio Maria. **O Princípio Esquecido/1**, editora Cidade Nova, São Paulo, 2008, p. 22.

¹²⁷ NABAIS, José Casalta. **Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania**. In: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Ed, 2007, p. 139.

¹²⁸ PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria. **O Princípio Esquecido/1**, editora Cidade Nova, São Paulo, 2008, p. 124.

¹²⁹ Para Ferreira (2010, p. 5985), adentrando-se ao texto e contexto brasileiros a Constituição Federal, usa de modo indistinto, as expressões solidariedade e fraternidade. No preâmbulo estão consignadas certas aspirações que compreendem valores supremos de uma sociedade *fraterna*. O art.3º, inciso I, por sua feita tem por meta a construção de uma sociedade, livre, justa e *solidária*. Percebe-se, nesse passo, que não é mais a expressão “fraterna” que qualifica a sociedade, mas sim a palavra “solidária”.

¹³⁰ PIZZOLATO, Ibidem, p. 124.

não como uma faculdade ou como uma ação voluntária, mas como dever jurídico; responsabilidade ativa.¹³¹

Percebe-se que tanto na solidariedade quanto na fraternidade os contornos de juridicidade formam-se dando responsabilidade ao indivíduo ou ao Estado nas relações jurídicas, haja vista fraternidade e solidariedade representarem o convívio humano responsável. Efetivamente, fraternidade tem um conteúdo mais amplo, de forma que abarca a solidariedade, mas não se reduz a ela.¹³²

E o que é, afinal a fraternidade?¹³³ É de se dizer que ela tem origem no vocábulo latino *frater* que significa irmão. No seu derivado *fraternitas*, *fraternitatis* e *fraternitate*.¹³⁴

O verbo fraternizar, por outro lado, vem da união entre fraterno + izar, e apresenta quatro significados quais sejam: (a) v.t.d. unir com amizade íntima, estreita, fraterna; (b) v.t.i., v.int. unir-se estreitamente, como entre irmãos; (c) aliar-se, unir-se; e, (d) fazer causa comum, comungar nas mesmas idéias, harmonizar-se. Resta alerta para a diferença entre fraternidade (que indica sentimento), *fratellanza* (que indica condição) e a idéia de *affrattamento* (que indica projeto).¹³⁵

José Roberto Dromi também fala da fraternidade como uma das características do constitucionalismo do futuro, o qual deveria identificar-se, dentre outros valores fundamentais, com a solidariedade, concebida como dimensão fraternária¹³⁶. Existe para ele a solidariedade entres diferentes povos; a solidariedade que preconiza a necessidade de transnacionalização constitucional de direitos de solidariedade; e, na ultima vertente, a fraternidade aparece como instrumento preponderante através do qual “a cooperação,

¹³¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014. p. 112.

¹³² JABORNADY, Op.cit, p. 109.

¹³³ Reconhecer o caráter ambivalente e paradoxal da fraternidade está na base do conhecimento mais lúcido que as dimensões emancipativa e pacífica da fraternidade passam necessariamente por um seu esvaziamento metafísico. A comunidade fraterna não é por definição o lugar helênico da bondade e do voluntariado e que, como somente a comunidade dos irmãos pode ameaçar a fraternidade, é sempre e somente a mesma comunidade que pode cultivá-la e realizá-la. Não basta ser irmão para ser fraterno, como não basta ser homem para ser humano e este colocou os irmãos, em todas as dimensões geopolíticas e em todas as épocas históricas, sempre e somente em frente às suas concretas responsabilidades.(Tradução livre). In: MARTINI VIAL, Sandra Regina. **Saúde: um direito fundado na fraternidade. Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde**. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

¹³⁴ MARTINI VIAL, Sandra Regina. **Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita**, Contribuciones desde Coatepec [online] 2007, (enero-junio): [Date of reference: 2 / junio / 2016] Disponível em:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28101207>> ISSN 1870-0365, p. 126.

¹³⁴ Neste sentido, os valores seriam: a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade. Então a solidariedade aqui é vista como valor, e não se faz distinção entre fraternidade e solidariedade.

¹³⁵ MARTINI VIAL, Op. cit, p. 126.

¹³⁶ Neste sentido, os valores seriam: a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade. Então a solidariedade aqui é vista como valor, e não se faz distinção entre fraternidade e solidariedade.

tolerância, redução das desigualdades de gênero, de etnia, de religião são exigências na consagração da Constituição enquanto instrumento de agregação das diversidades e não mero mecanismo de proteção das minorias.”¹³⁷

2.5 PRESSUPOSTOS DO DIREITO FRATERO

Sandra Martini Vial¹³⁸ esclarece, com precisão, as razões subjacentes às ideias fraternais de Resta. A fraternidade não é vista apenas como virtude subjetiva ou expressão de crescimento e de evolução espiritual, mas como categoria jurídica. Não é um sentimento ingênuo de que se deve amar mutuamente. O Direito Fraterno rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, e da sociedade moderna.

Segundo Eligio Resta¹³⁹, a fraternidade, como um dos três pilares da revolução francesa, foi esquecida, visto que os demais valores, igualdade e liberdade teriam, eles mesmos, influenciado os eventos históricos seguintes, mas a fraternidade, mesmo com a sua importância, foi timidamente desenvolvida.

Mas o presente impõe cada vez mais, com a visão do global, que a fraternidade apareça com força. Assim passou-se a alargar a ideia de proximidade, de respeito ao próximo, e ainda imaginando a fraternidade como um ideário para o futuro para as futuras gerações.

Eligio Resta vai fornecer os elementos concretos para investigação da fraternidade enquanto categoria jurídica. Para ele ¹⁴⁰existem estruturas fundamentais do direito fraterno, tais como: direito jurado em conjunto; voltado para o futuro; que está livre de obsessão de identidade; presente na forma dos direitos humanos; que sugere uma antropologia dos deveres; é não violento e inclusivo. É uma aposta na diferença.

Da transição histórica que comporta a ideia de fraternidade na antiguidade clássica para a fraternidade na modernidade dos ideais iluministas, passa-se de um sentimento, uma ideia abstrata, para transmutar-se em regra, categoria jurídica, em direito. Nesse sentido, conforme se diz na linguagem comum, o descaso com a fraternidade enquanto regra, seria um contratempo¹⁴¹ Ou seja, andou-se contra o tempo, em um fluir contrário ao fluxo das ideias que foram pregadas na modernidade.

¹³⁷ DROMI, José Roberto. La reforma constitucional, El Constitucionalismo Del “por-venir”. La reforma de La constitución. In: ARÉVALO, Manuel Francisco Caveró; ENTERIA, Eduardo Garcia de. (Coord). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación banco Bilbao Vizcaya.

¹³⁸ MARTINI VIAL, Op. cit, p. 126.

¹³⁹ Eligio Resta inicia seus estudos na década de 80, somente publicando seus livros alguns anos depois.

¹⁴⁰ RESTA, Elígio. **O direito fraterno**. (trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 133-134

¹⁴¹ Op. cit., p. 13.

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar comum, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras os direitos humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças a própria humanidade¹⁴²

Para Alcantara Machado¹⁴³, a fraternidade e o direito não se excluem, inclusive sendo considerada e proclamada, junto com os valores liberdade e igualdade, ao longo das constituições modernas em todo o mundo. No entanto, ressalta que a fraternidade somente pode ser perseguida se se reconhecer que todos os seres humanos são iguais em dignidade, ou seja, a dignidade em que a pessoa se realiza em comum unidade, em um contexto relacional, dando destaque aos direitos transindividuais.

Os ordenamentos jurídicos, agora, encontram fundamento na fraternidade/solidariedade para justificar a consagração de novos direitos, particularmente os destacados com titularidade coletiva: direitos transindividuais ou metaindividuais. A fraternidade e solidariedade (...), enfim, passaram a ser o fundamento para a concretização, por exemplo, de ações afirmativas como também de justiça distributiva.¹⁴⁴

2.5.1 Direito jurado em conjunto

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que a diferenciação das características em itens separados atende à intenção didática. Todavia, conforme se verá, todas as características do Direito Fraterno interrelacionam-se, sendo possível perceber nuances de umas nas outras.

Um dos elementos do Direito Fraterno é aposta no novo papel dos sistemas sociais em que a herança individualista de outrora dê lugar à celebração de pactos e à colaboração entre os iguais, pois “somente através deste pacto poderemos construir novas formas constitucionais que sejam efetivamente fraternas e inclusivas.”¹⁴⁵

Porém para se atingir esse sentimento de co-pertencimento, é preciso lembrar que esta tarefa não é fácil, tendo em vista que se está diante de um mundo multicultural.

¹⁴² Op. cit., p. 13.

¹⁴³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014.

¹⁴⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014, p. 169.

¹⁴⁵ MARTINI VIAL, Sandra Regina. Saúde: um direito fundado na fraternidade. **Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde**. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009, p. 76.

Multiculturalismo¹⁴⁶ é expressão polissêmica que designa a coexistência de formas culturais ou grupos diferentes no seio das sociedades.¹⁴⁷ Não se disse se essa existência é, a princípio, pacífica ou dotada de animosidade. Não é forçoso concluir que existem sérias dificuldades na convivência das diversidades.

Como seria possível, então, exigir o reconhecimento à diferença e “exigir que os outros nos olhem como iguais e reconheçam, em nós, os mesmos direitos de que são titulares? (...) como, reinventar as cidadanias que sejam, ao mesmo tempo, cosmopolitas e locais?”¹⁴⁸

Eligio Resta propõe que sejam elaboradas regras mínimas de convivência compartilhada livre da soberania e da violência. O Direito Fraternal se apresenta como uma aposta, em que o outro é outro-eu, é alguém com quem se faça pactos. Sem compartilhar com o outro, vê-lo como um outro-eu, seria impossível pensar na vida, até porque é difícil definir seu início ou seu fim.¹⁴⁹

A tentativa de sopesar os interesses que se deve proteger é delicada. Não se pode garantir que uma sociedade seja cosmopolita sem se aventar que a coletividade é composta por seres com necessidades individualizadas; tampouco que o individualismo excessivo não permita equacionar os interesses de um grupo.

A sociedade que pretende ser fraterna não pode pender a balança para o individualismo, nem para o rigor do homem massa. O direito fraternal leva em consideração as nuances de uma sociedade multicultural que respeita a igualdade na diferença. E de modo algum que se pense que se trata de tarefa simples, a princípio é uma aposta, aposta no diferente, aposta na diferença.

Nesse sentido, no esteio de se atingir uma sociedade que se diz fraterna, a República Federativa do Brasil instituiu que, nas suas relações internacionais, ela reger-se-á pelos seguintes princípios: autodeterminação dos povos, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; buscando a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹⁴⁶ A expressão multiculturalismo pode atender a diversas conceituações e não é pretensão deste trabalho explorá-las, mas trazer à lúmen a importância de se realizar a fraternidade em uma sociedade multicultural, sobretudo relativamente à característica do Direito Fraternal enquanto direito jurado em conjunto, na acepção de Eligio Resta.

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Ed Civilização Brasileira, Rio de Janeiro: 2003, p. 25

¹⁴⁸ Op. cit., p. 25

¹⁴⁹ MARTINI VIAL, Sandra Regina. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível**. Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (Org.). Belo Horizonte: ESP-MG, 2010, p. 107-140.

2.5.2 Livre de obsessão de identidade

Na linha das idéias ventiladas no Constitucionalismo tardio, percebeu-se que uma das concausas para a ocorrência deste fenômeno é o individualismo jurídico. O alcance da proteção dos Direitos transindividuais busca suplantar o utilitarismo individualista presente nas Constituições Liberais de outrora. Notadamente, hoje, a fraternidade tem aparecido, bem verdade que timidamente, para repropor as condições que havia apresentado nos idos de 1789.

De modo que a Modernidade ao enfatizar a liberdade e a igualdade em detrimento da fraternidade acentuou os aspectos individualistas e egoístas dos direitos fundamentais, esquecendo-se, no tempo, dos aspectos fraternos, não apenas do indivíduo ou do grupo, senão “do outro”.

Esse individualismo excessivo tem sobrepujado o lugar da fraternidade, portanto, o que tem repercutido gravemente na efetividade e aplicação das normas das constituições, sobretudo no Brasil.

Nesse sentido, para Gilberto Bercovici¹⁵⁰ as constituições contemporâneas têm padecido de “crise de reflexividade”, ou seja, não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas e exigências da sociedade.

A superação deste individualismo, então, pode conduzir à superação da legislação simbólica, do constitucionalismo tardio, para a real efetividade de direitos fundamentais. Tudo isto, pode se iniciar através da conjugação da fraternidade “em sentido personalista” e isto:

Passa pelo reconhecimento e pela valorização institucional de um tecido rico e solidário (as comunidades), de um sistema de relações estruturado em formações sociais, no qual seja continuamente recriada a interdependência entre os sujeitos, a base duradoura da solidariedade. A promoção deste tecido interdependente permite ao Estado buscar o desenvolvimento da pessoa humana sem substituir as formações sociais intermediárias, mas, ao contrário, responsabilizando-as e promovendo sua lógica participativa e inserindo-se nelas. Trata-se, portanto, de uma fraternidade (...) não baseada em improváveis convergências espontâneas de interesses individuais e

¹⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: Algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf> . Acesso em: 21 de jun. 2016. p. 41.

egoístas, nem na transferência integral ao Estado das tarefas do socorro às fraquezas.¹⁵¹

Como foi abordado em discussões pretéritas, os interesses transindividuais são aqueles que visam a superação do individualismo excessivo de outrora, buscando garantir mais que a dimensão social, senão a dimensão coletiva dos sujeitos de direitos. A Carta magna brasileira resguarda os bens jurídicos de caráter supraindividual, tais como a autodeterminação dos povos, a paz¹⁵² e o direito ao desenvolvimento que será abordado no próximo capítulo.

A CRFB/1988 tem como objetivo construir uma sociedade solidária e determina que é dever constitucional do Ministério Público promover a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O poder Constituinte originário conferiu os instrumentos processuais devidos para garantir essa proteção.

Partindo do pressuposto da mácula do individualismo liberal, percebe-se que a identidade, portanto, é elemento importante nessa equação. Como obtempera Giuseppe Tosi, ela é construída na relação dialética entre a subjetividade e a alteridade, relação essencial, pois “é parte integrante de processo de reconhecimento social, vale tanto para nossas relações individuais no cotidiano, como nas relações entre grupos, classes e povos”¹⁵³.

No entanto, essa relação tem sido vista de modo negativo: o outro é visto como um “não-eu”, como inimigo. “Dessa forma, a fraternidade permite pensar o universal a partir das particularidades de cada situação, garantir a inclusão dos terceiros (que escapa a relação eu-tu), os outros, os excluídos.”¹⁵⁴

Nesse aspecto, continua o autor, tal processo de desqualificação do outro, de despersonalização, desumanização – como tanto foi visto e sentido nas duas guerras mundiais- leva à violência. E ressalta Eligio Resta a idéia de que um dos *standards* do Direito Fraternal é o seu caráter de não-violência.

Destituindo o jogo do amigo-inimigo, o direito fraternal é não-violento (...) por isso não se pode defender os direitos humanos enquanto os está violando; a possibilidade

¹⁵¹ PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p. 126

¹⁵² Há autores que não entendem o direito à paz como de 3ª dimensão.

¹⁵³ TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009 (versão digital), p. 47.

¹⁵⁴ FERRAZ, Adilson Silva. **O direito como regulador do discurso ideológico da fraternidade em uma sociedade pós-liberal**. Dixi 21. Junio de 2015. Pág. 27. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i21.977>, p. 33.

da sua existência está toda no evitar o curto-circuito da ambivalência mimética que transforma o remédio em doença, o antídoto em veneno.¹⁵⁵

Essa dialética negativa da alteridade¹⁵⁶ pode ser superada através da “dialética da intersubjetividade, na qual o outro não seja reconhecido como inimigo, ou seja, simplesmente como um não-eu, mas como um outro-eu (...) é o reconhecimento comum de pertença que é parte na nossa condição humana.”¹⁵⁷

Não deve existir uma obsessão de identidade, não apenas para se libertar do individualismo excessivo, mas também para que não haja limitação geográfica a respeito dos direitos, tendo em vista que um “direito universalmente reconhecido não deveria se limitar aos contornos do Estado-nação.”¹⁵⁸

Nesse sentido ainda, é possível falar do Estado Constitucional cooperativo em que: “o elemento nacional-estatal é relativizado e a pessoa avança- para além das fronteiras estatais- para o ponto central comum da atuação estatal, da realização cooperativa dos direitos fundamentais.”¹⁵⁹

Assim, a identificação de uma relação de fraternidade como pertencimento recíproco, entre os atores sociais e políticos põe em prática relações de partilha e de responsabilidade. É possível construir uma sociedade diante da realidade de desrespeito aos bens comuns da humanidade? “Ora, não ter nada mais em comum significa perder o sentido da própria comunidade, mas o sentido da comunidade ultrapassa a questão da soberania dos estados.”¹⁶⁰

2.5.3 Presente na forma dos direitos humanos

Alinhado ao esvanecimento dessa obsessão identitária, o direito constitucional tem de estar fundamentado na obrigatoriedade universal de respeito aos direitos humanos. A proteção não deve ser desta ou daquela cultura ou raça, ou religião, ou etnia; mas tão somente porque

¹⁵⁵ RESTA, Elígio. **O direito fraterno**. (trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 134-135.

¹⁵⁶ TOSI, Op Cit, p. 47.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 48.

¹⁵⁸ VIAL, Sandra Regina Martini. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível**. Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). Belo Horizonte: ESP-MG, 2010.

¹⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 71.

¹⁶⁰ ROPELATO, Daniela. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1: Notas sobre participação e fraternidade**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p. 104.

tem humanidade. “(...) uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de comprometimentos e de responsabilidades.”¹⁶¹

Estes se destinam a todo e qualquer ser humano, não porque ele pertença a um ou outro território, siga esta ou aquela cultura ou, ainda, tenha uma descendência determinada, mas tão somente porque tem humanidade. É um direito que tem como fundamento a humanidade, o “ter humanidade”, uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de comprometimentos, de responsabilidades.¹⁶²

Os Direitos Humanos formam arcabouço de direitos indispensáveis à vida humana centrada na igualdade, na liberdade, na fraternidade e na dignidade. Não existe rol prefixado exaustivamente de Direitos Humanos, e nem haveria de ter, pois as necessidades humanas variam de acordo com o contexto histórico de cada época novas demandas são traduzidas para o mundo jurídico, sendo incorporadas ao rol *numerus apertus* dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos têm estrutura variada e podem ser classificados como direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e direito-imunidade; todos acarretam obrigações do Estado ou de particulares “revestidas, respectivamente, na forma de dever, ausência de direitos, sujeição e incompetência”.¹⁶³ A necessidade de proteção aos Direitos Humanos, após as atrocidades cometidas das duas guerras mundiais, que culminou na produção da Carta da ONU¹⁶⁴ e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

[...] após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos Direitos Humanos.¹⁶⁵

Segundo Bobbio, com a declaração de 1948, a afirmação de direitos é, ao mesmo tempo, universal no sentido de que os destinatários dos seus princípios não são apenas cidadãos daquele ou deste Estado, senão todos os homens; e também é positiva, porque põe

¹⁶¹ MARTINI VIAL, Sandra Regina. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível**. Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). Belo Horizonte : ESP-MG, 2010, p. 116.

¹⁶² MARTINI VIAL, Idem, 2006, p. 116

¹⁶³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

¹⁶⁴ Destaca-se o art. 55, alínea “c” que diz que a ONU deve favorecer “o respeito universal e efetivo de Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua, ou religião.”

¹⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

em movimento um processo em que os direitos do homem não sejam apenas formalmente proclamados, senão protegidos até mesmo contra o próprio Estado.¹⁶⁶

Para Flávia Piovesan é preciso considerar que todos os Direitos Humanos constituem complexo integral, único e indivisível, em que direitos de diferentes ordens estão necessariamente interrelacionados e interdependentes entre si¹⁶⁷. Por tal razão, faz-se importante conferir a maior proteção possível para este todo indivisível.

A Defensoria Pública, no Brasil está constitucionalmente destinada à proteção dos Direitos Humanos. A EC 80/14 que deu nova redação ao artigo 134 da CF/88 consolidou, dentre outras coisas, que a instituição é expressão e instrumento do Regime Democrático, incumbindo-lhe a proteção dos Direitos Humanos.

O art. 5, parágrafo 3, da CRFB/88, incluído pela EC 45/04, determinou que os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Nesse passo, o Brasil, como signatário de diversos tratados internacionais, tem o dever de respeitá-los e fazer cumpri-los. Não por outra razão, as disposições normativas como resoluções também tem força cogente para sua aplicação.¹⁶⁸

Neste sentido, levando-se em conta que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito que confere os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; o artigo 134 da Cf. deve ser lido e aplicado em cotejo com os fundamentos da República brasileira. Por fim, não se pode esquecer que o Brasil rege-se em suas relações internacionais dando prevalência aos direitos humanos, nos termos do art. 4 da CRFB/88.

Outro dispositivo que demonstra a preocupação com a característica de proteção dos direitos humanos fruto do Direito Fraternal é o art. 109, § 5º que afirma que nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça,

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 30.

¹⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 136.

¹⁶⁸ A resolução 2656, da OEA, aprovada de 2011, referenda a importância do papel Defensores Públicos oficiais. É possível dizer, portanto, que é mais do que mero indicativo, senão imperativo para os fins aos quais se propõe o Estado brasileiro. Inclusive, pelo que, o acesso à justiça também é considerado direito humano fundamental meio que possibilita restabelecer o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados.¹⁶⁸

em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

2.5.4 Sugere uma antropologia dos deveres

Antropologia deriva da associação entre os léxicos *antrophos*, que significa homem, e *logos*, que é estudo. De modo simples, a antropologia seria o estudo do homem, ciência que estuda o ser humano em sua totalidade, ou melhor, no âmbito da ciência cultural, social e natural.¹⁶⁹ Do que se percebe que a preocupação da antropologia é a de estudar o homem como ser biológico e como ser social/cultural.

A antropologia vale-se do estudo de métodos comparativos¹⁷⁰, na busca de se entender as diferenças e aproximações dos grupos humanos. Segundo Euler Siqueira a antropologia é estudo que compara o “outro em relação a nós”¹⁷¹. E a partir desta relação de contraste é que se verifica a alteridade, estudando a si próprio através do olhar para com o outro. Isto significa fugir da concepção de coletividade desumanizada, a que fazia referência Ortega Y Gasset, e alcançar a alteridade como ponto de partida. Nada mais consentâneo com a ideia de fraternidade.

A antropologia dos deveres em que se estuda o outro ser também com relação aos deveres que possui para com o outro e para com a sociedade como um todo. O Direito Fraternal, deste modo, pode ser uma maneira também através da qual se possa crescer a ideia de auto-responsabilização e que a humanidade é um lugar- comum, somente em cujo interior é que se pode pensar o seu reconhecimento e a sua proteção.¹⁷²

Se a liberdade remete ao indivíduo em sua singularidade, e a igualdade abre para uma dimensão social que, no entanto, permanece na identidade de certo grupo ou classe social contra outros, a fraternidade remete à ideia de “um outro” que não sou eu, que não é meu grupo social, mas o diferente, diante do qual tenho deveres e responsabilidades e não somente direitos a opor.¹⁷³

¹⁶⁹ MARCONE, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia**. Uma introdução. 7ª Ed, Editora Atlas S.A, São Paulo: 2010, p. 01.

¹⁷⁰ Ibidem

¹⁷¹ SIQUEIRA, Euler. **Antropologia**: uma introdução. Epub, 2013, Disponível em:<https://admpub.files.wordpress.com/2013/06/antropologia_completo_revisado.pdf>. Acesso em: 14 de jan 2017, p. 10.

¹⁷² RESTA, Elígio. **O direito fraternal**.(trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004., p. 13.

¹⁷³ TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2**: Exigências, recursos e definições da fraternidade política. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

Inclusive, estas asserções conduzem à idéia da *civistas máxima* explorada Eligio Resta que sugere a minimização do poder ligado à soberania dos Estados. Tal desiderato visaria à codificação de um direito supranacional orientado a defender bens comuns à humanidade.¹⁷⁴ Segundo o autor, o modelo estatal vigente traz a idéia de cidadania ligada a estreitos limites e inclui os cidadãos de determinados territórios, excluindo os dos demais.

O espaço público mundial, segundo a doutrina que trata da fraternidade é aquele a partir do qual é possível experimentar outras formas de convivência política, “o espaço de Cosmópolis, da Cidade-mundo, da *civitas máxima*.”

Peter Haberle já teria ressaltado a importância desta abertura democrática afirmando que a questão é que se transmuda de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Essa é a nova tese que deve ser feita sobre a interpretação constitucional. Os critérios devem ser abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgão estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado números clausus de intérpretes da constituição.¹⁷⁵

O título II da Constituição Federal que prevê os Direitos e Garantias Fundamentais, trata em seu 1º capítulo sobre os direitos e individuais e coletivos, mas também dos deveres. Impende consignar que a responsabilidade que se pretende tratar aqui não seria aquela relação de causa-consequência. A responsabilidade recai sobre o próprio objeto perante o qual se reivindica uma ação.¹⁷⁶

E nesse talante sobre a responsabilidade dos sujeitos com relação aos seus direitos é que tem se tratado muito a respeito dos deveres fundamentais, afirmando-se, inclusive que o descumprimento dos deveres fundamentais pode afetar diretamente a efetividade dos direitos fundamentais, sendo aqueles, portanto indispensáveis a estes.¹⁷⁷

Para Hans Jonas cada pessoa, para que possa se guiar no exercício da cidadania tem responsabilidade e deve se basear no imperativo ético¹⁷⁸ que tem de se amoldar com uma

¹⁷⁴ RESTA, *Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997, p. 13

¹⁷⁶ JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2015.

¹⁷⁷ RÁTIS, Carlos Berhamn. **A eficácia dos deveres fundamentais**. Disponível em: <<http://www.behrmannratis.com.br/files/artigo-eficacia-dos-direitos-fundamentais-carlos-ratis.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2017.

¹⁷⁸ JONAS, *ibidem*.

nova realidade do agir humano, mais consentâneo com o tecnicismo que os tempos atuais têm imposto. O indivíduo tem de agir para com o outro de modo a não prejudicá-lo e ademais respeitar a existência das futuras gerações. “O novo imperativo clama por outra coerência: não a do ato consigo mesmo, mas a dos seus efeitos finais para a continuidade da atividade humana no futuro.”¹⁷⁹

2.5.5 Não violento e inclusivo

Segundo Aristóteles¹⁸⁰ toda *koinonia* ou comunidade baseava-se na amizade. A *philia* aristotélica é conceito amplo, subsistindo¹⁸¹ dentro de certos limites, até entre desiguais relações, tendo como base a igualdade alicerçada no afeto. Mas, quando a desigualdade torna-se excessiva, em que a igualdade não garanta a reciprocidade não seria possível falar em amizade.

A *philia* de Aristóteles expandia o conceito de amizade na polis de modo que “a amizade nas relações privadas se transformava em *eudaimonia* na vida pública, e a *pólis* nada mais era, aristotelicamente, do que uma família alargada.”¹⁸²

Segundo o Eligio Resta, no pensamento ocidental da antiguidade, não seria possível separar a ética da fraternidade, chamada àquela época de amizade, entendida como relação pessoal e como forma de solidariedade, é a ligação entre os iguais ou entre os desiguais¹⁸³

Tal idéia de família alargada tinha como principal características a reciprocidade, motivo pelo qual, tudo aquilo que estava fora das fronteiras de reconhecimento da amizade era considerado estranhamento ou inimizade. Mas a *philia* aristotélica não pode ser confundida com a idéia de fraternidade que se pretende propor “é que o pensamento do mundo grego, ou mesmo Greco-latino, mas particularmente o grego, associava *fraternidade com laços de família*, incompatível às relações praticadas com lastro na liberdade ou mesmo na igualdade.”¹⁸⁴

¹⁷⁹ JONAS, ibidem, p. 49.

¹⁸⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Capítulos VIII e IX. Trad. de Pietro Nasseti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

¹⁸¹ TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política?. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

¹⁸² RESTA, Elígio. **O direito fraterno**.(trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 24.

¹⁸³ RESTA, Ibidem., p. 12.

¹⁸⁴ MACHADO, Carlos Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraterno**. Tese em doutorado em Direito da USP, 2014, p. 30.

A *philia* grega ou amizade política não se identifica plenamente com a amizade dos sistemas sociais modernos.

Ao passo que a primeira é o que cimenta a cidade, sendo, portanto, pressuposto de qualquer vida política que generaliza o privado, reproduzindo-o na vida pública, a segunda não retira o próprio modelo comunitário, mas o separa, o diferencia dele quase imunizando-se da condição de estranhamento, senão de inimizade, que atravessa a esfera pública.

Portanto, para Resta, a lei da amizade é essencialmente paradoxal, pois é construída “em cima da contraposição amigo-inimigo”¹⁸⁵ e acelera-se o processo ambivalente da amizade que carrega também a definição do estranhamento e a tematização da inimizade.¹⁸⁶

O mundo moderno, tal como foi ideológica, econômica e socialmente estruturado acelera o processo ambivalente, paradoxal da amizade. É a dicotomia amigo versus inimigo; inclusão versus exclusão. “Nunca, em uma sociedade como a hodierna, tivemos tantas possibilidades de inclusão; nunca, como hoje, tivemos tantos direitos a ter direitos. Porém, o acesso efetivo a estes mecanismos inclusivos, se dá pela exclusão ou não-acesso.”¹⁸⁷

Os bens comuns da humanidade devem ser vistos como modos de inclusão universais,. A fraternidade propõe uma inclusão sem limites.¹⁸⁸ Inicia-se a ideia do que vem a ser o Direito Fraternal inclusivo: um direito que é para todos. Porém, isso não significa a plena igualdade, pois há ambivalência ao se falar em inclusão, pois, ao mesmo tempo, fala-se em exclusão.

O aspecto inclusivo do direito fraternal está presente tanto na Constituição Federal como em diversas leis do ordenamento jurídico brasileiro. O direito constitucional brasileiro tem por foco proteger as minorias e grupos vulneráveis, tentando garantir-lhes a assistência social, por exemplo, aos deficientes e idosos; resguardando o direito dos índios, dos quilombolas, homossexuais, entre outros.

O grande problema encontra-se, como dito, em efetivá-los. O último capítulo abordará como a aplicação prática da fraternidade pode ser um caminho.

¹⁸⁵ RESTA, *ibidem*, p. 19.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹⁸⁷ VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006, p. 77-78.

¹⁸⁸ VIAL, *ibidem*, p. 122.

2.5.6 Aposta na diferença

E Esse caminho consiste em aposta. Claramente percebe-se que o Direito Fraternal é um imperativo para o mundo multifacetado, mas ele ainda está sendo resgatado dos confins da Revolução Francesa enquanto aposta na diferença. Reconhece-as e celebra-as.

2.6 O CONSTITUCIONALISMO FRATERNO: UM SALTO PARA A EFETIVIDADE

O Constitucionalismo fraternal surge como um novo patamar de fraternidade, como característica do constitucionalismo contemporâneo que remete a uma democratização no interior da sociedade, e não apenas “nos escaninhos do Estado e do Governo, uma dignificação de todos, mais do que ante ao direito.”¹⁸⁹

Ele reconhece a diferença entre os homens, mas não no sentido de assimilá-las, senão com o fim de respeitá-las. O Constitucionalismo Fraternal estabelece regras básicas de convivência, respeito aos direitos fundamentais e à democracia. O cumprimento dessas condições significa para as minorias, por exemplo, total direito de viver sua vida de acordo com suas crenças e convicções.¹⁹⁰

Para Carlos Ayres Britto, o Constitucionalismo Fraternal é fruto da evolução do Estado moderno que passou do Estado democrático de Direito¹⁹¹ para o Estado, por ele denominado

¹⁸⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

¹⁹⁰ MELO, Emanuel de. **A Identificação dos Remanescentes das Comunidades de Quilombos no Contexto do Constitucionalismo Fraternal**. In: Revista da Advocacia Geral da União. Pro Diviso Estudos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário. Caderno 02. Brasília, n 22, p, 36.

¹⁹¹ Korand Hesse desenvolveu a idéia de força normativa da constituição, contrapondo-se a teoria elaborada por Ferdinand Lassale para quem os fatores reais de poder é que conformariam a estruturação e vontades constitucionais. Constituição seria a soma dos fatores reais de poder. Segundo Luis Roberto Barroso, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Para Hesse, existe a possibilidade de realizar a vontade de constituição sem necessariamente ter de confrontar suas normas com os fatores políticos¹⁹¹. Em verdade, a vontade de constituição não despreza os valores históricos, políticos e econômicos, sociais, os considera, mas é necessário que haja também um imperativo constitucional, direcionado a conduzir os comportamentos humanos.

Isto posto, impende destacar que o novo marco teórico, a partir do qual o Constitucionalismo moderno passou a assentar suas bases, significou uma mudança de pensamento cujos fundamentos sustentam nova maneira de encarar a constituição, ou melhor, nova maneira que tende a assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. As transformações que se sucederam, no século XXI, a respeito do Constitucionalismo em um quadro consentâneo com o Estado Democrático de Direito levou a outra mudança ao encarar o constitucionalismo, uma mudança hermenêutica. Ainda mais se pode dizer, com a idéia de que a constituição possui, em si mesma, uma força normativa, conferindo um *status* jurídico às normas constitucionais. É importante destacar, então, que o ponto de partida significou que o Estado Constitucional liberal, centrado na figura legislativa e na postura liberal clássica cedeu seu lugar para o Estado Democrático de Direito cuja constituição passou à centralidade do ordenamento e, portanto, impera a sua força e normatividades, sua

como de fundamentalidade fraterna cuja Constituição ostenta um traço de democracia fraterna.¹⁹²

A Constituição Federal ressalta a importância da fraternidade, tanto no preâmbulo como no art. 3 que enuncia os objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil.¹⁹³ Mas poderia a parte preambular da Constituição influenciar em sua aplicação e até na interpretação das normas infraconstitucionais?

A palavra preâmbulo origina-se do latim *praeambul* que consiste na “declaração de propósitos que antecede o texto normativo da Constituição, revelando os fundamentos filosóficos, políticos, ideológicos, sociais e econômicos, dentre outros, informadores da nova ordem constitucional.”¹⁹⁴ Para Javier Tejada, a concepção da Constituição para Carl Schmitt como decisão política fundamental conferiu:

[...] una importancia capital a los preámbulos constitucionales y a las declaraciones de principios. Estos textos, menospreciados, subestimados por el derecho constitucional clásico, pasan a convertirse ahora en elementos fundamentales no sólo para la construcción científico-jurídica sino también para la aplicación de los preceptos constitucionales.¹⁹⁵

O Preâmbulo antecipa o conteúdo da Constituição. É carta solene que destaca o sentido último de todo o texto, os aspectos filosóficos e ideológicos. Ou melhor, antecipa-se o

superioridade dentro do sistema. Tudo deve ser interpretado a partir da Constituição. Para Barcellos, o conteúdo axiológico do constitucionalismo, do ponto de vista material permitiu “a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais”. Nessa linha de intelecção, a análise do desenvolvimento do constitucionalismo- avaliando o papel desempenhado por cada um dos Poderes, sobretudo o do Poder judiciário- culminando no denominado Estado Constitucional Moderno, deixou fértil o terreno para proceder a conceituação e caracterização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.

¹⁹² Sobre o tema, o livro BRITTO, Carlos Ayres. **Humanismo como categoria constitucional**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 31-35.

¹⁹³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de **uma sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa Do Brasil. e Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 507.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Javier Tejada: suma importância para preâmbulos constitucionais e declarações de princípios. Estes textos, unappreciated, subestimados pelo direito constitucional clássico, agora eles tornam-se elementos fundamentais não só para a construção científica e jurídica, mas também para a aplicação de princípios constitucionais. (Tradução livre)

“espírito da Constituição”¹⁹⁶. O valor político do texto preambular é, portanto, notável. Mas e a sua natureza jurídica?

Por isso, hoje, a doutrina brasileira e alienígena se divide a respeito da natureza do texto preambular, costumando-se a classificá-la, em sua relevância, da seguinte forma: tese da irrelevância jurídica, tese da plena eficácia e tese da relevância jurídica indireta. Para tese da irrelevância jurídica, o preâmbulo situa-se no campo da política, refletindo posição ideológica do constituinte originário.

[...] o preâmbulo é parte integrante da Constituição, com todas as suas conseqüências. Dela não se distingue nem pela origem, nem pelo sentido, nem pelo instrumento em que se contém. Distingue-se (ou pode distinguir-se) apenas pela sua eficácia ou pelo papel que desempenha. Os preâmbulos não podem assimilar-se às declarações de direitos. (...). O preâmbulo não é um conjunto de preceitos. (...). O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres (...); não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto 'a se'; só há inconstitucionalidade por violação dos princípios consignados na Constituição.¹⁹⁷

Para Paulo Bonavides, os preâmbulos se assemelham a textos de literatura moral, filosófica e religiosa do que a leis portadoras de normas jurídicas vinculantes.¹⁹⁸ Foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal da ADI 2.076 de relatoria do Ministro Carlos Velloso em que restou claro que, partindo-se do pressuposto de que a Constituição Federal consagra princípios democráticos, liberais, ela não poderia conter no Preâmbulo princípios diversos em sua unidade.

Mas, para o Supremo Tribunal Federal, o Preâmbulo conteria, via de regra, proclamação do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias que já estão inscritos na Constituição, e, portanto, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, mas não teria força vinculante se singularmente considerada.¹⁹⁹ Para aqueles que entendem pela relevância jurídica indireta, o preâmbulo indica algumas características jurídicas, devendo ser invocado para esclarecer aclarar o sentido das normas constitucionais, sem força cogente autônoma.

Por derradeiro, a tese da relevância jurídica do preâmbulo concebe que ele não pode ser considerado meramente como indicativo, pois há a necessidade da “eloquente advertência

¹⁹⁶ TEJADA, Javier Tajadura. La función política de los preámbulos constitucionales. **Cuestiones Constitucionales**, n. 5, jul/dez. 2001, p. 242.

¹⁹⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 507.

¹⁹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013p. 227.

¹⁹⁹ ADI 2.076, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003.

sobre a necessidade de o Estado, sempre, pugnar pela consecução dos fins desenhados no texto constitucional, de acordo com uma concepção instrumentalista do fenômeno estatal.”²⁰⁰

Para Dirley da Cunha, em que pese a grande divergência doutrinária, o Preâmbulo tem eficácia normativa “pois é, tecnicamente, parte integrante da Constituição, quando esta obviamente o contém.”²⁰¹

Portanto, não raro verificar que as declarações preambulares nas Constituições de diversos países contêm decisões políticas fundamentais, dando sentido a outras disposições constitucionais e leis.²⁰² Conforme salienta Clara Machados, os dados presentes em muitas constituições no mundo tem tido tendência, inclusive, a privilegiar a fraternidade em âmbito preambular.

O Preâmbulo da vigente constituição portuguesa também anuncia o compromisso de um país mais fraterno. No mesmo sentido, a Constituição francesa de 04 de outubro de 1958, revisada em 23 de julho de 2008, trata da Fraternidade no preâmbulo e nos artigos 2º e 72-3, esclarecendo mais uma vez que os ideais da República francesa são “Liberdade, igualdade e fraternidade” Ademais, merecem destaques os preâmbulos das constituições de Camarões, Chad, Congo, República Democrática do Congo, República Dominicana, Eritreia, Índia, Libéria, Marrocos, Namíbia, Senegal, Seychelle, Timor Leste, Tunísia e Tanzânia, que se referem expressamente à fraternidade para indicar o compromisso estatal com esse importante princípio constitucional.²⁰³

Tendo por base o Preâmbulo constitucional e sua eficácia normativa, a revolução concebida a partir e com fundamento no ideal de fraternidade, que é a substância de sociedade solidária, além de não inimizar os indivíduos, faz com que a riqueza produzida pelo sistema econômico possa ser fruída por todos os integrantes da sociedade política estatal.²⁰⁴

Entendido, destarte, a importância do presente estudo, concebe-se a fraternidade não apenas como simples princípio ou ideal de filosofia política ou social, ou mesmo como categoria política. Dada a sua importância, deve ser analisado como uma categoria jurídica. Dito isto, é certo que a fraternidade tenha de ser concebida como categoria jurídica e, segundo proclama Ayres Britto, categoria constitucional que prestigia a diferença, fomentando o caráter relacional da fraternidade que é justamente a igualdade em dignidade.

²⁰⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁰¹ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5 Ed.Salvador: Juspodivm, 2011, p. 126.

²⁰² TEJADA, Javier Tajadura. La función política de los preámbulos constitucionales. **Cuestiones Constitucionales**, n. 5, jul/dez, 2001, p. 240.

²⁰³ JABORNADY, Clara Machado, **A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Tese de doutorado, Universidade Federal da Bahia 2016, p. 81-83.

²⁰⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge. Direito ao desenvolvimento e responsabilidade do Estado: o dano nacional. In: MENEZES, Wagner; MENEZES VIEIRA, Gustavo Adolpho (Org.). **O Direito Internacional Público em Expansão**. 5 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 5, p. 173-180.

Segundo o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, não havendo distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direitos, dentre outros, do direitos de igualdade. De modo que muito se discute sobre quais os modos mais efetivos para se concretizar a tão alardeada isonomia entre todos.

Portanto, a igualdade preconizada não deve concentrar-se no aspecto puramente formal - também denominada igualdade jurídica- que consagra a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção; tem de haver um salto para a igualdade material ou substancial que reconhece a desigualdade existente entre as pessoas, mas o Estado tem o papel de promover políticas públicas para evitar que distinções inadequadas ocorram.

Alcântara Machado²⁰⁵ afirma que existe uma premissa sem qual a fraternidade não pode ser perseguida: o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos. Evidentemente que tal igualdade é antes de tudo uma igualdade em dignidade. É entender a pessoa visando sua própria realização em comunidade.

Neste sentido, evocam-se as idéias defendidas por Roberto Saba²⁰⁶ para quem a visão atual da isonomia tem a sua raiz na versão individualista da igualdade e isso implica em sérias conseqüências, porque, neste caso, a igualdade é entendida apenas como “não discriminação”. De acordo com esta concepção, explica Fiss²⁰⁷ que ninguém poderia sofrer distinções arbitrárias que foram realizadas por um meio não racional, mas a proteção acabaria por aí. Não se analisa o problema dentro de uma perspectiva estrutural.

Exemplo claro é o que ocorre com os processos seletivos para concursos. Nesses casos, a justiça transaccional apenas limita-se em verificar se determinados indivíduos estão sendo tratados de forma igualitária no processo de seleção. O Estado vai olhar as diferenças entre as pessoas nas medidas em que acontecem, é um princípio válido, mas vai olhar sempre o individuo considerado em si, e não a sua situação global, inserido em um grupo historicamente desfavorecido.

Neste mesmo caso de seleção por meio do concurso público em que há candidata lactante, não lhe é dado tempo a mais para realizar a prova. A amamentação do seu filho será feita descontando-se o tempo da prova.

²⁰⁵ MACHADO, Carlos Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraterno. Tese em doutorado em Direito da USP.

²⁰⁶ SABA, Roberto P. (Des)igualdad estructural. **Revista Derecho y Humanidades**. Facultad de Derecho Universidad de Chile, n. 11, 2005, p. 123-147.

²⁰⁷ FISS, Owen. Grupos y Cláusulas de la Igual Protección. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 137-167.

Owen Fiss trata, então, da Teoria da igual proteção em que o grupo social é uma entidade autônoma, mas que têm interdependência entre si. Esse grupo social tem estado em situação de subordinação histórica de vulnerabilidade e não teve efetivo acesso ao poder político.

Por lo tanto, mi argumento es que hay que tener en cuenta tres características a La hora de formular una teoría sobre La igual protección: a) constituyen un grupo social; b) el grupo há estado um uma situación de subordinación prolongada; c) el poder político Del grupo se encuentra severamente limitado²⁰⁸. (FISS, 1999, p. 144).

Para Roberto Saba, a igualdade tem de ser concebida como não submissão, e isto é compromisso ético, concreto em relação aos grupos em desvantagem social histórica e/ou econômica. A igualdade como não discriminação olha apenas o indivíduo em uma situação singular, mas o princípio da igualdade como não submissão tem uma perspectiva mais ampla social, aspecto sociológico, estrutural.

Este princípio nasce na década de 70, e não é uma concepção tradicional, pois vai analisar a estrutura de poderes nas relações da sociedade, ela vai complementar o leque de proteção da igualdade para inclusão de grupos socialmente vulneráveis.

Vale la pena aclarar que la version sociológica de la igualdad no se asocia necesariamente con una perspectiva holista (y por ello, no liberal) que identifica la existencia de entes superiores y diferentes a las partes que los componen. Esta vision no individualista de la igualdad contin`a reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en terminos individuales, suolo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condicion y aquellos que no.²⁰⁹

Neste sentido, verifica-se que a doutrina mais recente tem se dado maior fôlego ao princípio da igualdade, tentando corrigir-lhe falhas sociológicas, estruturais conforme prescreve Fiss, percebendo-se que a compreensão dos direitos se dá na perspectiva de se considerar o gênero humano, sem colocá-lo em perspectiva apenas individualista.

²⁰⁸ Op. Cit., p. 144. Tradução livre: ‘Portanto, meu argumento é que devemos ter três características em conta na formulação teoria Uma de protecção igual: a) constituem hum grupo social; b) o grupo há hum Uma sido prolongada situação de subordinação ; c) o poder político do grupo é severamente limitada.’

²⁰⁹ SABA, Roberto P. (Des)igualdad estructural. **Revista Derecho y Humanidades**. Facultad de Derecho Universidad de Chile, n. 11, 2005, p. 18. Tradução livre: Vale a pena notar que a versão sociológica da igualdade não está necessariamente associada a (e, portanto, não liberal) perspectiva holística que identifica a existência de superior e diferente de corpos componentes. Esta visão não individualista da igualdade continua as pessoas reconhecem como fins em si e valiosa em termos individuais, suolo que também incorpora o fato de pertencer a um determinado grupo que lhe permite reconhecer sua identidade, tanto ela mesmo, como a terceiros que partilham a sua condição e aqueles que não fazem.

Transcende-se a órbita individual e concentra-se na perspectiva plural, coletiva, transindividual.

O constitucionalismo fraterno visa à inclusão comunitária, visa à integração comunitária das pessoas, para que elas vivam em comunhão de vida. Isso é uma categoria rigorosamente jurídica, e mais ainda, uma categoria constitucional.²¹⁰ Para Britto²¹¹, o Constitucionalismo fraterno é fruto da evolução do Estado moderno que passou do Estado democrático de Direito para o Estado, por ele denominado como de fundamentalidade fraterna cuja Constituição ostenta um traço de democracia fraterno.²¹² O princípio da isonomia entendido como não submissão é claro consectário do constitucionalismo fraterno que visa proteger os indivíduos também as coletividades, privilegia-se a igualdade em dignidade.

O Direito Fraterno rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, Estado-nação, e da sociedade moderna cujas contingências a tornam complexa e ilimitadamente mutável.

O constitucionalismo fraterno, portanto, à guisa de tudo o que se tratou, tem voltado seu olhar para interpretações fraternas que consagram não apenas o ser individualmente considerado, senão amplia seus horizontes fomentando a real igualdade, sobretudo perante grupos cuja vulnerabilidade estrutural é pujante. É a busca da igualdade em dignidade.

A aplicação do direito com o reconhecimento da fraternidade como categoria jurídica é um imperativo constitucional, mas também é um caminho e uma escolha. Um caminho trilado a partir do compromisso com a garantia do mínimo existencial, com a condição da dignidade da pessoa humana e uma escolha não apenas individual; é coletiva e social.²¹³

Colocadas estas premissas essenciais, pode-se verificar que o Estado fraterno surgiria como o modelo sociopolítico adequado para a nova realidade globalizada²¹⁴, de relações massificadas, levando-se em consideração verdadeiramente o outro, em verdadeira ética da responsabilidade.

No contexto pós segunda guerra mundial, como dito, aflorou-se a proteção dos direitos fundamentais do ser humano, sobretudo porque se passou a considerar o homem não mais em

²¹⁰ Voto do Ministro Ayres Britto, na ADC 19/DF. Inteiro teor do Acórdão, p. 52 de 73. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014).

²¹¹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

²¹² Sobre o tema, o livro BRITTO, Carlos Ayres. **Humanismo como categoria constitucional**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora fórum, 2012, p. 31-35.

²¹³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014, p. 169.

²¹⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Globalização e direito econômico**. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/.../Manoel%20Jorge%20e%20Silva%20Neto.doc> Acesso em: 05 jun. 2016.

seu caráter individual, ou até no aspecto coletivo, apenas. O caráter relacional das relações humanas sobrelevou-se, sendo o próprio gênero humano o destinatário das normas.

2.6.1 Sobre a efetividade das normas constitucionais

No campo da prática do direito é possível perceber que a fraternidade pode ter por fundamento, como ressalta Fausto Gorla²¹⁵ o forte impulso à sua eficácia, de acordo com o seu papel social e é a partir desse ponto de vista que se pode colocar no plano da efetividade das normas.

Qual a intenção do constituinte ao redigir o preâmbulo? E sobre o preceito contido no artigo 5º, parágrafo 1º? A intenção foi a de garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais como elementos essenciais que são para o Estado Democrático de Direito. “O seu reconhecimento fez nascer, segundo o publicista Boeckenfoerde, as varias teorias sistematizadoras relativas ao caráter geral, à direção teleológica-normativa e ao alcance material de tais direitos”.²¹⁶

Qual é o alcance deste dispositivo normativo? Ou melhor, O dispositivo em comento teria força suficiente para tornar aplicáveis e dotadas de efetividade todos os direitos fundamentais ainda que existam preceitos em que o constituinte não conferiu normatividade suficiente, ou seja, que necessitariam de uma intervenção dos demais órgãos estatais para concretizar-se?

Como visto, a doutrina majoritária reconhece que a intenção do legislador constituinte foi a de tentar evitar um esvaziamento das determinações contidas nos direitos fundamentais, para que não fossem considerados letra morta no texto da Constituição, para que fossem efetivamente concretizados. Impõe então aos órgãos estatais a atribuição constitucional de promover as condições para a máxima eficácia aos direitos fundamentais.

No que tange ao alcance da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da CF, a doutrina diverge em extremos, pois:

As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando a posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam no ponto de vista segundo o qual até mesmo as

²¹⁵ GORLA, Fausto. **Fraternidade e Direito**: algumas reflexões. In: CASO, Giovanni et al. (Org.). **Direito e fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais. São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008, p. 28.

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 375.

normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude da imediata aplicabilidade, o gozo do direito subjetivo individual, independente da concretização legislativa.²¹⁷

Parte da doutrina, como na visão exposta pelo jurista Ingo Sarlet, considera que todas as normas constitucionais são dotadas de certo de grau de efetividade e aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte. Logo, a carga eficaz de uma norma definidora de direito fundamental estaria intimamente ligada à sua técnica de posituação. O que, entretanto, não implicaria em afirmar que todos os direitos podem alcançar sua eficácia plena independentemente de qualquer ato concretizador dos demais poderes estatais.

Assim, a fraternidade funcionaria como mais um ajudante para a eficácia do Direito, fomentando experiências práticas tais como a mediação e a conciliação, entre outros, realizada entre indivíduos colocados em um mesmo patamar. Destarte, para Fausto Goria não haveria necessária exclusão entre a fraternidade e o Direito.

As sábias palavras de Fausto Goria ²¹⁸ alertam de que é preciso aumentar a sensibilidade social, a fim de permitir sua tradução em preceitos mais específicos. Como de resto aconteceu, durante séculos, com os princípios da liberdade e da igualdade.

Portanto, a tão aclamada igualdade em dignidade do Constitucionalismo fraterno tem como um de seus objetivos propiciar o direito ao desenvolvimento do modo mais completo possível, como, de resto, se verá no próximo capítulo.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 259.

²¹⁸ GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito**: algumas reflexões. In: CASO, Giovanni et al. (Org.). **Direito e fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais. São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008, p. 28.

3 DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO FRATERO

Este capítulo abordará o direito ao desenvolvimento em seus amplos aspectos na tentativa de se tentar conferi-lo maior efetividade, sobretudo na perspectiva do Direito Fraterno.

Não se pode esquecer da importância de se relacionar saberes distintos; como o modo de conhecimento contemporaneamente desune os objetos entre si, é preciso conceber o que os une.²¹⁹ O Direito Fraterno necessita de uma análise transdisciplinar dos fenômenos sociais que significa transgredir e, ao mesmo tempo, integrar²²⁰. O estudo, nesta perspectiva transdisciplinar, encontra no Direito ao Desenvolvimento um pilar para a concretização de direitos fundamentais.

3.1 DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO OU DO DESENVOLVIMENTO?

A Resolução 41/128 de 1986 da Assembléia Geral das nações Unidas prevê no artigo 1º que o Direito ao desenvolvimento é um direito “inalienável em virtude do qual todos os seres humanos e todos os povos têm o direito de participar, de contribuir e de gozar o desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam plenamente realizar.”

O teor desta normativa internacional está inserido na CRFB/88, sendo compreendido como direito fundamental, componente essencial do direito fraterno, tendo em vista que o destinatário dessa norma constitucional não será apenas o individuo singularmente considerado, senão a coletividade, a humanidade, os povos.

O direito ao desenvolvimento, sem dúvida depende em boa parte da ingerência estatal para se fazer realizá-lo, sobretudo enquanto este seria um dos principais fomentadores das respectivas políticas públicas. No entanto, o direito ao desenvolvimento pode e deve ser concretizado na linha do exercício das liberdades instrumentais a que fazia referência Amartya Sen.

Mormente, o foco deste trabalho é propiciar a discussão sobre o papel dos indivíduos e dos povos como igualmente responsáveis por dar efetividade à Constituição e de garantia dos

²¹⁹ MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem-feita**: Repensar a Reforma, Reformar o Pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 24.

²²⁰ VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2007, p. 124.

Direitos Fundamentais em que há o primado do direito fraterno da verdadeira antropologia de deveres em que todos os seres humanos têm o direito-dever de contribuir para a sua realização.

Isto posto, é preciso alertar que a doutrina diferencia o Direito ao Desenvolvimento do Direito *do* desenvolvimento. Essa distinção não é dispicienda, ela oferecerá os limites do objeto com o qual se pretende trabalhar, pois direito também é linguagem.

Desde sempre a linguagem²²¹ é elemento necessário à comunicação dos seres humanos, seja através de signos verbais ou não verbais.²²² O ser humano para comunicar-se faz (re) significações, se utilizando de sinais – que são “quaisquer estímulos emitidos pelos objetos do mundo”²²³ - em signos ou linguagens frutos ou produtos da consciência.

É claramente perceptível, portanto, o papel fundamental da linguagem, ela é a essência entre as relações humanas em sua capacidade de pronunciar discursos, de compreender e ser compreendido.²²⁴

Essa essencialidade não está, por óbvio, restrita as comunicações cotidianas e/ou culturais. A ciência – sobretudo ela- desvela grande esmero pela linguagem enquanto seja um dos elementos que lhe são próprios. No entanto, aqui, a linguagem utilizada tende a ser mais técnica, específica e de extremo rigor conceitual.

Se a idéia fulcral, basilar da linguagem é, através dos sinais formar-se signos como produtos da consciência, a linguagem que não comunica a todos, desrespeita seus próprios fundamentos. Assim, a linguagem deve ser clara, exata, e segundo Aristóteles: “a excelência

²²¹ Conforme Salienta Manoel Jorge e Silva Neto: “a partir da década de 50 estudos lingüísticos apontaram para a necessidade de elaboração de uma teoria geral do signos.” Em: SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTr, 2001, p. 17.

²²² É preciso alertar, no entanto, distinção essencial entre duas ciências da linguagem: a Lingüística, ciência da linguagem verbal e a Semiótica, ciência de toda e qualquer linguagem²²².

Em síntese: existe uma linguagem verbal, linguagem de sons que veiculam conceitos e que se articulam no aparelho fonador, sons estes que, no Ocidente, receberam uma tradução visual alfabética (linguagem escrita), mas existe simultaneamente uma enorme variedade de outras linguagens que também se constituem em sistemas sociais e históricos de representação do mundo. Portanto, quando dizemos linguagem, queremos nos referir a uma gama incrivelmente intrincada de formas sociais de comunicação e de significação que inclui a linguagem verbal articulada, mas absorve também, inclusive, a linguagem dos surdos-mudos, o sistema codificado da moda, da culinária e tantos outros. Enfim: todos os sistemas de produção de sentido aos quais o desenvolvimento dos meios de reprodução de linguagem propiciam hoje uma enorme difusão.²²²

²²³ SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 02.

²²⁴ Em “Ser e Tempo”, Heidegger estudou o processo de discurso e compreensão, assim descrito por ele: O discurso é um existencial originário da abertura, constituído primordialmente pelo ser-no-mundo. Ele também deve possuir, em sua essência, um modo de ser especificamente mundano. A linguagem é o pronunciamento do discurso. Este é a articulação significativa da compreensibilidade do ser-no-mundo, a que pertence o ser-com e que já sempre se mantém num determinado modo de convivência ocupacional. A comunicação deve ser entendida num sentido ontologicamente amplo. O discurso é constitutivo da existência da presença, uma vez que perfaz a constituição existencial de sua abertura.²²⁴

da linguagem consiste em ser clara sem ser chã. A mais clara é a regida em termos correntes.”²²⁵

Neste sentido é preciso diferenciar ambas expressões. O direito do desenvolvimento consoante os ensinamentos de Perrone-Moisés “trata-se de um conjunto de normas jurídicas, ora consideradas como um ramo do Direito Internacional, ora como um método de investigação, e que tem como característica principal procurar eliminar as diferenças de desenvolvimento no plano interno como no internacional”.²²⁶

Esses dois direitos muitas vezes têm sido equivocadamente tratados como um único fenômeno jurídico, talvez porque ambos estejam inseridos em um mesmo processo histórico de evolução da noção de desenvolvimento, para o qual foi relevante o reconhecimento de alguns princípios gerais do Direito [...]”²²⁷

Mas existe celeuma doutrinária a respeito da origem do Direito do Desenvolvimento. Ao contrário do que dispõe a supramencionada autora, Celso Albuquerque de Melo obtempera que a expressão teria sido criada por André Philipi em um artigo intitulado “*Dèveloppement et civilisation*”.

Sem pretensão de se alongar nos pormenores destas discussões, impende destacar que o direito do desenvolvimento, para Celso Albuquerque, vai depender do adjetivo que o qualifique. Analisando as idéias de Feuer e Cassan, o autor afirma que tal direito não “é formado por um conjunto homogêneo ou sistematizado de normas”²²⁸, e caracterizar-se-ia por três noções: soberania, igualdade e solidariedade.

Para Robério Nunes, o Direito do Desenvolvimento caracteriza-se:

Por objetivar atender reivindicações dos países subdesenvolvidos, dotando-lhes de melhores condições de desenvolvimento, busca regular as relações entre Estados- sendo, portanto, interestatal- para redistribuir de forma mais equânime e justa os recursos da economia no âmbito internacional. Há um claro entendimento de que os países subdesenvolvidos têm uma espécie de hipossuficiência e que, portanto, merecem tratamento diferenciado, como base em princípios de solidariedade, de maneira a reduzir as diferenças econômicas.²²⁹

²²⁵ ARISTÓTELES. **Poética**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 15.

²²⁶ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 47.

²²⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 70.

²²⁸ ALBUQUERQUE, Celso de Melo. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 1655.

²²⁹ ANJOS FILHO, ibidem, p. 73.

Ressalte-se que esse solidarismo a que faz referência Robério Nunes e Celso de Albuquerque parte da concepção de solidariedade vertical, conceito explorado no capítulo anterior, em que existe um ente superior que é responsável por distribuir as riquezas e fazer valer os direitos fundamentais através de prestações positivas.

A partir destas explicações infere-se que o Direito do Desenvolvimento surge a partir do Direito internacional econômico que cuida de relações interestatais a fim de atingir maior igualdade material entre os Estados-nação através de processo cooperativo.

É possível perceber que não é esse o objeto de estudo deste trabalho, senão o direito ao desenvolvimento que, apesar de ser aplicável a todos os seres humanos, tem como primado as Constituições de seus países.

A expressão direito ao desenvolvimento passou a ser utilizada em 1971, por Keba M' Baye, na conferência do Instituto de Direitos Humanos de Strasbourg. Para Cláudia Perrone, a Comissão Humanos passou a enfatizar “que o direito ao desenvolvimento constitui um direito humano e a igualdade de oportunidades para o desenvolvimento, uma prerrogativa das nações, assim como dos indivíduos.”²³⁰

O direito ao desenvolvimento para Cláudia Perrone-Moisés é direito do indivíduo, do Estado, e de toda a humanidade também. Tem caráter global e multidimensional de modo que os aspectos econômico, social, civil, cultural e político são indivisíveis.²³¹

Tal direito busca, em linhas gerais, proteger as liberdades e atingir as necessidades dos povos de maneira integral e não apenas para formação de uma Nova Ordem Econômica Internacional. Todavia, não se pode desconsiderar o papel do Direito Do desenvolvimento para o surgimento e ampliação do Direito ao desenvolvimento.

A formatação do Direito do Desenvolvimento, buscando beneficiar os Estados Subdesenvolvidos, como visto anteriormente, foi um passo importante. A proteção conferida aos países subdesenvolvidos pelo Direito internacional do Desenvolvimento revela como pano de fundo, ainda que indiretamente, preocupações relativas às populações que neles viviam. Mas essa proteção indireta às pessoas, embora significativa, não se mostrou suficiente.²³²

A Declaração Sobre o Progresso e Desenvolvimento Social de 1969, artigo 1, afirma a sua preocupação com todos os povos e todos os seres humanos que não devem ter “distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, nacionalidade, origem étnica, condição familiar ou social,

²³⁰ MOISÉS, Cláudia Perrone. **Direito ao desenvolvimento e investimento estrangeiros**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 50.

²³¹ MOISÉS, *ibidem*, p. 50.

²³² ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 77.

ou convicções políticas ou de outra natureza, têm o direito de viver com dignidade e liberdade e de gozar os frutos do progresso social devendo, por seu turno, contribuir para isso.”

Do que se depreende que o direito ao desenvolvimento²³³ concentra-se no ser humano individual e coletivamente considerado. “O direito ao desenvolvimento propõe uma abordagem qualitativamente diferente, em que considerações de equidade e justiça são determinantes primários do desenvolvimento. Não só isso, toda a estrutura de desenvolvimento é moldada por esses determinantes.”²³⁴

Bedjaoui, por sua vez, sustenta que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental, a precondição de liberdade, progresso, justiça e criatividade. Já Amartya Sen vai mais longe, ao dizer que desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Por liberdades, entende-se como sendo tanto o fim quanto o meio do desenvolvimento²³⁵

Isto posto, verifica-se pelo texto da declaração, bem como pela sua natureza que o Direito ao Desenvolvimento é direito coletivo, mais abrangente, abarcando a pessoa humana. É a noção de que o destinatário deste direito seriam os povos²³⁶. “O professor Juan Carrillo Salcedo publicou artigo no qual afirmou que o direito ao desenvolvimento é um direito humano e um direito dos povos.”²³⁷

O direito ao desenvolvimento como um direito dos povos decorre da própria noção de autodeterminação, segundo a qual todos os povos têm o direito de determinar seu modelo de desenvolvimento, bem como de escolher seu sistema econômico e social sem sofrer qualquer interferência.²³⁸

²³³ Existe dissenso doutrinário a respeito da origem e definição da expressão direito ao desenvolvimento que inclusive não se confunde com direito internacional ao desenvolvimento. Nesse sentido, diversos autores: PEREIRA, Antônio Celso Alves. **O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos**. Boletim da Sociedade brasileira de Direito internacional, jan-mar. 1992 n 77/78; SPIELER, Paula Bartolini. **Evolução histórica e conceituação do direito ao desenvolvimento**. Direito, Estado e Sociedade, n 22/23, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica- Departamento de Direito; e entre os autores estrangeiros Philip Alston, Fatsah Ouguergouz.

²³⁴ Segundo Arjun Sengupta “The right to development is proposing a qualitatively different approach, in which considerations of equity and justice are primary determinants of development. Not only that, the whole structure of development is shaped by these determinants.” Em tradução livre: O direito ao desenvolvimento propõe uma abordagem qualitativamente diferente, em que considerações de equidade e justiça são determinantes primários do desenvolvimento. Não só isso, toda a estrutura de desenvolvimento é moldada por esses determinantes.

²³⁵ SPIELER, Paula Bartolini. **Evolução histórica e conceituação do direito ao desenvolvimento**. **Direito, Estado e Sociedade**, n 22/23, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito.

²³⁶ A Declaração Africana sobre os direitos humanos, em seu art. 22, também reconhece o direito ao desenvolvimento como direito dos povos. “1.Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade. 2.Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento.”

²³⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 80.

²³⁸ SPIELER, Paula Bartolini. **Evolução histórica e conceituação do direito ao desenvolvimento**. **Direito, Estado e Sociedade**, n 22/23, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica- Departamento de Direito, p. 54.

O direito ao desenvolvimento volta suas atenções diretamente para a pessoa humana. Desta forma, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 tem matriz centrada no direito ao desenvolvimento, tendo em vista que, um dos fundamentos da República Federativa é a dignidade da pessoa humana e que tem por objetivo a construção de uma sociedade solidária.

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO, SUSTENTÁVEL, E HUMANO

Cumprido esclarecer, inicialmente à abordagem do tema, que esta dissertação não pretende esgotar todas as nuances acerca dos vários formatos que o direito ao desenvolvimento pode tomar. Este estudo parte de considerações gerais sobre os aspectos mais relevantes. É um convite ao estudo mais aprofundado, mas, sobretudo, convite à reflexão de novas formas de conferir efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O direito ao desenvolvimento, é preciso dizer, sempre esteve mais focado, em suas investigações iniciais, como objeto de estudo apenas da economia; todavia, hoje, é visto como um tema que envolve também aspectos jurídicos, políticos, sociológicos e culturais, sem contar as peculiaridades ensejadas pelas diversas concepções ideológicas que orbitam ao redor do tema, é portanto, o desenvolvimento uma palavra recheada de plurivocidade.²³⁹

Talvez pela imbricação de disciplinas distintas, existe parte doutrinária que entende que o desenvolvimento é fenômeno cujo estudo deve estar estritamente associado à economia. Com o passar das décadas, o estudo voltado para um viés mais humanitário foi sendo aprimorado. O reconhecimento de novos direitos vinculados ao desenvolvimento é também dado relevante para os Estados e a sociedade em geral. É possível que o processo de desenvolvimento seja visto objeto de direito?²⁴⁰

Desenvolvimento não apenas econômico, mas social e também mais humano; tudo “na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade, isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não tem como escapar da mesma sorte ou destino histórico.”²⁴¹

²³⁹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 17.

²⁴⁰ Ibidem, p. 71.

²⁴¹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 212.

Na linha do que prevê a Constituição Federal de 1988 que louva, tanto em seu preâmbulo, como no art. 3º, a sociedade fraterna, há a previsão de promoção da redução das desigualdades sociais em prol do desenvolvimento nacional.

De modo semelhante persegue o desenvolvimento nacional o dispositivo do art. 3º, III, que refere a elevada injunção constitucional de que é finalidade do Estado brasileiro erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Sem embargo de que o preceptivo inequivocamente se volta à estabilização do pacto federativo por meio do alcance do desenvolvimento nacional, é inegável reconhecer que o principal objetivo assinalado é viabilizar existência digna a todos os brasileiros.²⁴²

Por óbvio que não se pode olvidar o caráter supremo das disposições constitucionais. A supremacia constitucional consiste em sua qualidade de norma superior que representa o pressuposto de validade das demais normas do ordenamento jurídico.

A fundamentalidade dos direitos encartados pode ser concebida sob dois critérios, a saber: o de ordem material e o de ordem formal.²⁴³ Segundo o critério da conceituação formal, diz-se que os direitos fundamentais do homem são aqueles que previstos na Constituição, assumindo, portanto, uma posição de destaque no ordenamento jurídico. De acordo com a acepção normativa de Hesse “direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como tais.”²⁴⁴

Na visão de Carl Schmitt existem dois critérios de ordem formal:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição uma grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de Emenda à Constituição²⁴⁵.

No entanto, cumpre destacar que o critério formal é insuficiente para conceituar os direitos fundamentais do homem. Neste aspecto, tal visão aproxima-se da trazida por Carl Schmitt. Esclarece Bonavides²⁴⁶ que existe o critério material em que os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a

²⁴² SILVA NETO, Manoel Jorge, Direito ao Desenvolvimento e Responsabilidade do Estado. O Dano Nacional. O Papel do Ministério Público. **Revista Do ministério Público do Trabalho na Bahia**/ Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia. nº 5, Salvador, 2015, p.192.

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 501.

²⁴⁴ Ibidem, p. 550.

²⁴⁵ Ibidem, p. 501.

²⁴⁶ Ibidem, p. 561.

Constituição consagra.²⁴⁷ A conceituação material leva em consideração tanto os direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição como aqueles que não integram o catálogo expresso. O conceito material analisa o conteúdo dos direitos fundamentais, como salientado:

Com relação à nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupadas pela pessoa humana.²⁴⁸

Neste sentido, dois são os aspectos primordiais que identificam a fundamentalidade material: a dignidade da pessoa humana e direito com efetiva importância para uma comunidade em dado momento histórico. Para Norberto Bobbio, na teoria, os direitos fundamentais, por mais fundamentais que sejam, são também direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias ou originados de lutas em defesa de liberdades, de modo gradual, “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”²⁴⁹

Nessa linha intelectual, a fundamentalidade material da Carta Magna deve ser concebida da maneira mais inclusiva possível. Com o advento da EC 45/2004, introduziu-se o parágrafo 3º ao art. 5 da CRFB/88 cuja previsão dispunha que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais.

Na interpretação conciliatória proposta por Flávia Piovesan²⁵⁰ todos os tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais e aqueles que fosse aprovados mediante o quorum do art. 5, parágrafo 3, seriam formal e materialmente constitucionais. O STF, então, adotou a teoria do duplo estatuto, no RE 466.343 em que o Ministro Gilmar Mendes sustentou novo patamar normativo para os tratados de direito humanos.

A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5, parágrafo 3 da

²⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 561.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 Ed, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 02.

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.²⁵¹

Deste modo, formulou-se a teoria do bloco de constitucionalidade²⁵² que consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas de hierarquia constitucional, além da própria Constituição. Os dispositivos normativos pertencentes ao bloco de constitucionalidade²⁵³ podem ser utilizados como paradigma no controle de constitucionalidade.

Por tais razões, para aqueles que argumentam pela ausência de força normativa ao preâmbulo da Constituição brasileira, os tratados internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil compõem o bloco de constitucionalidade, motivo pelo qual são dotados de “parametricidade material da fiscalização de constitucionalidade.”²⁵⁴

3.2.1 Direito ao Desenvolvimento Socioeconômico

Por tudo o que foi exposto nas linhas pretéritas, percebe-se que o Direito ao Desenvolvimento é concebido como “megatema, ou como objeto que só pode ser compreendido em uma moldura abrangente, ou até mesmo como um processo síntese de satisfação de todas as necessidades humanas.”²⁵⁵

O Desenvolvimento é conceito pluridimensional, de difícil delimitação. Por essa razão, não há como fazer estudo sobre o desenvolvimento dispensando a transdisciplinariedade. Segundo a doutrina, a palavra desenvolvimento “surgiu entre os séculos XII e XIII, e o seu sentido inicial era o de revelar, expor, passando a significar a progressão de estágios mais simples, inferiores, para outros mais complexos, superiores, apenas por volta de 1850.”²⁵⁶

²⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 396.

²⁵² O marco de reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade no direito comparado foi na decisão 71-44DC do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação que consagrou o preâmbulo da constituição francesa de 1958. Em 2005, houve alteração do preâmbulo que foi agregada à *charte de l'environnement* todos fazendo parte do bloco de constitucionalidade. Neste sentido: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403.

²⁵³ Há autores que, dialogando com essa teoria, criaram a teorização sobre o bloco de interconstitucionalidade, o qual “é formado por normas de direitos humanos, fundamentais e comunitários, com forte vínculo intersistêmico, plural e unitário de proteção, destituído de hierarquia recíproca e inserido num processo hermenêutico diatópico.” Nesse sentido: OLIVEIRA, Jr. Valdir Ferreira. DIREITO FUNDAMENTAL TRANSINDIVIDUAL AO DESENVOLVIMENTO: PROTEÇÃO INTEGRAL, SOLIDÁRIA E PLURALISTA. (terminar a referencia)

²⁵⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p.17.

²⁵⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 46-47.

²⁵⁶ ANJOS FILHO, ibidem, p. 16.

Este trabalho abordará, a seguir, os diversos tipos de desenvolvimento: econômico, sustentável, social e humano, buscando demonstrar como a perspectiva de um desenvolvimento integral, decorrente do Constitucionalismo Fraternal. É uma aposta que pode responder aos anseios pela efetividade de direitos fundamentais.

Desse modo, algumas distinções já foram realizadas, outras ainda carecem de esclarecimentos²⁵⁷. É o caso da distinção entre desenvolvimento e crescimento. Tal é de relevante importância, visto que a idéia de desenvolvimento não pode ser considerada realizada pura e simplesmente por ter havido algum tipo de crescimento.

Salienta Manoel Jorge e Silva Neto para a realidade constitucional brasileira:

Os valores sociais se ajustam ao trabalho e à livre iniciativa, impondo incondicionalmente que a atividade empresarial executada no Brasil reconheça que o empreendimento não é um fim em si mesmo; o lucro, sempre admitido numa economia de mercado como a nossa, está preso ao desenvolvimento da economia, e não apenas ao crescimento do sistema econômico.²⁵⁸

Inicialmente, os estudiosos sobre desenvolvimento centravam suas atenções na economia. Para o pioneiro Adam Smith a busca se dava no sentido de identificar os fatores formação da riqueza nacional. Para os neoclássicos e keynesianos²⁵⁹ o crescimento²⁶⁰ econômico era sinônimo de desenvolvimento.

Para outra corrente, composta por Gunnar Myrdal e Albert Hirschmann, o desenvolvimento econômico pressuporia o crescimento como condição necessária, mas insuficiente para promover o desenvolvimento econômico. Deste modo, que nessa perspectiva:

²⁵⁷ Outras distinções que podem ser feitas são crescimento econômico versus modernização e desenvolvimento versus progresso. Segundo Gilberto Bercovici o crescimento econômico sem transformações necessárias a condição da vida da população, apenas modernização. BERCOVICI, Gilberto. P, 51-52; Já o desenvolvimento e progresso “não são noções coincidentes, embora em ambas remanesça subjacente o sentido de avanço. O desenvolvimento, para parte dos estudiosos, conteria a idéia de um avanço de natureza essencialmente positiva, o que não necessariamente se dá com o progresso, que não possui um sentido unívoco positivo.” O autor ainda salienta que existem diversas concepções de progresso como a idealística e a iluminista. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 21.

²⁵⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge, **Direito ao Desenvolvimento e Responsabilidade do Estado. O Dano Nacional. O Papel do Ministério Público**. Revista Do ministério Público do Trabalho na Bahia/ Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia. nº 5, Salvador, 2015, p. 191.

²⁵⁹ ANJOS FILHO, *ibidem*, p. 17.

²⁶⁰ Termo que comporta também diversas acepções . há quem defenda que crescimento significa qualquer forma de progresso ou avanço econômico ; outros o compreendem “no sentido do aumento a longo prazo da população e da pujança do produto obtido pela atividade econômico-produtiva de uma unidade econômica que pode ser uma pessoa, uma empresa ou um país.” Nesse caso o crescimento é considerado *per capita*, sendo inclusive a mais difundida. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital).

Crescimento corresponde a um dado objetivo de aumento dos indicadores e riqueza que afere quantitativamente o produto econômico, ao passo que a noção de desenvolvimento está vinculada a melhoria qualitativa das condições de vida da população, pela transformação da economia, que passa a corresponder a um modelo moderno, eficiente, e inclusivo. O processo de desenvolvimento altera não só as estruturas econômicas e produtivas, mas também sociais, institucionais e políticas, significando aumento da produção acompanhado do incremento da renda e da capacidade econômica da população.²⁶¹

Perseguir o desenvolvimento econômico é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estando presente na Constituição de 1988. A doutrina constitucional salienta que desenvolvimento não se identifica necessariamente com crescimento da economia, “desde que se considere ser aquele uma grandeza de ordem qualitativa, ao passo ser este de compostura quantitativa.”²⁶²

Schumpeter, nos idos de 1911, já tratava a respeito do desenvolvimento econômico como um processo de mudanças endógenas na vida econômica. Mas as teorias que mais influenciaram o Brasil, nesse sentido, foram as de François Perroux, Gunnar Myrdal e Albert Hirschmann e, decisivamente, da *Comisión Económica Para América Latina- CEPAL*.

Para Gilberto Bercovici, a doutrina da CEPAL passou a ser vista como útil e importante para a fundamentação das políticas econômicas e da concepção de desenvolvimento, centrando-se no sistema centro-periferia ²⁶³

A principal peculiaridade do Estado latino-Americano é, para a CEPAL, o seu caráter periférico. O capitalismo periférico, segundo Raúl Prebisch,²⁶⁴ é fundado na desigualdade. Portanto, o desenvolvimento seria condição necessária para a realização do bem estar social, mas seria condição suficiente? É justamente a condição do Estado desenvolvimentista, como Estado periférico, na realidade, que exige que ele seja mais do que o Estado Social Tradicional.

Portanto, ao dar ênfase nos resultados econômicos experimentou-se uma marginalização de objetivos sociais e a distribuição equitativa dos frutos do desenvolvimento.²⁶⁵

²⁶¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 18.

²⁶² SILVA NETO, Manoel Jorge, *Direito ao Desenvolvimento e Responsabilidade do Estado. O Dano Nacional. O Papel do Ministério Público. Revista Do ministério Público do Trabalho na Bahia/ Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia. n° 5, Salvador, 2015, p. 191-192.*

²⁶³ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47-48.

²⁶⁴ BERCOVICI, *ibidem*, 2005.

²⁶⁵ SANTOS, Boventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.

O constitucionalismo Social típico dessas demandas prestacionais, como visto no capítulo anterior, tem a vocação política de disciplinar no texto fundamental à categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o estado e o indivíduo. Tem como principal tema a Questão Social, a exemplo das Constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919²⁶⁶. Representou a verdadeira consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos, tais como o direito ao trabalho e ao salário justo, à segurança no emprego, à saúde, à educação, à habitação, à segurança social significa, entre outras coisas, a juridicização da justiça distributiva.

Interesses ordinariamente rebeldes transbordam do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o Estado Social e o Estado de Direito, entre a constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e seu conteúdo material. Disso, nasce não raro a desintegração da Constituição, com sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes.²⁶⁷

E é nesse sentido que surge o problema da falta de efetividade²⁶⁸, no Brasil, enquanto país de capitalismo periférico, conforme salientado no capítulo anterior, que não conseguiu concretizar a contento tal classe de direitos. Eis que surge, nesse cenário, o Constitucionalismo Dirigente²⁶⁹ de José Joaquim Gomes Canotilho com nítido cunho programático.

Segundo Canotilho²⁷⁰, no Brasil, a centralidade ainda é do texto constitucional, que é carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política.

A Constituição Federal de 1988 afigura-se como projeção da auto-representação comunitária, direcionada à contenção do poder visando a promoções de condições de

²⁶⁶ CALMON DANTAS, Miguel. **Constitucionalismo Dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

²⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁶⁸ No pensamento de Celso Furtado, a História contemporânea registra a utilização do conceito de desenvolvimento em dois sentidos :um relativo ao aumento da eficácia do sistema de produção de dada sociedade, através da acumulação e do progresso de técnicas; o outro relativo ao grau de satisfação das necessidades humanas essenciais como habitação, vestuário, alimentação e expectativa de vida, ou até de cunho menos nítido ,compreensível apenas a partir de determinado contexto cultural. Neste sentido: FURTADO, Celso. **Em busca de um novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

²⁶⁹ Segundo Miguel Calmon Dantas (p. 315) a teoria da Constituição Dirigente teria se desenvolvido diante da necessidade de uma compreensão das normas constitucionais que, ultrapassando o estágio doutrinário da primeira fase do Constitucionalismo Social, conferissem um caráter dirigente sistemático às constituições que estabelecessem a transformação da realidade como tarefa para o Estado, mesmo que tais normas fossem desprovidas de justiciabilidade. A Constituição Federal de 1988 é dirigente. Ela define fins e programas de ação prospectiva para o Estado, através das normas programáticas no sentido de efetivar e garantir através dos instrumentos constitucionais disponíveis, os direitos sociais.

²⁷⁰ CANOTILHO, J. J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 37.

existência digna: para tanto, uma constituição dirigente tem uma função de resistência e outra de projeção. Do que se vale para impor tarefas, vinculando positiva e negativamente o legislador, que se consubstancia em nota essencial para um Estado Democrático de Direito²⁷¹.

Se o Estado constitucional democrático não se identifica apenas com o Estado de Direito formal e quer legitimar-se como Estado Social, surge o problema da Constituição dirigente, que passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do processo econômico. Ao invés de considerarmos esses pontos como absolutos, devemos ter em mente que o problema da Constituição dirigente é um problema de transformação da realidade.²⁷²

A premissa de estudo dos direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito deve estar atenta, então, para a necessidade de protegê-los, ou melhor, nos dizeres de Norberto Bobbio, observar qual “o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”²⁷³

Para Canotilho, o dirigismo constitucional repercute desde o planejamento até a execução e o controle e avaliação das políticas públicas, justamente pela constitucionalização do político e, mais ainda, pelas cláusulas de programaticidade constitucional que importam em promessas e compromissos de construção do futuro. A força dirigente repercute necessariamente nos âmbitos do processo de formulação e execução de políticas públicas, não necessitando sequer da previsão de uma determinada política pública pela Constituição Federal.²⁷⁴

E na mesma linha de respeito ao desenvolvimento como direito humano, o parágrafo único do art. 4º/CF esclarece que o Brasil buscará a integração econômica dos povos da América Latina, cumprindo logicamente concluir que o propósito da integração é o desenvolvimento econômico dos países integrados no bloco regional.²⁷⁵

²⁷¹ CALMON DANTAS, Miguel. **Constitucionalismo Dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 315.

²⁷² BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: Algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf> . Acesso em: 21 de set. 2016. p. 38.

²⁷³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 02.

²⁷⁴ CANOTILHO, 1994, op. cit, p. 169-170.

²⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. Direito ao Desenvolvimento e Responsabilidade do Estado. O Dano Nacional. O Papel do Ministério Público. **Revista Do ministério Público do Trabalho na Bahia/ Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia**. nº 5, Salvador, 2015, p. 192.

É na esteira da concepção de Constituição Dirigente que vão se acirrar as discussões sobre a Constituição Econômica²⁷⁶. Não seria mais suficiente que as constituições previssem a estrutura econômica vigente, senão que elas pretendiam alterá-la.

A importância da Constituição Econômica para Vital Moreira, é a possibilidade que ela abre de se analisar a totalidade da formação social, com as suas contradições e conflitos. A Constituição Econômica torna mais clara a ligação da Constituição com a política e com as estruturas sociais e econômicas.²⁷⁷

3.2.2 A contribuição da Análise Econômica do Direito para o Direito ao Desenvolvimento?

Importantes estudos de doutrinas surgiram, na década de 90, relacionando os métodos econômicos à teoria social. Seu objetivo, em linhas gerais, era o de garantir maior eficiência no trato de problemas sociais importantes. Nessa ordem de ideias, tratando-se do direito transindividual ao desenvolvimento não se pode deixar de considerar a aplicação de considerações econômicas no sentido de dar maior efetividade a este direito fundamental. O estudo tem de ser interdisciplinar.

A economia do direito pode ser definida de forma simples como a aplicação da teoria econômica (principalmente a teoria dos preços) e dos métodos estatísticos ao estudo da formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas. Em que pese ainda não haja consenso sobre sua definição, este novo campo de estudo alcançou o *status* de uma disciplina diferenciada.²⁷⁸

É imprescindível notar que existiu, inicialmente, dificuldades em se relacionar saberes distintos, tendo em vista que os métodos adotados por cada uma das áreas seriam de diferentes ordens²⁷⁹.

Neste contexto, a excelência da obra de Sustain Causse e Holmes deve ser citada, por trazer novas perspectivas sobre o custo dos direitos. Os direitos dependeriam do governo, mas

²⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: Algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf>. Acesso em: 21 de set. 2016. p. 38.

²⁷⁷ BERCOVICI, *ibidem*, p. 37

²⁷⁸ VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei –uma introdução**. Francesco J. Beralli (Trad.) Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 21.

²⁷⁹ Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo (SALAMA, 2008).

a isso deve ser adicionado um corolário lógico de que os direitos custam dinheiro; Segundo Sunstein²⁸⁰ todos os direitos dependem, portanto, do erário público, sejam direitos individuais, ou prestacionais.

No entanto, esta premissa de que todo direito tem valor orçamentário não significa dizer que se deva diminuir o compromisso com a proteção dos direitos fundamentais. Perguntar se os direitos têm custos não implica em perguntar se eles valem à pena. Essa última pergunta deve ser levada para a avaliação política e moral, e não pode ser resolvida sozinha.²⁸¹ Neste caso, não se pode conceber as leis ou o direito simplesmente como uma “gigantesca máquina de preços – as leis atuam como preços e impostos que geram incentivos”²⁸². A Análise econômica do Direito tem por precursores a Escola de Chicago que, segundo Edgard Gaston Jacobs²⁸³: “apresenta a microeconomia neoclássica como teoria social.”²⁸⁴

Adotando o “ótimo de Pareto” e o critério de Kaldor-Hicks, Richard A. Posner e outros autores buscavam demonstrar que, quando fosse necessário, o direito – especialmente, no caso do common law - deveria estimular uma mudança no comportamento das pessoas com objetivo de conduzir a sociedade de uma situação “A”, para uma situação “B”, com o menor gasto de recursos possível.²⁸⁵

Segundo a teoria do ótimo de Pareto a intenção é a de chegar a uma situação ótima sem que não haja concomitante piora da situação de outrem, ou ainda, se pessoas eventualmente prejudicadas pudessem ser compensadas por aquelas beneficiadas, segundo critérios orçamentários, financeiros. “Portanto, Posner e seus seguidores expressavam sua

²⁸⁰ SUNSTEIN, Causs; HOLMES, Stephen. **The cost of rights. Why liberty depends on taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 15.

²⁸¹ SUNSTEIN, Causs; HOLMES, Stephen. **The cost of rights. Why liberty depends on taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 28.

²⁸² VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei –uma introdução**. Francesco J. Beralli (Trad.) Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p.23.

²⁸³ FILHO, Edgar Gaston Jacobs Flores. (2007). **A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro**. Berkeley Program in Law & Economics. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh>>. Acesso em: 26 de jul. 2016, p. 03.

²⁸⁴ É preciso ressaltar que a concepção de Economia e Direito pode ser dividida entre as ideias da velha escola de Chicago e a nova. A primeira focalizava no papel da regulação pelas leis e por instrumentos de mercado; e a nova escola, para além desses elementos já citados, observa a influência das arquiteturas e das normas sociais sobre o comportamento dos indivíduos. Para a Nova Escola de Chicago a lei tem papel importante regulando não apenas as ações humanas, mas também os demais elementos reguladores. Após a Segunda Guerra Mundial, algumas alterações metodológicas importantes na escola de economia influenciaram uma mudança do projeto jus-econômico. Do ocaso da guerra aos anos 60, Milton Friedman, George Stigler, Aaron Director e Gary Becker partindo do pensamento do veterano professor de economia de Chicago, Frank Knight, tomaram frente na implementação de uma segunda escola, tanto de pensamento econômico, quando de direito e economia. Estes acadêmicos, apesar da influencia de Knight, um economista avesso aos instrumentos matemáticos e quantitativos, passaram a trabalhar com pesquisas empíricas e tratar o “imperialismo econômico” como um verdadeiro credo. Nesse período surge a Análise Econômica do Direito, como uma outra opção para os acadêmicos de Chicago. (2007, p. 04).

²⁸⁵ FILHO, ibidem, p. 05.

eficiência em termos de maximização da riqueza social, uma espécie de novo valor agregado à ideia de justiça.”²⁸⁶

Até que ponto a justiça pode se relacionar com a eficiência? Nos primeiros estudos de Richard Posner a maximização de riquezas servia de substrato para a análise das instituições jurídicas, para a ideia de justiça e do Direito²⁸⁷. Posner reconheceu que por mais que se tentasse justificar a defesa das liberdades individuais com base em critérios de eficiência, haveria casos, como por exemplo, a repulsa ao trabalho escravo, à exploração de menores, à tortura, às discriminações raciais, entre outros teriam de ser feitas em outros critérios que não a eficiência, não apenas com base em critérios meramente econômicos.

Nesse diapasão, o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais exige que o intérprete faça com que o direito fundamental atinja a sua realização plena. O princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva tem o condão de conferir à norma constitucional a interpretação que proporcione maior efetividade, que favoreça, ao máximo, a realização concreta dos propósitos da norma no plano dos fatos²⁸⁸.

Não se pode deixar de considerar que o estudo da economia poderia ser instrumento para a efetividade de direitos. No entanto, é de se considerar que a AED não pode conduzir o direito à ciência hermética, e meramente matemática.

A Constituição Federal consiste na expressão máxima do Estado Democrático de Direito brasileiro, seus comandos devem ser respeitados e materialmente concretizados, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais. São fundamentais também, no seu aspecto material, quando contêm decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, quando considera a dignidade da pessoa humana.

A versão mais recente da AED, do pragmatismo jurídico de Posner considera que a maximização de riquezas sociais não pode ser realizada apenas sob o ponto de vista meramente econômico. Mas não se pode sequer cogitar-se que as leis sejam apenas preços; e a escola de *New haven* também trata do papel importante das políticas públicas, cumprindo, inclusive, os fundamentos da cidadania, pluralismo político e, em especial, da dignidade da pessoa humana.

²⁸⁶ FILHO, Edgar Gaston Jacobs Flores. (2007). **A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro.** Berkeley Program in Law & Economics. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh>>. Acesso em: 26 de jul. 2016, p. 03.

²⁸⁷ Richard Posner tratou dessa hipótese em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970, e posteriormente, em 1983, consolidou os escritos em um livro de título “The Economics of Justice”.

²⁸⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional.** São Paulo: LTR, 1999, p. 95.

A dignidade da pessoa humana deve ser concebida de maneira mais abrangente possível, não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames de justiça social.

Cabe ao Judiciário, utilizando-se da ponderação, dos elementos interdisciplinares, principalmente, garantir a maior efetividade de direitos com o mínimo de sacrifícios, enquanto garante da Constituição, e coibir e regular a atuação ou omissão dos demais poderes, ou seja, de seus eventuais excessos e faltas; E é dever dos cidadãos, em seu papel igual de intérpretes da Constituição, velar pelo seu cumprimento, velar pela dignidade de todos. A tarefa parece utópica e de fato é hercúlea, no entanto, todos são responsáveis por realizar o direito ao desenvolvimento, sobretudo em seu aspecto social, como de resto será tratado mais a seguir.

3.2.3 Do aperfeiçoamento da dimensão Socioeconômica do Direito ao Desenvolvimento

No desenrolar da evolução normativa sobre o direito ao desenvolvimento verificou-se que tratar de garantir o desenvolvimento econômico apenas não seria suficiente para refletir um real desenvolvimento, sobretudo no aspecto social.

Pensando em elevar a compreensão acerca do fenômeno, em 1995 foi realizada a Cúpula de Copenhague cujo tema versou sobre desenvolvimento social, do qual resultou dois documentos, quais sejam a Declaração de Copenhague sobre Desenvolvimento Social e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre desenvolvimento social.

O desenvolvimento, para a Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, de Copenhague, 1995, tem por objetivo:

Melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, pelo que exige a criação de instituições democráticas, o respeito de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, o aumento de oportunidades econômicas equitativas, o primado da lei, a promoção do respeito pela diversidade cultural, o direito das pessoas pertencerem a minorias e a participação ativa da sociedade civil²⁸⁹.

O direito ao desenvolvimento social parte do pressuposto de que diversas pessoas no mundo têm necessidades primárias decorrentes de problemas sociais profundos,

²⁸⁹ Capítulo I. 7 da Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995). Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/declaracao-e-programa-de-acao-da-cupula-mundial-sobre-desenvolvimento-social.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

desigualdade social, desemprego, exclusão. O desenvolvimento e justiça social, portanto, são indispensáveis para o aumento qualitativo- e não meramente quantitativo- do desenvolvimento.

O conceito de "desenvolvimento social" é algo que não constava originalmente da Carta das Nações Unidas. Emergira, aos poucos, na década de 60, quando a questão do desenvolvimento, na esteira do processo de descolonização, passara a ocupar o centro das atenções internacionais. Nunca fora, porém, definido com clareza. Envolve basicamente a adição, às vezes sucessiva, outras vezes cumulativa, de setores como os da educação, da saúde, do trabalho, da moradia, dos serviços sociais e da previdência social à avaliação do funcionamento geral das sociedades. (...) Apresentava-se, assim, nitidamente subordinado às questões mais estritamente econômicas²⁹⁰

Embora a abrangência do tema tenha tornado difícil identificar objetivamente o foco principal das decisões de Copenhague, “os documentos denotam uma determinação clara no sentido do entendimento e da promoção do desenvolvimento não como um fim em si mesmo, mas sim como meio direcionado ao aperfeiçoamento da vida humana”²⁹¹, baseado no respeito e na implementação dos direitos humanos.

Adiciona-se à “fórmula” o componente humano, primando-se pela dignidade da pessoa humana, concebendo-se que deve haver o mínimo para a existência humana com dignidade. Assim:

O progresso e desenvolvimento social basear-se-ão no respeito pela dignidade e valor da pessoa humana e assegurarão a promoção dos direitos humanos e da justiça social, o que exige: a) A eliminação imediata e definitiva de todas as formas de desigualdade, exploração de povos e indivíduos, colonialismo e racismo, incluindo o nazismo e o *apartheid*, e de todas as outras políticas e ideologias que se oponham aos objetivos e princípios das Nações Unidas; b) O reconhecimento e a realização efetiva dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem qualquer discriminação.

E uma das primeiras manifestações na doutrina sobre o mínimo existencial ocorreu no pós guerra, reconhecida que foi pelo publicista Otto Bachof para quem havia a possibilidade do reconhecimento de um direito à garantia positiva dos recursos mínimos para existência digna. Em decorrência dessas formulações, os Tribunais na Alemanha começaram

²⁹⁰ ALVES, Lindgren J.A. **A Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social e os paradoxos de Copenhague.** Rev. bras. polít. int. vol.40 no.1, Brasília Jan./June 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100006> Acesso em: 10 de nov 2016.

²⁹¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 30-31.

a decidir tomando por base o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna.

Para garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, a Análise Econômica do Direito deve considerar a implementação das políticas públicas devidas. Portanto, computam-se nos custos deste direitos a sua concretização através de políticas públicas. Essa subserviência do Direito à economia, enquanto instrumento de maximização de riquezas, ou seja, do papel que a eficiência teria para a ciência do Direito, foi alvo de muitas críticas e o referido autor, após anos de estudo, passou a conceber o tema dentro da perspectiva mais pragmática.

O pragmatismo jurídico de Posner considera que a eficiência não seria critério único e suficiente para os problemas postos no direito. A maximização da riqueza teria que ser encarada sob o ponto de vista mais amplo, em que o Direito é um instrumento para a realização de fins sociais. Para Bruno Salama²⁹²: “Posner postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas conseqüências”.

A idéia de dignidade, portanto, está ligada mais do que a uma sobrevivência física, mercê que não pode estar a vida humana à mera existência, mas uma existência qualificada pela dignidade que possa conferir aos indivíduos qualidade de vida. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler,²⁹³ para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.

Assim é que a Constituição Federal, embora não tenha expressamente consagrado o direito fundamental ao mínimo existencial, deixou clara a sua intenção de tutelar e resguardar a dignidade humana, inclusive pelo que é ela fundamento da República Federativa do Brasil, é axioma universal que rege todos os demais princípios implícitos e explícitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Tal é a representação da idéia de fundamentalidade material levantada por Carl Schmitt.

²⁹² SALAMA, Bruno Mayerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos Direito GV. São Paulo, estudo 22, v. 5, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx>>. Acesso em: 24 de jul. 2016.

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 191.

Os direitos fundamentais, vistos sob os auspícios do Estado Democrático de Direito consistem em mais do que simples direitos escritos, como pretendia Ferdinand Lassale²⁹⁴, são, antes de tudo, um compromisso prestado pelo Estado Democrático de Direito com os seus cidadãos. É princípio central que decorre da imperatividade normativa da Constituição, como propunha Korand Hesse.

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos do homem. Tal princípio, como sucede com todos os princípios constitucionais, tem a sua relevância reconhecida, pois é mandamento nuclear de um sistema. A disposição a partir da qual todos os demais preceitos se irradiam. É núcleo próprio do ordenamento jurídico. Desta maneira, se há um desvio do rumo indicado pelos princípios constitucionais, haverá a mácula de todo sistema normativo.

Dentre as características da dignidade da pessoa humana²⁹⁵ destacam-se as trazidas pelo jurista português Jorge Miranda. Quanto ao destinatário do princípio observa-se o seu aspecto coletivo e individual, em sua natureza privilegia a essência do ser humano e não sua condição econômica, é um princípio universal. *In verbis*, o pensamento do autor:

a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.²⁹⁶

A dignidade da pessoa humana como princípio norteador de inúmeros ordenamentos jurídicos é condição essencial para a realização da pessoa em sua humanidade. É valor que serve de fonte para todas as outras normas constitucionais e infraconstitucionais. A dignidade da pessoa humana é um *topoi*, ou seja, não admite conceituação.²⁹⁷

Conforme ficou demonstrado, ao longo desta exposição, nos termos da doutrina da CEPAL, na abordagem histórica proposta e dos ensinamentos de parte da doutrina, o Brasil é

²⁹⁴ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro, Ed. Lumen – Júris, 6ª Ed. 2001.

²⁹⁵ Temos por dignidade da pessoa humana: a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

²⁹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 169.

²⁹⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252-253.

um país de capitalismo periférico. Isso trouxe importantes repercussões no campo da concretização das dimensões de direitos ao longo da história constitucional brasileira.

Assim, tendo em vista que o Brasil é Estado Democrático de Direito- que ainda não concretizou as propostas da trilogia francesa- não há outro caminho senão reconhecer que o cidadão brasileiro possui relação de dependência com as prestações do Estado. O Estado tem o papel de cumprir a sua tarefa distributivista e igualitária, sem a qual não será possível falar em democracia nem liberdade. No entanto, não é só papel do Estado a concretização de tais direitos.

Uma das premissas que ajuda a caracterizar o Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, a sua relação com os direitos fundamentais. Neste sentido a Constituição Federal de 1988 estabeleceu objetivos fundamentais da República tais quais: o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais. Em capítulo próprio, trata dos direitos sociais a educação, trabalho, lazer previdência social, à saúde, entre outros.

O Constitucionalismo Dirigente, explicado por Canotilho, marcou a segunda fase do Constitucionalismo social nos países que tiveram um déficit histórico da concretização de direitos, sobretudo os prestacionais de cunho programático, na tentativa de resgatar as promessas feitas na modernidade, de liberdade e igualdade. Tais valores informadores das ordens constitucionais assumiram uma feição meramente formal, previstas textualmente, mas irrealizadas no plano prático.

A Constituição Brasileira, neste contexto, assumiu a carência da efetividade de direitos sociais, podendo-se dizer que ela é Dirigente. Nesse sentido, a efetividade de direitos das normas programáticas pode ser realizada por meio de públicas concretizadas através da sua juridicização.

Eis que o papel do Poder Judiciário torna-se muito importante, posto que a justiça, do constitucionalismo social, conforme adrede tratada, seja uma justiça não meramente reativa, mas distributiva. Seu dever é interpretar a constituição e as leis de maneira a assegurar o próprio ordenamento jurídico, como principalmente garantir a efetividade de direitos. Caberá aos juízes e tribunais construir um sentido para as normas jurídicas, ponderando direitos fundamentais, valores, princípios e garantias. É nesse viés que se fala da judicialização das políticas públicas.

E nesse sentido é que também se destaca a importância do manejo das ações constitucionais como Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança, Mandado de injunção para a perfectibilização desses direitos.

O Constitucionalismo Fraternal, dentro dessa mesma linha intelectual, tem por escopo precípua sustentar a fraternidade enquanto categoria jurídica, que visa proteger direitos igualmente não realizados. Mas, a classe de direitos que se pretende proteger são os direitos de ordem transindividual, frutos da evolução da terceira dimensão de direitos fundamentais.

Ademais, não apenas nos países periféricos que se encontram com valores da modernidade não realizados, nos centrais também há carência de sua discussão e efetividade. Isto está refletido, sobretudo, nas fontes literárias sobre o tema cuja discussão provém da Europa, sobretudo da Itália.

A fraternidade pode ser referenciada como sinonímia de solidariedade horizontal que difere da solidariedade vertical característica dos direitos sociais. Explica-se. Os direitos sociais também partem da premissa de fragilidade de um grupo de indivíduos, isolada ou coletivamente considerados. Mas neste caso, a relação vertical pressupõe obrigatoriamente um ente superior que tem o dever de cumprir as tarefas, com o fito de realizar direitos e garantir condições de igualdade substancial.

A solidariedade horizontal ou fraternidade pressupõe, por seu turno, relações jurídicas no mesmo plano, não necessitando peremptoriamente de que hajam prestações de um ente superior. Podem ser prestações tanto entre aqueles que estão em um mesmo plano jurídico.

Ao fazer um passeio pela Constituição Federal de 1988 é nítido de se observar que existem diversas prescrições que pretendem resguardar o direito ao desenvolvimento. Ao que se verifica, inclusive, certa dificuldade em dissociar-se o aspecto econômico do social. Neste sentido, a extensa maioria dos dispositivos trata a respeito do direito ao desenvolvimento socioeconômico.

É como deve ser. O Brasil é Estado Democrático de Direito que tem por primado assegurar o exercício dos direitos fundamentais, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.

Um dos fundamentos da democracia brasileira são os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (art. 1, IV) cuja imposição é a de que a atividade empresarial executada no Brasil reconheça que o empreendimento e o lucro não são fins em si mesmo. Os valores sociais são imperativos constitucionais.

Essa harmonia entre princípios de ordem econômica e social, previstos a partir do título VII equalizam que a ordem econômica tem de estar fundada tanto na valorização do trabalho humano quanto na livre iniciativa para assegurar a todos uma existência digna. De modo que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento

nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Do mesmo modo o Art. 5, inciso XXIX equaciona que os autores de inventos industriais gozarão de privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. E, não é demais lembrar que é de competência da União, de acordo com o art. 21, IX, elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

A ordem econômica “é o plexo normativo de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve operar-se a intervenção do Estado no domínio econômico.”²⁹⁸ Esta tem por objetivo principal a regulação da atividade dos agentes econômicos – através de intervenção direta ou indireta- para efetivação do interesse coletivo.²⁹⁹

Nesse sentido é a dicção do art. 192 da CRFB/88 em que o sistema financeiro nacional está estruturado para promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem.

Não se pode negar que as disposições constitucionais referentes à ciência e tecnologia e meio ambiente tem relação com o aspecto socioeconômico do desenvolvimento. Assim:

No primeiro caso, o desenvolvimento tecnológico redundará em proveito da coletividade, implicando, não raro, a melhoria das condições materiais de existência das pessoas, ao passo que o respeito à normativa ambiental conduz à almejada elevação da qualidade de vida.³⁰⁰

De modo que ainda prevê a Constituição que o mercado interno, que integra o patrimônio nacional, e tem de ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional³⁰¹.

Para efeitos administrativos, inclusive, nos termos do art. 43:

²⁹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 679.

²⁹⁹ Ibidem, p. 680.

³⁰⁰ Ibidem, p. 698.

³⁰¹ Este também pode ser perseguido por meio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios através do incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico nos termos do art. 180 da CRFB/88.

[...] a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. § 1º - Lei complementar disporá sobre: II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

E ainda o art. 239, parágrafo 1º enuncia:

Dos recursos mencionados no "caput" deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

3.3 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Os estudos sobre o direito ao desenvolvimento não pararam no adensamento das discussões sobre o desenvolvimento socioeconômico, verdadeira Revolução Ambiental que teve sérias conseqüências sobre o desenvolvimento, propiciando verdadeira ecologização do pensamento³⁰².

Também o meio ambiente entrou na pauta das formulações doutrinárias, muito embora, inicialmente tenha sido considerado como possível entrave ao desenvolvimentismo e industrialização.

O relatório Clube de Roma- os limites do crescimento- de 1972 iniciou o debate sobre o crescimento zero³⁰³ que sugeria que o avanço tecnológico não suportaria o crescimento da população mundial, ocasionando o esgotamento de recursos naturais e aumento da poluição. "A rejeição à opção do crescimento zero foi ditada por óbvias razões sociais. Dadas as disparidades de receitas entre as nações e no interior delas, a suspensão do crescimento estava fora de questão, por isso deterioraria ainda mais a já inaceitável situação da maioria pobre."³⁰⁴

Na conferência de Estocolmo de 1972- que colocou o meio ambiente na agenda internacional- não prevaleceu nem o economicismo nem o fundamentalismo ecológico. Tais posições foram descartadas tendo em vista que apesar do crescimento econômico ser necessário também o era a preservação do meio ambiente.

³⁰²MORIN, Edgard. **Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

³⁰³ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 24.

³⁰⁴ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 52.

Esses debates em Estocolmo conduziram à elaboração de noções importantes para o desenvolvimento, como ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável³⁰⁵ e poluição da pobreza. O ecodesenvolvimento seria definido, em verbete, como desenvolvimento que:

[...] em cada ecorregião, consiste nas resoluções específicas de seus problemas particulares, levando em conta os dados ecológicos da mesma forma que os culturais, as necessidades imediatas, como também aquelas de longo prazo.³⁰⁶

Nesse processo de ecologização do direito, foram sendo editadas diversas normas que tratam da proteção do meio ambiente como um todo. Dentre os períodos em que a questão ambiental mais tem sido discutida, e o último período ocorre a partir da RIO 92 em que a fase é de integração mundial, no qual não existem fronteiras geográficas devendo requerer soluções regionais e globais, visto que o meio ambiente não pode ser separado por fronteiras geopolíticas.³⁰⁷

A referida conferência deu origem a diversos documentos que tratavam, inclusive do tema do desenvolvimento sustentável, tais como o Relatório Brundtland; a Declaração do Rio de Janeiro para o desenvolvimento e Meio ambiente; a Agenda 21, entre outros. Antes tratar mais detidamente destes dois últimos, é necessário tratar desse necessário aproveitamento ponderado do meio ambiente.

O termo sustentabilidade, conforme alerta Ignacy Sachs é utilizado apenas na perspectiva ambiental, mas para o autor, ela comporta ainda outras dimensões: a sustentabilidade social; a cultural; a distribuição territorial dos assentamentos humanos e atividades; a sustentabilidade econômica; a política; e, por fim, a sustentabilidade do sistema internacional para manter a paz.³⁰⁸

A sustentabilidade ecológica ou ambiental toma por pressuposto a preservação do potencial do capital natural na sua produção de recursos renováveis e limitar os renováveis.³⁰⁹ Segundo o Relatório Brundtland – nosso futuro comum:

O desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos chave: o conceito de necessidades, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a

³⁰⁵ Ignacy Sachs coloca como termos sinônimos.

³⁰⁶ KRIEGER, Maria da Graça et al (Org.). **Dicionário de Direito ambiental**: terminologia das leis do meio ambiente. Porto Alegre: Ed. Universidade, UFRGS, Procuradoria Geral da República, 1998, p. 146.

³⁰⁷ ROCHA, Júlio Cesar de Sá. Op. Cit. p. 13.

³⁰⁸ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 71/72.

³⁰⁹ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 86.

máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.³¹⁰

Segundo o Relatório, uma série de medidas deve ser tomada para a promoção do desenvolvimento sustentável, dentre as quais: limitação do crescimento populacional; garantia de recursos básicos (água, alimentos, energia) a longo prazo; preservação da biodiversidade e dos ecossistemas; diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias com uso de fontes energéticas renováveis; aumento da produção industrial nos países não-industrializados com base em tecnologias ecologicamente adaptadas; entre outros

Portanto, nota-se que o ecodesenvolvimento não significa “apenas” a proteção da biodiversidade, mas desenvolver alternativas sustentáveis de recursos naturais, envolvendo pessoas que vivam no entorno das áreas protegidas e fomentando a conscientização da comunidade local para a proteção dessas áreas. “O ecodesenvolvimento requer, desta maneira, o planejamento local e participativo, no nível micro, das autoridades locais, comunidades e associações de cidadãos envolvidas na proteção da área.”³¹¹

O que pretendeu Ignacy Sachs com esse neologismo? Pretendeu, acima de tudo, introduzir uma perspectiva nova para o planejamento econômico. (...) Em outras palavras, pretendeu compatibilizar desenvolvimento e ecologia e um nível primário de desenvolvimento.³¹²

Assim, a tentativa de compatibilizar desenvolvimento com meio ambiente significa considerar que “a política ambiental não deve erigir-se em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, s quais constituem a sua base material.”³¹³

Satisfazer as necessidades humanas essenciais é um dos objetivos do desenvolvimento. Mas é preciso entender que as necessidades são diferentes a depender do nível de desenvolvimento do país, conforme salientado em tópico anterior. Para os países em desenvolvimento (periféricos) uma série de necessidades, como habitação e saneamento básico, por exemplo, ainda não foram atendidas a contento.

³¹⁰ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2 Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 10.

³¹¹ SACHS, Ibidem, p. 73.

³¹² MELLO E SOUZA, Nelson. **Educação ambiental**: dilemas da prática contemporânea. Rio de Janeiro: Thex, 2000, p. 89.

³¹³ MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental**. Gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.

Não se pode impor a esses países de economia periférica as mesmas restrições econômicas de sustentabilidade aplicáveis aos países de economia central. Ou melhor, a política do desenvolvimento sustentável tem de atender as necessidades humanas básicas, respeitando o meio ambiente ecologicamente equilibrado sem aumentar o fosso que separa esses países.

A satisfação das necessidades essenciais depende em parte de que se consiga o crescimento potencial pleno, e o desenvolvimento sustentável exige claramente que haja crescimento econômico em regiões onde tais necessidades não estão sendo atendidas. Onde já são atendidas, ele é compatível com o crescimento econômico, desde que esse crescimento reflita os princípios da sustentabilidade e da não-exploração dos outros.³¹⁴

Outro documento de extrema relevância para o estudo de desenvolvimento sustentável é a Agenda 21³¹⁵, de natureza programática que foi oficializado quando da conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento. São abordados neste documento:

Questões relativas ao desenvolvimento econômico-social e suas dimensões, a conservação e administração de recursos para o desenvolvimento, ao papel dos grandes grupos sociais que atuam nesse processo. São apontados, enfim, meios de implementação de planos, programas e projetos que visem ao desenvolvimento sustentável, ressaltando-se sempre aspectos ligados aos recursos naturais e qualidade ambiental. Aliás, pode-se dizer que a Agenda 21 é a cartilha básica do desenvolvimento sustentável.³¹⁶

A Agenda 21 reconhece os graves problemas pelos quais o mundo passa, como fome, doenças, analfabetismo, deterioração do meio ambiente, entre outros tantos, propondo que se propicie o desenvolvimento através da perspectiva sustentável, utilizando dos recursos naturais com foco igualmente na justiça social.”A Agenda 21 entende se possível satisfazer as necessidades básicas, elevar o padrão de vida de todos, proteger e gerenciar mais eficazmente os ecossistemas e construir um futuro mais próspero e seguro.”³¹⁷

Relativamente aos meios de implementação da Agenda 21 existe a promoção da consciência ambiental e fortalecimento das instituições para o desenvolvimento sustentável,

³¹⁴Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2 Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 47.

³¹⁵ Este documento resultou de relatórios, experiências e posicionamentos anteriores das Nações Unidas como o relatório Dag Hammarskjöld e o Relatório Brundtland, enriquecidos por documentos e posições das organizações não governamentais do meio ambiente. In: MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental**. Gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

³¹⁶ MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental**. Gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 90.

³¹⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 27.

apelando para a consciência dos poderes públicos e da sociedade para aperfeiçoarem o ordenamento jurídico no viés do desenvolvimento sustentável. “A erradicação da pobreza, a proteção da saúde humana, a promoção de assentamentos humanos sustentáveis surgem como objetivos sociais de transcendental importância.”³¹⁸

A doutrina ainda reporta a existência de uma Agenda 21 Brasileira³¹⁹, finalizada no ano de 2002. Este instrumento passou por consulta nacional, bem como foi alvo de inúmeras discussões até ser finalizado. “Num momento da vida nacional, caracterizado pela premência de se buscar um novo pacto social, busca-se também um instrumento adequado para alcançar o objetivo maior, aliás preconizado pela nossa carta magna em seus princípios fundamentais.”³²⁰

Ademais, verifica-se que para além dos princípios fundamentais encartados na CRFB/88, o art. 225 revela a importância do desenvolvimento sustentável e a importância do meio ambiente para o país.

Deste modo, na linha do que recomenda o Relatório Brundtland, visando a proteção de um futuro comum, dessas e das próximas gerações, a Constituição afirma que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nenhum outro texto Constitucional brasileiro demonstrou preocupação com o meio ambiente como a Constituição de 1988; aliás, foi esta que inaugurou a tutela específica ao direito fundamental. As constituições de 1946, tão só fixaram competência legislativa da União para legislar sobre o meio ambiente natural³²¹.

A importância do tema versado reflete-se em todo o texto constitucional. Art. 5 LXXIII³²² que prevê a propositura de ação popular para tutela de dano contra o meio ambiente; o art. 23, VI e VII³²³ que trata da necessidade de todos os entes federativos

³¹⁸ MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental**. Gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 90.

³¹⁹ Ressalta Edis Milaré que a Agenda 21 Brasileira foi precedida de muitas outras tentativas e experiências, seja no âmbito dos Estados, seja nos municípios. Não tem sido possível aferir se essas Agendas estão conseguindo lograr os resultados esperados e efetivos ou se ficaram apenas como boas intenções no papel.

³²⁰ MILARÉ, Op. cit, p. 94.

³²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 716.

³²² LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

³²³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

protegerem o patrimônio natural e o art. 24 ,VI a VIII³²⁴ que trata da competência concorrente para legislar sobre o tema; o art. 129, III³²⁵ que confere ao Ministério Público o dever de assegurar a proteção do meio ambiente, entre outros; do art. 174, parágrafo 3³²⁶ que visa proteger o ecossistema; por fim o art. 186, II³²⁷, da CRFB/88 que se refere ao uso adequado dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

As disposições que, sem dúvida, merecem destaque são o art. 225, já referenciado, bem como o art. 7, XXII e art. 200, VIII³²⁸ que versam sobre o meio ambiente do trabalho; o art. 170, VI³²⁹ que trata do meio ambiente como um princípio geral da atividade econômica, alinhando-se às idéias sobre o desenvolvimento sustentável.

O meio ambiente do trabalho também pode envolver a tutela coletiva ou difusa dos trabalhadores, sobretudo quando a vulneração às normas ambientais trabalhistas determine a expansão do sinistro para além dos muros da empresa.

3.3.1 Sobre o Meio Ambiente do Trabalho e o dano existencial

O conceito jurídico de meio ambiente mais utilizado é definição de meio ambiente em sentido amplo³³⁰ que corresponde a toda natureza natural e artificial, bem como os bens culturais correlatos.³³¹ Nesse viés mais amplo, o meio ambiente seria “a interação do conjunto

³²⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

³²⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

³²⁶ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...) § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

³²⁷ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...) II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

³²⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

³²⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

³³⁰ O conceito de meio ambiente em sentido estrito consiste na expressão do patrimônio natural e a elações entre os seres vivos, apenas.

³³¹ MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental**. Gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 110-111.

de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.³³²

Consoante o art 3º da lei nº 6.938/91 entende-se por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Mas em que consiste o meio ambiente do trabalho?

Para Júlio Cesar Rocha o meio ambiente do trabalho caracterizar-se-ia como a ambiência através da qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano. O meio ambiente laboral não é apenas o espaço interno de uma fábrica ou de uma empresa, mas se estende ao próprio local de moradia ou ao ambiente urbano.³³³

O meio ambiente do trabalho pertence ao regime sistemático do Direito Ambiental, principalmente em sede da proteção dispensada ao meio ambiente pela Constituição Federal e Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.³³⁴ O meio ambiente do trabalho sob o ponto de vista do direito ambiental detém-se também na compreensão do dano ambiental, como no caso das doenças ocupacionais, bem como no seu caráter preventivo.³³⁵

Dada a importância do meio ambiente do trabalho, a Constituição Federal, inclusive, determinou que ao sistema único de saúde (SUS) compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde torna-se direito de todos e dever do Estado e fica estabelecido o acesso universal e igualitário aos e serviços a sua promoção, proteção e recuperação. A prestação do serviço público de saúde não fica adstrita ao trabalhador formal, senão a todos os brasileiros considerados como sujeitos de direitos, independentemente de vínculo empregatício.³³⁶

[...] tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito à saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado.³³⁷

³³² José Afonso da Silva Direito ambiental constitucional.

³³³ ROCHA, Júlio César de Sá da. **A defesa processual do meio ambiente do trabalho**: dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo, Ed. LTr, 2002, p. 30.

³³⁴ ROCHA, Ibidem, p. 30.

³³⁵ ROCHA, Ibidem.

³³⁶ O Movimento da Reforma Sanitária que resultou na Conferência Nacional de Saúde de 1986 propôs a unificação do sistema de saúde e a universalização dos seus serviços, ao contrário do que previa o antigo regime de prestação de assistência médica, o INAMPS. Através deste instituto, o cidadão só gozaria do direito à prestação do serviço de saúde se comprovasse a sua condição de segurado. A amplitude da cobertura ficava restrita às contribuições à Previdência Social.

³³⁷ DALLARI, Sueli. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino, et al. (Org.). **O direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à Saúde. Vol. 4. Brasília CEAD/ UNB, 2008, p. 48.

A reformulação da proteção à saúde ocorreu, no âmbito da Constituição Federal, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), componente do sistema de Seguridade Social, que é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O sistema tem o caráter universalista e democrático que não está, portanto, vinculado à obrigatoriedade de contribuição.

A Criação do Sistema Único de Saúde (SUS) se deu através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 - regulamentada pelo Decreto n. 7.508/11- que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.³³⁸

Em seguida, promulga-se a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros e institui os Conselhos de Saúde e confere legitimidade aos organismos de representação de governos estaduais.

Os antecedentes do SUS remetem a um cenário epidemiológico e de estrutura sanitária, caracterizada pela falta de cobertura e limitações do modelo vigente, relacionados com os grandes problemas de desenvolvimento e dívida social que o país acumulava. Nesta perspectiva, o SUS promove uma transição de um modelo assistencial, vertical, centrado na doença, baseado na prestação de serviços de saúde individual e notadamente curativo, para um modelo completamente novo quanto à lógica de sua organização e dos valores que os constituem.³³⁹

O aludido diploma legal, afinal, fixa ainda os princípios, atribuições, organização, direção e gestão das ações e serviços de saúde executados pelo SUS em relação a cada um dos entes federativos. De modo que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as atribuições que lhe determina a Lei Orgânica de Saúde. Neste sentido, a lei determina às direções nacional, estaduais e municipais as competências previstas nos artigos 16, 17 e 18, respectivamente.

Percebe que, com o fim do INAMPS, foi possível ampliar a democratização da saúde, no país, tornando-a realmente pública. O sistema de descentralização das políticas públicas, nos municípios, significou maior otimização das ações voltadas para a promoção e

³³⁸ O Sistema Único de Saúde nasce trazendo um novo conceito do processo saúde-doença e abriga princípios doutrinários da universalidade, equidade e integralidade para o conjunto das ações em saúde que abrangem um ciclo completo e integrado entre a promoção da saúde, a proteção e a recuperação(SUS,1990).

³³⁹ PEREIRA, Marcio. O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al (Org.). **O direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à Saúde**. Vol. 4. Brasília. CEAD/ UNB, 2008, p. 115.

atendimento da saúde e direito de qualquer cidadão. Ainda outros fatores foram preponderantes, nesse sentido.

Portanto, a Constituição Federal de 1988, art. 200, inciso VIII, determinou que compete ao SUS colaborar com a proteção do meio ambiente, compreendido o do trabalho. De modo que é cristalina a importância que o constituinte originário conferiu ao meio ambiente equilibrado.

O desenvolvimento sustentável tem como um de seus escopos propiciar o crescimento econômico sem desrespeitar os recursos naturais, bem como, tem por dever proteger o meio ambiente laboral para que se atinja, a contento, a dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente do trabalho integra a noção de meio ambiente como bem difuso. Decerto que o requisito dos efeitos de possíveis danos podem atingir uma determinada categoria (coletivo) ou uma massa indefinida de trabalhadores de diversas categorias (difuso) (...) Em suma, o Direito Ambiental do Trabalho, quanto à sua natureza jurídica, nasce como disciplina que integra essa categoria de direitos; não se funda na titularidade de situação subjetiva meramente individual.³⁴⁰

Outro ponto muito importante que tem sido discutido pela doutrina e pela jurisprudência acerca do meio ambiente do trabalho é o dano existencial. Nessa perspectiva da realização da dignidade da pessoa humana, com primado no desenvolvimento sustentável e também humano – que se verá a seguir- é preciso tratar do que se vem entendendo por dano existencial.

A doutrina majoritária, bem como a própria lei, advertem àquele que, por ato ilícito, causa um dano a outrem o dever de repará-lo. A função precípua da responsabilização é reparadora, prestando-se ao fim de tentar minimizar as consequências de ato ilícito em face de um bem jurídico. Para Maria Helena Diniz³⁴¹ dano consiste na lesão, equivalente à diminuição ou destruição, que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa ou mesmo dada coletividade, em detrimento de sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.

O dano à existência do trabalhador é decorrente de condutas patronais que impossibilitam-no relacionar-se em sociedade por meio de atividades afetivas, espirituais, culturais, esportivas, de descanso; indispensáveis ao seu bem-estar físico e psicológico.

Segundo Alvarenga, além dos elementos inerentes à qualquer forma de dano, o dano existencial tem dois elementos, quais sejam o dano ao projeto de vida e o da vida das relações.

³⁴⁰ ROCHA, Júlio Cesar de Sá. Direito Ambiental do trabalho: reflexo da contemporaneidade. **Revista de Direito Sanitário**, Vol.3, n.1, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/81488/85046>> Acesso em: 12 de dez 2016, p. 125.

³⁴¹ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva 1993. v. 7, p. 48.

Hidemberg Alves da Frota, observa que o direito ao projeto de vida somente é efetivamente exercido quando o indivíduo se volta à própria autorrealização integral, direcionando sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, aos objetivos e às ideias que dão sentido à sua existência. Quanto à vida de relação, o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas (...) Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, conseqüentemente, o seu relacionamento social e profissional.³⁴²

Portanto, verifica-se que o dano existencial ocorre quando os empregados estão sujeitos, por exemplo, ao acúmulo laboral superior à quantidade de horas extra suportáveis, bem como, ainda afirma a doutrina, por falta de equipamentos que facilitem o desempenho físico das atividades laborativas diárias. Todos esses fatos e alguns outros podem ocasionar, dentre outras conseqüências, instabilidade psíquica, a vergonha, a humilhação, a dor existencial.³⁴³

Com efeito, verifica-se que a proteção ao meio ambiente do trabalho torna-se componente essencial para a melhoria de uma gama difusa de indivíduos, considerando o objeto de proteção o gênero humano, neste caso o trabalhador, na perspectiva e de acordo com as características de um Direito Fraternal.

Livre da obsessão de identidade, pois não se preocupa com o meio ambiente do trabalho como conjunto de bens de titularidade privada; é um direito jurado em conjunto, de ordem difusa que não se deve nem se pode separar em mínimos componentes; sugere uma antropologia de deveres, pois não é apenas o Estado, mas a sociedade a destinatária da sua proteção; é direito humano, inclusivo, que destitui o “o jogo amigo-inimigo”.³⁴⁴

3.4 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO: CIDADANIA E JUSTIÇA SOCIAL

Cumprir afirmar que por opção metodológica preferiu-se agrupar o direito ao desenvolvimento humano em item separado dos demais. Isto porque, a perspectiva de desenvolvimento escolhida para este trabalho tem seu cerne no caráter relacional da pessoa

³⁴² ALVARENGA, Rúbia; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O dano existencial e o direito do trabalho.** Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.as> Acesso em: 02 jan. 2017.

³⁴³ Ibidem

³⁴⁴ RESTA, Eligio. **O direito fraternal.** Trad. e coordenação de Sandra Regina Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 134.

humana, partindo-se do ideal revolucionário – que não pode mais ser visto como um ideal- , a fraternidade.

A noção de desenvolvimento humano parte de uma concepção holística de proteção dos direitos fundamentais, em que se busca a dignidade da pessoa humana por meio do progresso econômico e social, sem esquecer da necessidade de proteção de outros bens coletivos da sociedade. Portanto, alinha a perspectiva econômico-social e sustentável do desenvolvimento. A pessoa humana e os povos são os sujeitos centrais do processo de desenvolvimento.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, levando em consideração a cooperação internacional para resolver os problemas de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e visando promover e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais para todos -sem distinção de raça, sexo, língua ou religião-; reconhece que o:

[...] desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.³⁴⁵

Verifica-se que as concepções de desenvolvimento centradas ora no desenvolvimento econômico, ora no desenvolvimento social, apenas, tornaram-se insuficientes para atingir um padrão mínimo de dignidade da pessoa humana. O foco principal passou a tentar conferir, ainda mais, uma expressão humanista ao direito ao desenvolvimento social.³⁴⁶ Nesse sentido, “(...) a questão do desenvolvimento abarca além da questão do crescimento, a dimensão social, e abarca temas como democracia, justiça social e autonomia estatal.”³⁴⁷ E nesse sentido foi elaborada a Resolução nº 2626 (XXV) da Assembléia das Nações Unidas que instituiu a Estratégia de desenvolvimento internacional, iniciando as discussões sobre a necessidade de assegurar o desenvolvimento humano.

On the threshold of the 1970s, Governments dedicated themselves anew to the fundamental objectives enshrined in the Charter of the United Nations twenty-five years ago to create conditions of stability and well-being and to ensure a minimum

³⁴⁵ Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento. Adotada pela resolução 41/128 da Assembléia Geral das ações Unidas, de 4 de Dezembro de 1986. Disponível em:<http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_5.htm> Acesso em: 12 nov. 2016.

³⁴⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. A cúpula mundial sobre o desenvolvimento social e os paradoxos de Copenhague. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n .1. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1997, p. 148-149.

³⁴⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 30.

standard of living consistent with human dignity through economic and social progress and development.³⁴⁸

Também consignou tal documento que o principal objetivo do desenvolvimento seria implantar melhoria sustentada no bem-estar do indivíduo que não seria atingido acaso existisse desigualdade e injustiça sociais.³⁴⁹

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento passou, na década de 90, a elaborar relatórios relacionados ao desenvolvimento humano. Tais relatórios baseavam-se em novos estudos tinham por base novos documentos convencionais de proteção ao direito ao desenvolvimento, dentre eles, a declaração das nações unidas sobre o Direito ao desenvolvimento de 1986 e Resolução 41/133 de 1986, bem como sobre as idéias de Amartya Sen sobre o desenvolvimento.³⁵⁰

O desenvolvimento como expansão das liberdades reais foi doutrina elaborada por Amartya Sen. Nesse sentido a expansão da liberdade é considerada tanto como o fim primordial como o principal meio do desenvolvimento.³⁵¹ Para este autor, a liberdade exerce papel constitutivo, alterando a análise do desenvolvimento. Nesse sentido, a participação e a dissensão política são partes do próprio desenvolvimento.

A liberdade global é composta direta ou indiretamente das liberdades instrumentais, que completam umas as outras, quais sejam as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais³⁵², as garantias de transparência e a segurança protetora. Essa abordagem contraria a crença de que “o desenvolvimento humano é realmente um tipo de luxo que apenas os países mais ricos podem se dar.”³⁵³

O desenvolvimento é visto na concepção de Sen, como o alargamento das liberdades das pessoas, objetivo para o qual o crescimento econômico é um instrumento, capaz de remover restrições e obstáculos como a pobreza, o analfabetismo, a fome, a doença, mas não o objetivo em si próprio.³⁵⁴

³⁴⁸ Preâmbulo. Tradução livre: Na década de 1970, os Governos dedicaram-se de novo aos objectivos fundamentais consagrados no capítulo das Nações Unidas, há vinte anos atrás, para criar condições de estabilidade e bem-estar e assegurar um padrão de vida mínimo compatível com a dignidade humana através de Progresso económico e social e desenvolvimento. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/91/IMG/NR034891.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 02 dez 2016

³⁴⁹ ANJOS FILHO, *ibidem*, p. 32.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 31.

³⁵¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 52.

³⁵² Que são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde, etc que influenciam nas liberdades substantiva di indivíduo viver melhor. Ela é fator de grande importância para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas.

³⁵³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 58.

³⁵⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 33.

Deste modo, o objetivo do desenvolvimento para Sen está relacionado com a avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. Essas liberdades dependem de condicionamentos sociais, econômicos e políticos. Essa liberdade global realiza-se por meio das liberdades instrumentais que se inter-relacionam. O processo de desenvolvimento humano é influenciado fatalmente por essas relações, ou seja, os fins e os meios do desenvolvimento exigem a liberdade. Mas as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas. “O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação e não de entrega sob encomenda.”³⁵⁵

De maneira que, para o autor, desenvolver-se significaria libertar-se das sistematizadas tirania, das desigualdades sociais, da intolerância, dos serviços públicos de má qualidade. “Quando as pessoas têm as oportunidades adequadas tornam-se capazes de moldar seu próprio destino e ajudarem umas às outras, razão pela qual elas não devem ser vistas apenas como beneficiárias passivas dos projetos de desenvolvimento(...)”³⁵⁶

A idéia de desenvolvimento, como fartamente salientado, não pode estar associada apenas a aspectos quantitativos, mas qualitativos. O programa das nações unidas para o desenvolvimento (PNUD) seguiu como reflexo da Declaração das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Ele elabora relatórios globais anuais de desenvolvimento humano, a partir dos quais inclusive foi possível elaborar relatórios nacionais.

O Programa das nações Unidas para o desenvolvimento passou a trabalhar com as noções de desenvolvimento humano, tomando por base as ideias de Sen. A partir dessa realidade, o primeiro relatório sobre desenvolvimento humano trouxe o Índice de desenvolvimento humano que tinha por objetivo estabelecer uma forma adequada de se medir o desenvolvimento.

O enfoque do autor foi decisivo não só na formulação, mas, também, na evolução conceitual do desenvolvimento humano, o que se nota desde o primeiro relatório de 1990. Além disso, Amartya Sen teve participação intensa e efetiva na criação do Índice de desenvolvimento humano (IDH).³⁵⁷

Utiliza, portanto o IDH³⁵⁸ de parâmetros como o Produto interno Bruto (PIB) ajustado ao poder aquisitivo da moeda; a educação e a expectativa de vida. O processo conduzido pelo

³⁵⁵ SEN, *ibidem*, p. 71.

³⁵⁶ ANJOS FILHO, *ibidem*, p. 33.

³⁵⁷ ANJOS FILHO, *ibidem*, p. 32.

³⁵⁸ O relatório de desenvolvimento humano de 1996 listou cinco situações e que o crescimento não seria um dado positivo, devendo ser evitado: o crescimento sem emprego, crescimento desumano; crescimento sem direito á opinião; crescimento desenraizado; crescimento sem futuro.

custeio público priorizando a provisão de serviços sociais como saúde e educação básica reduzem a mortalidade e melhoram a qualidade de vida. Por exemplo, “apesar de seus níveis de renda baixíssimos, os habitantes de Kerala, China ou Sri Lanka apresentam níveis de expectativa de vida imensamente mais elevados do que as populações mais ricas como Brasil.”³⁵⁹

Com base em comparações entre países alguns autores constataram que a expectativa de vida realmente tem uma correlação significativamente positiva com o PNB per capita, mas essa relação funciona sobretudo por meio do impacto do PNB sobre as rendas dos pobres e os gastos públicos com serviços de saúde em especial.³⁶⁰

O resultado advindo dessa relação não demonstraria que a expectativa de vida não se eleva com o crescimento da renda per capita, porém indicaria que a relação tenderia a funcionar por meio do gasto público com serviços de saúde e por meio do êxito na eliminação da pobreza.

A expansão das oportunidades sociais serviu para facilitar o desenvolvimento econômico com o alto nível de emprego, criando também circunstâncias favoráveis para a redução da taxa de mortalidade e para o aumento da expectativa de vida. O contraste é nítido com outros países de crescimento elevado, como o Brasil, que apresentaram um crescimento do PNB *per capita* quase comparável, mas também têm uma longa história de grave desigualdade social, desemprego, descaso com a saúde.³⁶¹

Deste modo, percebe-se que a idéia de desenvolvimento pressupõe que existam diversas mudanças na sociedade em um processo de mobilidade intermitente. O desenvolvimento econômico quando heterogeneizador estiver associado à exclusão social tem-se o que a doutrina chama de desdesenvolvimento³⁶². Conforme tudo o que foi exposto acima, verifica-se que a Constituição Brasileira adota o modelo humanista de desenvolvimento. Apesar de só encontrarmos uma ocorrência expressa do termo desenvolvimento humano, no art. 216-A, o espírito do texto constitucional conclama essa proteção. O Art. 216-A assim dispõe:

O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta

³⁵⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 64

³⁶⁰ ANJOS FILHO, *ibidem*, p. 61.

³⁶¹ ANJOS FILHO, *ibidem*, p. 62.

³⁶² ALVES, José Augusto Lindgren. A cúpula mundial sobre o desenvolvimento social e os paradoxos de Copenhague. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, 1, Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1997, p. 148.

de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

Este dispositivo parece sintetizar quase todas as premissas supramencionadas. Fomenta a participação dos destinatários das normas, através da democracia; concebe a implementação de políticas públicas pelo Estado, diferencia a idéia de crescimento à de desenvolvimento.

O desenvolvimento econômico de um país deve ser considerado como condição para realização da prestação dos direitos sociais. Neste sentido, o Estado atua como ente econômico que tem de respeitar os limites orçamentários sem, no entanto, deixar de atender a sociedade, fornecendo meios materiais para a existência digna de seus cidadãos através das prestações sociais. É a exigência da democracia material.

Estado Democrático de direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.

A fraternidade contribui para dar substância a essa igualdade, superando não só a mera dimensão da ajuda e da assistência (...) A fraternidade propõe-se a compreender quem é o outro sujeito com o qual se deve cooperar, com todas as suas características, potencialidades e riquezas, limites e necessidades, dando atenção ao aspecto global, não apenas econômico (...) Para que isso aconteça, é necessário um despojamento das próprias categorias e dos próprios parâmetros de desenvolvimento (...) de modo que surja o caminho para o desenvolvimento ou que, a partir da relação fraternal, possam aparecer necessidades e perspectivas que não eram evidentes até o momento.³⁶³

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É cristalina a intenção do constituinte originário de associar os valores econômicos à dignidade da pessoa humana. Portanto, o desenvolvimento nacional comporta em sua finalidade a realização dos objetivos fundamentais da república brasileira e a efetivação da dignidade da pessoa humana. Alcançar o desenvolvimento nacional é o mesmo que atingir o desenvolvimento humano.

³⁶³ AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 151.

Dessa maneira, em termos constitucionais, o desenvolvimento nacional: a) não se confunde com o mero crescimento econômico; b) possui vínculo direto com a dignidade da pessoa humana; c) constitui ao mesmo tempo, finalidade e objetivo da República Federativa do Brasil; d) porta uma natureza obrigatória; e) é diretamente proporcional à concretização dos objetivos constitucionais da nossa república e; f) deve considerar o todo da nação, refletindo a realidade do Estado multicultural e multiétnico e assumindo uma natureza dialógica por meio do diálogo intercultural.³⁶⁴

Nos termos do art. 2 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento; e todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.

Sustenta-se, portanto, na perspectiva do Constitucionalismo fraterno, o papel da responsabilidade para a efetividade de direitos fundamentais. Por óbvio que não se está aqui dessumindo que o Estado não tem papel ativo na concretização de tais direitos, por de fato é um poder-dever. O que se pretende enfatizar na ótica do desenvolvimento humano é a lógica da responsabilização do sujeito humano pela aplicação e regulação das normas que prevejam a sua concretização.

O Estado, em seu papel ativo, atua de modo que a esfera juridicamente protegida do cidadão seja por ele velada. O modelo de organização federativa dos entes públicos tem de ser usado em prol das garantias constitucionais, o que corresponde afirmar que todos os entes federativos são responsáveis pelo respeito e garantia ao direito ao desenvolvimento humano, solidariamente.

O ativismo judicial, nesse contexto, aparece como um modo específico de interpretar e aplicar os ditames constitucionais, expandindo o seu sentido e alcance. O ativismo judicial aparece de modo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e

³⁶⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 235.

independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁶⁵

Logo, resta clara a função que tem de ser desempenhada pelo Poder Judiciário dentro de um Estado Constitucional Democrático. Seu dever é interpretar a constituição e as leis de maneira a assegurar o próprio ordenamento jurídico, como principalmente garantir a efetividade de direitos, sobretudo a efetividade do direito ao desenvolvimento. Caberá aos juízes construir um sentido para as normas jurídicas, ponderando direitos fundamentais, valores, princípios e garantias.

Mas é dever de toda a pessoa buscar o desenvolvimento de seu povo e até da comunidade mundial que não pode ser atribuída exclusivamente à esfera pública. O direito ao desenvolvimento “traz consigo uma espécie de obrigação de criar comportamentos ativos”.³⁶⁶

De que forma isso seria possível? Essa participação pode ser feita através das organizações não governamentais ou pela sociedade civil, mas, sobretudo, através da tomada de consciência da pessoa humana socialmente responsável.

A declaração, no artigo 8, parágrafo 2, ressalta a importância da participação popular como instrumento do desenvolvimento e da realização de direitos, visando a participação direta para a implementação de políticas de desenvolvimento, em que os próprios beneficiários das ações de desenvolvimento delas participem. Os próprios Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Ao julgar o desenvolvimento econômico não é adequado considerar o PNB ou de alguns outros indicadores de expansão econômica global. Precisamos considerar o impacto da democracia e das liberdades políticas sobre a vida e a capacidade dos cidadãos (...) os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada.³⁶⁷

A Constituição Federal é taxativa ao afirmar que a República Federativa do Brasil é Estado democrático de direito que tem como um de seus fundamentos a cidadania. A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor

³⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >. Acesso em: 05 abr. 2017, p. 04.

³⁶⁶ AQUINI, Marco. *Fraternidade e Direitos Humanos*. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 145.

³⁶⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 178.

igual para todos, bem como mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. Desenvolver e fortalecer o sistema democrático é essencial ao processo de desenvolvimento.

É preciso ressaltar que a cidadania comporta acepção ampla que se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Nesta acepção, há vinculação do Estado à obrigação de destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais.

[...] uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. Se é certo que a democracia é o governo segundo a vontade da maioria, não menos exato é afirmar que o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais.³⁶⁸

Isso quer dizer que o reconhecimento da cidadania em um sistema político está relacionado diretamente à sua capacidade de garantir às pessoas o direito à liberdade, à igualdade substancial, à educação, à saúde, ao trabalho, aos direitos políticos.

Tem-se, assim que a cidadania abrange os direitos políticos, mas não deve ser a eles limitada, porquanto a sua incorporação ao status constitucional de um dos fundamentos do Estado brasileiro tece uma rede de proteção em torno das pessoas, reforçando a idéia de que a sociedade política, criada a partir de 1988, deve porfiar pela consecução dos direitos e garantias fundamentais, inclusive por força de adoção de iniciativas públicas destinadas a fazer com que o indivíduo se torne um cidadão-efetivo usuário dos bens e serviços decorrentes do desenvolvimento econômico.³⁶⁹

O Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático.³⁷⁰

³⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade**: teoria e prática. 4. Ed. Rev. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 360.

³⁶⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, (versão digital), p. 254.

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 07.

Para além da participação popular por meio do exercício dos direitos políticos, não se pode esquecer que existem outros elementos conformadores da “realidade constitucional”.

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e procedimentos formalizados.

A questão transmuda-se de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Essa é a nova tese que deve ser feita sobre a interpretação constitucional. “Os critérios devem ser abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”³⁷¹

Propõe-se, pois a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado *numerus clausus* de intérpretes da constituição.³⁷²

Tradicionalmente considera-se atividade interpretativa aquela realizada de forma consciente e intencional tendente a extrair sentido de uma norma jurídica (ou de um texto). Mas para o desenvolvimento realista e uma interpretação constitucional devem ser considerados todos os participantes da interpretação pluralista ou dita democrática. “Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.”

Constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). Para conteúdos e métodos, isto se aplica de forma limitada. Fundamentalmente, o processo político deve ser (e deve permanecer), tanto quanto possível, aberto, devendo também uma interpretação ‘diversionista’ ter oportunidade de ser sustentada, em algum momento.

Dentro desta perspectiva humanista, democrática e de ampliação da interpretação constitucional, talvez se esteja diante do que Peter Habermas denominou por Estado Constitucional Cooperativo. Ele ainda não está concretizado, mas encontra-se em desenvolvimento.

³⁷¹ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997, p. 13.

³⁷² Ibidem, p. 13.

Para o autor o Estado Constitucional cooperativo visa a abertura para relações internacionais com objetivo de aplicar medidas eficientes para a realização de direitos fundamentais. Está baseada na “solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras, com assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado”³⁷³

Isto posto, a noção de desenvolvimento humano parte de uma perspectiva não só das responsabilidades do Estado em aplicar as políticas públicas devidas para a concretização dos direitos fundamentais a saúde, educação, moradia, saneamento, entre outros; mas também da possibilidade de se responsabilizar os próprios destinatários destas normas. A concepção de estado constitucional cooperativo de Habermas dialoga perfeitamente com a noção e objetivos da fraternidade.

Consoante a Declaração do Milênio são valores fundamentais a liberdade, a igualdade e a fraternidade, chamada de solidariedade. Esta conclama que os problemas sejam enfrentados de modo que os custos e as responsabilidades sejam distribuídas com justiça de acordo com o princípio da justiça social.

Neste sentido, a responsabilidade pela gestão do desenvolvimento socioeconômico tem de ser partilhada por todos.

Estamos empenhados em fazer do direito ao desenvolvimento uma realidade para todos e em libertar toda a humanidade da carência. Em consequência, decidimos criar condições propícias, a nível nacional e mundial, ao desenvolvimento e à eliminação da pobreza. (...) Reafirmamos o nosso apoio aos princípios do desenvolvimento sustentável, enunciados na Agenda 21, que foram acordados na Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento. Decidimos, portanto, adotar em todas as nossas medidas ambientais uma nova ética de conservação e de salvaguarda.³⁷⁴

E ainda “não pouparemos esforços para promover a democracia e fortalecer o estado de direito, assim como o respeito por todos os direitos humanos e liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos, nomeadamente o direito ao desenvolvimento.”³⁷⁵ Atesta-se que o direito ao desenvolvimento humano é tema de pauta prioritária do século XXI.

Diante desta ordem de idéias que parte do pressuposto de que os indivíduos com adequadas oportunidades podem e devem ajudar-se mutuamente, não se pode esquecer de

³⁷³ Idem, 2007, p. 71.

³⁷⁴ Nações Unidas. Declaração do Milênio. Cimeira Do Milênio. Nova Iorque, 6-8 de Setembro de 2000. Disponível em: < <https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

³⁷⁵ Op. cit.

elemento importante nesta equação que é a liberdade instrumental relacionada aos direitos dos grupos vulneráveis.

3.4.1 O papel dos grupos vulneráveis e o direito ao desenvolvimento humano

O direito ao desenvolvimento, na perspectiva da fraternidade, é e deve ser concebido centrado na sua dimensão coletiva. O desenvolvimento humano, que abrange os aspectos sociais, econômicos, ambientais precisa sobressair do plano individual para abranger as coletividades.

O desenvolvimento de um indivíduo não pode trazer o desenvolvimento que se espera e nessa idéia de se humanizar as coletividades, centrar as atenções nos grupos vulneráveis é o ideal para se conceber a efetividade do direito ao desenvolvimento dentro do constitucionalismo fraterno.

O direito ao desenvolvimento tem de atender de maneira específica, então, aos grupos vulneráveis, inclusive, porque em um mundo multicultural, como bem diz boaventura de Sousa Santos, existem expressões de diversas identidades que tem de ser igualmente respeitadas.

Tais grupos, por força das suas características culturais e da sua vulnerabilidade devem ter tratamento jurídico diferenciado, que agasalhe uma noção de desenvolvimento particular, a qual repercute no seu direito ao desenvolvimento e, por conseguinte, no planejamento das políticas públicas empreendidas pelo Estado.³⁷⁶

Obviamente, pela miríade de detalhes característicos que cada grupo vulnerável apresenta, não pretende – e nem seria possível- esgotar as nuances de cada um deles. A intenção é tecer considerações gerais a respeito de alguns deles, a fim de verificar, no próximo capítulo, como a garantia do direito ao desenvolvimento, sob o olhar fraterno, tem sido realizada na prática.

A Constituição Federal de 1988 tem espírito eminentemente fraterno, pois, ao longo de todo o seu texto é possível encontrar diversas disposições que contemplam segmentos da sociedade que foram historicamente desfavorecidos e têm dificuldades de transitar em diversos espaços institucionais com a mesma desenvoltura de outros segmentos.

³⁷⁶ ANJOS FILHO, op. cit., p. 218.

Os arts. 231 e 232 reconhecem aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. São consideradas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os quilombolas. Neste sentido, a Carta Magna estabelece que ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Os Atos das disposições constitucionais transitórias, art. 68, determina que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. De modo que “Têm sido elaborados projetos e programas, assim como os governos têm institucionalizado estruturas administrativas de Estado, como Ministérios, Secretarias e instâncias colegiadas, como a Comissão Nacional do Desenvolvimento Sustentável dos povos e comunidades tradicionais.”³⁷⁷

O decreto nº 6.040/2007 estabelece o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, assim como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desprezar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade.

A proteção também se estende à não discriminação com relação a cor da pele, sendo que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo repúdio ao racismo, considerando a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

De igual modo, a Constituição brasileira reconhece a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de

³⁷⁷ ROCHA, Júlio Cesar de Sá; SERRA, Ordep. **Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais**. EDUFBA: Salvador, 2015, p. 15.

deficiência; a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, bem como a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. O Estado também tem por dever a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

A modificação implementada pela EC 65/2010 determinou a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Ademais, também é consabida a proteção que a Constituição e a legislação infraconstitucional confere relativamente a tratamento não discriminatório em relação ao gênero. É direito fundamental, consagrado no art. 5, I da CRFB/88 e é sucedâneo da dignidade da pessoa humana.

Às crianças e adolescentes tem de ser protegidos, sobretudo por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, sujeitos importantes que compõem o núcleo familiar. A família é a base da sociedade e tem de ter especial proteção do Estado, e para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Nesse mesmo sentido, como se verá, no próximo capítulo, a união estável homoafetiva também tem de ser protegida como núcleo familiar, pelo Estado.

Do mesmo modo que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Neste sentido, o Estado tem de promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente, admitindo-se a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas.

A família, a sociedade e o Estado têm o dever igualmente de amparar as pessoas idosas, assegurando-lhes a participação na comunidade, defendendo-lhes a dignidade e bem-estar e o direito à vida.

4 O CONSTITUCIONALISMO FRATERO E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: INSTRUMENTOS DE GARANTIA APLICÁVEIS

Um dos pontos mais controversos ao se tratar da fraternidade é sobre a dificuldade que existe de se alinhar a teoria fraterna à sua prática, sobretudo dando-lhe contornos jurídicos. Este capítulo tem a intenção de trazer a lúmen a aplicação da teoria do Direito Fraterno na práxis jurídica dos tribunais, como meio de concretização do direito ao desenvolvimento de modo integral, humanista. Ademais, serão abordados alguns instrumentos constitucionais para garantia da tão almejada efetividade.

Esse problema de fundamentação da fraternidade ocorre, porque existe um abismo entre a utopia e a prática fraterna. “Quando indagadas sobre o fundamento do agir fraterno, as pessoas costumam recorrer ao argumento do mundo melhor, sem questionar-se sobre a natureza distinta do ideal e do real.”³⁷⁸

Nesse sentido, o uso da teoria deve ser observado e utilizado com muita cautela, pois a fraternidade poderia ser usada como argumento equivocado para diversas ideologias. Deste modo, a fraternidade deve ser desenvolvida de acordo com “uma teoria geral” que seja dotada de racionalidade, impedindo-a de ser distorcida, de ser utilizada como ideologia para que se consiga conectar a utopia à prática fraterna. Não que seja fácil, mas é caminho possível. É uma aposta³⁷⁹.

Portanto, podemos definir fraternidade em seu sentido prático como um complexo de elementos (o algo) a ela distintos, mas a ela constitutivos, e de elementos espirituais (internos ao sujeito), sintetizados na ação (cujo sentido é dado historicamente pela cultura), que atuam no reconhecimento e ressignificação da alteridade. A dialética da fraternidade é uma concepção não ideológica de fraternidade, que busca demonstrar seu modo de funcionamento, expresso discursivamente como outros fenômenos. Claro que o agir fraterno é um fenômeno muito mais complexo, e sua análise deve envolver elementos, tais como: a racionalidade, conflito de visões de mundo, sensações, emoções e interesses.³⁸⁰

A fraternidade jurídica é a que se pretende dar efetividade e ser colocada em prática, enquanto arcabouço jurídico apto a dar efetividade a direitos fundamentais, sobretudo o direito ao desenvolvimento.

³⁷⁸ FERRAZ, Adilson Silva. **O direito como regulador do discurso ideológico da fraternidade em uma sociedade pós-liberal**. Dixi 21. Junio de 2015. Pág. 27. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i21.977>, p. 36.

³⁷⁹ RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coordenação de Sandra Regina Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

³⁸⁰ FERRAZ, Op. cit, p. 37.

A fraternidade ideologizada ou “moral”³⁸¹ consiste em atributo interno do próprio homem; a fraternidade juridicizada é “atributo exterior que conecta os dois âmbitos.”³⁸² Todavia, conforme enunciado nos capítulos anteriores, a fraternidade não é vista só no campo do “possuir direitos”, mas sobretudo em uma ética da responsabilidade. É dever do Estado, mas também dos sujeitos, “mandado de cumprimento de direitos fundamentais.”³⁸³

A proposta aqui é instigar, sugerir, fazer refletir. Não existem respostas prontas, Mas a fraternidade pode associar-se ao direito para impulsioná-lo à eficácia, ao altiplano da efetividade das normas que é, sem dúvida, o maior exemplo da aplicação prática da fraternidade.

4.1 AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL: A IGUALDADE EM DIGNIDADE

a) Ação Civil Pública

Como foi explorado no 1º capítulo, verificou-se que as Constituições brasileiras de 1934 e 1946 e advento da lei nº 4.717/65 e da lei nº 7.347/85 inaugurou o que a doutrina denominou como fase da proteção taxativa dos direitos massificados. Essa segunda fase caracterizou-se por uma proteção fragmentária dos direitos transindividuais.

Significava dizer que apenas os direitos transindividuais que estavam taxativamente previstos em lei poderiam ser considerados objetos de proteção. “[...] os sistemas implantados inicialmente pela ACP era o da taxatividade da tutela jurisdicional coletiva, pois seu art. 1 arrolava taxativamente quais direitos ou interesses transindividuais poderiam ser objeto material da Ação Civil Pública.”

Percebe-se que pairava, até então, um ar de insegurança doutrinária e legislativa ainda a respeito do tema, no entanto, a promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase do processo de proteção desses direitos.

Ações civis públicas têm alguns legitimados para a sua propositura, são eles as pessoas jurídicas de direito público, pessoas da administração indireta, a Defensoria Pública, as

³⁸¹ FERRAZ, Adilson Silva. **O direito como regulador do discurso ideológico da fraternidade em uma sociedade pós-liberal.** Dixi 21. Junio de 2015. Pág. 27. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i21.977>, p. 38.

³⁸² Ibidem, p. 38.

³⁸³ Ibidem, p. 38.

associações constituídas há pelo menos um ano e que sejam preordenadas, institucionalmente, à proteção dos interesses difusos e coletivos.

Por fim, o Ministério Público que no artigo 129, III da CRFB/88 que prevê a proteção de “outro interesses difusos e coletivos”, bem como concede a titularidade ao Ministério Público para o seu manejo em defesa destes interesses,³⁸⁴ quando, por exemplo, em linha de afirmação dos direitos sociais de trabalhadores. De modo que é instrumento que apto a dar maior efetividade ao “direito ao desenvolvimento, desde que se saiba que os valores percebidos pelo empregado quando da rescisão poderão possibilitar aquisição de moradia própria, prover educação aos filhos, dentre outras providências destinadas ao desenvolvimento pessoal e familiar.”³⁸⁵

A natureza jurídica da Ação Civil pública é de ação de rito especial que pode ser intentada contra pessoa física ou privada. A Constituição Federal, conforme salientado, no art. 129, III atribuiu ao Ministério Público a competência de promover a Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Verifica-se assim, pela redação constitucional que o rol de bens jurídicos que pode ser protegido por meio desta Ação não é exaustivo. A lei 7.347/85 menciona como bens objeto de proteção o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, turístico, histórico, a proteção contra infrações à ordem econômica e urbanística.

Há ainda quem defenda que existe a possibilidade de intentar Ação Civil Pública de improbidade administrativa que pretende o reconhecimento judicial de condutas previstas como ímprobos, nos termos da lei 8.429/92. Isto posto, é de se investigar, como os tribunais têm aplicado e sem têm aplicado o Direito fraterno como mecanismo de efetividade do direito ao desenvolvimento integral e humano.

Muito embora ainda não haja, na jurisprudência, julgado específico em que se condena empregador por dano existencial causado ao empregado em sede de Ação Civil Pública; tal não significa que não possa ocorrer futuramente. Deve-se chamar a atenção para a proteção do meio ambiente do trabalho, através do instrumento constitucional da ACP, por isso mesmo é que não soa desarrazoado aventar tal possibilidade.

³⁸⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

³⁸⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge, Direito ao Desenvolvimento e Responsabilidade do Estado. O Dano Nacional. O Papel do Ministério Público. **Revista Do ministério Público do Trabalho na Bahia**/ Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia. nº 5, Salvador, 2015, p. 198.

A jurisprudência já tem assegurado ao trabalhador indenização por dano existencial, conforme visto no capítulo anterior. Assim, a jurisprudência tem considerado dano existencial como espécie de dano imaterial cuja característica precípua é a frustração do projeto de vida do trabalhador, “impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador.”³⁸⁶

No Recurso de Revista 103474.2014.515.0002, de relatoria de José Roberto Freire, o TST afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, sem folga compensatória, inclusive trabalhando aos domingos. Considerou-se que referido labor, sem descanso, que lhe deve ser assegurado, corresponde à limitação na vida pessoal.

O entendimento que tem prevalecido na Corte Trabalhista é o de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial, mas no caso *sub iudice* não seria apenas sobrelabor realizado dentro de limites da tolerância, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando os direitos fundamentais do trabalhador, o direito à sua dignidade, o direito ao seu projeto de vida.

b) Ação Popular

Como é cediço, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Verificou-se, no capítulo anterior, a importância do exercício da cidadania enquanto instrumento para garantia da efetividade do direito ao desenvolvimento na sua perspectiva integral. Ou melhor, a ação popular, regulada por meio da lei nº 4.717/65, é instrumento de participação política dos cidadãos. Conseqüência da democracia representativa.

A ação popular visa tutelar a moralidade administrativa, meio ambiente e o patrimônio cultural. O cidadão é legitimado cívico para propor a ação em busca de interesses coletivos. E é nesse sentido que se pode afirmar que essa garantia constitucional está apta a promover a

³⁸⁶ BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. TST - RR: 10347420145150002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255981707/recurso-de-revista-rr-10347420145150002/inteiro-teor-255981741?ref=juris-tabs#>>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

garantia do direito fundamental ao desenvolvimento, na perspectiva da fraternidade. Senão vejamos.

Qualquer cidadão, seja em seu aspecto amplo ou restrito, pode propor a ação para a tutela do meio ambiente eventualmente lesionado. Está-se diante de uma tutela que visa resguardar direitos da coletividade difusamente considerada. Essa ação pode propiciar, por exemplo, a melhoria das condições de vida de populações ribeirinhas que tenham sido prejudicadas com a poluição do Rio.

O julgamento da Pet 3388³⁸⁷ (que teve origem no ajuizamento de Ação Popular) proposta em face da União, em maio de 2005, impugna o modelo de demarcação da terra indígena denominada Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima. Pugnou-se pela declaração de nulidade da portaria n 534/2005, emanada pelo então Ministro de Estado da Justiça. Arguiu-se que a reserva em área contínua traria conseqüências desastrosas para o Estado de Roraima, sob os aspectos comercial, econômico e social; e que a União estaria privilegiando a tutela do índio em detrimento da livre iniciativa.

Processo de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em 2009, já ressaltava que os arts. 231 e 232 da Constituição Federal têm finalidade nitidamente fraternal ou solidária, “própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária.”³⁸⁸

Segundo o Relator, o processo de demarcação consistiria em processo essencial para a concretização de interesses e direitos dos índios³⁸⁹ no Brasil, considerados protagonistas na História brasileira. A par do previsto no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que versa que: "A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”

Desta maneira, as terras indígenas são bens jurídicos da União e a sua demarcação não significa o enfraquecimento do poder da unidade federada roraimense. No supramencionado

³⁸⁷BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714880/peticao-pet-3388-rr>. Acesso em: 10 out. 2016.

³⁸⁸BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714880/peticao-pet-3388-rr>. Acesso em: 10 out. 2016.

³⁸⁹ Segundo o referido julgado: O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

julgado, esclareceu-se que os índios tinham direito a desfrutar de espaço fundiário que lhes assegurasse meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural.

A concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. Tal atuar corresponde a medida de cunho compensatório, por todas as desvantagens historicamente acumuladas sofridas por este segmento social. “Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro.”³⁹⁰

Ainda, discutiu-se na Pet 3388 que não haveria incompatibilidade entre o direito ao desenvolvimento e a questão indígena. O desenvolvimento é categoria humanista.

Por isso que ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico dos seus territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade intraétnica fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sócio-cultural.³⁹¹

É esse aproveitamento do potencial econômico, mas, sobretudo, cultural que quer significar o desenvolvimento, enquanto idéia de um crescer humanizado. O desenvolvimento, conforme visto no capítulo anterior, não deve ser concebido apenas em seu aspecto econômico, senão através da idéia de que a propriedade consiste em um bem mais coletivo que individual, a significar a valorização da biodiversidade e manutenção do equilíbrio ecológico, ou melhor, de um ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição brasileira determina que o meio ambiente é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. De modo que o desenvolvimento em seu viés mais humanizado é condição *sine qua non* para que o desenvolvimento possa receber o qualificativo “sustentável”.

c) Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação direta de Inconstitucionalidade e Ação Por Descumprimento de Preceito Fundamental

³⁹⁰ **Supremo Tribunal Federal.** Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714880/peticao-pet-3388-rr>. Acesso em: 10 out. 2016.

³⁹¹ **Supremo Tribunal Federal.** Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714880/peticao-pet-3388-rr>. Acesso em: 10 out. 2016.

O legislador criou vários mecanismos por meio dos quais se podem controlar os atos normativos e demais espécies normativas tendo como parâmetro a Constituição. Nesse sentido, tendo em vista que a Constituição Federal é o vértice do ordenamento jurídico, extraem-se duas conclusões importantes: a de que a CRFB/88 deve ser guardada por um órgão jurisdicional superior ao qual se incumbe a defesa das normas emanadas pela Carta Magna; e que esse controle somente é feito tendo em vista as constituições rígidas, ou seja, essa ideia de modificação dificultosa de alguns núcleos normativos-constitucionais permite perceber que há um escalonamento vertical das normas que deve ser respeitado.

Qualquer norma infraconstitucional ou até norma constitucional superveniente, como no caso das emendas Constitucionais, deve estar formal e materialmente compatível com a sua essência e suas prescrições, caso contrário, os efeitos por essas normas produzidos são írritos, nulos e de nenhuma validade já que contrários a ordem suprema de um Estado.

Nesse diapasão, o controle de constitucionalidade das leis surge para retirar do ordenamento determinados regramentos que por ventura sejam incompatíveis com as suas disposições. A regra geral é a de que a inconstitucionalidade das leis segue a teoria da nulidade, ou seja, o ato incompatível verticalmente é nulo, gerando efeitos retroativos, atingindo o plano de validade. A decisão tem eficácia declaratória.

Esse modelo foi extraído do sistema norte-americano que se contrapõe ao sistema austríaco de Kelsen que entende ser a decisão constitutiva e, por conseguinte, atingindo o plano da eficácia, gerando anulabilidade e efeitos prospectivos. O sistema Americano adota o controle concreto difuso, e o sistema austríaco, o controle concentrado-abstrato. O Brasil adota ambos modelos de controle.

As ações de controle são um dos instrumentos mais importantes para o resguardo da vontade da constituição, concretizando a sua supremacia normativa. A seguir serão abordadas algumas ações constitucionais que versam a respeito do tema versado neste trabalho.

A jurisprudência do STF tem se manifestado no sentido de consolidar o olhar fraterno sobre temas constitucionais de delicada importância. A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal, com fundamento na fraternidade, iniciou apenas em 2004 com o julgamento da ADI 3.128-7/DF de relatoria do então Ministro Cezar Peluso.

Nesta ação constitucional alegava-se a inconstitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003 que viabilizava a cobrança de contribuição previdenciária de servidores públicos aposentados, inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e municípios, em caráter de solidariedade.

Para o Ministro Ayres Britto, o caráter solidário a que se fazia referência na mudança do sistema previdenciário, não se confunde com a fraternidade. Não decorre do inciso I do art 3 da Constituição Federal, sendo figuras jurídicas distintas. A fraternidade, segundo o ministro, foi fundante para a tríade revolucionária francesa.

Isto implicaria em dizer que a fraternidade tem de ser decorrente de uma sociedade que evite as discriminações, promovendo, ao revés, ações afirmativas da igualdade em dignidade da pessoa humana.

Esse aspecto da igualdade em dignidade é estruturador do pensamento fraterno. Nesse sentido, a proteção das minorias e as ações afirmativas encontram um importante substrato teórico para a sua justificação constitucional.

Na ADI 3.768-4/DF proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano (NTU), em que se deliberou sobre a (in) constitucionalidade do art. 39 da lei 10.741/03 que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos idosos com idade superior a sessenta e cinco anos. Afirmou a argüente deveria ser afastada a aplicação do referido artigo em relação às empresas que explorassem o serviço de transporte urbano sob o regime de concessão e permissão de serviço público.

A constitucionalidade do referido dispositivo foi declarada pelo fato de estar embasada na inteligência constitucional, art. 230 , parágrafo 3º que garante aos maiores de 65 anos, como decorrência da defesa do seu bem-estar e dignidade, a gratuidade nos transportes coletivos urbanos.

Indica a relatoria que o direito ao transporte gratuito do idoso, não é um fim em si mesmo, mas decorrente da qualidade de vida digna, do direito à mobilidade urbana “para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos.” Destacando-se, ainda estudo realizado pelo Ministério do Desenvolvimento Social que traz indicativos de idosos de baixa renda que utilizam-se precipuamente de transporte público coletivo gratuito. A dignidade e bem-estar desse segmento está fortemente relacionada com a sua integração com a comunidade para que possa contribuir com a mesma; para que possa exercer seu direito de ir e vir.

Em seu voto, mais uma vez, o Ministro Carlos Ayres Britto descortina o novo constitucionalismo que ele chama de fraternal, ressaltando que os italianos o chamam de altruístico. Acompanha o voto da relatora, acrescentando que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, que é a liberdade em seu aspecto político; justa em homenagem à dimensão social de ações distributivistas e solidária de dimensão fraterna.

Obtempera, portanto, que o direito à gratuidade dos transportes públicos aos idosos não se trata de direito cuja ação é alcançada por meio de distributivismo, senão que seria nova categoria jurídica. É ação de cunho fraterno que visa compensar as desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais fragilizados como negros, índios, mulheres, deficientes físicos, idosos, entre outros.

No esmo sentido foi a ADI 2649-6 DF, reatada pela Ministra Cármen Lúcia. Nessa ação, a Associação Brasileira de Transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros (ABRATI) arguiu a inconstitucionalidade da lei n. 8.899/94 que concede passe livre a pessoas portadoras de deficiência física. Alegou-se que haveria afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e da ausência de indicação da fonte de custeio.

Os argumentos não mereceram prosperar por diversas razões. O Brasil enquanto signatário da Convenção sobre os Direitos da pessoa com deficiência, bem como de seu protocolo facultativo, comprometeu-se a implementar medidas para efetivar os direitos das pessoas portadoras de deficiência, sendo inclusive norma com status de emenda constitucional, seguindo o rito do art. 5, parágrafo 3 da Constituição Federal.

Ademais, a garantia de acesso ao transporte público, como mecanismo de melhoria à sua mobilidade é objetivo de uma sociedade solidária que objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais e a dignidade da pessoa humana.

Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes o princípio jurídico da solidariedade. Este princípio projeta-se e afirma-se já no título I, art. 3º, no qual se fixam os objetivos da república federativa do Brasil. (...) O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade.³⁹²

Mais recentemente, a ADI 5357/DF, julgada em junho de 2016, tratou novamente sobre a pessoa portadora de deficiência. Com a promulgação da Lei n.º 13.146/2015, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONEFEN) em face do parágrafo 1º do art. 28 e artigo 30 caput, especialmente pela presença nestes dispositivos do adjetivo “privadas”. O questionamento seria sobre a obrigatoriedade das escolas privadas oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas portadoras de deficiência. Tal fato

³⁹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016. Informativo 829. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>> Acesso em: 02 dez. 2016.

ensejaria um alto custo para as escolas privadas, segundo o argüente, o que violaria os princípios constitucionais da ordem econômica e livre iniciativa.

O Ministro relator Edson Fachin ressaltou, em seu voto, que o princípio da isonomia não se esgota com a simples previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas que abarca, sobretudo, a previsão de medidas que realmente possibilitem tal acesso e sua concretude. E mais uma vez a Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com Deficiência foi invocada, em seu artigo 24, 1 que dispõe sobre o direito das pessoas com deficiência à educação.

Artigo 24. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos: a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana; b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais; c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

Ainda segundo a mesma convenção as pessoas com deficiência não podem ser excluídas do sistema educacional sob a alegação de deficiência, pois elas devem ter acesso à educação em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem. Um dos fundamentos da decisão pela constitucionalidade do aventado dispositivo baseou-se, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, no princípio da igualdade “não apenas a igualdade formal e material como, sobretudo, a igualdade como reconhecimento aplicável às minorias e à necessidade de inclusão social do deficiente.”³⁹³

O relator ressaltou a importância da “responsabilidade pela alteridade” que conforme visto no primeiro capítulo é característica do Direito fraterno, a idéia de que todos são responsáveis pela consecução de direitos fundamentais. Há uma co-responsabilidade.

Deve-se atentar também para o ponderado voto do Ministro Gilmar Mendes que trouxe à baila a necessidade de aplicação de regras de transição, o que nos Estados Unidos da América é chamado de *sunset legislation*, ou melhor, uma legislação de experiência, com acompanhamento por meio de relatórios para elucidar se as pretendidas transformações estão sendo efetivamente realizadas. Tudo isso para não se cair em falácias de ambigüidade, em leis simbólicas esvaziadas de efetividade; isto na linha de um constitucionalismo brasileiro tardio.

³⁹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016. Informativo 829. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>> Acesso em: 02 dez. 2016.

Já na perspectiva da proteção de gênero, buscando a sua igualização em dignidade, a ADC 19/DF³⁹⁴ declarou, por unanimidade, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, tendo como um dos argumentos o Constitucionalismo fraterno, tanto no voto da Ministra Ellen Grace como do Ministro Carlos Ayres Britto.

Segundo decidiu a Corte Constitucional, o artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros. Esta interpretação está harmonizada com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades físicas e moral da mulher e a cultura brasileira. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06 mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, ao prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.

No voto do Ministro Carlos Ayres Britto, o substrato para a garantia dessa proteção tem por primado o constitucionalismo fraterno que visa à inclusão comunitária, à integração comunitária das pessoas, para que as pessoas vivam em comunhão de vida. Isso é uma categoria rigorosamente jurídica, e mais ainda, uma categoria constitucional.³⁹⁵ Sustenta Ayres Britto que a proteção às mulheres, nos moldes de como ocorre com a Lei Maria da Penha, cumpre função protetiva, eminentemente constitucional.

É sucedâneo, sobretudo, de ações estatais afirmativas relativamente a certos segmentos sociais historicamente desfavorecidos ou até vilipendiados. Nesse ponto, é possível aproximar as idéias do referido Ministro com as de Owen Fiss- as quais foram vistas no primeiro capítulo- que trata da igualização em dignidade, concebendo a igualdade como não submissão.

De modo que, a partir desse olhar, vislumbra-se que o segmento social das mulheres tem de transitar com igual desembaraço pelos espaços institucionais da sociedade. A fraternidade deve ser vista como categoria jurídica e “não como virtude subjetiva ou expressão de crescimento e de evolução espiritual tão somente”³⁹⁶.

A Constituição Federal trata, em seu Preâmbulo, bem como no artigo 3, I, da sociedade fraterna que é uma sociedade eminentemente pluralista, e “esse novo pilar da

³⁹⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** .Voto do Ministro Ayres Britto, na ADC 19/DF. Inteiro teor do Acórdão, p. 52 de73. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014.

³⁹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** .Voto do Ministro Ayres Britto, na ADC 19/DF. Inteiro teor do Acórdão, p. 52 de73. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014).

³⁹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** .Voto do Ministro Ayres Britto, na ADC 19/DF. Inteiro teor do Acórdão, p. 52 de73. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014.

democracia, o pluralismo, respeitosa convivência dos contrários, e o não preconceito, a eliminação de todo preconceito.”³⁹⁷

Diversos julgados ainda tiveram por fundamento o Constitucionalismo fraterno- seja em acórdãos seja nas decisões monocráticas- para a proteção dos direitos das minorias, para atingir a tão aclamada dignidade em igualdade, sobretudo, neste aparte, sobre a não discriminação de gênero. Seriam eles: o HC 106212 / MS³⁹⁸, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; ARE 973598 / SP³⁹⁹ que foi decidido em outubro de 2016; RE 607830 / RJ⁴⁰⁰; entre muitos outros que poderiam ser citados, o que mostra como tem se sedimentado na Corte Suprema brasileira o olhar fraterno.

Já na ADI 4277/DF⁴⁰¹ que foi julgada conjuntamente com a ADI 132, outra discussão de grande importância para a sociedade foi travada, destacando-se que as uniões homoafetivas merecem a mesma proteção constitucional que é dispensada a outros núcleos familiares. Os ministros, por votação unânime, acordaram em julgar procedentes a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, pelo reconhecimento da união homoafetiva.

Argumentou-se, em suma, no julgado, que as pessoas têm a liberdade de dispor da própria sexualidade, que é expressão da autonomia da vontade, do direito à intimidade e à vida privada. O fator sexual, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não pode ser concebido como fator de desigualação jurídica. Neste sentido, o preconceito afronta diretamente com o objetivo constitucional de promoção do bem de todos , prevista no art. 3, IV da CRFB/1988.

O reconhecimento à preferência sexual, da liberdade sexual, é decorrente do respeito ao princípio da dignidade humana, bem como consectária do direito à busca da felicidade. A proibição do preconceito é decorrente da aplicação do Constitucionalismo fraterno. A família é categoria sócio-cultural⁴⁰² que não deve sofrer interpretações reducionistas.

³⁹⁷ Ibidem

³⁹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (HC 106212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00521 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 307-327).

³⁹⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (ARE 973598, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 06/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 11/10/2016 PUBLIC 13/10/2016)

⁴⁰⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (RE 607830, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 20/02/2015, publicado em DJe-064 DIVULG 06/04/2015 PUBLIC 07/04/2015).

⁴⁰¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, ADI 4277, Relator: Ayres Brito. Data de julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 19 out. 2016.

⁴⁰² BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Brito. Data de julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 02 dez. 2016.

O art. 226 da CRFB/1988 confere proteção à família, não fazendo qualquer espécie de distinção detrimetosa. Família é núcleo doméstico, pouco importando se formalmente ou informalmente constituída; se homoafetiva ou heteroafetiva.

Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.⁴⁰³

No ADPF 132/RJ, o proponente da ação requereu que se declarasse, em sede liminar, a validade de decisões administrativas proferidas que equipavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis. Requereu também a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto.

Postulou, ainda, subsidiariamente, para a hipótese de não cabimento da ADPF 132, seu recebimento como ADI, imprimindo interpretação conforme a Constituição de alguns dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, bem como do art. 1.723 do Código Civil.

Um dos fundamentos na busca da igualdade moral ou civil, mais do que econômica, de seguimentos sociais que foram desfavorecidos historicamente foi o constitucionalismo fraterno . “Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural”⁴⁰⁴.

A Ação de descumprimento fundamental 186 foi relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski em que se discutia sobre a constitucionalidade dos atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial. Segundo o Ministro relator o sistema de cotas não contraria o princípio da isonomia material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, senão que o prestigia.

O Estado tem o poder de se utilizar tanto de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, com ações de natureza estrutural; como também pode se valer de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados. Mais

⁴⁰³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Brito. Data de julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em:02 dez. 2016.

⁴⁰⁴ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Brito. Data de julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em:02 dez. 2016.

uma vez se faz menção ao argumento da igualdade em dignidade, igualdade entendida como não submissão.

Para ela, sociedade ideal, civilizada, política e juridicamente avançada, é uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. E esse discurso se fez na perspectiva histórica, ou histórico-cultural do Brasil. Atenta à Constituição a nossa realidade preconceituosa (...) É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. Não se contentou com o social; foi ao fraternal. Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial. Mas o fraternal promove uma integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ao menos, aproximativamente, pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, família, empresa, igreja, repartição pública e, por desdobramento, condomínio, clube, sindicato, partido.⁴⁰⁵

Por fim, a discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança também foi alvo de olhar atento no Supremo Tribunal Federal brasileira. A ADI 3510/DF foi proposta pelo Procurador-Geral da República em face do artigo 5º da Lei de Biossegurança⁴⁰⁶ em que sustentou o argüente que o referido dispositivo contrariaria a inviolabilidade do direito à vida -considerando o embrião humano como ser humano dotado de vida- e atentando contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Há dúvida sobre a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para pesquisas e terapias.

Pela densidade dos bens jurídicos objetos da ação proposta, foi aberta a participação de *amici curiae* e realizou-se o mecanismo da democracia participativa através das audiências públicas. Temática multidisciplinar que concentrou-se em diversos setores do saber humano, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia, genética e a embriologia.

Sem embargos dos diversos argumentos despendidos no julgado, conseguiu-se vislumbrar opiniões dicotômicas em duas nítidas correntes. A primeira que consideraria a

⁴⁰⁵ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Brito. Data de julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 02 dez. 2016.

⁴⁰⁶ Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis ; II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

individualidade genética de cada ser humano, em sua especificidade ôntica que já existiria no exato instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino.

E a outra que sustenta a necessidade de experimentos científicos com uso de células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos, “células dotadas de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas.”⁴⁰⁷

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias objetiva o aperfeiçoamento no tratamento de patologias. Para dar esse importante passo da ciência, a lei de Biossegurança trouxe uma alternativa de utilização dos embriões reproduzidos *in vitro* que se tornaram excedentários.

Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza.⁴⁰⁸

Segundo o Relator, Ministro Ayres Britto, inexistiria ofensa ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, afinal a pesquisa com células-tronco embrionárias excedentárias significaria “a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.”⁴⁰⁹

Ao que se pode extrair desse passeio pelas decisões do Supremo Tribunal Federal é que as questões mais emblemáticas recentemente nele discutidas tiveram por fundamento constitucional mais assente a fraternidade. A fraternidade entendida como categoria constitucional apta a dignificar os seres, a resgatar uma dívida pungente de setores historicamente desfavorecidos, abrindo-lhes possibilidades de alcançar o desenvolvimento humano e integral.

⁴⁰⁷ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.510/DF. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 out. 2016.

⁴⁰⁸ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.510/DF. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 out. 2016.

⁴⁰⁹ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.510/DF. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 out. 2016.

O estudo da fraternidade não pode ser dissociado do estudo sobre o direito ao desenvolvimento, porque ao se utilizar o primeiro é possível alcançar o segundo com mais rapidez e eficiência.

4.2 ALGUMAS DECISÕES SOBRE DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO PLANO INTERNACIONAL

No plano internacional também é possível encontrar jurisprudência a respeito do direito ao desenvolvimento e de como a sua efetivação pode garantir condições propícias à igualdade em dignidade.

A corte internacional de Justiça (CIJ) no caso concernente à disputa marítima entre Nicarágua e Honduras, no mar do Caribe, teve como um dos argumentos para a adequada medição das áreas marítimas considerasse o direito ao desenvolvimento das partes envolvidas.

In light of the foregoing, the Court notes that Nicaragua advanced a variety of reasons to justify the bisector method (see paragraphs 83-84 and 102 above). According to Nicaragua, the equitable character of the bisector method is confirmed by the independent criteria of an equitable result: (a) the method produces an effective reflection of the coastal relationships; (b) the bisector produces a result which constitutes an expression of the principle of equal division of the areas in dispute; (c) the bisector method has the virtue of compliance with the principle of nonencroachment; (d) it also prevents, as far as possible, any cut-off of the seaward projection of the coast of either of the States concerned; and (e) the bisector method ensures “the exercise of the right to development of the Parties”⁴¹⁰

Outro caso paradigmático ocorreu em 11 de Julho de 2003 em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou perante o Tribunal uma demanda contra a República Dominicana, que se originou na petição nº 12.189, recebida na Secretaria da Comissão em 28 de outubro de 1998.

Neste caso denominado “*De las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*” a sentença indicou que o Estado da república Dominicana teria violado o dever de desenvolvimento progressivo previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴¹⁰ Tradução Livre: À luz do que precede, o Tribunal observa que a Nicarágua avançou uma série de razões para justificar o método bissectriz (ver parágrafos 83-84 e 102 acima). Segundo a Nicarágua, o caráter equitativo do método bissectriz é confirmado pelos critérios independentes de um resultado equitativo: (a) o método produz uma reflexão efetiva das relações costeiras; B) A bissetora produz um resultado que constitui uma expressão do princípio da igualdade de divisão das zonas em litígio; C) o método bissectriz tem o mérito de respeitar o princípio do não-encorajamento; D) Impedir igualmente, na medida do possível, qualquer corte da projecção para o mar da costa de qualquer dos Estados em causa; E e) o método bissectriz garante "o exercício do direito ao desenvolvimento das Partes". Caso disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/120/14075.pdf>> Acesso em: 05 dez. 2016.

O artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê o desenvolvimento progressivo nos seguintes termos:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

De acordo com a sentença proferida no caso tal artigo tem de estar em cotejo com o artigo 19, do mesmo instrumento convencional que exige que sejam tomadas medidas de proteção especiais para garantir o direito à educação das crianças. Devido à vulnerabilidade das mesmas e porque o direito à educação seria um dos direitos de proteção no artigo 26 da Convenção Americana.⁴¹¹

Em outro julgado este proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo Juiz Ramon Fogel, há a associação ao direito ao desenvolvimento, afirmando, com base no Protocolo Adicional a Convenção Americana de Direitos Humanos que:

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó que las situaciones de extrema pobreza afectan todos los derechos humanos, los civiles, culturales, económicos y políticos, así como al derecho al desarrollo, que tienen a la persona humana como sujeto central.⁴¹²

No caso *Pulp Mills on the river Uruguay*, ou melhor, *Argentina versus Uruguai* o Direito ao desenvolvimento foi evocado por Hector Gross Espiell como um dos fundamentos da defesa do Uruguai no que se refere à construção das fábricas de celulose nas margens do Rio Uruguai na divisa com a Argentina. Segundo ele:

Este firme apego por parte do Uruguai ao respeito pelo meio ambiente e pelos Direitos individuais e coletivos a um ambiente saudável e ecologicamente

⁴¹¹ *el artículo 19 de la Convención requiere que se tomen medidas especiales de protección para garantizar el derecho a la educación de los niños, en razón de su situación específica de vulnerabilidad y porque no pueden proteger su derecho sin la asistencia especial por parte de su familia, la sociedad y el Estado. El derecho a la educación constituye uno de los derechos que se tutela en el artículo 26 de la Convención Americana.* Tradução livre: O artigo 19 da Convenção exige que sejam tomadas medidas de proteção especiais para garantir o direito à educação das crianças, devido à sua especial vulnerabilidade e porque eles não podem proteger os seus direitos, sem ajuda especial de sua família, da sociedade e do estado. O direito à educação é um dos direitos de proteção no artigo 26 da Convenção Americana. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.doc> Acesso em: 05 dez. 2016.

⁴¹² Tradução livre: A Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos disse que as situações de pobreza extrema afecta todos os direitos humanos, civis, culturais, económicos e políticos, bem como o direito ao desenvolvimento, que têm a pessoa humana como sujeito central.

equilibrado é tentativa de salvaguardar, de uma forma harmoniosa e coerente, o seu direito ao desenvolvimento a fim de assegurar o seu crescimento econômico e social e o seu Desenvolvimento.⁴¹³

Pelo que se nota que este tema do desenvolvimento e fraternidade ainda estará na ordem do dia dos tribunais brasileiros e também internacionais com mais profundidade, na busca pela garantia de direitos fundamentais e em respeito à igualdade em dignidade dos seres humanos.

⁴¹³ No original: This steadfast attachment on the part of Uruguay to respect for the environment and for individual and collective rights to a healthy, ecologically balanced environment is matched with the will to safeguard, in a way which is both harmonious and coherent, its right to development, which too figures among human rights, in order to ensure its economic and social growth and its human development. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13129.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trilogia da Revolução Francesa serve como substrato teórico importante para diversas formulações teóricas desde o século XVIII. No entanto, percebeu-se que apenas a fraternidade permaneceu irresolvida, esquecida, anacrônica. De modo que tem sido papel da doutrina- e também dos tribunais- fazer o seu resgate e usá-la como instrumento de concretização de direitos fundamentais, sobretudo do direito ao desenvolvimento. Deste modo, pode-se concluir de tudo que foi exposto, o seguinte:

1. A fraternidade, ao contrário do da liberdade e da igualdade, sempre teve destaque secundário na doutrina para a realização de direito ligados à democracia e concretização de direitos fundamentais. E um dos fatores que explica essa ausência de destaque pode ser encontrado no liberalismo excessivo do Estado Moderno.
2. Os ideais revolucionários do Estado na Modernidade foram enfatizados para que se compreendesse de que forma o seu percurso histórico da fraternidade influenciou o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se concretizar o que a doutrina e jurisprudência tem denominado como igualdade em dignidade.
3. A modernidade, portanto, conviveu com um déficit de suas promessas não realizadas, o que repercutiu no campo da efetividade de direitos. Muito embora parte da doutrina afirme que os étimos da Revolução Francesa tenham sido alterados, tendo em vista os “processos líquidos modernos”, não existem novas tríades constitucionais, pois ao revés de serem contrapontos, na verdade, confirmam os ideais modernos em todos seus termos.
4. Com efeito, considerou-se que os efeitos da crise de Estado Providência se fizeram sentir de modo diferente em cada País. Nos países centrais, a crise foi superada ao longo das décadas. O problema maior ocorre nos países periféricos ou semiperiféricos em que a transição histórica do Estado Liberal para o Estado Social deu-se tardiamente e de maneira ineficaz. Disto decorreu inexoravelmente a proclamação de uma Constituição Democrática que amalgamou os direitos fundamentais de primeira dimensão, e que precisava destinar um olhar mais atento para os Direitos fundamentais de segunda dimensão.
5. Conforme afirma Paulo Bonavides, os direitos fundamentais foram surgindo de acordo com os carecimentos de cada período histórico, portanto, a partir das novas relações

- pós-guerra e da revolução técnica, os direitos fundamentais, sobretudo os direitos de segunda e terceira dimensões, ganharam destaque em sua fundamentalidade material.
6. Os interesses transindividuais surgiram no contexto das relações massificadas. O homem-massa apesar da expressão não pode estar associado a uma massa disforme, ausente a presença de um sentimento de copertencimento. Ao revés, deve haver uma humanização das coletividades, e centrar-se as relações em um caráter fraterno, mas não solidário.
 7. A fraternidade e solidariedade não se confundem. A fraternidade é solidariedade horizontal, ou seja, não há uma relação entre um ente superior- que tem o dever de prestação, para com o indivíduo a ele subordinado-, a fraternidade consiste na responsabilidade de socorro mútuo entre os próprios cidadãos. Existe espaço de reconhecimento de responsabilidade social com o outro.
 8. A responsabilidade identificada não é faculdade ou ação voluntária espontânea, mas como dever jurídico, responsabilidade ativa, sobretudo no que concerne à responsabilização do indivíduo destinatário de deveres, não apenas de direitos, é um dos pressupostos do Direito Fraternal elencados por Eligio Resta.
 9. Os direitos transindividuais, decorrentes das novas necessidades da sociedade globalizada demonstram a preocupação mundial com as novas questões que surgiram, como por exemplo, o desenvolvimento socioeconômico e sustentável, bem como a proteção de outros bens de objeto difuso, coletivos ou individuais homogêneos.
 10. No Brasil, a constitucionalização simbólica tem sido alopoiética, tendo em vista que em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado como um alibi. Esse entendimento se aproxima da noção do constitucionalismo brasileiro tardio, fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, o que impede o desenvolvimento e a consolidação da cultura constitucional.
 11. A doutrina e jurisprudência têm apontado para o Constitucionalismo fraterno como instrumento que visa sanar o déficit de efetividade - decorrente do Constitucionalismo brasileiro tardio.
 12. O Constitucionalismo fraterno surge como novo patamar de fraternidade, como característica do constitucionalismo contemporâneo. Juntamente com a dignificação dos indivíduos dentro de uma coletividade, respeitadas as suas pluralidades individuais, não se podendo esquecer que o constitucionalismo fraterno também alcança a dimensão da discussão sobre o binômio inclusão/ exclusão tão disseminado nas sociedades contemporâneas.

13. Na ordem do dia, portanto, está o constitucionalismo fraterno que trata de bens comuns da humanidade. É dever dos Estados observar se as políticas sociais estão atuando nas sociedades, não uma sociedade geograficamente localizada, definida; mas uma sociedade do mundo, a *civitas máxima*.
14. A fraternidade e o direito ao desenvolvimento estão consagrados no Preâmbulo constitucional. Nesse sentido, constatou-se que o preâmbulo é dotado de relevância jurídica, não é meramente como indicativo.
15. Neste sentido, verifica-se a doutrina mais recente tentou corrigir as falhas estruturais do princípio da igualdade. Do que se levou à compreensão dos direitos na perspectiva do gênero humano. Transcende-se a órbita individual e concentra-se na perspectiva plural, coletiva, transindividual.
16. A fraternidade é a categoria constitucional capaz de conjugar a unidade e a distinção a que tanto anseia a humanidade contemporaneamente. São pressupostos do Direito Fraterno: Direito jurado em conjunto; livre de obsessão de identidade; presente na forma dos direitos humanos; que sugere a antropologia dos deveres; é não violento e inclusivo. É aposta na diferença.
17. O direito ao desenvolvimento é direito transindividual cuja perfectibilização ocorre em razão da aplicação do constitucionalismo fraterno. O direito ao desenvolvimento é megatema que sempre esteve mais associado ao aspecto econômico. Concluiu-se que o desenvolvimento é tema que envolve também aspectos jurídicos, políticos, sociológicos. Todos os elementos devem ser considerados.
18. Assim, o simples crescimento não se confunde com desenvolvimento econômico. Crescimento é grandeza quantitativa, já o desenvolvimento é qualitativo.
19. Direito ao desenvolvimento também não se confunde com direito do desenvolvimento. O Direito *do* Desenvolvimento surge a partir do Direito internacional econômico e tem por objetivo cuidar de relações interestatais a fim de atingir maior igualdade material entre os Estados-nação. Esse não foi o objeto do trabalho. O Direito *ao* desenvolvimento é direito do indivíduo, do Estado, mas de toda a humanidade também. Tem caráter global e multidimensional de modo que os aspectos econômico, social, civil, cultural e político se misturam e são indivisíveis.
20. O direito ao desenvolvimento social, conforme visto, é parte integrante nesta equação e parte do pressuposto das extensas necessidades primárias de diversas pessoas no mundo. A justiça social, portanto, é indispensável ao aumento qualitativo do desenvolvimento.

21. A Análise Econômica do Direito também foi abordada para se verificar se seria possível, através dela, trazer contribuições específicas ao direito ao desenvolvimento socioeconômico. A versão mais recente da AED, do pragmatismo jurídico de Posner considera que a maximização de riquezas sociais não pode ser realizada apenas sob o ponto de vista meramente econômico. As leis não são meros preços. A AED não se adequa, tal como tem sido posta, com os fundamentos da cidadania, pluralismo político e, em especial, da dignidade da pessoa humana.
22. Os estudos sobre o direito ao desenvolvimento não pararam no adensamento das discussões sobre o desenvolvimento socioeconômico. Houve verdadeira ecologização do pensamento. O desenvolvimento sustentável tem como pressuposto a preservação do potencial do capital natural para as atuais e futuras gerações, sem deixar de lado o aspecto econômico e a modernização. A importância deste tema revela-se em todo texto constitucional.
23. A noção de desenvolvimento humano parte de uma concepção holística de proteção dos direitos fundamentais. Seu foco está na dignidade da pessoa humana (*topoy*) alcançada por meio do progresso econômico e social, sem esquecer da necessidade de proteção de outros bens coletivos da sociedade. Portanto, alinha a perspectiva econômico-social e sustentável do desenvolvimento. A pessoa humana e os povos são os sujeitos centrais do processo de desenvolvimento.
24. O desenvolvimento como expansão das liberdades reais foi doutrina elaborada por Amartya Sen. Nesse sentido, a expansão da liberdade é considerada tanto como o fim primordial como o principal meio do desenvolvimento. As idéias deste autor influenciaram o PNUD no estabelecimento dos parâmetros do IDH. E logicamente, tudo isso afeta diretamente as disposições constitucionais.
25. O papel do cidadão consciente, ou melhor, o exercício efetivo da democracia é componente fundamental para o desenvolvimento humano. E é dever dos cidadãos, em seu papel igual de intérpretes da Constituição, velar pelo seu cumprimento, velar pela dignidade de todos.
26. Percebeu-se, no contexto do constitucionalismo fraterno, que as políticas desenvolvimentistas que, a partir deste pressuposto constitucional, pretendem uma inclusão social e a tutela dos direitos fundamentais, têm sido, de fato consideradas no momento da interpretação constitucional pelos Tribunais brasileiros e até internacionais.

27. As garantias constitucionais têm feito valer a vontade de constituição através da proteção maciça dos grupos vulneráveis, tais como as comunidades tradicionais, as mulheres, negros, pessoas portadoras de deficiência, crianças, idosos.
28. De modo que a partir da aplicação concreta do Constitucionalismo fraterno, é possível vislumbrar a efetividade do princípio da isonomia substancial, sem que seja entendida apenas enquanto igualdade como “não- discriminação”, senão enquanto igualdade como “não submissão”; igualdade em dignidade; igualdade do gênero humano.
29. o Direito Fraterno brasileiro está pautado na Constituição Federal que prioriza o direito ao desenvolvimento humano. Mas também é preciso despertar que a efetividade do direito ao desenvolvimento humano tem de focar nas liberdades instrumentais dos indivíduos que têm de possuir as oportunidades adequadas econômicas, sociais, culturais,, enfim humanas, para realiza-se enquanto pessoa em sua dignidade.
30. Portanto, deve-se buscar a efetividade do direito ao desenvolvimento humano como direito jurado em conjunto, pelos povos, considerados como massas humanizadas – presente na proteção dos direitos humanos, sobretudo de grupos vulneráveis; que têm co responsabilidade pela efetividade de seus direitos, de maneira pacífica, não-violenta.
É aposta na diferença.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALBUQUERQUE, Celso de Melo. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 1655.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Lindgren J.A. A Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social e os Paradoxos de Copenhague. **Rev. Bras. Polít. Int.**, vol.40, no.1, Brasília Jan./June 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100006> Acesso em: 10 nov. 2016.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **O Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, epub.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Capítulos VIII e IX. Trad. De Pietro Nasseti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. **Poética**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ASSUMPTÃO, Daniel Amorim. **Manual de Processo Coletivo**. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2012.

BAGGIO, Antônio Maria. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

_____. **O Princípio Esquecido/1:** A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

_____. **O Princípio Esquecido/2:** Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

_____. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791 – Pistas de pesquisa para uma compreensão da fraternidade como categoria política. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**, São Paulo: Cidade Nova, 2008.

_____. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: Baggio, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido:** a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BAUMAN, Zygmund. **Comunidade;** a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Disponível em:
<http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>
Acesso em: 13 jan. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=6>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: Algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. Disponível em:<http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. **Constituição Econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2.076, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADC 19/DF. Inteiro teor do Acórdão, p. 52 de 73. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.510/DF. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016. Informativo 829. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>> Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal** (HC 106212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00521 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 307-327).

_____. **Supremo Tribunal Federal** (ARE 973598, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 06/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 11/10/2016 PUBLIC 13/10/2016).

_____. **Supremo Tribunal Federal** (RE 607830, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 20/02/2015, publicado em DJe-064 DIVULG 06/04/2015 PUBLIC 07/04/2015).

_____. **Superior tribunal de Justiça**. REsp 1.057.274, Rel Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, Dje 26/02/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201057274>> Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST - RR: 10347420145150002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255981707/recurso-de-revista-rr-10347420145150002/inteiro-teor-255981741?ref=juris-tabs#>> Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. SUS. Ministério da Saúde. **ABC do SUS Doutrinas e Princípios**. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. Brasília, 1990.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989)**: a Revolução Francesa da Historiografia. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

CALMON DANTAS, Miguel. **Constitucionalismo Dirigente e pós- modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2 Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COOTER, Robert. “**Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books**”. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4. Ed. Rev. Salvador: Juspodivm, 2010.

DALLARI, Sueli. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à Saúde**. Vol. 4. Brasília CEAD/ UNB, 2008.

DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol.88, dezembro de 2003, p. 21-45.

DA SILVA GONÇALVES, Lucas; GONÇALVES, Luciana Aboim Machado; CERQUEIRA, Emerlino Costa. O papel prescritivo da opinião pública para as correntes democráticas procedimentalistas. In: DA SILVA GONÇALVES, Lucas; BARRETO, Lima Martônio Mont'alverne; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes et. al. **Teoria da democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2015.

DA SILVA VALE, Ildete Regina; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade**: o valor normativo do preâmbulo da Constituição. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

_____. **Fraternidade**: Fundamento Para Entender A Constituição Brasileira Como Projeto Cultural E Condição Para A Construção De Uma Sociedade Fraterna. Tese de doutorado. 2014. Disponível

em: <<http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/6/Tese%20Ildete%20Regina%20Vale%20da%20Silva%202014.pdf>> Acesso em: 5 jun. 2016.

Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social - Copenhague -1995. Disponível em <

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%AAs-de-C%C3%BApulas-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/declaracao-e-programa-de-acao-da-cupula-mundial-sobre-desenvolvimento-social.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. 7 Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 4.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional, El Constitucionalismo Del “por-venir”. La reforma de La constitución. In: ARÉVALO, Manuel Francisco Caverro; ENTERIA, Eduardo Garcia de (Coord). **El derecho público de finales de siglo**: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya.

FERRAZ, Adilson Silva. **O direito como regulador do discurso ideológico da fraternidade em uma sociedade pós-liberal**. dixi 21. Junio de 2015. Pág. 27. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i21.977>.

FILHO, Edgar Gaston Jacobs Flores. (2007). **A Nova Escola De Chicago e as Modalidades de Regulação**: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro. Berkeley Program in Law & Economics. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito**: algumas reflexões. In: CASO, Giovanni et al. (Org.). **Direito e fraternidade**: ensaios, prática forense. Anais. São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008, p. 28.

FISS, Owen. Grupos y Cláusulas de la Igual Protección. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Derecho y grupos desaventajados**. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 137-167.

FURTADO, Celso. **Em busca de um novo modelo**: reflexões sobre a crise contemporânea. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUBERT, Roberta Magalhães; TRINTADE, André Karan. 20 anos de constitucionalismo democrático- e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n.6, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Remarks on Erhard Denninger's Triad. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In: **Constellations**, nº 4, dezembro de 2000.

HELLER, Agnes & FEHER, Ferenc. O pêndulo da modernidade. *Tempo Social*; **Rev. Sociol. USP**, São Paulo, 6 (1-2): 47-82, 1994 (editado em jun. 1995).

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HOBSBAWN, E. J. **Revolução Francesa**. São Paulo: Paz e Terra. 7ª Ed. Coleção Leitura, 2008.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

JABORANDY, Clara Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Tese de doutorado, Universidade federal da Bahia, 2016.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2000.

KRIEGER, Maria da Graça et al (Org.). **Dicionário de Direito ambiental**: terminologia das leis do meio ambiente. Porto Alegre: Ed. Universidade, UFRGS, Procuradoria Geral da República, 1998, p. 146.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro, Ed. Lumen – Júris, 6^a Ed. 2001.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014.

MARCONE, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia**. Uma Introdução. 7^a Ed, Editora Atlas S. A, São Paulo: 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21 Ed São Paulo: Saraiva, 2000.

MELO, Emanuel de. A Identificação dos Remanescentes das Comunidades de Quilombos no Contexto do Constitucionalismo Fraternal. In: **Revista da Advocacia Geral da União**. Pro Diviso Estudos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário. Caderno 02. Brasília, n 22.

MELLO E SOUZA, Nelson. **Educação ambiental**: dilemas da prática contemporânea. Rio de Janeiro: Thex, 2000.

MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental**. Gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem-feita**: Repensar a Reforma, Reformar o Pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. **Saberes globais e saberes locais**: o olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: **Estudos de direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2007.

NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Edição Eletrônica Ridendo Castigat Mores. Ebook.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Marcio. O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al (Org.). **O direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à Saúde. Vol. 4. Brasília. CEAD/ UNB, 2008.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Paulo Castro. **Diversidade, solidariedade e segurança**. Revista OAB, 2002. Ano 62 - Vol. III - Dez. 2002. Artigos Doutrinários. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=16886&ida=16887> Acesso em: 01 jun. 2016.

RÁTIS, Carlos Berhamn. **A eficácia dos deveres fundamentais**. Disponível em: <<http://www.behrmannratis.com.br/files/artigo-eficacia-dos-direitos-fundamentais-carlos-ratis.pdf>> Acesso em: 14 de jan. 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coordenação de Sandra Regina Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RICOEUR, Paul. **Percurso do reconhecimento**. São Paulo: Loyola, 2006.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá. **A defesa processual do meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica**. São Paulo: Ed. LTr, 2002.

_____. Direito Ambiental do trabalho: reflexo da contemporaneidade. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 3, n.1, março de 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/81488/85046>> Acesso em: 12 dez. 2016.

_____.; SERRA, Ordep. **Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais**. EDUFBA, Salvador: 2015.

ROPELATO, Daniela. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1**: Notas sobre participação e fraternidade. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy, 1989. apud MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SALAMA, Bruno Mayerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**. São Paulo, estudo 22, v. 5, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Ciência Sociais**, n 21, nov. 1986. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justic_a_RCCS21.PDF> Acesso em: 09 jan. 2017.

_____. **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Constituição e processo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2007.

_____. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Proteção Constitucional da imagem**. São Paulo: 2013.

_____. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

_____. Direito ao desenvolvimento e responsabilidade do Estado: o dano nacional. In: Menezes, Wagner; Menezes Vieira, Gustavo Adolpho. (Org.). **O Direito Internacional Público em Expansão**. 5 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 5, p. 173-180.

_____. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Globalização e direito econômico**. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/.../Manoel%20Jorge%20e%20Silva%20Neto.doc> Acesso em: 05 jun. 2016.

SABA, Roberto P. (Des)igualdad estructural. **Revista Derecho y Humanidades**. Facultad de Derecho Universidad de Chile, n. 11, 2005, p. 123-147.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SIQUEIRA, Euler. **Antropologia**: uma introdução. epub, 2013, Disponível em: <https://admpub.files.wordpress.com/2013/06/antropologia_completo_revisado.pdf> Acesso em: 14 jan 2017.

SPIELER, Paula Bartolini. **Evolução histórica e conceituação do direito ao desenvolvimento**. Direito, Estado e Sociedade, n 22/23, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica- Departamento de Direito.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEJADA, Javier Tajadura. La función política de los preámbulos constitucionales. **Cuestiones Constitucionales**, núm. 5, julio-diciembre, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre garantias no código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2**: Exigências, recursos e definições da fraternidade política. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei –uma introdução**. Francesco J. Beralli (Trad.). Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

_____. Saúde: um direito fundado na fraternidade. **Saúde e Direitos Humanos/Ministério da Saúde**. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

_____. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: AITH, Fernando (Org.). **Direito Sanitário**: Saúde e Direito, um Diálogo Possível. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010, p. 107-140.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.