XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

JONATHAN CARDOSO RÉGIS

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Eloy Pereira Lemos Junior; Jonathan Cardoso Régis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-624-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o XXIX Congresso Nacional do Conpedi Balneário Camboriú - SC, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos, cujo encontro teve como tema principal "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Diogo De Almeida Viana Dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UFMA, e Universidade UNICEUMA

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Jonathan Cardoso Régis

Universidade do Vale do Itajaí - Univali

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NECESSIDADE E COMPLEXIDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DE MECANISMOS QUE REDUZAM AS DESIGUALDADES

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION AND THE NEED AND COMPLEXITY IN THE IMPLEMENTATION OF MECHANISMS THAT REDUCE INEQUALITIES

João Victor Nardo Andreassa [1]
Luiz Eduardo Leste [2]

Resumo

Os direitos humanos são conquistas históricas da sociedade. Estas conquistas se deram por meio das lutas seculares, com o reconhecimento de vitórias neste sentido, com a codificação massiva dos direitos humanos em Constituições do século XX. A vida digna das pessoas passa pelas suas oportunidades de inclusão social e, quando estas estão excluídas da sociedade, mostra-se um fracasso do cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Desse modo, tem-se como hipótese de pesquisa deste artigo a busca por colaborar com reflexões acerca do caráter basilar da Constituição Federal de 1988 na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como, demonstrar também a complexidade e delicadeza relacionados à implementação de mecanismos que mitigam a desigualdades em face de sistema elitizado. O objetivo principal deste trabalho repousa nas considerações acerca destas proposições. A hipótese de pesquisa proposta será trabalhada por intermédio do método indutivo. Utiliza-se de pesquisas bibliográficas e documentais como procedimentos metodológicos. Ademais, há de se dizer que a pesquisa é qualitativa. Conclui-se que existe grande complexidade na realização de mecanismos que reduzam a disparidade existente no Brasil, contudo, diante dos mandamentos constitucionais de implementação dos direitos fundamentais, haverá de se ter a busca consistente e interminável no objetivo de reduzir as desigualdades advindas da sociedade elitizada.

Palavras-chave: Dimensões dos direitos humanos, Direitos humanos, Direitos sociais, Igualdade substancial, Sociedade elitizada

Abstract/Resumen/Résumé

Human rights are historical achievements of society. These achievements took place through secular struggles, with the recognition of victories in this sense, with the massive codification of human rights in 20th century Constitutions. The dignified life of people passes through

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP. Mestre em Direito pelo UNIVEM. Especialista em Direito Tributário pelo DAMÁSIO. Graduado em Direito pelo UNIFIO. Advogado.

[2] Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP. Especialista em Prática do Direito Administrativo Avançado pelo DAMÁSIO. Graduado em Direito pela UENP.

their opportunities for social inclusion and, when they are excluded from society, it shows a failure to fulfill the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil. Thus, the research hypothesis of this article is to seek to collaborate with reflections on the fundamental character of the Federal Constitution of 1988 in the realization of fundamental rights and guarantees, as well as to demonstrate the complexity and delicacy related to the implementation of mechanisms that mitigate inequalities in the face of an elite system. The main objective of this work rests on the considerations about these propositions. The proposed research hypothesis will be worked through the inductive method. Bibliographic and documentary research is used as methodological procedures. Furthermore, it must be said that the research is qualitative. It is concluded that there is great complexity in the realization of mechanisms that reduce the disparity that exists in Brazil, however, given the constitutional commandments for the implementation of fundamental rights, there will have to be a consistent and endless search in order to reduce the inequalities arising from the elite society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dimensions of human rights, Human rights, Social rights, Substantial equality, Elite society

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são conquistas históricas da sociedade e corroboram sua essencialidade às sociedades atuais. Estas conquistas se deram, e somente se mantêm, por meio das lutas seculares e atuais, com o reconhecimento de vitórias neste sentido, com a codificação massiva dos direitos humanos em Constituições do século XX.

A vida digna das pessoas passa pelas suas oportunidades de inclusão social e, quando estas estão excluídas da sociedade, mostra-se um fracasso do cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Desse modo, da importância do estudo e desenvolvimento do tema relacionado aos direitos fundamentais e a inclusão da pessoa na sociedade, tem-se a presente hipótese de pesquisa deste artigo, consubstanciada na busca por colaborar com reflexões acerca do caráter basilar da Constituição Federal de 1988 na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como, demonstrar também a complexidade e delicadeza relacionados à implementação de mecanismos que mitigam a desigualdades em face de sistema elitizado. O objetivo principal deste trabalho repousa nas considerações acerca destas proposições, tendo-se, por objetivos específicos, a análise da terminologia e dimensões dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e o dever de inclusão social da pessoa, e, igualmente, a verificação da complexidade de implementação de mecanismos que mitigam a desigualdades em face de sistema elitizado.

A hipótese de pesquisa proposta será trabalhada por intermédio do método indutivo, para que, a partir de premissas particulares, seja possível se alcançar uma conclusão geral sobre o problema apresentado. Utiliza-se de pesquisas bibliográficas e documentais como procedimentos metodológicos. Ademais, há de se dizer que a pesquisa é qualitativa, uma vez que se faz uso de literatura especializada sobre o tema para pesquisar o problema posto.

Com relação ao caminho percorrido no trabalho, inicialmente, faz-se considerações acerca da conceituação dos direitos humanos e fundamentais conjuntamente com suas dimensões traçadas pela literatura sobre o tema. Após, realiza-se uma exposição dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e o seu dever inerente de inclusão das pessoas na sociedade. Por fim, traça-se caminhos sobre a complexidade e necessidade de realização de mecanismos que contribuam com a redução das desigualdades na sociedade brasileira.

2 TERMINOLOGIA E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos são conquistas da sociedade e demonstram sua essencialidade às sociedades atuais. Estas conquistas se deram por meio das lutas seculares e do reconhecimento de vitórias neste sentido, com a codificação massiva dos direitos humanos em Constituições do século XX.

Sobre a terminologia, Ramos (2018, p. 52) preleciona que os direitos essenciais do indivíduo detêm ampla diversidade de termos e designações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. Esta terminologia se modifica com constância na doutrina e nos diplomas nacionais e internacionais (RAMOS, 2018, p. 52).

Na Constituição Federal de 1988, inclusive, pode-se verificar o uso de vários termos para designar os direitos humanos. A título de exemplo, na Lei Maior brasileira há expressões como: direitos humanos, no artigo 4º, inciso II; direitos e garantias fundamentais no Título II e artigo 5º, § 1º; e direitos e garantias fundamentais no art. 60, § 4º, inciso IV (SARLET, 2015, p. 27), havendo, ainda, a nova nomenclatura do artigo 34, VII, "b", onde se declara "direitos da pessoa humana" (RAMOS, 2018, p. 51).

A expressão "direitos fundamentais" é relativamente nova, sendo que o Constituinte brasileiro se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição de Portugal de 1976 (SARLET, 2015, p. 28). Não sendo diretamente as inspirações para a nossa Carta Política, mas também sendo exemplos de utilização da expressão "direitos fundamentais" no pós Segunda Guerra, destacam-se as Constituições da Espanha, de 1978, da Turquia, de 1982 e a da Holanda, de 1983 (SARLET, 2015, p. 28).

Essa imprecisão terminológica se dá pela evolução da defesa de certos direitos vitais do indivíduo, "pela qual a denominação de tais direitos foi sendo alterada, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamento" (RAMOS, 2018, p. 53).

Sobre o uso indiferente destes termos, Bonavides tece a seguinte crítica:

> Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães (BONAVIDES, 2019, p. 574).

A expressão direitos dos homens, particularmente, mostra-se ultrapassada e excludente, pois denota uma predileção pelos homens. No Canadá, por exemplo, utiliza-se a

expressão “direitos da pessoa” em superação a locução sexista “direitos do homem” (RAMOS, 2018, p. 53).

As expressões mais utilizadas nas codificações no século XXI são “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Ramos (2018, p. 53-54) dita que, inicialmente, os doutrinadores tendem a adotar o termo “direitos humanos” para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e outras normas internacionais sobre a matéria, sendo que, a expressão “direitos fundamentais” demarcaria os direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico (RAMOS, 2018, p. 53-54). Sobre o termo “direitos humanos”, Sarlet complementa:

> [...] a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2015, p. 29).

Apesar de apresentaram certa distinção e razão para as nomenclaturas diferenciadas, não está errado utilizar estes termos como sinônimos. Os direitos humanos, sendo direitos intimamente ligados à condição de pessoa, são apenas convertidos em direitos fundamentais pela positivação em uma Carta Política, tornando-se fundamentais para as instituições deste país que prescreveu o direito. Neste sentido, Sarlet elucida:

> [...] os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humanas) acabam sendo “transformados” em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais inalienáveis da pessoa humana adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional (SARLET, 2015, p. 32).

Mostra-se, desta forma que a diferenciação entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais, perde a relevância, “ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos” (RAMOS, 2018, p. 54-55). Ainda, a antiga separação entre direitos de matriz internacional, sem grande força vinculante e direitos de matriz constitucional, os fundamentais, com força vinculante gerada pelo direito de ação, no tocante aos instrumentos de proteção, fica

diluída, uma vez que os direitos humanos também passaram a contar com a proteção judicial internacional (RAMOS, 2018, p. 55).

Esclarecidas as considerações necessárias sobre a terminologia, expressa-se que será utilizada ambas as expressões, direitos humanos e direitos fundamentais, para se referir aos direitos inerentes à pessoa.

Apesar de os direitos humanos serem resultados de duras e difíceis conquistas sociais, não se traduzem em uma história linear, mas sim a partir da superação de graves injustiças (CAMBI, 2018, p. 31), utiliza-se na doutrina a separação didática dos direitos humanos em dimensões. Ressalta-se que será utilizada a expressão "dimensões" em detrimento de "gerações", em razão deste caráter não sequencial sobre os direitos fundamentais, sendo que o termo "gerações" também pode dar a impressão que os direitos se substituem pelo tempo, o que não é correto (SARLET, 2015, p. 45).

A doutrina clássica elenca três dimensões dos direitos fundamentais. Na primeira dimensão, têm-se os direitos fundamentais que afirmam o indivíduo diante o Estado, instituindo a este uma fronteira de não intervenção, sendo direitos de finalidade negativa ao Poder Público (SARLET, 2015, p. 46-47). Bonavides (2019, p. 577) complementa expondo que estes direitos são responsáveis por serem os primeiros em um instrumento normativo constitucional, os direitos civis e também políticos, correspondendo à fase inaugural do constitucionalismo ocidental.

Esta categoria está intimamente ligada com a liberdade titular de um indivíduo, oponíveis em face de um Estado e são faculdades a disposição da pessoa sendo a subjetividade uma característica marcante destes direitos (BONAVIDES, 2019, p. 578). Pode-se discorrer como exemplos de direitos de primeira dimensão, a liberdade formal, e algumas garantias processuais, como o direito de petição, devido processo legal e o *hebeas corpus* (SARLET, 2015, p. 47).

Passando-se para a segunda dimensão dos direitos, estes são marcados pelos direitos econômicos, sociais e culturais. Estes direitos necessitam de ações estatais positivas, para que se promova a assistência à educação, saúde, trabalho, etc.

Como expressa Bonavides (2019, p. 578) estes direitos "nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula".

Convém destacar que, ao contrário que possa parecer, estes direito não correspondem somente a prestações ativas do Estado, mas também às liberdades sociais, tendo por exemplos, a liberdade de sindicalização, direito de greve, direitos dos trabalhadores, além de se reportam

ainda ao indivíduo, e não aos direitos coletivos e difusos, que se aludem à terceira dimensão (SARLET, 2015, p. 48).

Já na terceira dimensão, o homem-indivíduo, isolado, deixa de ser a figura principal destes direitos, passando-se a focar na universalidade, com vista a proteger grupos humanos. Os direitos desta dimensão são voltados para temas relacionados ao desenvolvimento, como a paz, meio ambiente, comunicação e demais bens comuns da humanidade (BONAVIDES, 2019, p. 584).

Como expresso acima, tradicionalmente, a doutrina elucida apenas estas três dimensões dos direitos fundamentais. Contudo, há de se apontar a existência de uma quarta dimensão, onde estariam compreendidos os direitos dos povos, com a finalidade defender o ser humano, com biossegurança, democracia e inclusão digital (MALHEIRO, 2018, p. 8).

Sobre a quarta dimensão, Bonavides (2019, p. 586) explana que destes direitos relacionados ao pluralismo, depende a sociedade aberta do futuro, sendo o corolário da universalidade, com inclinação a uma convivência pacífica entre os povos.

Expostas estas necessárias considerações às terminologias e dimensões dos direitos fundamentais, em razão de seu caráter essencialmente didático para entender a evolução daqueles, passar-se-á para a apresentação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DEVER DE INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA

A Constituição Federal de 1988 teve, nos direitos fundamentais, a sua base de formação, sendo que, estes direitos devem pautar todas as relações do Estado para com os cidadãos e entre estes, nas relações particulares. Todo o ordenamento jurídico brasileiro teria de passar pelo crivo desta nova perspectiva imposta pelos constituintes.

A dignidade da pessoa humana funda toda essa base, até pela função de ser a Carta Política responsável pela redemocratização do país, após o período de ditadura militar. O constitucionalismo pátrio passou a dar a merecida relevância aos direitos fundamentais, pela primeira vez na história (SARLET, 2015, p. 64).

Há de se dar a devida caracterização para a Lei Maior. Como esta designação expressa, a Constituição não pode ser vista como uma simples lei, mas sim, como o próprio direito de um Estado Democrático de Direito. Como ensina Bonavides (2019, p. 613), ao compreender a Carta Política como o direito, e não uma simples lei, faz-se oposição ao positivismo legalista,

significando o rompimento dos laços silogísticos e dedutivistas, que continham a normatividade e a restringiam a uma posição destituída de normatividade.

A Constituição de um Estado tem, principalmente, dois propósitos, sendo o primeiro de organizar e restringir o exercício do poder político, de forma a assegurar uma vontade da maioria, estabelecendo, ao mesmo tempo, a regra do jogo democrático; o segundo é a de estabelecer os direitos fundamentais dos cidadãos, com a instituição de mecanismos capazes de proteger estes direitos (BARROSO, 2018, p. 558). Para o propósito deste artigo, será dado enfoque central ao segundo propósito.

Os direitos humanos, tornando-se fundamentais pela positivação no texto da Carta Política, tem com base o seu Título II, denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", em cinco categorias: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos; e e) partidos políticos, sendo que, essa enumeração não é exaustiva (RAMOS, 2018, p. 69). Destaca-se que não há esta exaustividade de rol de direitos fundamentais pela razão de se ter a possibilidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais, com base no artigo 5º, § 2º, da Constituição (CAMBI, 2018, p. 62).

Deste extenso rol, enfatiza-se os direitos de um constitucionalismo justo, no sentido de justiça social e reeducação das diferenças e discriminações existentes na sociedade brasileira. A Lei Maior demonstra este viés, mas perceptivelmente nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como destaca o artigo 3º, da Constituição Federal:

> 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 (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais também servem à inserção do indivíduo na sociedade, principalmente quando se tratar das minorias, que dependem da efetivação destes direitos para ter uma vida digna. Sobre o constitucionalismo inclusivo e o direito fundamental à inclusão social, Cambi expressa:

> A rede protetiva proporcionada pelos direitos fundamentais não permite, ainda mais em tempos de constitucionalismo avançado (*constitucionalismo inclusivo*), que se mantenha a realidade social imune aos ditames humanizadores que tais direitos carregam consigo. Essa omissão se torna mais grave quando se está diante de países em que a justiça social esteve longe de se tornar real e efetiva. Em razão disso, a abertura material proporcionada pela

> Constituição Federal de 1988 alberga a possibilidade de se recolher do tecido social suas necessidades mais prementes com o objetivo de albergá-las por meio de uma posição jurídica de vantagem consubstanciada no direito fundamental à inclusão social (CAMBI, 2018, p. 62).

A vida humana digna, pois, é fundamento do Estado brasileiro. Deste modo, deve-se, por princípio ético, reconhecer a existência das desigualdades sociais, econômicas e culturais (SOUZA, 2018, p. 244). Souza, ao destacar a concepção filosófica da "racionalidade do outro", em sua tese sobre a parcialidade positiva do juiz, explana que:

> É na alteridade do outro "como outro" que o sistema ético crítico se impõe. É a alteridade da vítima como oprimida (classe) ou como excluída (pobre). É o descobrimento do "outro" que se encontra encoberto pelo mito da modernidade. Trata-se de uma ética que demonstra o terror uma razão fechada na totalidade, entre outras, a razão da modernidade (SOUZA, 2018, p. 245-246).

O que se demonstra, é que não há Estado realmente Democrático de Direito, se o aspecto social não for levado em conta. Ainda no que preleciona Souza (2018, p. 243), o Poder Judiciário é um instrumento de ética existencial, dado que é uma instituição que atua mediante princípios éticos, devendo pautar sua ação prática racional, em sua atividade básica e essencial, pelo princípio material universal de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana.

A vida digna da pessoa passa pelas suas oportunidades de inclusão social e, quando estas estão excluídas da sociedade, mostra-se um fracasso do cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

4 A COMPLEXIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MECANISMOS QUE MITIGAM A DESIGUALDADES EM FACE DE SISTEMA ELITIZADO

O Brasil juntamente com os demais países da América Latina, incluindo o Caribe, contém a maior diversidade étnica e racial do mundo. Nesse contexto, faz-se necessário compreender que ao longo dos séculos, com toda essa diversidade, criou-se, pelas elites dominantes, um contexto social em que minorias sofreram e ainda sofrem com práticas de exclusão e ampliação de desigualdades.

> A complexidade aumenta em face dos elevados indicadores de práticas discriminatórias registradas na América Latina, herança provável da dominação cultural pautada em valores androcêntricos, patriarcais, adultocêntricos, xenofóbicos...; enfim, em totalitarismos do âmbito público e

> privado que refutam a existência das diferenças. (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2022, p. 245)

Nesse ínterim, a Constituição Federal deverá, no papel de maior instrumento jurídico pátrio, assumir o papel de protagonista, exigindo de todo o ordenamento jurídico a efetivação dos direitos, com vistas a dar maior destaque e efetividade aos seus valores.

> Percebe-se, portanto, que a força normativa da constituição exige do intérprete um compromisso com a concretização dos direitos estabelecidos em uma Constituição, sob pena de se estar descumprindo a ordem constitucional e também se enfraquecendo a sua força normativa. Conclui-se, portanto, que toda e qualquer interpretação da constituição deve ter como objetivo a concretização dos direitos nela asseguradas. (BREGA FILHO, 2013, p.107)

A inclusão social estabelecida em sua plenitude, engloba uma gama de direitos e garantias fundamentais, mas que infelizmente se restringiram e alcançam apenas pequenos grupos. A luta pela efetivação dessas garantias e direitos, principalmente os de quarta dimensão, vem sendo afastada por políticas que protelam ou mitigam a implementação de políticas que alcançariam essas minorias há séculos esquecidas.

> A estratificação social é um fenômeno intergeracional, que afeta as chances de ascensão social, de reconhecimento e de sustento material de todos os membros de um grupo social, como consequência de práticas discriminatórias. É possível, no entanto, estabelecer tratamento diferenciado a fim de corrigir ou compensar a desigualdade para grupos que historicamente, imersos em um processo sistemático de segregação racial, perceberam desvantagens causadas pela discriminação negativa. (SILVA, 2021, p.8)

Nessa esteira, o que se deve buscar nos textos constitucionais, são ações que sedimentam o conteúdo social e que contenham normas de conteúdo programáticas que efetivamente sejam implementadas e que não sejam apenas declarações de realidades utópicas ou distantes da sociedade.

> As contradições jurídicas revelam um ordenamento composto por regras impostas por uma elite, permanecendo o povo alijado do exercício do poder político. Ditado por elites (cultural, financeiras e/ou agrária), o Direito brasileiro não promoveu como não promove o desenvolvimento sócio-econômico. Ele não revoluciona, pelo contrário, vem confirmando posições de mando em detrimento do exercício dos direitos humanos (individuais e sociais) propugnadas pelas Constituições brasileiras (PRUDENTE, 1988, p. 136).

Ademais, frisa-se que os direitos, conforme Novelino, "(...) fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política." (NOVELINO, 2008, p. 229). Nesse sentido, busca-se uma concreta dialética entre o indivíduo e o Estado com o escopo dar satisfação e efetivação de direitos e garantias constitucionais.

Essa dialética pode ser demonstrada com as recentes políticas públicas voltadas às ações afirmativas adotadas no Brasil no início dos anos 2000, como por exemplo o surgimento da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial; a Lei 10.639/03 que preceitua a obrigatoriedade do ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africanas nas escolas públicas e particulares; o Programa Universidade para Todos – PROUNI através da Lei 11.096/2005 e a Lei 12.288/10 que culminou no Estatuto da Igualdade Racial.

> As ações afirmativas são entendidas como o conjunto de políticas voltadas à concretização do princípio da igualdade pela faceta material, realizadas pelo setor público, privado ou por órgãos dotados de competência, de caráter compulsório ou voluntário e temporal, a fim de promover, integrar indivíduos e grupos tradicionalmente discriminados (FRANÇA, 2011, p.17).

Como aduziu a Ministra da Suprema Corte brasileira, Carmén Lúcia, em artigo concernente à igualdade (ROCHA, 1996. p. 290), as ações afirmativas têm um papel de promover a igualdade e o bem de todos sem qualquer forma de preconceito.

> Verifica-se, então, que não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no país. Aqui se determina agora uma ação afirmativa: aquela pela qual se promova o bem de todos, sem preconceitos (de) quaisquer... formas de discriminação. Significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República (ROCHA, 1996. p. 290).

Fica patentemente demonstrado que as ações afirmativas visam a inclusão social, não apenas consistindo em meras políticas de governos que buscam apenas a positivação de garantias na norma legal, elas defendem e almejam um pluralismo e diversidade maior.

> Estas ações têm insculpido em sua base a necessidade de combater a discriminação, mas não somente a discriminação racial, de gênero, por orientação sexual ou ao portador de deficiência, mas aquela de fundo cultural, estrutural, que encontra enraizada nos meandros sociais, desta forma, o intuito ora em comento, tem também por meta a transformação socio-cultural,

> visando inserir no convívio social os princípios do pluralismo e da diversidade (FRANÇA, 2011, p.18).

Por intermédio de seus mandamentos as Constituições sociais procuram garantir a igualdade substancial e os direitos sociais, principalmente com a atuação do Estado, outrossim, não menos importante é referendar que nelas há também princípios democráticos e a defesa dos direitos individuas e coletivos, consagrando, portanto, os direitos fundamentais.

> Portanto, é obrigação do Estado identificar as vulnerabilidades, promover a inclusão social e implementar políticas públicas voltadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais. As normas jurídicas – internas e internacionais – devem ser interpretadas e aplicadas levando em consideração as necessidades de proteção das vítimas de violação de direitos humanos. (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2022, p. 242)

Verifica-se aqui que ao Estado incube buscar um equilíbrio e resguardar aos vulneráveis toda a gama de direitos fundamentais, por intermédio de medidas para alterar situações de cerceamento de direitos, garantias ou que possam ampliar situações de desigualdade e discriminações.

> Posiciona-se em favor das pessoas mais vulnerabilizadas. Não se preocupa com o equilíbrio abstrato entre as partes, mas se inspira na realização da justiça ao procurar sanar os efeitos dos desequilíbrios e disparidades que afetam as vítimas de violação de direitos humanos. Toda a pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial. (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2022, p. 241)

Cabe ao Estado desenvolver e exercer o planejamento e execução de políticas sociais, num processo amplo e complexo que consiste na elaboração, monitoramento, controle e avaliação das políticas que serão implantadas, adentrando num verdadeiro ciclo de políticas públicas infindáveis.

Outrossim, entende-se que as políticas pública, segundo Leonardo Secchi, é importante para se conhecer o contexto onde a política acontece, é muito importante para entender a dinâmica política, os comportamentos dos atores e os efeitos das políticas pública. (SECCHI, 2012, p. 61). Ademais, dispõe o autor que "[...] o ciclo de políticas públicas tem uma grande utilidade: ajuda a organizar as ideias, faz que a complexidade de uma política pública seja simplificada e ajuda políticos, administradores e pesquisadores a criar um referencial comparativo para casos heterogêneos". (SECCHI, 2012, p. 34)

Política pública, via de regra, está relacionada a mais de uma decisão e necessitam de diversas ações estrategicamente escolhidas para implementar as decisões tomadas, com vistas a atender o bem-estar e as necessidades do cidadão, com o objetivo mais uma vez de fomentar o bem-estar alcançando a plenitude dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Já como menciona, Cambi, Porto e Fachin, a Constituição defendem a participação do próprio cidadão no processo de formulação, monitoramento, controle e avaliação das políticas públicas as quais serão efetivadas.

> Já o art. 193 da mesma Constituição assevera que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social, cabendo ao Estado exercer a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, monitoramento, controle e avaliação dessas políticas (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2022, p. 242).

Continuam ainda ao proferirem o ensinamento de que para a formulação dessas políticas públicas faz-se necessário a busca de informações e dados em diversos ramos e nichos sociais para que se possa ter um entendimento efetivo e completo das necessidades de grupos vulneráveis sob o risco de incorrer em omissão ou até mesmo implementar políticas ineficazes, insatisfatórias ou até mesmo indiferentes, o que aumentaria as desigualdade e exclusões (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2022, p. 243)

Nesse sentido, em que já está pacificado que os direitos fundamentais possuem o caráter declaratório, as garantias fundamentais destacam-se pelo perfil instrumental em que possuem os meios direcionados para a obtenção ou reparação dos direitos violados, principalmente das minorias vulneráveis.

O que se demonstra é que para se obter a máxima efetividade dos princípios constitucionais que pertencem aos direitos de terceira e quarta dimensão, como os da dignidade da pessoa humana e que tem um valor fundamental no ordenamento jurídico, requer-se o dever inarredável do cumprimento dos direitos, garantias fundamentais e minorias.

> Um segundo ponto comum, que ressalta, ainda uma vez, a natureza responsiva dos direitos fundamentais, diz respeito ao fato de os direitos sociais carregarem como pressuposto a existência de um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para sua subsistência digna, bem como supõem a existência de relações econômicas que, pautadas pela desigualdade de suas partes, frequentemente conduzem à submissão uns a outros. Nesse contexto, os direitos sociais surgem como uma aspiração ética que parte da premissa de que todos que participam da vida em sociedade devem ter direito a uma parcela dos frutos por ela produzidos. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 67)

Essa valorização tem como cerne o valor supremo de um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que buscam proteger os indivíduos de qualquer tratamento que venha configurar desrespeito ao seu mínimo vital, o que se traduz em garantir condições mínimas para uma existência digna e protegendo a sua individualidade contra qualquer tipo de interferência de terceiros ou até mesmo do Estado, traduzindo-se em eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

> Em primeiro lugar, devemos fixar que os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais. Afigura-se estreme de dúvidas que o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano "a salvo" da necessidade, promove uma "fundamentalização" dos direitos sociais, uma vez que não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos aos ser humano, sem que um "mínimo vital" esteja garantido caudatariamente à própria vida em sociedade (NUNES JUNIOR, 2009, p. 65).

Quando se adentra na questão dos direitos e garantias fundamentais das minorias e seus aspectos sociais busca-se nos ensinamentos de Vidal Serrano Nunes Junior uma reflexão concernente a esses direitos, principalmente os direitos fundamentais sociais. Para o autor a teoria dos direitos fundamentais sociais abarca uma discussão referente ao denominado mínimo vital, assim compreendido como o dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade humana, traduzindo-se em garantir a todos um standard social mínimo incondicional. (NUNES JUNIOR, 2009, p.70). Pensando-se no ser humano como único ser dotado de um valor absoluto, não-relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade [...] (NUNES JUNIOR, 2009, p.70).

Assim, continua Vidal Serrano ao afirmar que o mínimo vital "[...] aponta que a opção de forma de organização socioeconômica pode variar, mas, qualquer que seja a opção esposada, deve ele estar comprometida, em primeiro lugar com a preservação da dignidade material de todas as pessoas" (NUNES JUNIOR, 2009, p.71).

Desse modo, quando se busca os textos das normas constitucionais é trazer à baila o cumprimento e a efetivação de direitos e garantias em face do cidadão e cumprir efetivando o que há de fundamental no mandamento constitucional a uma população que em alguns casos são relegados e jogados a margem do bem-estar social.

Assim é importante ter um cuidado com realidade social, pois como alerta Jessé de Souza na obra Brasil do Humilhados, uma denúncia da ideologia elitista (SOUZA, 2022, p. 15).

> A realidade social não é visível a olho nu. Isso significa, ao contrário de nossas ilusões – julgamos que conhecemos como a sociedade funciona simplesmente porque participamos dela -, que o mundo social não se revela facilmente. Afinal, não são apenas os músculos dos olhos que nos permite ver. Ao contrário, existem ideias dominantes, compartilhadas e repetidas por quase todos, que, na verdade, "selecionam" e "distorcem" o que os olhos veem e "escondem" o que não deve ser visto. (SOUZA, 2022, p. 15)

Nesse diapasão, trazendo a ideia inicial de que elites dominantes buscam cercear os caminhos para uma ampliação de direitos e garantias fundamentais para tentar mitigar distorções históricas, Sílvio de Almeida em sua obra Racismo Estrutural (ALMEIDA, 2019, p. 27) alerta "[...] as instituições são hegemonizadas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos". "Como dito, um dos efeitos da discriminação é o cenário de desigualdade estrutural e vulnerabilidades interseccionais que dificultam, ou mesmo impedem, a efetivação dos direitos humanos [...]" (CAMBI; PORTO; FACHIN, 2022, p. 248)

Desse modo, o presente artigo não pretende esgotar o tema, bem como apresentar soluções prontas e acabadas, mas sim colaborar com reflexões acerca de quanto fundamental é uma Constituição Cidadã na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Demonstrar também o quanto complexo e delicado é a implementação de mecanismos que mitigam a desigualdades em face de sistema elitizado.

5 CONCLUSÃO

Os direitos humanos têm como ponto de partida a dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser a direção da atuação estatal. Abarca-se, nisto, todos os Poderes da República e, de mesma forma, o respeito destes direitos nas relações privadas.

A dignidade da pessoa humana, para ter influência na vida das pessoas, exige oportunidades de inclusão social e, quando as pessoas estão excluídas da sociedade, mostra-se uma falha na realização das finalidades fundamentais do Estado brasileiro.

Quando há a busca no bojo das normas constitucionais, o que se pretende é trazer à luz a efetivação de direitos e garantias fundamentais em face do cidadão e realizar o que existe de fundamental no mandamento posto no texto constitucionais, de maneira a se proporcionar uma realidade em que não se tenha uma população que, em alguns casos, lhes são relegados estes direitos fundamentais, sendo jogados a margem do bem-estar social. Nesse diapasão, aproxima-se a ideia primeira de que elites dominantes tentam retirar as passagens para uma

aumento de direitos e garantias fundamentais que poderiam tentar diminuir deformidades históricas.

Em arremate, expressa-se que existe grande complexidade na realização de mecanismos que reduzam a disparidade existente no Brasil, contudo, diante dos mandamentos constitucionais de implementação dos direitos fundamentais, haverá de se ter a busca consistente e interminável no objetivo de reduzir as desigualdades advindas da sociedade elitizada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Trinta anos da Constituição: a república que ainda não foi. *In*: TOFFOLI, José Antônio Dias (organizador). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 547-569.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** – 34 ed. – atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 14 set. 2022.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. **Revista Argumenta**, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2013, v. 19, p. 103-123. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409/pdf_36. Acesso em: 15 out. 2022

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia De A.; FACHIN, Melina G. **Constituição e Direitos Humanos**: Tutela dos Grupos Vulneráveis. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556275840. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275840/. Acesso em: 17 out. 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2018.

FRANÇA, Mhardoque G. Lima. Ações Afirmativas e o princípio da iguadade: cotas para negros em Universidade Públicas. Revista Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 15, p. 13-39, julho a dezembro. 2011. ISSN 1676-2800, Jacarezinho - 2011.

MALHEIRO, Emerson Penha. A inclusão digital como direito fundamental na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais (Online)** – Vol. 987/2018 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016a926d440fb53f4e5a&docguid=Ic6303d50fa7411e7beb001000

0000000&hitguid=Ic6303d50fa7411e7beb0010000000000&spos=8&epos=8&td=4000&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 07 out. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 62-71

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. O negro na ordem jurídica brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 83, jan-dez, p. 135-149, 1988.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro**: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, n131, p.283-295, jul./set. 1996. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 13 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional – 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livriaria do Advogado Editora, 2015.

SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: **Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p 33-60. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4511275/mod_resource/content/1/leonardo%20secchi_ciclo%20de%20politicas%20publicas.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

SILVA, Alexandre Rossi Elias da. **Ações afirmativas no Brasil**: avaliação do resultado da política de reserva de vagas para negros no cargo de promotor de justiça dos ministérios públicos estaduais, 2021, 84 p. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30480. Acesso em: 16 out. 2022

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz** – São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA, Jessé. **Brasil dos Humilhados**: uma ideologia elitista. 1 ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira. 2022.