V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

JUAN CERETTA

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

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

D598
Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Juan Ceretta – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-256-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



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



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no CONPEDI Montevideo repercutiram diretamente na atualidade internacional -- notadamente na América Latina --, tendo em vista as ameaças aos direitos de cidadania conquistados com os processos de transição democrática do final do século vinte. De fato, para além das ameaças à democracia fruto da instabilidade dos governos eleitos pelo sufrágio universal, observa-se uma clara e constante ameaça aos direitos sociais: saúde, educação e trabalho.

Com efeito, concluído o processo de reconhecimento constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais -- denominados novos direitos no início do século vinte --, as transições democráticas estimularam a criação de políticas públicas de Estado de promoção da educação (ensino pública e gratuito); da saúde (Sistema Único de Saúde); do trabalho (seguro desemprego). O início do século vinte e um despertou o interesse pela criação de políticas de ação afirmativa, na medida em que grupos sociais vulneráveis se mobilizaram para reivindicar a igualdade de oportunidades.

Observou-se que o poder judiciário representou nesse momento um espaço democrático de pressão para a efetividade de políticas públicas, notadamente através das ações coletivas. De fato, o fenômeno da judicialização das políticas públicas cumpre um papel de controle e fiscalização da eficiência de uma política de governo. Contudo, o espírito conservador das instituições públicas (executivo, legislativo e judiciário) ameaça sobremaneira os avanços conquistados nas primaveras da democracia latino-americana. Repensar as instituições políticas exige romper com os ideais revolucionários do século XVIII (liberal, conservador e seguidamente antidemocrático) para construir um novo constitucionalismo latino-americano, capaz de atender às demandas de inclusão dos grupos sociais vulneráveis (povos indígenas e quilombolas), fortalecendo da democracia através de novas instâncias de participação e controle da coisa pública, tais como Tribunais constitucionais, controle externo do judiciário e orçamento participativo.

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

Prof. Juan Ceretta - UDELAR

OS DIREITOS HUMANOS SOCIAS E A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO HUMANÍSTICO NA AMÉRICA LATINA

SOCIAL HUMAN RIGHTS AND CONSTRUCTION OF A HUMANISTIC LEGAL SYSTEM IN LATIN AMERICA

Marcelo José Grimone [1]
Fabricio Moreno Furlan [2]

Resumo

O presente artigo é uma breve discussão e análise sobre o sistema internacional de proteção aos direitos humanos e a construção de um sistema jurídico humanístico na América Latina. O texto analisa a internacionalização do direito na América Latina e a influência dos direitos sociais na construção de um sistema humanista.

Palavras-chave: Filosofia do direito, Direitos humanos, Direito constitucional, Direito do estado

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents a brief discussion and analyses over the international system of Humans Rights protection and the proposal of construction of a legal humanistic system in Latin America. The text analyses internationalization of Right in Latin America and the influence of social rights in the construction of the humanist system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law philosophy, Human rights, Constitutional law, State law

[1] Bacharel em Direito pela PUC/SP. Bacharel em História pela Universidade de São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP

[2] Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Doutorando pela PUC/SP. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

INTRODUÇÃO

Trata-se de uma discussão acerca do sistema jurídico da América Latina em face das mudanças sociais, econômicas e jurisprudenciais do mundo contemporâneo. O artigo tem o objetivo geral e a pretensão de contribuir para o aprimoramento do direito, estabelecer novos paradigmas para a superação da histórica desigualdade social na América Latina e repensar o próprio direito como instrumento para o desenvolvimento social e econômico e, outrossim, efetivar os princípios fundamentais expressos, por exemplo no Título I da Constituição da República Federativa do Brasil.

O estudo do direito no mundo contemporâneo tem como escopo desenvolver pesquisadores/pensadores para o aprimoramento do conhecimento e encontrar soluções de problemas práticos e teóricos que envolvem o sistema[1] jurídico. Somos seres distintos no planeta único denominado Terra, pois alteramos continuamente o nosso pensar e ampliamos continuamente a técnica e o saber.

Para Japiassu (2012, p. 151) a ideia de uma melhora da condição humana pela ampliação dos conhecimentos elaborados pelas ciências humanas sempre fez e ainda faz sentido.

[1] Segundo CANARIS, Claus-Wilhelm in Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 09-13. A elaboração de considerações mais pormenorizadas sobre o conceito de sistema jurídico pressupõe, para já que classifiquem dois pontos: em primeiro lugar, o conceito geral ou filosófico de sistema e, em segundo, o da tarefa particular que ele pode desempenhar na Ciência do Direito.

Sobre o conceito geral e sistema deveria dominar –com múltiplas divergências em aspectos específicos –no fundamental, uma concordância extensa: é ainda determinante a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como <<a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados>> ou, também, como <<um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios>>. De modo semelhante, por exemplo, no <<Dicionário dos conceitos filosóficos>> de EISLER, define-se sistema: <<1.Objetivo: um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo (...) 2. Lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto ou para um estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o correspondente, o mais possível fiel, de um sistema real de coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico, 'reconstruir' de modo aproximativo>>. As definições que se encontram na literatura jurídica correspondem-lhe, também, largamente. Assim, por exemplo, segundo SAVIGNY, o sistema é a <<concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade>>, segundo STAMMLER <<uma unidade totalmente coordenada>>, segundo BINDER, <<um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários>>, segundo HEGLER, << a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada>>, segundo STOLL um <<conjunto unitário ordenado>> e segundo COING uma <<ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário>>Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade; elas estão, uma para com outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão multidão de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quanto princípios fundamentais.

O presente texto ao percorrer os caminhos do humanismo, realiza uma reflexão sobre a própria condição humana, sobre o processo histórico dos direitos humanos e diante de uma suposta crise,esboça soluções para efetivar o princípio da dignidade humana, superar o direito/técnica/sanção para um direito/humanista/promoção e democratizar a República Federativa do Brasil e lançar premissas para a construção de um sistema jurídico latino-americano democrático com a aplicação dos direitos humanos sociais, principalmente saúde e educação e concretizar o desenvolvimento econômico centrado no ser humano.

Conforme sinaliza o filósofo Japiassu: (2012)

> As ciências humanas ajudam a promover novos e renovados debates. Se está encerrado o tempo dos grandes sistemas, nem por isso a filosofia renunciou a pensar. Mas cada vez mais precisa da ajuda das ciências humanas para pensar o homem, o mundo, a pós-modernidade, a bioética, os direitos do homem, a democracia, a felicidade, a busca do sentido, os desenvolvimentos da ciência contemporânea em todos os níveis...Em nossa época de globalização e tecnologia onipresente, o ensino das "humanidades" se mostra, não só uma atividade de plena atualidade, mas torna-se algo muito importante. Num país como o nosso, onde várias culturas formam uma única nação, talvez tenhamos mais necessidade de *sabedoria* do que do saber fornecido por historiadores, filósofos, religiosos, literatos e artistas. A ciência e a tecnologia atingem seu objetivo quanto se tornam ultrapassadas. Mas as *humanidades*, ao contrário, registram e refletem sobre a grande complexidade da condição humana, embora jamais possamos compreendê-la totalmente. Mas precisamos reivindicar o direito de reclamar e redescobrir o lugar do Humanismo em nosso sistema de educação, em nossa cultura e em nossa sociedade, (grifos nossos) (JAPIASSU, 2012, p. 165)

O texto, ainda, lança uma reflexão entre direito e história para compreensão do movimento temporal dos direitos humanos para o futuro ou para a incerteza. Afirmação ou negação dos direitos humanos? O que o passado comprova? O que a história social revela?

Para Walter Benjamin (2012):

> A verdadeira imagem do passado passa por nós de forma fugidia. O passado só pode ser apreendido como imagem irrecuperável e subitamente iluminada no momento do seu reconhecimento. "A verdade não nos foge": essa fórmula de Gottfried Keller assinala, na concepção da história própria do historicismo, precisamente o ponto em que essa concepção é destruída pelo materialismo histórico. Porque é irrecuperável toda a imagem do passado que ameaça desaparecer com todo o presente que se reconheceu como presente intencionado nela. (grifo nosso) (BENJAMIN, 2012, p. 11)

Os historiadores do mundo ocidental dividiram o tempo em períodos, excluindo, no entanto, a tradição da cultura oral; iniciamos a contagem a partir da Mitológica[2] Antiguidade,

[2] A palavra mito vem do grego, mythos, e deriva de dois verbos: do verbo mytheyo(contar, narrar, falar alguma coisa para outros) e do verbo mytheo (conversar, contar, anunciar, nomear, designar). Para os gregos, mito é um discurso pronunciado ou proferido para ouvintes que recebem a narrativa como verdadeira porque confiam naquele que narra; é uma narrativa feita em público, baseada, portanto, na autoridade e confiabilidade da pessoa do narrador. E essa autoridade vem do fato de que o narrador ou testemunhou diretamente o que está narrando ou recebeu a narrativa de quem testemunhou os acontecimentos narrados: " "*A Aurora erguia-se do leito, onde repousava junto do glorioso Titono, para levar a luz ao Imortais e aos mortais, enquanto os deuses estavam reunidos em assembleia, e entre eles Zeus altitonante, cujo poder é supremo. Atena relembrava-lhes as inúmeras*

com a contagem importante centrada na Atentas e Roma, com o cronometro no zero absoluto na data do nascimento da religião cristã, impondo à humanidade um racionalismo linear e contínuo, seguindo a narrativa Bíblica e na espreita pelo futuro da salvação.

Para Marc Bloch (2002)

> O tempo humano, em resumo, permanecerá sempre rebelde tanto à implacável uniformidade como ao seccionamento do tempo do relógio. Faltam-lhe medidas adequadas à variabilidade de seu ritmo e que, como limites, aceitem frequentemente, porque a realidade assim o quer, conhecer apenas zonas marginais. É apenas ao preço dessa plasticidade que a história pode esperar adaptar, segundo as palavras de Bergson, suas classificações às "próprias linhas do real": o que é propriamente a finalidade última de toda ciência. (BLOCH, 2001, p. 153)

Com o fim do Império Romano e da cultura antiga, a Europa Ocidental ingressa na denominada Idade Média ou Idade dos Homens e lança os alicerces de uma civilização centrada no Rei (política), em Deus (religião) e na Ordem (Direito). Um tempo circular que perdurou mil anos, principalmente na Europa Central e concebeu a construção de um pensamento eurocêntrico centrado na tradição, nos textos sagrados e na propriedade.

No entanto alerta Duby sobre o retorno ao passado: (2011, p. 116)

> O problema, para nós historiadores, é medir essa distância, discernir as informações que podem ter decorrido da pressão da ideologia. Evidentemente, essa distância é mais ou menos larga de acordo com as categorias de fontes e, de menos estilizadas, mais ou menos realista. Todavia, e essa é a minha convicção pessoal, jamais essa tela poderá ser totalmente rasgada. Devemos abandonar o sonho positivista de atingir a realidade das coisas do passado. Nós permaneceremos sempre separados delas.

O tempo circular foi rompido com o olhar do ser humano para fora do castelo medieval, a observação espacial e a experiência transformam a história em Moderna e o tempo em movimento linear e o Ocidente alarga-se para Oeste e a ruptura da Ordem acarretam as expansões marítimas e as Conquistas marítimas. A Europa agrega a América,transforma a África em escrava submissa e domina a rota comercial para o Oriente. O Oriente dos árabes, persas, indiano, chineses e japoneses é transformado em vassalo do Ocidente, situação que perdura até o século XX, com a emergência do Japão, China e da Índia como potências econômicas e novos protagonistas da história mundial. Se a Idade Média é o tempo dos homens para alguns historiadores, a Modernidade é o tempo do capital, onde o mercantismo, a busca pelo metal e a escravidão são os atores dos acontecimentos entre os séculos XV ao XVIII.

---

*tribulações de Ulisses, que lhe não saíam da memória, pois não lhe agradava que ele estivesse no palácio da ninfa: "Zeus pai, e vós, bem aventurados deuses smpiternos! "*Homero, Odisséia, tradução Antônio Pinto de Carvalho, Editora Nova Cultural, 2002, p. 72,

O capitalismo mercantilista reduziu o ser humano na condição de mercadoria "res" valiosa na troca monetária entre Europa, África e América. Milhares de seres humanos foram consumidos na América do Norte ao Sul, na África.

Para Hannah Arendt (2012):

> No limiar da era moderna encontram-se três grandes eventos que lhe determinaram o caráter: a descoberta da América e a subsequente exploração de toda a Terra; a Reforma, que, expropriando as propriedades eclesiásticas e monásticas, desencadeou o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social; e a invenção do telescópio, ensejando o desenvolvimento de uma nova ciência que considera a natureza da Terra a do ponto de vista do universo. Não podem ser considerados eventos modernos tal como os conhecemos desde a Revolução Francesa e, embora não possam ser explicados por cadeia alguma de causalidade, como nenhum evento pode sê-lo, continuam a desenrolar-se em uma incólume continuidade na qual existem precedentes e os predecessores de uma explosão de correntes subterrâneas que, tendo reunido sua força às ocultas, irrompessem subitamente. (grifo nosso) (ARENDT, 2012, p. 310)

Já a Contemporaneidade nasce na representação da Revolução (Francesa e Americana[3]) e se consolida na industrialização anglicana, a ordem dos estamentos é definitivamente substituída pelas classes sociais, o contrato de servidão é substituído pelo contrato de salário. A propriedade de subsistência medieval e substituída definitivamente pela mais valia, o capital novamente impera.A condição humana de mercadoria transforma-se em mais valia. Segundo Hannah Arendt (2012, p. 370), a produtividade e a criatividade, que iriam tornar-se os mais altos ideais e inclusive os ídolos da era moderna em seus estágios iniciais, são emblemas inerentes ao *homo faber*, ao homem como construtor e fabricante."

E, ainda, afirma, a filósofa (2012);

> Contudo, embora essa insistência no processo de produção e a insistência em considerar todas as coisas como resultado de um processo de fabricação sejam bastante características do *homo faber*e do seu âmbito de experiência, a ênfase exclusiva que a era moderna colocou nele às custas de todo interesse nas coisas, nos produtos, constitui algo inteiramente novo. Na verdade, transcende a mentalidade do homem como fazedor de instrumentos e fabricante, para quem, ao contrário, o processo de produção era apenas um meio de atingir um fim. No caso, do ponto de vista do *homo faber*, era como se o meio, o processo de produção ou o desenvolvimento, fosse ainda mais importante que o fim, o produto acabado. O motivo para essa mudança de ênfase é óbvio: o cientista criava apena para conhecer, não para produzir coisas, e o produto era um mero subproduto, um efeito colateral. Ainda hoje todos os verdadeiros cientistas concordarão que a aplicabilidade técnica do que eles estão fazendo é um mero subproduto do seu empenho. (ARENDT, 2012, p. 371)

[3]Hanna Arendt, in Sobre a Revolução, São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 72) afirma: " A palavra "revolução", originalmente, era um termo astronômico que ganhou importância nas ciências naturais graças a *De revolutionibusorbiumcoelestium*, de Copérnico. Nesse uso científico, ela manteve seu significado latino exato, designado o movimento regular e necessário dos astros em suas órbitas, o qual, por estar sabidamente fora do alcance do homem e sendo por isso irresistível, certamente não se caracterizava pela novidade nem pela violência. Muito pelo contrário, a palavra indica com toda clareza um movimento cíclico e recorrente; é a tradução latina perfeita da ανακύκλωσις de Políbio, termo que também se originou na astronomia e era utilizado metaforicamente na campo da política.

Nesses impasses históricos que envolvem a transformam a humanidade,o século XX representa a própria tecnologia, a conquista do espaço externo (universo) e o espaço interno (microbiologia). O progresso da ciência também se aplica as guerras (atômicas e a bomba de hidrogênio). A marca imaginária do século XX, não é a vida ou o ser humano é a Guerra Tecnológica de destruição em massa, a mais valia aqui é a morte.

A crônica da humanidade narra o tempo, os reis, o sagrado, os mitos, as guerras, a conquista, o capital e a ciência e deixa o ser humano como personagem do esquecimento no labirinto de incertezas e destruição.

Na tragédia romântica da Europa do anti-herói Hitler e paisagem desértica das bombas atômicas (Nagasaki e Hiroshima), o nascimento de um novo tempo (uma curva assimétrica) agora atrelado à vida e ao ser humano: o tempo utópico da narrativa dos direitos humanos como o único caminho para a permanência de uma história humanista.

O capital, a técnica, o culto ao individualismo, prosperam e imperam, ainda no século XXI, mas a possibilidade da destruição e da extinção em massa dos seres humanos é extraordinária. O terceiro planeta do denominado sistema solar orbitará em volta de sua estrela por bilhões de anos, mas o habitat humano já está comprometido pelas condições econômicas, sociais e culturais impostas pelos próprios seres humanos.

E diante desses impasses, qual o caminho a ser encarado pela humanidade?

1 – Sistema Jurídico Humanista

A narrativa utópica[4] dos Direitos Humanos e o próprio futuro da humanidade deverá ser concretizado através de políticas públicas (interpretação concreta do direito promoção social) e de uma administração pública democrática (democracia participativa), transparente e humanista (centrada nos usuários de serviços públicos).

E como realizar a utopia dos direitos humanos sociais no século XXI e superar a narrativa histórica do ser humano como objeto das conquistas, comércio, do capital financeiro e o totalitarismo?

Importante trazer a colação um fragmento do texto de Celso Lafer, em seu capítulo Os Direitos Humanos e a Ruptura (LAFER, 2001):

[4] Thomas More deu esse nome a uma espécie de romance filosófico (De optimo reipublica estatu de que nova insulta Utopia, 1516), no qual relatava as condições de vida numa ilha desconhecida denominada Utopia: nela teriam sido abolidas a propriedade privada e a intolerância religiosa. Depois disso, esse termo passou a designar não só qualquer tentativa análoga, tanto anterior quanto posterior (como a República de Platão ou a Cidade do Sol de Campanella), mas também qualquer ideal político, social, ou religioso de realização difícil ou impossível. (Abbagnano, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 987)

> O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. Encarna, neste sentido, o processo de ruptura com a tradição, pois não se trata de um regime autocrático, que em contraposição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais. Trata-se, em verdade, de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, nem com as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar este objetivo, o isolamento destrutivo da possibilidade de uma vida pública – que requer a ação conjunta com outros homens – e a desolação, que impede a vida privada. (LAFER, 2001, p. 117)

E completa o autor (p.118) o valor da pessoa humana enquanto conquista histórica-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.

A reação ao extermínio de milhares de jovens sufocados com o gás mostarda durante a primeira grande guerra e a reação a maior indústria multinacional concebida para o extermínio de parte da humanidade, os campos de concentrações, durante a segunda grande guerra foi a criação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Sistema que nasceu precisamente em 1945 com a criação da Organização das Nações Unidas com o propósito de consolidar a Paz e os Direitos Humanos. A barbárie e o irracionalismo demonstraram sua maior presença na história escrita da humanidade. E como contraponto à morte e destruição, as nações que celebraram e se beneficiaram do fim da segunda grande guerra: Estados Unidos, Inglaterra, França, União Soviética e a China (importância estratégica) definiram a criação de uma entidade para a Paz.

Os países que aderiram ao novo sistema ou pacto mundial comprometeram-se com os direitos humanos e com a elaboração de cartas constitucionais democráticas consonantes com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento que completou o propósito da ONU pois universalizou os direitos humanos.

A efetivação dos propósitos expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos exigirá Nações comprometidas com suas constituições democráticas e com a democracia participativa. A filosofia grega germinou da lógica dos debates políticos e da assembleia reunidos na ágora. O espaço da polis confinado nas cidades Estados foi libertado pela rede virtual denominada internet.

E o espaço de debates na rede poderia ser conduzido pela própria Organização das Nações Unidas e Organizações Internacionais e assim promover a educação em direitos humanos.

A Declaração promoveu, no mundo Ocidental,o debate de ideias e a positivação constitucional dos direitos humanos, considerados como naturais da humanidade. A efetivação dos propósitos da ONU e de suas declarações estará no processo de participação e

democratização da administração pública. O Estado moldado e concebido no século XIX desapareceu diante das necessidades humanas de sobrevivência e sustentabilidade do século XXI.

Os direitos humanos urgentes e necessários sinalizam para constituições democráticas e principiológicas (neoconstitualismo) interpretadas necessariamente conforme as diretrizes históricas que promoveram os direitos da humanidade (vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança). Conforme Luís Roberto Barroso (2009, p.245) o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

As Constituições Democráticas, no século XXI,em continuidade ao processo histórico de ruptura consolidam-se com a elaboração de infraconstitucionais democráticas (com a participação popular) evitando-se o totalitarismo dos lobbys e a corrupção dos supostos representantes da população; e são efetivadas com a aplicação de políticas públicas (atos administrativos) vinculados aos interesses do ser humano.

Na proposta do presente artigo, as normas orçamentárias nos legislativos dos países democráticos, necessariamente, deverão ser interpretadas conforme os direitos humanos e o orçamento aplicado à saúde, previdência, assistência e educação deverão ser considerados investimentos humanos. Na reconstrução dos direitos humanos as diretrizes do Estado Democrático deverão estar voltadas para a vida e a promoção da igualdade material.

O custo deste sistema humanístico será sustentado por um sistema racional de arrecadação centrado no investimento público e não na Administração Pública. Deveríamos aplicar a lógica do ser humano e não a lógica do Estado para arrecadar.

No modelo proposto para a América Latina, o sistema tributário social deveria estar centrado na função social da propriedade, e, não na produção e consumo. As propriedades no século XXI deverão promover a comunidade, a habitação e a produção do ser humano. A hipótese de incidência tributária, sob o aspecto de uma interpretação constitucional atrelada aos direitos humanos não poderá onerar a produção e o consumo(principalmente de alimentos) e sim a propriedade especulativa e improdutiva; e, outrossim,os ativos financeiros do mercado financeiro.

O imposto de renda, ademais, não poderia apropriar-se de salários e sim ter como fato gerador no capital especulativo e improdutivo. Afinal, renda não é subsistência, é ganho decorrente de especulação.

Para Fábio Konder Comparato em seu clássico *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*(2015) o futuro está na consolidação dos direitos humanos:

> Para conjurarmos o risco da consolidação da barbárie, precisamos construir urgentemente um mundo novo, uma civilização que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, o direito elementar à busca da felicidade. Constitui efetivamente um opróbrio verificar que, no momento histórico em que parecemos nos tornar, enfim, senhores e possuidores definitivos da natureza, como anunciara Descartes, as condições de vida de três quartos da humanidade representem a negação objetiva desse direito, proclamado na abertura da Declaração de Independência dos Estados Unidos como inerente à condição humana.
> Uma civilização que garanta a toda a humanidade o direito de buscar uma vida mais feliz há de contrapor-se radicalmente ao capitalismo, tanto pelo seu espírito quanto pelo sistema institucional ou a prática de vida.
> Em oposição ao individualismo excludente, o espírito da nova civilização há de ser a irradiação da fraternidade universal, a organização de uma humanidade solidária, onde se editem enfim, "na paz, leis iguais, constantes, que aos grandes não deem o dos pequenos", como sonhou Camões.
> Se todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, segundo proclamou logo no primeiro de seus artigos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a vida social há de organizar-se comunitariamente, à luz do princípio daquela justiça proporcional ou distributiva (análogon dikáion), sobre a qual tão bem discorreu Aristóteles. Pelo seu caráter eminentemente político, ela se contrapõe à justiça comutativa ou de troca, que regula as relações contratuais entre particulares (synalagmata). Enquanto a justiça sinalagmática diz respeito à igualdade de prestações, isto é, à equivalência das coisas e serviços que se trocam por um preço, a justiça proporcional concerne à igualdade essencial dos homens, que não se troca nem se vende, porque não tem preço e, por isso, representa um valor incomensuravelmente mais elevado do que econômico. (grifo nosso) (COMPARATO, 2015, p. 556 -557)

No Brasil, por exemplo, a Constituição de 1988 é o registro documental histórico da construção da democracia no Brasil Contemporâneo. Um texto que além de organizar o Estado e elencar direitos fundamentais representou uma transformação histórica, social, econômica, mas principalmente jurídica; e, sinalizou, portanto, mudanças de todos os paradigmas (sociais, econômicos e jurídicos) e, ademais, incluiu efetivamente o Brasil no sistema global de proteção aos direitos humanos.

É importante analisar que todas as transformações jurídicas, sociais e econômicas que ocorreram no Brasil, no século XXI, inclusive os eventos internacionais sediados (Rio/92; Rio+20, Copa de 2014 e a Olimpíada de 2016); decorreram do reconhecimento mundial do país como nação democrática e soberana. E, segundo a Organização das Nações Unidas a democracia de fato sugere respeito aos direitos humanos e concretização da Carta de 1945 e da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Ademais, o sentido moderno de soberania está relacionado a liberdade concreta dos habitantes de um pais, e na possibilidade de escolha livre de seus governantes. Assim, a Carta de 1988 criou a nova Nação Republicana Democrática do Brasil e apresentou ao Mundo um novo projeto de desenvolvimento social e econômico, inclusive com a possibilidade de integração com toda a América Latina.

2 - Sistema Constitucional Humanista

A concretização desse projeto utópico, infinito e marcante para a humanidade está atrelada à efetivação dos princípios elencados na Carta de 1988, principalmente entre os artigos 01 ao 05 da Constituição Federal. Como propostas para a efetivação deste projeto, o presente trabalho desenvolve a Tese da necessidade da humanização do Direito com a superação do positivismo dogmático e a humanização da Sociedade e a efetivação concreta dos direitos humanos. O trabalho estabelece quais diretrizes são necessárias para esse processo de centrar o Ser Humano como centro do sistema jurídico: Os Direitos Humanos Sociais (igualdade) e a Democracia Participativa (liberdade) como Pressupostos para interpretação da Constituição de 1988 e para limitação da discricionariedade do ato administrativo.

O Direito constitucional atribui à Constituição Federal de 1988 o papel de democratização contemporânea do Brasil, conferindo-lhe, outrossim,a responsabilidade por instituir um processo de modernização e atualização do país, principalmente através do mandamento constitucional que acolheu a recepção dos Tratados de Direitos Humanos.O texto constitucional elenca como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana,que impôs à agenda nacional a primazia dos direitos fundamentais.

Além de eleger os direitos fundamentais como alicerces do direito pátrio, a Constituição Federal teria instaurado também instrumentos de efetivação desses direitos basilares, através de inúmeras garantias constitucionais e de mecanismos de democracia participativa, previstos em seu artigo 14 (instrumentos de democracia participativa), cujo teor garantiria o exercício da soberania popular através do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Segundo Rui Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha (2014, p.477), a Carta de 1988 recebeu influências de novos constitucionalismos como o português, o italiano, o alemão e o espanhol e não tão só dos tradicionais, como o francês e o norte-americano.

Flávia Piovesan (2015) afirma que a Constituição Federal de 1988 é o documento histórico responsável pela transição ao regime democrático,que estabeleceu um novo pacto democrático para o Brasil, com cláusulas que expressam o desejo em afirmar e efetivar os direitos humanos:

> Preliminarmente, cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e

> garantais fundamentais, estando dentre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.
> Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um 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, pluralista e sem preconceitos [...]". Se no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito, perceber-se-á que o texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.(Piovesan, 2015, p.91-92)

A autora expõe, ainda, que a Constituição é o catalisador do sistema jurídico pátrio:

> Considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor de dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.
> Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei, como leciona Luís Barroso. Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos. A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a ideia da "banalidade do mal", ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações. Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emergem a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal. (PIOVESAN, 2015, p.94)

Influenciada pelas Cartas do pós-guerra dos países europeus – que também passaram por processos correlatos de democratização – a atual Constituição brasileira elegeu como centro do sistema constitucional e, por conseguinte, do sistema jurídico pátrio,os direitos fundamentais. A importância dos direitos fundamentais para o sistema jurídico é tamanha que passaram a ser parâmetro e medida para a própria interpretação do texto constitucional.

A referendar essa assertiva, vale trazer as palavras de Flávia Piovesan (2015):

> Com efeito, a busca do texto em resguardar o valor da dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais. Constata-se, assim, uma nova topografia constitucional, na medida em que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, à cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais(grifos nossos)(PIOVESAN, 2015, p.99).

Quando examinada pela metodologia histórica,considera-se a Constituição fruto de um processo histórico global do pós-guerra. Uma produção jurídica inserida no constitucionalismo contemporâneo fruto das mudanças de paradigmas na Europa.

Importante, para o presente trabalho os estudos de Lenio Luiz Streck (2014):

> Já de início devemos atentar para a seguinte questão: o termo "neoconstitucionalismo' pode ter-nos levado a equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha desse neoconstitucionalismo, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, temperada por elementos provenientes da ponderação alexyana.
> Esse belo epíteto – cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis – embora tenha representado um importante passo para afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano, problema que será abordado mais adiante, ainda nesta introdução.
> Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* 'neoconstitucionalismo' certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Explicando melhor: em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa ibérica. Isso porque o Brasil ingressou tardiamente nesse "novo mundo constitucional", fator que, aliás é, similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa, já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro de anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terraebrasilis*.
> Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse "neoconstitucionalismo" acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. (grifo nosso) Ora, sob a bandeira 'neoconstitucionalista' defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos "verdadeiros valores" que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). (grifos nossos). (STRECK, 2014, p.45-47).

A Constituição de 1988, consequência de um processo de democratização do país e fruto de um processo histórico de humanização do direito constitucional estabeleceu a primazia dos princípios, conforme seus artigos iniciais:

> Artigo 01. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I – a soberania;
> II – a cidadania;
> III – a dignidade da pessoa humana;
> IV – os valores sociais do trabalho e a da livre iniciativa;
> V – o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
> Artigo 3. 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.

A supremacia da Constituição e a constitucionalização do direito simbolizou a presença de direitos fundamentais condutores de todas as relações sociais, conforme completa Lenio Luiz Streck (2014):

> Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) [...]. (STRECK, 2014, p.47).

Com o novo sistema constitucional a soberania da lei perdeu espaço à supremacia da Constituição, e diante de uma Carta principiológica os limites de atuação do Poder Judiciário na interpretação e aplicação das normas encontra pressuposto nos direitos humanos e na democracia participativa. A nova ideia interpretação da Constituição encontra parâmetros nos direitos humanos.

> **Presidente do STF ressalta que juízes são responsáveis pela consolidação do Estado Democrático de Direito**
>
> O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, recebeu nesta sexta-feira (15), em Curitiba (PR), a Comenda do Mérito Judiciário outorgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR). Em discurso no Plenário do Tribunal, o ministro afirmou que a Justiça brasileira é plural, heterogênea, mas que os mais de 16 mil juízes em atividade no país trabalham unidos em torno de um mesmo propósito, a garantia dos direitos fundamentais e a consolidação do Estado Democrático de Direito.
>
> A magistratura brasileira tem metas, projetos, programas, visão de futuro e trabalha anonimamente, mas com muita firmeza, proficiência e dedicação pela paz social, pela garantia dos direitos fundamentais, pela estabilidade das instituições republicanas e pela consolidação do Estado Democrático de Direito", disse o presidente.
>
> O ministro destacou que o trabalho dos juízes, mesmo quando não é tornado público, é reconhecido pela população como eficaz. Segundo ele, os juízes trabalham para cumprir a Constituição Federal e a promessa dos constituintes de construir uma sociedade mais justa, fraterna e solidária. Para Lewandowski, essa missão da magistratura é especialmente importante no momento em que há, em todo mundo, uma situação de extrema intranquilidade política, econômica e social.
>
> O ministro afirmou ainda que, apesar dos problemas sérios pelos quais o Brasil passa hoje, sejam os econômicos, que refletem a crise mundial de 2009, políticos e sociais, é necessário reconhecer que, embora haja alguns bolsões intolerância, em comparação com o restante do mundo, "o país ainda é uma ilha de tranquilidade" e permite que se viva com tranquilidade.
>
> "Sem sombra de dúvidas, o Poder Judiciário, os juízes brasileiros, anônimos, distribuídos por todos os rincões, são responsáveis por esta paz social, por esta harmonia que, felizmente, ainda desfrutamos", concluiu o ministro.
>
> A Comenda do Mérito Judiciário é uma condecoração instituída pelo TJ-PR e tem por objetivo o reconhecimento público às pessoas físicas que tenham contribuído para o fortalecimento, valorização e dignidade do Poder Judiciário.

Notícias STF, 15 de janeiro de 2016 in http://www.stf.jus.br/portal/geral, acesso em 16/01/2016 às 10h30

Em relação ao Poder Executivo, na execução de sua atividade típica, estabelecida na própria constituição, em face de interesses políticos, prevalecendo no Brasil, decisões de natureza, exclusivamente, governamental nas quatro esferas administrativas, por conseguinte, as decisões administrativas e discricionárias não são democráticas ou constitucionais.

O Poder Executivo executor da lei através dos atos administrativos não se coaduna com a nova ordem imposta pelos direitos humanos, porquanto suas decisões são fundamentadas em uma discricionariedade distante das necessidades humanas; um poder a serviço do Estado e distante da sociedade.

Já o Poder Legislativo, responsável pela legislação infraconstitucional do país, permanece inerte e não promove a efetivação dos Direitos Humanos.As propostas são insuficientes e as leis aprovadas interessam a*lobby* econômico. A inércia legislativa decorre, outrossim, de um sistema político pátrio arcaico, distante dos debates de ideias, ancorado no poder local, nos interesses pessoais e na negociação política com o Poder Executivo. O Poder Legislativo sofre um desgaste ainda maior, pois a população não se sente representada por maiorias ocasionais, que em muitos casos aprovam leis em contrariedade aos direitos humanos ou ao direito constitucional internacional.

Para Carlos Ayres Britto (2012), o Poder Judiciário é o garantidor da Constituição denominada dirigente:

> Acontece que a Constituição, por mais humanista que seja, por mais que ela prestigie a Democracia de três vértices, não pode fazer o milagre de atuar sem os seus humanos aplicadores. São eles – e somente eles – que particularizam por modo progressivo os comandos dela constantes. Particularização que obedece à seguinte e natural ordem cronológica: principia com os atos do Poder Legislativo, passa em imediata sequência pela atuação do Poder Executivo (ou dos particulares que atuam, ou deixam de atuar, após a edição do Direito-lei), para terminar nas decisões do Poder Judiciário. Donde a lógica enumeração que faz o artigo 2º da Constituição de 1988, a saber: são três os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> Se o Judiciário vem nominado por último, é por se constituir, não-propriamente num aplicador do Direito-lei em sentido material, mas numa instância que vai dizer se aquele que elaborou o Direito-lei e o outro que o aplicou empiricamente (ou deixou de aplicar) agiram ou não de modo válido. O que já pressupõe um terceiro momento lógico na vida do Estado e do Próprio Direito, que é o julgamento. Afinal, jurisdição em processos de índole subjetiva é exatamente isso: um aguardar a protagonização dos dois primeiros momentos lógicos da legislação e da execução para, e só então, aferir da sua englobada juridicidade.
>
> É nessa *formatação* institucional que o Poder Judiciário se revela como instância especificamente garantidora da efetividade dos comandos constitucionais [...] (grifos nossos).(BRITTO, 2012, p.107).

Como instância especificamente garantidora da efetividade dos comandos constitucionais, conforme observou o ministro Carlos Ayres Britto,o Poder Judiciário no Brasil passou a ter um papel relevante para efetivação dos direitos humanos, em destaque os direitos de segunda dimensão, inclusive na superação da desigualdade social e econômica enfrentada pela sociedade e pelas regiões brasileiras.

Em relação ao Poder Executivo, o Poder Judiciário assumiu com o ativismo judicial a aceitação de adentrar no mérito do ato administrativo discricionário e determinar a efetivação dos direitos à saúde, à educação e à dignidade da pessoa humana.

3 - Sistema Administrativo Humanista

A proposta do presente artigo é estabelecer limites para atuação do Poder Judiciário e do Poder Executivo através dos Direitos Humanos Sociais e a Democracia Participativa e estabelecer, outrossim, pressupostos para interpretação da ordem social constitucional e limites para a atuação da administração pública

Sendo o Direito, nas palavras de Alexy (2015), "um meio necessário para a realização da razão prática", deve ele amoldar-se aos limites da racionalidade jurídica discursiva, isto é:

> O modelo esboçado de um sistema jurídico racional demonstra que as fronteiras do discurso jurídico não são algo externo ou alheio à racionalidade prática. Do ponto de vista da racionalidade discursiva, ditas fronteiras não são admissíveis, mas são uma exigência dela mesma. É uma questão de alcance geral. O Direito é na realidade um meio necessário para a realização da razão prática. Para a tese do caso especial, isso significa que o discurso jurídico não se mostra apenas como uma variante especial do discurso prático que é necessário para preencher racionalmente as lacunas do sistema jurídico. Mais do que isso, é na sua estrutura global, um elemento necessário da racionalidade discursiva realizada. (ALEXY, 2015, p.319).

E para no século XXI a realização da razão prática está centrado na efetivação dos direitos humanos e na interpretação dos princípios constitucionais, conforme os direitos humanos e conduzir o Brasil para o desenvolvimento social.

Para Peter Häberle (2002), a tentativa de se fazer uma apresentação sistemática dos participantes da interpretação sugere o seguinte catálogo provisório:

> (1) as funções estatais:
> a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido;
> b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com o objeto de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público;
> c) os participantes do processo de decisão nos casosque não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é:

> d) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (Verfassungsbeschewerd), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um "diálogo jurídico" (Rechtsgerpräch);
> e) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §77, 85, nº2, 94, n 1 a 4, §§ 65, 82, n 2, 83, nº2, 94, nº5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g. §82, nº4, da Lei do Bundesverfassungsgerichet);
> f) pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§73, do Regimento Interno do Parlamento Federal);
> g) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§73, nº3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a "longa manus" da eleição de juízes (NT 2);
> h) os grupos de pressão organizados (§10, do Regimento Interno do Governo Federal);
> i) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; [...]
> (3)a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido, estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais;
> (4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nº1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis. (HÄBERLE, 2002, p.20).

A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, segundo Peter Häberle, exige uma Nação consolidada que se revela na promoção dos direitos humanos, principalmente os sociais, na democracia participativa e a sociedade civil plural e organizada.

Os direitos humanos representam o reflexo da realidade social e o presente texto promove a relação entre os movimentos sociais e a democracia participativa com o sistema jurídico. O direito formal é substituído pelo direito social e humanista.

4 Papel e posição do Poder Judiciário trabalhista

Se historicamente a ONU tem papel fundamental no estabelecimento de uma base, um piso e um norte em matéria de Direitos Humanos convém lembrar que muito antes de sua criação, já em 1919 foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que não por acaso tem seu direcionamento voltado à justiça social.

É por isso que logo em sua primeira conferência, realizada em 1919, adotou seis convenções e todas elas na proteção dos direitos humanos da classe trabalhadora, versando sobre limitação de jornada, proteção à maternidade, luta contra o desemprego, idade mínima para o trabalho e vedação ao trabalho noturno de jovens e mulheres.

De lá para cá no Direito do Trabalho verificamos que em nível supranacional o que se estabelece pela OIT é a proteção à qualidade de vida dos trabalhadores o que, em outras palavras, é o reconhecimento da prevalência da humanidade sobre o capital.

Obviamente as convenções não são em grande parte ratificadas pelos países membros e o Brasil, embora seja um dos países fundadores, não ratificou grande parte delas, destacando-se a 87 sobre a liberdade sindical e a 156 sobre igualdade entre trabalhadores homens e mulheres.

Em nosso ordenamento jurídico interno, a par do direcionamento supranacional da OIT o Tribunal Superior do Trabalho tem se mostrado em suas decisões em constante busca de proteção ao trabalho elevando a importância do humano sobre a "mais valia", é o que se verifica com súmulas de proteção ao emprego da gestante (244), contra despedidas discriminatórias e de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores.

> Súmula nº 244 do TST
> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
> I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).
> II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.
> III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.
>
> Súmula nº 443 do TST
> DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
> Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.
>
> Súmula nº 440 do TST
> AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE OU DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
> Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

Enquanto o Poder Legislativo timidamente trata de questões trabalhistas, em uma notada morosidade, acaba o Poder Judiciário tomando a frente em regular e, como dito, proteger o polo hipossuficiente da relação entre capital e trabalho, como ocorre com a questão da terceirização que até hoje foi apenas regulada para a atividade de segurança patrimonial,

enquanto que para a maioria dos trabalhadores não há lei que trate do tema, o que obrigou ao TST a edição da Súmula 331 que, embora alvo de críticas da indústria e até de parte do Poder Judiciário, é o único instrumento balizador desse instituto.

Conclusão

Para a construção de um sistema jurídico humanístico as políticas públicas devem pautar-se principalmente na proteção à saúde e no desenvolvimento da educação e concretizar o desenvolvimento econômico centrado no ser humano afastando-se da prevalência do capital.

A história recente tem demonstrado que no Brasil a par de políticas meramente assistencialistas não há um avanço concreto nestes setores, seja por iniciativa do Poder Executivo que tem sua agenda pautada em manutenção do sucesso eleitoral, seja pelo Legislativo que por força de lobbys tem atividade praticamente inerte quando se trata de respeito aos direitos humanos.

Essa ausência de atuação dos dois poderes referidos abre espaço para o Poder Judiciário que tem preenchido a lacuna legislativa e política com decisões que reiteram o papel democrático do Brasil pós-constituição de 1988. Não é o ideal, mas essa liderança na preservação da ordem democrática e de respeitos aos direitos fundamentais tem sido exercida por nossas Cortes de Justiça.

Melhor seria, daí a proposta de construção de um sistema jurídico humanístico na américa latina, uma política pública centrada na proteção da dignidade da pessoa humana com suporte nos ideais da Organização das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert.**Teoria discursiva do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11 ed. revisada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____**Sobre a Revolução**.2 reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2006

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**.1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Rio de Janeiro, v.65, p.1-37, 2008.

_____. O Judiciário entrou na política. **O Globo**, Rio de Janeiro, 15 dez. 2005. Disponível em http://search.proquest.com/docview/334645862/97BE6910A75A48D7PQ/8?accountid=132758>. Acesso em: 13 jul.2015.

BENJAMIN. Walter. **O anjo da história.** 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política** – a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **Direito e Poder**. São Paulo: Unesp, 2008.

_____. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BLOCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício de historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 13 jul.2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012

CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: teatro de sombras. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTILHO, **Ricardo. Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Aula de introdução ao curso**: a ética no mundo moderno. Programa do curso de pós-graduação2004. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

_____. **Fundamentos dos direitos humanos**. São Paulo: LTr., 1998.

_____. Previsões e ilusões.**Revista de estudosavançados**, São Paulo, v.12, n.34, set.-dez. 1998.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v.737, mar.1997.

DALLARI, Sueli Gandolf. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.
_____. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde.**Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.14, n.1, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.19.ed. São Paulo: Atlas,2006.

DUBY, Georges. **Idade Média. Idade dos Homens**. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2011

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**.Temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação.4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRIMONE**,** Marcelo José**. O embate direito natural e direito positivo e o papel dos movimentos sociais,** publicada na Revista Sapere Aude, Revista Eletrônica volume 07 – Ano II, Fevereiro/2014 ISSN 2316-6266 em http://revistasapereude.org/ano-2-volume-7-fevereiro-2014.aspx

GRIMONE, Marcelo José. **Os movimentos sociais e os Direitos Humanos: a cidade de São Paulo no limiar do século XX.** 2006. 133 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

JAPIASSU, Hilton. **A crise das Ciências Humanas**. São Paulo: Cortez, 2012.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2.ed. (1960) 7.ed. da tradução portuguesa. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**: Lições Introdutórias. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos –** Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O direito na história**.São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição**.O *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCOS, Rui Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. In: História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: _____.;

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**.2.ed. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**.17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração social**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário**: mudanças e reformas. Estud. av. [online], v.18, n.51, p.79-101, 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. Acesso em: 20 set.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Se Deus fosse um Ativista dos Direitos Humanos**. 2 ed., São Paulo: Cortez, 2014

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos.** 1ª edição. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal e a Consolidação da Democracia**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

VILLEY, Michel. **Le Droitet Lês Droits de L`Homme**. PressesUniversitaires de France, avril, Paris,1983.