

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ESTADO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:
ANÁLISE A PARTIR DA INTERVENÇÃO ESTATAL E O COMBATE
AOS ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL**

LEONARDO ZICCARELLI RODRIGUES

**Itajaí (SC)
2014**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ESTADO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:
ANÁLISE A PARTIR DA INTERVENÇÃO ESTATAL E O COMBATE
AOS ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL**

LEONARDO ZICCARELLI RODRIGUES

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professora Doutora Luciene Dal Ri

Co-orientador: Professor Doutor José Antonio Savaris

**Itajaí (SC)
2014**

AGRADECIMENTOS

Agradecer é preciso, a todos aqueles que de alguma forma fizeram parte deste projeto acadêmico.

Agradeço, inicialmente, à minha amada esposa Kallinca, pelo companheirismo, incentivo e compreensão pelas involuntárias ausências, principalmente nos finais de semana e no período de dois meses que estive na Espanha.

Agradeço, ainda, aos meus pais, Dulcinéia e Amilton, minha maior fonte de inspiração pelos ensinamentos morais, éticos e pela educação recebida ao longo de tantos anos, que me prepararam para os desafios da vida.

Em particular, agradeço ao amigo e Professor Dr. José Antonio Savaris, pelo empurrão e incentivo para que eu abraçasse esta causa, o que muito contribuiu para minha formação e experiência acadêmica e profissional.

Agradeço, ainda, aos meus amigos e colegas de Mestrado, e à minha orientadora Professora Dra. Luciene Dal Ri, pelas profícuas palavras de direção e norte ao longo dos trabalhos.

Um especial agradecimento ao Professor Gabriel Ferrer, pelo gentil acolhimento na Universidade de Alicante, proporcionando não somente o intercâmbio acadêmico, mas, acima de tudo, inesquecível experiência de vida.

Agradeço, por fim, à Camila, Rômulo, Felipe, Itachir, Matheus, Eliezer, Gabriel e minha sócia Kallinca, equipe do escritório da qual me orgulho muito e que não mediu esforços para manter a competência e a qualidade de atendimento nas minhas ausências.

*Dedico este trabalho à mais nova luz da minha vida,
minha filha Isadora.*

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, setembro de 2014.

LEONARDO ZICCARELLI RODRIGUES

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – A FORMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL	15
1.1 A formação do Estado Moderno – a superação do antigo regime	15
1.2 Absolutismo e Revolução entre Inglaterra e França – o conceito de liberdade... ..	21
1.3 Do princípio liberal ao princípio democrático e a transformação do Estado Moderno: a influência do socialismo	34
1.4 O advento do Estado Social e sua principal característica: o Intervencionismo..	42
CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS – DA SUA ORIGEM AOS DESAFIOS DE SUA PROTEÇÃO	52
2.1 O surgimento dos direitos fundamentais: a virada e a transformação histórica do modelo de pensamento	52
2.2 Origem, natureza jurídica e o fundamento histórico dos direitos humanos	55
2.3 Os direitos fundamentais e os desafios de sua proteção: a problemática efetividade dos direitos fundamentais sociais	65
2.4 Que grau de exigibilidade ou justiciabilidade possuem os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais?	80
CAPÍTULO 3 – ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL: DO FENÔMENO HISTÓRICO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE E REDUÇÃO DOS SEUS IMPACTOS	90
3.1 O meio ambiente laboral como direito fundamental e a proteção contra os acidentes do trabalho: da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva.....	90
3.2 Principais Políticas Legislativas de combate	102
3.2.1 O nexó técnico epidemiológico e a revolução dos acidentados: Lei 11.430/06 (NTEP) – inclui o artigo 21-A na Lei 8.213/91	104
3.2.2 Ações Regressivas – medidas pedagógicas e punitivas: artigo 120 da Lei 8.213/91	109
3.2.3 A criação do Fator Acidentário de Prevenção (Lei 10.666/03) – prêmio para os previdentes e preocupação para os negligentes	112
3.3 Análise quantitativa do problema jurídico proposto	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS.....	128

RESUMO

A presente dissertação, inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, tem por objetivo central analisar a interconexão existente entre o Estado social, os direitos fundamentais e o combate aos acidentes do trabalho no Brasil. Analisa-se a importância efetiva e concreta da intervenção estatal na adoção de políticas públicas e legislativas, de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente seguro e sadio. Na exposição da temática, partindo dos referenciais teóricos da doutrina de Paulo Bonavides e Maurizio Fioravanti, investiga-se inicialmente a formação do Estado social e sua característica principal de intervenção no domínio socioeconômico. Parte-se então para a análise da afirmação histórica e proteção dos direitos fundamentais, evocando as doutrinas de Norberto Bobbio, Robert Alexy e Ingo Sarlet, dentre outros, para estudar a sua relação com o Estado social a partir do contexto histórico brasileiro. Ao final, realiza-se a análise quantitativa do problema jurídico proposto, para então responder à questão central desta pesquisa: a adoção de políticas públicas e normativas, próprias do Estado social, contribuem, de fato, para a redução dos sinistros laborais no Brasil? O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo, sendo que na fase de tratamento dos dados optou-se pelo método cartesiano. A conclusão a que se chega é a de que a presença do Estado social, de conotação intervencionista, se mostra indispensável para a regulação, controle e combate à mazela social gerada pelos altíssimos índices de infortúnios laborais produzidos neste país.

Palavras-chave: Estado social. Intervenção. Direitos fundamentais. Acidente do trabalho.

ABSTRACT

The main objective of this dissertation, which is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law, is to analyze the interconnection that exists between the Social State, fundamental rights, and the struggle to prevent occupational accidents in Brazil. It investigates the effective and concrete importance of State intervention in the adoption of public and legislative policies for the protection of the fundamental right to a safe and healthy working environment. Based on the theoretical framework of Paulo Bonavides and the doctrine of Maurizio Fioravanti, it initially investigates the construction of the welfare state and its main characteristic of intervention in the socio-economic domain. It then analyzes the historical affirmation and protection of fundamental rights, based on the doctrines of Norberto Bobbio, Robert Alexy and Ingo Sarlet, among others, in order to study its relationship with the welfare state from the Brazilian historical context. At the end, it gives a quantitative analysis of the legal problem presented, seeking to answer the central question of this research: does the adoption of public and regulatory policies by the Social State actually contribute to reducing occupational accidents in Brazil? The method chosen for this research was the inductive one, and the data collection followed the Cartesian method. The conclusion reached is that the presence of the welfare state, in its interventionist connotation, is indispensable for the regulation, control and struggle against the social harm generated by the very high rates of occupational accidents occurring in this country.

Keywords: Welfare State. Intervention. Fundamental rights. Labor accident.

INTRODUÇÃO

A história demonstra que a transformação em geral das sociedades está intimamente ligada às formas de pensamento e de relação de poder ao longo dos séculos.

O período medieval associou a crença e os dogmas da Igreja a poderes divinos, de modo que a razão, como forma de pensamento, era bastante restrita e limitada. A superação do pensamento medieval e o ingresso na Idade Moderna, quando se deu a formação do Estado Moderno, consistiram em revolução histórica de mudança radical do pensamento e consequentemente das relações de poder.

Esta mudança de pensamento, impulsionada pela escola jusnaturalista, pelo Renascentismo e pelo Iluminismo, traz o combustível necessário de reconhecimento de determinados direitos fundamentais. A gradativa afirmação histórica desses direitos, reconhecidos no século passado como direitos humanos¹, em escala planetária, está diretamente relacionada aos projetos políticos emanados a partir da lei fundamental de cada Estado.

As missões propositivas do Estado democrático de direito dependem cada vez mais da força normativa do poder constituinte, fundado na soberania das nações, e que enxergue no indivíduo o valor fundante da necessária proteção à dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos fundamentais expostos nas cartas políticas modernas, como a do Brasil, está o direito fundamental social ao trabalho, e, de forma mais específica, o direito fundamental ao ambiente laboral sadio e seguro.

Segundo Nascimento, a proteção jurídica à saúde do trabalhador é da maior importância com o direito do trabalho, porque diz respeito não apenas à qualidade de vida do trabalhador, mas também à sua integridade física e ao seu bem-estar, ressaltando, corretamente, a doutrina, que o meio ambiente do

¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada em 1948 na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). O documento é a base da luta universal contra a opressão e a discriminação, defende a igualdade e a dignidade das pessoas e reconhece que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta.

trabalho está inserido no meio ambiente geral, de modo que é impossível ter qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, já que o homem passa grande parte de sua vida no ambiente de trabalho².

Proteger um direito fundamental social, como o direito a um ambiente laboral sadio e seguro, depende, portanto, da proposta política encartada na lei fundamental de determinado Estado. O objetivo geral de investigação e pesquisa deste trabalho reside justamente na análise da interconexão existente entre a forma de Estado vigente e a eficácia e a efetividade desse projeto político escolhido na proteção do direito fundamental social a um trabalho seguro e sadio.

O que se pretende, como objetivo específico, é analisar a importância do Estado Social, a partir da sua característica própria de intervenção no domínio social e econômico, como fator de combate aos altos índices de acidente do trabalho existentes no Brasil.

A análise quantitativa do problema jurídico proposto, como se verá na última parte deste trabalho, responderá à questão central desta pesquisa: a adoção de políticas públicas e normativas, próprias do Estado Social, contribuem, de fato, para a redução dos sinistros laborais no Brasil?

Para se chegar a esta resposta, o método a ser utilizado na fase de investigação será o indutivo, sendo que na fase de tratamento dos dados será o Cartesiano³. O trabalho foi dividido em três partes, a saber: A formação do Estado Social; Direitos fundamentais – da sua origem aos desafios de sua proteção; e Acidentes do trabalho no Brasil: do fenômeno histórico às políticas estatais de combate e redução dos seus impactos.

O primeiro capítulo, que trata da formação do Estado Social, possui como marcos teóricos o jurista brasileiro Paulo Bonavides, para tratar dos temas de teoria do Estado, e o italiano Maurizio Fioravanti, para abordar algumas características do processo histórico de constitucionalismo a partir da Idade Moderna.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 476-478.

³ Sobre a metodologia científica, utilizou-se a seguinte obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Esta primeira parte investiga inicialmente, sem exaurir – por óbvio – o tema, o processo de transição da Idade Média para a Idade Moderna, apresentando algumas das características fundamentais que pavimentaram caminho para a formação do Estado Moderno.

A superação do antigo regime medieval, o estudo da face absolutista do Estado, que inaugura a era moderna, e a importância das revoluções inglesa (1689), americana (1776) e francesa (1789) também são objeto de análise como indispensáveis para a compreensão da marcha do processo histórico e político na conformação da sociedade atual.

A partir da escola clássica do jusnaturalismo e da elaboração das teorias do contrato social, autores consagrados como Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu e Immanuel Kant, apresentam os ingredientes necessários para a compreensão do processo de transformação dos conceitos de liberdade, relação de poder, Estado, dentre outros.

A primeira parte desta dissertação avança a partir da Revolução Francesa e conhece a fase do Estado Liberal, explorando a importância da inversão de valores na relação de poder e abrindo caminho para a consolidação da liberdade e da propriedade, como direitos políticos e civis fundamentais.

O contraponto entre o Estado mínimo, próprio do projeto político liberal burguês⁴, e o Estado Social, de intervenção no domínio social e econômico, ocupa a parte final do primeiro capítulo, que explora, ainda, a importância do socialismo para a consolidação do princípio da igualdade e da busca pela justiça social.

As metas almejadas no primeiro capítulo residem na demonstração de processo gradativo de migração de projeto político que se inicia pela afirmação das liberdades individuais, porém avança para a diminuição das desigualdades sociais. Se no início foi necessária a libertação das amarras do Estado opressor, a relação de poder vai se invertendo ao longo do processo histórico, de forma que o

⁴ O Estado Liberal gerou imensas injustiças, sobretudo em decorrência da ascensão burguesa e do progresso econômico desregulado, sendo que os movimentos sociais dos séculos XIX e XX passaram a demonstrar um nível de consciência quanto à necessidade da justiça social.

interesse pela liberdade do Estado se converte em necessidade de liberdade no Estado, como ensina Bonavides:

Estamos, assim, em face de um capitalismo que, de necessidade, não pode prescindir do Estado cujo conceito não envelhece, nomeadamente tratando-se de Estado do Terceiro Mundo.

Aqui, sem a presença de tão poderosa alavanca, inevitável seria a recaída no colonialismo da primeira época industrial – de todos os colonialismos, o mais refratário à emancipação dos povos.

Nunca o Estado social teve tamanha ductilidade e atualização para subjugar as crises. A conjuntura política do Brasil constitucional faz o advento deste Estado não só indeclinável, senão deveras imperativo.⁵

A segunda parte desta pesquisa investiga e analisa movimento paralelo, porém conectado com a formação do Estado Social, que diz respeito à afirmação histórica dos direitos fundamentais e os desafios de sua proteção.

No capítulo 2, o texto retoma o tema de transformação histórica do modelo de pensamento, a partir do marco teórico da doutrina de Norberto Bobbio (**A Era dos Direitos**), com o intuito de expor a importância da inversão de valores na relação de poder, fundamentada na concepção individualista, que contribui também para o nascimento do Estado de direito – o homem como centro do ordenamento jurídico.

Partindo desta concepção, pesquisa-se a origem, natureza jurídica e o fundamento histórico dos direitos humanos, quando se percebe a estreita relação existente entre a forma de Estado – como sociedade dotada de determinado projeto político – e os direitos fundamentais.

A conclusão a que se chega é de que os direitos fundamentais não são fruto da natureza, mas decorrentes das transformações históricas ocorridas na civilização humana. Os direitos fundamentais não são, portanto, um conceito estático, imutável ou absoluto, mas, ao contrário, tratam-se, nas palavras do professor Marcos Leite Garcia, de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positivação para

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 35.

proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos⁶.

A investigação prossegue com a problemática existente do distanciamento entre a Declaração dos Direitos do Homem – os direitos humanos e fundamentais – e sua efetiva proteção. Consoante afirma Norberto Bobbio,

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁷

A partir da doutrina de Abramovich, Sarlet e Alexy, dentre outros, o segundo capítulo desta dissertação avança para debater a problemática efetividade dos direitos sociais fundamentais, partindo da análise desde a sua clássica distinção com os direitos de liberdade (civis e políticos) até o interminável debate acerca de seu possível grau de justiciabilidade.

A parte final do segundo capítulo deste estudo começa a direcionar a pesquisa para as diferentes formas de proteção aos direitos fundamentais sociais, como aquele concernente ao objeto central de nossa investigação: o direito fundamental ao ambiente laboral sadio e seguro.

Percebe-se a importância do papel exercido pelo Estado Social na proteção dos direitos fundamentais sociais, principalmente a partir da distinção entre ações positivas estatais fáticas e ações positivas estatais normativas, como será demonstrado pela doutrina de Robert Alexy.

Por fim, o terceiro capítulo entra definitivamente no problema jurídico proposto para este trabalho, qual seja, investigar se há relação direta e relevante entre o papel do Estado intervencionista e a efetiva proteção ao meio ambiente laboral, direito fundamental do trabalhador, com o objetivo preponderante de reduzir a ocorrência de sinistros laborais.

⁶ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar (Orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 196.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

A relevância do tema destaca-se no fato de que o Estado brasileiro está entre os recordistas mundiais de acidentes do trabalho, contribuindo sobremaneira para a retirada, anualmente, de milhares de trabalhadores do mercado de trabalho, além de gerar enormes gastos ao sistema público de saúde e previdência social, respectivamente com tratamento médico e benefícios previdenciários.

A primeira parte do capítulo terceiro desta pesquisa trata da apresentação deste fenômeno histórico brasileiro e a sua principal evolução legislativa e histórica do setor. O que se pretende demonstrar é que no início do século passado, quando o País ainda estava sustentado nas premissas do liberalismo, o ordenamento jurídico basicamente previa a total irresponsabilidade estatal e até mesmo da sociedade – a partir dos empregadores – pelos nefastos prejuízos causados pelo infortúnio laboral.

A legislação avança paralelamente à formação do Estado Social no Brasil, e nesta parte da pesquisa analisam-se as principais políticas legislativas a partir da Constituição Federal de 1988, quando finalmente se consolidaram as bases do Estado Democrático de Direito, tendo como valor central o respeito à dignidade da pessoa humana.

A força normativa da Carta Magna brasileira, com seu projeto político de compartilhamento e responsabilidade social pelos infortúnios laborais, fez nascer no arcabouço jurídico contemporâneo de nosso país três principais leis, que serão devidamente analisadas em tópicos separados.

Por fim, esta pesquisa finaliza com a análise quantitativa dos números oficiais registrados no Brasil, a partir da Previdência Social e da Organização Internacional do Trabalho – OIT, para aferir, definitivamente, qual o grau de importância existente entre as políticas públicas e normativas, próprias do Estado Social, e a efetiva redução dos sinistros laborais neste país.

CAPÍTULO 1

A FORMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL

A interconexão entre o modelo de Estado Social, a proteção aos direitos fundamentais e, por fim, a sua relação com o combate aos altos índices de acidentes do trabalho no Brasil consistem no problema jurídico proposto para esta dissertação.

Partindo desta premissa, mostra-se indispensável investigar a formação histórica do atual modelo estatal existente. É sobre este tema que se dedicará o primeiro capítulo, como se verá a seguir.

1.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO – A SUPERAÇÃO DO ANTIGO REGIME

A Idade Média é historicamente delimitada entre os séculos V e XV depois de Cristo, período que se inicia com a queda do Império Romano e se encerra com a formação do Estado, as grandes navegações e o início do capitalismo na Europa.

Por ora cumpre delinear a fase de transição do final da Idade Média para o início da Idade Moderna, momento em que nasce a figura do Estado Moderno, na sua primeira face Absolutista.

A teorização da formação do Estado civil e a consequente formação do Estado Moderno, que conheceu primeiramente sua versão absolutista, se dão pela visão instrumental apontada pela escola contratualista, no sentido de que a instituição estatal nada mais representa do que criação artificial dos homens, como meio de garantir a dominação das classes hegemônicas, como afirmam Streck e Moraes: “O contratualismo moderno é uma escola que floresce no intercurso dos séculos XVI a XVIII. A estrutura básica se dá pela contraposição entre o Estado de Natureza e o Estado Civil, mediada pelo Contrato Social”⁸.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 29.

O estágio pré-político (Estado de Natureza) antecede, portanto, a sociedade política (Estado Civil), de modo que há necessidade de acerto de vontades, expresso ou tácito, para a existência de contrato que legitime esta transformação.

Dentre os teóricos contratualistas e filósofos políticos, o inglês Thomas Hobbes destacou-se pela sua concepção de estado de natureza, caracterizando-a como estado de guerra, ambiente no qual dominam as paixões, situação de total insegurança e incerteza, e domínio dos mais fortes⁹.

Em sua obra – *Leviatã* – Hobbes acredita que a primeira lei natural é de autopreservação, transformando a vida em constante conflito e guerra (*O homem lobo do homem*¹⁰), de modo que apenas todo o poder concentrado nas mãos de um único homem (ou assembleia de homens) poderia garantir a necessária segurança para a vida civilizada.

[...] conforme Hobbes, o homem no estado de natureza, isto é, fora do Estado ou organização política, vive em guerra permanente, já que a condição humana, antes do Estado, é a guerra, a luta, a disputa entre todos. O medo da morte o impele a criar a organização política, detentora de todo o poder e força capaz de submeter todas as vontades e todas as forças individuais – o Estado Absoluto, de poder absoluto.¹¹

⁹ Thomas Hobbes (05/04/1588 – 04/12/1679) foi matemático, teórico político e filósofo inglês, que defendia a ideia segundo a qual os homens só podem conquistar a paz se concordarem em submeter-se a um poder absoluto e centralizado. Discursou sobre a natureza humana e sobre a necessidade de governos e sociedades, alertando para o fato de que o medo pertence à natureza humana e que os homens vivem em constante estado de guerra, pela própria sobrevivência. Para Hobbes, os homens têm um desejo em comum, que é também em interesse próprio, de acabar com a guerra, e por isso formam sociedades entrando num contrato social. Para melhor compreensão da teoria contratualista do autor, consultar sua principal obra, *Leviatã* (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁰ Célebre frase definindo o estado natural de guerra em uma sociedade em que os homens possuem poderes absolutos e ilimitados, justamente pela ausência de poder externo constrangedor, característico do Estado. O *“Homem Lobo do Homem”* é o significado da guerra de todos contra todos, no seu espírito mais instintivo e primitivo, onde não há lei ou justiça, onde força e astúcia são virtudes cardeais. A cada um pertence aquilo que for capaz de conquistar e guardar, mostrando toda a natureza selvagem da sociedade em contraposição ao Estado (Governo), criado justamente para atribuir justiça e dar a cada um o que é seu. Ver HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 75-77.

¹¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 73.

É justamente a cessão de parcelas de liberdade de cada cidadão em favor de um Estado forte e onipotente – portanto, absoluto – o principal objeto do contrato social na visão desse pensador.

Se se quiser sair dessa condição perigosa, é necessário identificar, com clareza e firmeza, um único sujeito titular irrevogável dos poderes soberanos, que são, para Hobbes, os mesmos que foram individualizados por Bodin: o poder de dar e de anular a lei, o poder para declarar a guerra e fazer a paz, o poder nacional, em última análise, o poder de nomear juízes e funcionários.¹²

Se a individualização desse sujeito – detentor de um poder soberano centralizador – não estiver devidamente esclarecida, a associação política restará em xeque, e o Estado a ponto de sua dissolução¹³.

O Estado distingue-se da expressão de organização social da Idade Média, na medida em que aquele modelo patrimonial, caracterizado pelo poder privado (individual) descentralizado, cede espaço para a institucionalização de poder público (coletivo) centralizado, constituído pela transformação do estado de natureza em estado civil – por intermédio do contrato social.

Abreu assinala que a formação do Estado Absolutista e o consequente ingresso no Estado Moderno consiste na

[...] transferência dos meios reais de autoridade e de administração do domínio privado para a propriedade pública e do poder de mando, até então exercido como um direito individual, expropriado, primeiro, em benefício do príncipe absoluto, e posteriormente do Estado.¹⁴

Torna-se evidente a separação entre o Estado e a sociedade civil – inexistente no período medieval – que vai se acentuando e evoluindo mais tarde com a ascensão da burguesia, conforme se discorrerá a seguir.

¹² *Si se quiere salir de esta peligrosa condición es necesario decidirse de manera clara y firme, individualizando un solo sujeto titular irrevocable de los poderes soberanos, que son para Hobbes los mismos que había individualizado Bodino: el poder de dar y anular la ley, el poder de declarar la guerra y de firmar la paz, el poder jurisdiccional, en última instancia, el poder de nombrar los magistrados y los funcionarios.* (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 78. Tradução livre.)

¹³ *Id.*, *ibidem*, p. 78.

¹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 69.

Característica fundamental do Estado Moderno é, portanto, sua soberania, cujo conceito somente passa a ser possível pelo desenvolvimento gradativo das categorias *território*, *povo* e *poder*. Não havia a ideia de poder soberano na Idade Média, sobretudo pela ausência de identidade da sociedade civil e ausência de territórios delimitados – consequência do contínuo conflito e estado de guerra (próprio do estado de natureza), miscigenação da população como efeito das invasões bárbaras, bem como da fragmentação dos poderes na mão dos senhores feudais – como ocorre no Estado Patrimonial.

Bodin¹⁵ pode ser reconhecido como o teórico da soberania, ou seja, aquele que agregou, à sua teoria das formas de governo, o conceito de soberania como poder absoluto e indivisível. A ideia de poder absoluto de Bodin está ligada à sua crença na necessidade de concentrar o poder totalmente nas mãos do governante; o poder soberano só existe quando o povo se despoja do seu poder soberano e o transfere inteiramente ao governante. Para esse autor, o poder conferido ao soberano é o reflexo do poder divino, e, assim, os súditos devem obediência ao seu soberano¹⁶.

Fioravanti entende que a ideia de constituição moderna, ou seja, aquela que sucede a constituição medieval¹⁷, se caracteriza pela teoria de soberania de Bodin, tendo como elementos principais o seu caráter perpétuo e absoluto. O primeiro significa que o referido poder não deriva ou é delegado por outro poder anterior, mas nasce da própria natureza do poder soberano, sendo ele irrevogável por inexistir controle de sua legitimidade. “Em outras palavras, um

¹⁵ **Jean Bodin** nasceu em Angers, França em 1530, e faleceu em Laon, também na França em 1596; foi um jurista francês, membro do Parlamento de Paris e professor de Direito em Toulouse. Também adepto da teoria do direito divino dos reis, Jean Bodin é considerado por muitos o pai da Ciência Política devido à sua teoria sobre soberania.

¹⁶ Sobre o pensamento destacado deste autor, ver BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Trad. Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 2011. p. 95-106 e FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 72-77.

¹⁷ Considerando que o problema jurídico proposto para esta dissertação tem como objetivo a análise da interconexão entre as categorias Estado Social, Direitos Fundamentais e Constitucionalismo Contemporâneo, não trataremos com maior profundidade do conceito de constitucionalismo, abordado por alguns autores, na antiguidade e no período medieval. Para um estudo mais criterioso e teórico da história do constitucionalismo, consultar FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001 (1º e 2º capítulos).

poder é soberano quando pode ser chamado de originário, isto é, quando não é derivado de outro.”¹⁸

Assim, o poder do rei se destaca dos demais poderes, como o da administração e do judiciário, por não existir nivelamento hierárquico entre eles, mas sim por ser o poder soberano como novo centro de organismo político dotado de força desconhecida até aquele momento¹⁹.

O segundo elemento do poder soberano, o seu caráter absoluto, diz respeito à sua indivisibilidade (concentração) – o que não significa que seja ilimitado²⁰ – que, por sua natureza, escapa da dimensão constitucional de controle e contrapeso por parte dos demais poderes²¹.

Ao lado da soberania, o elemento *território* – característica fundamental do Estado Moderno – impulsionou a estratégia absolutista de assegurar a unidade territorial dos reinos, de forma que os reis constituíram-se como senhores dos Estados, do mesmo modo que faziam os senhores feudais do medievo – titularizando, individualmente, a propriedade do Estado.

Somente com a unidade territorial e o pacto social de passagem do estado de natureza para o estado civil é que foi possível falar em centralização do poder e conseqüentemente em soberania estatal²².

¹⁸ “*En otras palabras, un poder es soberano cuando puede llamarse originario, es decir, cuando no deriva de otro poder.*” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 73. Tradução livre.)

¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 74.

²⁰ Há pelo menos dois limites bem definidos acerca do poder soberano do monarca: o primeiro decorre da distinção entre o monarca e a coroa, no sentido de que não é possível a alteração das regras e leis de sucessão do trono como também a alienação de bens pertencentes à fazenda pública; o segundo é aquele que diz respeito aos interesses exclusivamente dos particulares, sobre o qual o soberano não possui ingerência e não pode intervir. Destarte, aqui reside justamente a diferença entre o absolutismo e a tirania, na medida em que nesta o monarca pretende tomar livremente os bens dos seus súditos (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 74)

²¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 74-75.

²² Conforme assevera Norberto Bobbio, “deve-se, todavia, ter claro que o absolutismo não se confunde com a tirania, posto que sua ilimitação diz com uma autonomia em face de qualquer limite externo, mas gerando limites internos com relação a valores e crenças da época. Da mesma forma, o absolutismo – que finda convencionalmente com a Revolução Francesa de 1789, apesar das diferenças temporais que podem ser observadas nas diversas experiências

Transferiu-se, portanto, da esfera privada para a esfera pública – agora institucionalizada – o poder de gestão e administração da economia, dos tributos, da segurança (militar) e da própria lei, agora sob a responsabilidade do Estado – na figura do rei ou assembleia de homens.

A divisão entre público e privado torna-se característica marcante da fase inicial de formação do Estado Moderno, vez que passam a coexistir, de forma inédita, duas formas de relação jurídica – de subordinação e de coordenação – como afirma Bobbio:

O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relações entre iguais ou de coordenação. A distinção entre sociedade de iguais e sociedade de desiguais não é menos clássica do que a distinção entre esfera privada e esfera pública.²³

Enquanto o direito público assume as características de norma imposta²⁴, por poder soberano (Estado), de observância obrigatória pelos governados (relação vertical de subordinação), o direito privado revela suas características pelo princípio da reciprocidade, por meio da convenção ou contrato entre as partes, regulando interesses de ordem privada, normalmente patrimoniais (relação horizontal de coordenação).

Assim, o contrato, de origem privada, historicamente, nasce na sociedade natural fruto da necessidade dos homens de regulamentarem aspectos de relacionamento social; por outro lado, quando da formação do Estado, surge a lei e o poder imposto, de forma que ao lado das relações privadas, de obrigações

estatais de então – difere do despotismo, o qual, ao seu inverso, encontra nos elementos mágicos, sagrados e religiosos sua legitimação”. (*Apud* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 46)

²³ BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**: Para uma Teoria Geral da Política. 14. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2007. p. 16.

²⁴ No Estado Absoluto, ou de polícia, opera-se a máxima concentração de poder no REI – a sua vontade é LEI, sendo que há escassas regras jurídicas definidoras do poder, normalmente não escritas, vagas, parcelares. O movimento de positivação de normas vai surgir mais tarde, com a evolução do pensamento liberal, do movimento Iluminista, de abandono das crenças e tradições e do primado da razão, como veremos a seguir.

horizontais, nasce a relação obrigacional pública, de caráter vertical, em virtude do nascimento do poder público institucionalizado.

O direito privado ou dos privados é o direito do estado de natureza, cujos institutos fundamentais são a propriedade e o contrato; o direito público é o direito que emana do Estado, constituído sobre a supressão do estado de natureza, e portanto é o direito positivo no sentido próprio da palavra, o direito cuja força vinculatória deriva da possibilidade de que seja exercido em sua defesa o poder coativo pertencente de maneira exclusiva ao soberano.²⁵

O direito privado e o direito público passam, portanto, necessariamente, pela contraposição entre contrato e lei, bem como pelo direito natural e direito positivo. Eis as dicotomias características da formação inicial do Estado Moderno, em sua face originalmente Absolutista, que solapou as bases do antigo regime medieval.

1.2 ABSOLUTISMO E REVOLUÇÃO ENTRE INGLATERRA E FRANÇA – O CONCEITO DE LIBERDADE

A passagem da Idade Média – de poder descentralizado, hierarquizada em privilégios inaceitáveis e baseada na crença e nas tradições – para a formação do Estado Moderno, pautou-se em grande movimento de transformação racional do pensamento.

O conceito de liberdade²⁶ sofre constante processo de construção, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média (decisiva influência teológica) até migrar para o período da Renascença e do Iluminismo, quando a razão passa a superar a crença.

A Modernidade impõe uma revisão de conceitos definida pelo triunfo da razão sobre as tradições; da ação científica e tecnológica sobre os sistemas de controle social, do universalismo sobre o individualismo e da produção sobre a reprodução. É

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**: Para uma Teoria Geral da Política. 14. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2007. p. 18.

²⁶ Nicolau Maquiavel (03/05/1469 – 21/06/1527), historiador, poeta, diplomata e músico italiano do Renascimento, é reconhecido como fundador do pensamento e da ciência política moderna, pelo fato de ter escrito sobre o Estado e o governo como realmente são e não como deveriam ser. Segundo Maquiavel, o conceito de liberdade é o primeiro fundamento do processo de construção de um Estado de Direito – organização social estruturada a partir do exercício do poder – como relata em sua clássica obra, “O Príncipe”, publicada em 1531 (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 59).

caracterizada pelo conflito, destruição e crítica ao irracional, ao tradicional e ao costumeiro, bem como de mudanças relativas à desmistificação das leis da natureza.²⁷

O ideal de liberdade – signo histórico do progresso da humanidade – era restrito na Idade Média, pois se acreditava que o ser humano não poderia ter liberdade absoluta, sob pena de se igualar a Deus. Assim, personagens como Santo Agostinho²⁸ proclamavam que o livre-arbítrio possui a barreira no reconhecimento da superioridade de Deus e da Igreja Católica sobre os homens e do primado da alma sobre o corpo.

O período do Renascimento²⁹ ajudou a desmistificar estes ideais de liberdade, invocando a liberdade natural e civil dos seres humanos – esta última a exigir poder estatal de forma a assegurar a convivência pacífica e ordenada de uma comunidade.

Assim, o conceito de liberdade no século XVII estava voltado ao de formação do Estado – necessidade de Poder Soberano, de ordem máxima, para garantir paz, proteção à vida, inócuentes no estado de natureza.

Segundo Bonavides, o direito natural foi a fortaleza de ideias onde procuraram asilo tanto os doutrinadores da liberdade como os do absolutismo³⁰, cada qual a seu tempo.

²⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 64.

²⁸ Aurélio Agostinho (13/11/354 – 28/08/430), conhecido como Santo Agostinho, foi um bispo, escritor, teólogo, filósofo e é um Padre latino e Doutor da Igreja Católica. Segundo Robert Wilken, seu pensamento influenciou profundamente a visão do homem medieval. A Igreja se identificou com o conceito de “Cidade de Deus” de Agostinho, e também a comunidade que era devota de Deus (WILKEN, Robert L. **The Spirit of Early Christian Thought**. New Haven: Yale University Press, 2003. p. 291).

²⁹ Período marcado por transformações em muitas áreas da vida humana, que assinalam o final da Idade Média e o início da Idade Moderna (séculos XIV-XVI d.C.). A denominação sugere uma época de redescoberta e revalorização de conceitos, mais evidentes nas áreas da cultura, sociedade, economia, política e religião, caracterizando a transição do feudalismo para o capitalismo e significando uma ruptura com as estruturas medievais. O Renascimento foi um período em que muitas crenças arraigadas e tomadas como verdadeiras foram postas em discussão e testadas através de métodos científicos de investigação, inaugurando uma fase em que o predomínio da religião e seus dogmas deixou de ser absoluto e abriu caminho para o desenvolvimento da ciência e da tecnologia como hoje as conhecemos. Período em que as crenças abrem espaço para a razão.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 41.

Ocorre que num primeiro momento, de passagem da Idade Média para a Idade Moderna, o jusnaturalismo almeja aquilatar meios de garantir paz, segurança e tranquilidade aos homens, para que possam conviver em sociedade, realizando os seus fins, mesmo que para tanto fosse necessário ceder parcelas de sua liberdade em favor do ente estatal em formação.

Já num segundo momento, movimentos baseados no racionalismo, com suas ideias e postulados, contribuem sobremaneira para o avanço civilizatório consistente na libertação humana das amarras do Estado opressor, que se num primeiro momento mostrou-se necessário e centralizador, agora deve melhor servir à sociedade – movimento que inicia com a Revolução Gloriosa na Inglaterra, em 1689, e que vai culminar com a Revolução Francesa em 1789.

Como ocorreu na primeira fase da Idade Moderna, a forma de garantia da liberdade se deu pela concentração máxima de poder na figura do soberano, com poder absoluto sobre os súditos, o que de início se mostrou coerente e lógico, considerando a ausência de sociedade civil organizada.

Se de fato a cessão de parcelas da liberdade individual em troca de segurança e paz se mostrou necessária, também é verdade que a concentração absoluta de poder, na pessoa do monarca soberano, gradativamente atenta contra os mesmos ideais de liberdade e de autonomia da vontade³¹.

O homem, criador do Estado, torna-se agora sua vítima, com sua liberdade ceifada pela criatura opressora e onipotente, como bem observado por Bonavides: “[...] como o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador”³².

O abuso de poder e a manutenção da aristocracia reinante no período Absolutista, de privilégios inaceitáveis, impedem a preservação das garantias individuais, motivo pelo qual pensadores da época passam a idealizar filosófica e

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39-41.

³² *Id.*, *ibidem*, p. 41.

racionalmente novo modelo, que pudesse evitar a concentração do poder e os desmandos praticados sobre a sociedade.

O movimento que se segue à consolidação dos Estados Absolutistas, ainda nos séculos XVII e XVIII, é justamente a redescoberta e a idealização de nova concepção da liberdade, agora pautada num Estado Liberal, menos opressor, com garantia das liberdades individuais e da propriedade – movimento balizado no racionalismo humano e no livre-arbítrio.

Se Thomas Hobbes acreditava que a liberdade estaria garantida pela concentração total do poder nas mãos do Estado Absoluto, outro pensador inglês e teórico contratualista, John Locke³³ (**Tratado sobre o Governo Civil**) enxergava no Estado um poder delimitado, controlado e garantidor da máxima autonomia³⁴ privada dos indivíduos – concepção de liberdade influenciada pela revolução de pensamento e de conceitos adquiridos pelos movimentos Renascentista e Iluminista³⁵.

Os ideais e princípios defendidos pelo liberalismo inglês, impulsionados pela potência econômica de sua frota naval e contínua expansão territorial, formaram a receita para a eclosão de revoltas sociais por mais ampla liberdade e maior participação nas decisões políticas dos Estados soberanos.

A limitação do poder soberano do monarca, bem como a reivindicação de garantias e proteção aos direitos privados, como a liberdade, a vida e a propriedade privada, culminou com a aprovação, na Inglaterra, da Declaração de Direitos – *Bill of Rights*, de 1689.

³³ John Locke (29/08/1632 – 28/10/1704) foi um filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social.

³⁴ *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même* – *Deixa fazer, deixa passar, o mundo caminha por si só*: clássica frase do francês, François Quesnay (04/06/1694 – 16/12/1774), que representava o pensamento político de liberalismo econômico da época. O pensamento liberal, no campo econômico, preconizava a mínima intervenção estatal na economia, acreditando que a lei da oferta e da procura garantiria equilíbrio às relações sociais e econômicas.

³⁵ O Iluminismo, como movimento filosófico, artístico e político, preconizou a garantia das liberdades e dos direitos dos cidadãos, combateu o autoritarismo estatal e difundiu o sentimento de libertação humana orientada pelos ditames da razão e da reflexão filosófica (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 53).

Este momento histórico fez inaugurar verdadeira transformação na relação existente entre os órgãos de poder, aproximando as prerrogativas do monarca às do Parlamento, ou seja, entre o Executivo e o Legislativo, em evidente relação, então, mais moderada e equilibrada.

Inglaterra se caracteriza por uma forte e cada vez mais irreversível primazia do parlamento, que se afirmava de maneira respeitosa com a tradição do governo misto e do contrapeso dos poderes que caracterizavam profundamente a história do país.³⁶

O constitucionalismo inglês registra um marco temporal histórico na forma mista de seu governo, estabelecendo concretamente limites nas funções do Executivo, até então poder onipotente e soberano.

A filosofia política do liberalismo, inicialmente na Inglaterra e posteriormente na Europa continental, preconizava que a decomposição da soberania em pluralidade de poderes criaria obstáculo à onipotência do rei, garantindo sistema infalível de manutenção das liberdades.

O espírito do sistema de separação de poderes consiste em introduzir uma série complicada de contrapesos mecânicos, cujo fim é garantir, por um equilíbrio político, a liberdade individual. Não foi outra senão esta a razão por que se manifestou tão ativo o liberalismo no seio da monarquia constitucional. A circunstância de certo número de instituições representativas participarem, mediante mútuo controle, na formação da vontade estatal criava, na prática, garantia eficaz contra ingerências arbitrárias no campo da liberdade individual.³⁷

O Executivo, para ter poder autônomo de normatização, criação de tributos, poder de declaração de guerra e paz, passa a necessitar do consentimento conjunto do Parlamento, criando relação recíproca de equilíbrio e controle de poderes, inexistente no período medieval e no absolutismo³⁸.

³⁶ *“Inglaterra se caracteriza por una fuerte y cada vez más irreversible primacía del parlamento, que se afirmaba de manera respetuosa con la tradición del gobierno mixto y del contrapeso de los poderes que caracterizaba profundamente la historia del país”* (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 90. Tradução livre).

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 45 (autor cita LEIBHOLZ, Gerard. “La nature e les formes de la démocratie”. Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique. N. 3-4. Paris: Recueil Sirey, 1936. p. 137).

³⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 90.

Com a divisão de poderes, vislumbraram os teóricos da primeira idade do constitucionalismo³⁹ a solução final do problema de limitação da soberania⁴⁰.

Fioravanti arremata afirmando que

A verdadeira relevância de Locke na história do constitucionalismo é a seguinte: foi o primeiro a formular claramente e com firmeza, no campo da constituição moderna, a distinção fundamental entre o poder absoluto e o poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja o rei ou a assembleia, tem poder legislativo e executivo; o segundo é aquele em que os dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos diferentes. Em suma, a primeira e fundamental máxima do constitucionalismo é precisamente isso: quem tem o poder para fazer a lei não pode e nem deve ser o detentor dos recursos e dos meios de governo para tal, incluindo também o poder de coerção sobre os indivíduos; e quem tem tudo isso não pode ser o titular da legislatura. Esta é, em última análise, também para Locke, a maior e a mais concreta garantia dos direitos das pessoas: saber que quem tem o poder de legislar sobre eles não tem o poder de execução direta, e vice-versa.⁴¹

A Inglaterra, portanto, adotava o princípio constitucional como modelo de limitação de poder e garantia dos direitos individuais a partir da soberania do Parlamento, representante do povo. Este sistema, a despeito da importância inovadora que carregava pela experiência inédita do governo misto, de poderes limitados e de controle recíproco, passou a sofrer críticas pela ausência do princípio democrático.

Destarte, o sistema político inglês não conciliava a soberania popular, como poder constituinte, com o tradicional princípio do constitucionalismo de limitação dos poderes. Na verdade, o constitucionalismo repudiava a soberania

³⁹ BONAVIDES, com esta afirmação, reconhece a origem do constitucionalismo tão somente a partir do Estado Moderno. Diversamente desse autor, Fioravanti trata do assunto em sua perspectiva da antiguidade e da época medieval, como informado anteriormente neste trabalho.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 45.

⁴¹ “La verdadera relevancia de Locke en la historia del constitucionalismo está en esto: en haber sido el primero en formular de manera clara y firme, en el ámbito de la constitución de los modernos, la fundamental distinción entre poder absoluto y poder moderado. El primero es aquel en que un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo; el segundo es aquel en que los dos poderes son distintos y pertenecen a dos sujetos distintos. En suma, la primera y fundamental máxima del constitucionalismo es precisamente ésta, según la cual quien tiene el formidable poder de hacer la ley no puede ni debe disponer de los recursos y de los medios de gobierno, incluido el también formidable poder de coacción sobre los individuos; y quien dispone de todo esto no puede ser a su vez titular del poder legislativo. Ésta es, en definitiva, también para el mismo Locke, la mayor y más concreta garantía de los derechos de los individuos: saber que quien tiene el poder de legislar sobre ellos no tiene ningún poder directo de coacción, y viceversa.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 93. Tradução livre.)

popular, afirmando que esta dissolveria o vínculo de obediência política em relação aos poderes constituídos e também à perda de valor da própria constituição, abrindo caminho para possível ditadura popular⁴².

Experiência diversa ocorreu na Revolução pela Independência Americana em 1776, quando, pela primeira vez na história, se adotou o princípio da constituição democrática com a experiência do constitucionalismo de governo limitado, demonstrando a possível conciliação através do poder constituinte.

Trata-se, em poucas palavras, do poder constituinte que os colonos americanos exerceram pela primeira vez em 1776, para declarar sua independência do domínio inglês e, depois, nos anos seguintes, a fim de fazer cumprir a Constituição dos distintos estados e da Constituição Federal de 1787.⁴³

Os norte-americanos, imbuídos do espírito democrático revolucionário, por intermédio do poder constituinte, ausente na experiência inglesa, não toleravam os impostos e as taxas abusivas praticados pelo Parlamento britânico sobre as colônias. Assim, a independência americana parte da quebra de paradigma de limitação do Poder Legislativo sempre que ele violar ou desrespeitar direitos naturais dos indivíduos. Esta primeira reação dos organismos políticos americanos contra o ato abusivo do Parlamento é que vai dar origem ao princípio do controle de constitucionalidade, também refutado e inexistente na experiência britânica.

Fioravanti vai dizer que “[...] o exercício democrático do poder constituinte nasceu desde o início nessa realidade, num sentido limitado, a fim de se opor uma lei superior à lei de um poder constituído – o Parlamento britânico – que havia saído dos limites da sua jurisdição legítima”.⁴⁴

⁴² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 102.

⁴³ “*Se trata, en pocas palabras, del poder constituyente, que los colonos americanos ejercieron primero en 1776, con la finalidad de declarar su independencia de la madre inglesa y, después, en los años siguientes, con la finalidad de poner en vigor las constituciones de los distintos Estados y la Constitución federal de 1787.*” (Id., *ibidem*, p. 103. Tradução livre.)

⁴⁴ “[...] *el ejercicio democrático del poder constituyente nacía desde el inicio, en esa realidad, en sentido limitativo, con la finalidad de oponer una ley superior a la ley de un poder constituido – el parlamento inglés – que se había salido de los confines de su legítima jurisdicción.*” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 106. Tradução livre.)

O que os americanos queriam, de fato, era um modelo de Constituição democrática, que se opunha ao modelo degenerado no sentido parlamentarista da experiência inglesa, que nada mais representava senão um absolutismo do poder legislativo⁴⁵.

É inegável a profunda contribuição da experiência inglesa do seu constitucionalismo com modelo de governo limitado. No entanto, os americanos, inspirados pelos escritos revolucionários dos *Federalistas*⁴⁶, além de adotar o sistema britânico, o aperfeiçoaram com a introdução do princípio democrático, em que a Constituição, cujo valor originário está na soberania popular, consiste em lei fundamental acima dos demais poderes, que a ela devem se subordinar⁴⁷.

⁴⁵ Ao se referir ao modelo constitucional inglês, Fioravanti afirma que “o constitucionalismo sem democracia produz absolutismo parlamentar” (*“el constitucionalismo sin democracia produce absolutismo parlamentario”*). FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 109. Tradução livre).

⁴⁶ Políticos e pensadores americanos, no auge da revolução pela independência das colônias britânicas, publicavam ensaios e artigos na imprensa de New York com o objetivo de contribuir para a ratificação da Constituição pelos Estados, os quais dariam origem à nova forma de governo, ainda não conhecida: o Federalismo, nascendo como um pacto político entre os Estados. Alexander Hamilton e James Madison, dentre outros como John Jay, Thomas Paine e Thomas Jefferson, foram os grandes inspiradores da constituição democrática, aquela que almejou conciliar o tradicional princípio do constitucionalismo com o princípio democrático da soberania popular.

⁴⁷ O instrumento de controle difuso de constitucionalidade atribuído aos juízes na Constituição americana de 1787, pós-independência, demonstra virada histórica do ponto de vista do aparecimento da Constituição democrática. A Constituição americana é aquela inspirada não no governo limitado, o qual apenas decorre da lei fundamental, mas acima de tudo da soberania popular, que faz conciliar interesses de classes e grupos distintos, preocupada mais com a proteção das minorias do que propriamente com o projeto político momentâneo – dela derivada. *“El control de constitucionalidad es esencial y indispensable no sólo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías en relación con los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes, el más fuerte, que siempre es el poder legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, actores y instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recibido del pueblo soberano mediante la constitución”* (“A revisão judicial é essencial e indispensável, não apenas como um meio de proteger os direitos dos indivíduos e das minorias em relação às possíveis ações arbitrárias dos legisladores e maiorias políticas, mas também e, sobretudo, para evitar um dos poderes mais fortes, que é sempre de o legislador aspirar a cobrir e representar todo o espaço da Constituição, identificando-se com o seu fundamento em primeiro lugar, com as mesmas pessoas. É como se os juízes, agentes e instrumentos daquele controle lembrassem constantemente aos legisladores que eles estão lá para exercer um poder muito importante, mas sempre derivado, por ter sido recebido do povo soberano através da Constituição.” FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 109. Tradução livre)

Os ideais revolucionários da Constituição americana atravessaram o oceano Atlântico, sendo que, num período inferior a duas décadas, a Revolução Francesa⁴⁸ de 1789 se utilizaria da mesma fórmula de poder constituinte, porém com resultados práticos amplamente distintos.

E nem poderia ser diferente, dada a diversa situação sociopolítica vivenciada em cada Estado. Enquanto os americanos já possuíam a experiência constitucional inglesa de controle dos poderes e desfrutavam dos direitos individuais (almejando tão somente o seu aperfeiçoamento), a França do século XVIII ainda lutava pelo afastamento definitivo das amarras do Estado Absolutista.

Bobbio afirma que os constituintes americanos relacionaram os direitos do indivíduo ao bem comum da sociedade. Os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos⁴⁹.

Fioravanti destaca a diferença histórica das duas revoluções, que, não obstante invocarem como poder constituinte a nação, como valor fundante de transformação política, almejaram consequências práticas distintas:

Não foi assim para os constituintes franceses, que estavam em uma situação muito diferente. Quem assumisse a tarefa de demolir todo o conjunto de relações políticas e sociais do antigo regime não podia se dar ao luxo de pensar no povo soberano somente como fonte e fundamento da Constituição.⁵⁰

Enquanto a Constituição americana almejava com a soberania popular invocar os instrumentos de controle constitucional para limitação do Poder

⁴⁸ A Revolução Francesa, como marco histórico do processo político na Idade Moderna, sobretudo na Europa continental, pode ser ainda melhor compreendida pela leitura dos escritos de Emmanuel Joseph Sieyès (**A Constituinte Burguesa** Que é o Terceiro Estado?. Org. e Introd. de Aurélio Wander Bastos, trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986). Nessa obra, Sieyès, com base na doutrina do contrato social (John Locke, Jean-Jacques Rousseau), vislumbrava a existência de um poder imanente à nação, superior aos poderes ordinariamente constituídos e por eles imodificáveis: o *poder constituinte*. Além de legitimar a ascensão do Terceiro Estado (o povo) ao poder político, a obra traçou, portanto, as linhas mestras da Teoria do Poder Constituinte, ainda hoje relevantes para o estudo do Direito Constitucional.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 84.

⁵⁰ “No fue así para los constituyentes franceses, que se encontraban en una situación en esencia distinta. Quien debía asumir la formidable tarea de demoler todo el conjunto de las relaciones políticas y sociales del antiguo régimen no podía permitirse el lujo de concebir el pueblo soberano sólo como origen y fundamento de la constitución.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 113. Tradução livre)

Legislativo – este considerado derivado –, a experiência francesa mostrava que, ao contrário, somente fortalecendo o poder dos legisladores (como poder soberano e não derivado), é que seria possível garantir o interesse da nação, contra o poder opressor do Executivo Absolutista.

Assim, o programa político do poder constituinte francês (a nação), consistia precisamente em individualizar no legislador o sujeito que, através da lei como expressão da vontade geral, representa a nação soberana e realiza os princípios que a revolução naquele momento estava almejando⁵¹.

A garantia das liberdades individuais, que na experiência inglesa e americana estava no controle recíproco dos poderes, na França se dava pelo princípio da primazia do legislador, com ausência de controle de constitucionalidade, ou poder de veto por parte do Executivo – que era possível tão somente às normas que diziam respeito à unidade e segurança nacional⁵².

Assim, o princípio da separação dos poderes, no constitucionalismo francês, representou, no início, de fato, um instrumento político de racionalidade burguesa, de manutenção do poder contra qualquer tentativa de retorno ao antigo regime.

Dentre os grandes filósofos que preconizaram a separação dos poderes, além de John Locke já mencionado anteriormente, destaque especial para Montesquieu⁵³ (autor da clássica obra *O Espírito das Leis*).

Apesar da ideia convergente de fragmentação política para manutenção das liberdades individuais, o pensador inglês era mais conservador e suas ideias menos eficazes que o revolucionário francês:

⁵¹ *Id.*, *ibidem*, p. 114.

⁵² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 115.

⁵³ Montesquieu (18/01/1689 – 10/02/1775), político, filósofo e escritor francês, historicamente é reconhecido como o pensador e criador da doutrina da divisão e separação dos poderes, de forma a criar um sistema de freios e contrapesos, no controle recíproco dos poderes. Assim, cada uma das funções estatais deveria corresponder a um órgão próprio, independente e autônomo, para que houvesse justamente um controle recíproco, “para que nenhum poder detivesse todo o poder” (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 83).

Em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.

O publicista inglês ainda não se capacitara daquele princípio sábio da experiência universal, referido por Montesquieu, segundo o qual todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego.⁵⁴

Montesquieu foi o grande filósofo político do liberalismo burguês, na medida em que sua proposta de separação dos poderes não abria margens para o campo teórico e abstrato, mas correspondia à efetiva distribuição prática do poder entre diferentes instituições representativas, que não se confundiam. Como dito, na França, o instrumento de fragmentação do poder, na prática, garantia a blindagem do Poder Legislativo sobre os demais Poderes, que, apesar de independentes, se subordinavam à lei e somente à lei⁵⁵.

Segundo o pensador liberal francês, avançando na ideia de governo misto teorizado pelo liberal inglês, o modelo constitucional de poder moderado não deveria contemplar a coparticipação dos poderes, mas a efetiva limitação e controle entre eles. Portanto, a doutrina de separação dos poderes é levada às máximas consequências, fruto de uma visão histórica já inconciliável com o modelo absolutista que lhe precedeu, conforme afirma Fioravanti:

O que Montesquieu enfatiza fortemente, com a famosa tese do sistema de “pesos e contrapesos” é o fato de que todas essas relações complexas entre o Legislativo e o Executivo se estabelecem com uma finalidade de mútua limitação e não de coparticipação: o Legislativo pode e deve controlar a execução da lei, mas sem interferir nos assuntos que dizem respeito ao Executivo; e este último pode, como vimos, vetar a lei, mas apenas em um sentido negativo, sem que se configure uma verdadeira e própria participação do Executivo na formação da vontade legislativa.⁵⁶

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47. E segue a comparação: “Da doutrina de Locke emerge um otimismo que ele não dissimula, despreocupação que quase ignora a natureza profundamente negativa do poder. Em Montesquieu o pessimismo dá o acento à doutrina contra o Estado, na consideração do próprio ordenamento estatal. Em Locke, era como se bastasse afirmar que o Homem tinha direitos para que a Humanidade de imediato os consagrasse, persuadida da superioridade do seu sistema de idéias e de governo como o mais conforme com a Natureza e a razão dos homens” (p. 47).

⁵⁵ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵⁶ “Lo que Montesquieu subraya con fuerza, con la célebre frase del poder que “frena el poder”, es el hecho de que todas estas complejas relaciones entre el legislativo y el ejecutivo se establecen con una finalidad de recíproca limitación y no de coparticipación: el legislativo puede y debe controlar la ejecución de la ley, pero sin entrometerse en los asuntos que competen al ejecutivo; y este segundo puede, como hemos visto, oponer su veto a la ley, pero

Buscava-se eliminar, de fato, o sistema dos abusos do poder, da força corrupta do mando político, sendo necessário, portanto, que o próprio poder contivesse o poder – que cada uma das funções estatais exercidas por órgãos distintos contivesse os excessos e desmandos da outra.

Afora a revolução de ideias para a política, que marcaram aquele período, no campo da filosofia despontava aquele que para alguns foi o maior responsável pela quebra paradigmática do pensamento, de afastamento das crenças e tradições, introduzindo a era do racionalismo: o alemão Immanuel Kant⁵⁷.

Windelband⁵⁸, intérprete da filosofia kantiana, afirma que

Com ele (Kant) se abre a novo reino de idéias. Se outros anteriormente se levantaram contra o sistema das noções tradicionais, isso aconteceu apenas de maneira esporádica. Criou um mundo completamente novo; em sua filosofia tudo aparece sob nova luz; foi, como disse Jean Paul, um sistema solar que resplandeceu de súbito. Com razão pode-se afirmar: se se prescindir de tudo quanto há de secundário, só houve até agora dois sistemas filosóficos: o grego e o alemão – Sócrates e Kant!

Immanuel Kant, iluminista e liberal, reconstrói a partir da razão, os conceitos de Direito e Estado. Para o alemão, Direito “é o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral da liberdade”. Estado seria a “união de uma multidão de homens sob as leis do Direito”⁵⁹.

Na sua doutrina liberal do pacto social, defende não a transferência das liberdades individuais ao Estado centralizado e absoluto, como em Hobbes, mas um contrato social em que o Direito seja o valor racional necessário para que o instrumento Estado–jurídico garanta a mais ampla liberdade e autonomia individual.

*solo en sentido negativo, y sin que se configure una verdadera y propia participación del ejecutivo en la formación de la voluntad legislativa.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 97-98. Tradução livre.)*

⁵⁷ Immanuel Kant (22/04/1724 – 12/02/1804) foi um filósofo prussiano, considerado por muitos como o último grande filósofo dos princípios da era moderna.

⁵⁸ *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 95.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 110.

O Direito aparece então, como princípio racional, genérico, válido para todos, desde o momento em que deixa de ser mera pretensão, nas relações entre indivíduos, como acontece no *status naturalis*, para se converter em possibilidade, como ocorre no *status civilis*, amparado já por um poder externo, inviolável, tutelar, criado em benefício de todos, a saber, o Estado-instituição.⁶⁰

O Estado seria, portanto, uma construção que serve a uma necessidade racional da convivência humana, sendo que o contrato social nada mais seria senão a institucionalização da concepção de liberdade, agora transferida do estado de natureza para o estado jurídico, na dependência da lei.

Com esboço no Estado de Direito, garantidor das liberdades individuais e sedimentado no princípio da legalidade, Kant estabeleceu as bases teóricas para o desenvolvimento da democracia, através do constitucionalismo moderno⁶¹, além de promover a importância da opinião pública do conjunto dos cidadãos e o sufrágio como instrumento de legitimação.

O primado da igualdade perante a lei faria os homens mais livres e por isso seria necessária uma Lei das Leis, a Constituição. A Lei Magna do ordenamento jurídico – o conjunto articulado de leis – que, na proposição liberal, seria criada pelo Poder Constituinte e cumpriria um papel básico de controle do Poder político através da opinião pública, pelas atribuições do Parlamento, além de uma divisão e independência dos poderes executivo, legislativo e judiciário, numa proposição como as de Rousseau e Montesquieu.⁶²

O século XVIII, de ascensão da burguesia e era do Iluminismo⁶³ – de autonomia do indivíduo frente ao Estado onipotente e contra os excessos da Igreja, pautado no progresso contínuo e racional da humanidade – será aquele em que a liberdade transfigura-se em direito individual do cidadão ante o Estado⁶⁴. As liberdades de pensamento e de religião passam a ser expressas e, por meio

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 112.

⁶¹ Este princípio democrático como integrante do constitucionalismo, que havia se afirmado no século XVIII nos Estados Unidos, tardou mais de um século para se expandir pela Europa continental e demais regiões do planeta, como a América Latina.

⁶² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 102.

⁶³ No período Iluminista amadureceu a concepção legalista do direito, com a prevalência do direito escrito, havido como uma conquista na superação dos ordenamentos costumeiros.

⁶⁴ Este assunto será melhor aprofundado no segundo capítulo desta dissertação, a partir da obra de Norberto Bobbio, “A Era dos Direitos”.

do conceito de legalidade, formulam-se os limites de atuação do Estado na esfera individual e na propriedade⁶⁵.

Eis o modelo clássico de Estado de Direito, paradigma adotado no período liberal e posteriormente na democracia constitucional: é o Estado em que, para garantia dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade se eleva a critério de ação dos governantes⁶⁶.

Consolidadas estavam, portanto, as bases de transformação do Estado Moderno, consistentes na reunião dos fatores ideológico (reconstrução da concepção de liberdade), econômico (radical mudança dos modos de produção), político (mecanismo de separação dos poderes) e jurídico (princípio da legalidade), que abriram caminho para o advento do Estado de Direito, na sua primeira acepção liberal.

Concluindo, a consolidação do pensamento liberal, ancorado nas teses contratualistas, nos movimentos do racionalismo e do iluminismo, possui como marco inaugural a Revolução Gloriosa da Inglaterra em 1689, mas eclode na Revolução Francesa de 1789 – fato histórico e paradigmático de transformação da concepção de Liberdade, Estado e Direito.

1.3 DO PRINCÍPIO LIBERAL AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO: A INFLUÊNCIA DO SOCIALISMO

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 teve influência ímpar na consolidação dos postulados do Estado Moderno de Direito, levando à criação de inúmeros ordenamentos constitucionais (normas magnas) que dispunham sobre a garantia dos direitos individuais, bem como da necessária divisão e repartição dos poderes.

⁶⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 54.

⁶⁶ *Id.*, *ibidem*, p. 78.

Grandes pensadores como Locke, Montesquieu, Rousseau, Sieyes, Constant e Kant, dentre outros, fixaram os princípios e os fundamentos da doutrina liberal, inventores de nova concepção de governo que desestruturou a antiga sociedade de privilégios do *Ancien Régime*⁶⁷.

Alicerçados nos ideais revolucionários da época e legitimados pelo poder legal-racional, construído ao longo de séculos pelos pensadores modernos – com evidente evolução da concepção de liberdade – era preciso sedimentar estrutura jurídica que representasse definitivamente o acordo político fundante do novo Estado de Direito. Era necessário estabelecer os princípios maiores da concepção liberal e isto se daria por intermédio de um novo paradigma constitucional.

O Estado Liberal nasce, assim, apoiado na ideia de limitação de poderes e funções do Estado, garantidor da tolerância religiosa e das liberdades civis e políticas. Bobbio conceitua o liberalismo como uma determinada concepção de Estado, na qual ele tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje é chamado de social⁶⁸.

No mesmo sentido é o pensamento de Cruz acerca do liberalismo:

Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, o liberalismo caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Antigo Regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas.⁶⁹

Em que pese os múltiplos núcleos do liberalismo (moral, político, econômico⁷⁰), certo é que se pode concentrar atenção à ideia de que liberalismo

⁶⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 86.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 7.

⁶⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 89.

⁷⁰ Quanto ao núcleo econômico do liberalismo, acreditava-se que a máxima liberdade individual com a mínima interferência estatal nas relações privadas acarretaria no necessário impulso do qual carecia o mercado capitalista. Streck e Moraes afirmam que “entre seus teóricos,

se identifica com a ideia de limites/liberdades e que tem como ator principal o indivíduo⁷¹.

O advento do Estado Liberal coincide, como mencionado anteriormente, com a era do constitucionalismo moderno na Europa continental⁷². Somente o estabelecimento de um documento fundamental acerca dos limites do poder político poderia garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como traçar os marcos da atividade estatal, não somente pela limitação de seus poderes, mas também pela divisão de suas funções⁷³.

Sedimentados estavam, portanto, os pilares do liberalismo, abrindo caminho para a consolidação dos interesses políticos e econômicos⁷⁴ dos

pode-se mencionar Adam Smith – em seu **A Riqueza das Nações** –, para quem o que importa, acima de tudo, é dar liberdade à ação individual e limitar o papel do Estado à simples manutenção da ordem e da segurança. Ele acreditava que a harmonia social e econômica resultaria da livre concorrência e da interação de interesses e forças econômicas. A mão divina da providência (livre concorrência) traria ordem e riqueza aos interesses concorrentes” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 61).

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 58.

⁷² É sempre importante destacar as experiências inglesa e americana, que, antes da Europa continental, já haviam consolidado o princípio do constitucionalismo moderno.

⁷³ A primeira fase do **constitucionalismo** possui como característica fundamental a limitação do poder soberano e, posteriormente, a separação dos poderes.

⁷⁴ O historiador Laurentino Gomes (GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil**. São Paulo: Globo, 2013) pondera que, ao lado do movimento ideológico de reconstrução do pensamento político, através da razão e de nova concepção de liberdade, cursa inédita base e modo de produção na economia, jamais vista até então. “O século XIX viu nascer ou florescer uma longa lista de ideologias caracterizadas pelo sufixo ‘ismo’, como liberalismo, capitalismo, socialismo e comunismo, nacionalismo e imperialismo. Cada uma delas propunha um novo modelo de sociedade e caminhos diferentes para atingi-lo. Liberais e capitalistas defendiam liberdade de mercado e de iniciativa, interferência mínima do Estado na economia e na vida das pessoas, a acumulação de capital como forma de gerar novos empreendimentos, mais empregos, maior produção de bens e serviços” (p. 141). O novo modo de produção denominado **capitalismo** – ainda que em formação embrionária – demandava a formulação de regras novas, agora impessoais e gerais, de forma a garantir segurança e meios para que a nova classe em ascensão (a econômica, dos burgueses), pudesse produzir riquezas e delas desfrutar. A Inglaterra colocou-se na vanguarda do comércio europeu, já desde a segunda metade do século XVII, impulsionada pela mão de obra abundante e barata e pela riqueza de minerais e matérias-primas que catapultaram a expansão da sua indústria. Mais tarde, a Revolução Industrial, na Inglaterra, tinha transformado por completo os meios de produção. “Graças ao uso da tecnologia do vapor, as fábricas inglesas passaram a produzir bens e mercadorias numa escala até então nunca vista” (p. 135). O mundo estava conectado. “Navios a vapor, locomotivas, o telégrafo e o telefone encolheram o mundo no século XIX em uma escala jamais imaginada. Em 1800, uma viagem oceânica entre a Inglaterra e a Índia, contornando o cabo da Boa Esperança, no sul da África, demorava sete meses. No final do século, graças aos navios a vapor inventados em 1807 pelo americano Robert Fulton e à abertura do canal

burgueses, classe em ascensão, afastando a presença do Estado e permitindo a máxima liberdade na esfera privada com a máxima proteção da propriedade.

A racionalidade do movimento burguês de libertação humana, com o passar das primeiras décadas, a despeito de gerar inúmeros avanços ao afastar as amarras do antigo regime, passou a enfrentar realidades sociais imprevistas, de outros segmentos da sociedade.

Os camponeses e o proletariado em geral, apesar de se unirem à classe burguesa na reivindicação histórica marcada por aquele movimento revolucionário e libertador, não participavam do processo político e decisório do Estado Liberal.

Se inicialmente o papel do Estado se mostra absenteísta, com ampla garantia dos interesses individuais – liberdades negativas –, certo é que a própria concepção de liberdade passa a ser exigida também pelas outras classes (como a do proletariado), não hegemônicas, porém imbuídas do mesmo espírito libertador, em busca, agora, de maior oportunidade e condições de igualdade.

A percepção minimalista do Estado, atuante apenas para a segurança individual, é, senão desfeita, deslocada, pois a sua função passa a ser a de removedor de obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens, pois, com um maior número de indivíduos podendo usufruir das mais altas liberdades, estar-se-ia garantindo efetivamente o cerne liberal, qual seja: a liberdade individual, dando-se valor novo e fundamental à igualdade de oportunidades e a uma certa opção solidária.⁷⁵

O espírito liberal passa a influenciar, sobremaneira, o campo político, alterando radicalmente as regras de sufrágio, como a criação de partidos políticos. Cidadãos, até então excluídos do sistema democrático, e mesmo desprovidos de posses e propriedade, passam a ter voz no parlamento, de modo que não somente interesses individuais passam a ser reivindicados, mas,

de Suez, no mar Vermelho, em 1869, esse tempo havia se reduzido para apenas duas semanas” (p. 138-139). Niall Ferguson, em sua obra, **Empire: how Britain made de modern world (Império: como a Grã Bretanha fez o mundo moderno)**, anunciava a extensão e a força do poder econômico e naval britânico ao afirmar que “o império britânico estendeu seus domínios por todo o planeta, a ponto de se orgulhar de que, sob sua bandeira, o sol jamais se punha. Até as vésperas da Primeira Guerra Mundial, cerca de 444 milhões de seres humanos, um quarto da população do planeta, eram súditos diretos ou indiretos da rainha Vitória” (p. 141).

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 63.

sobretudo, questões sociais, como a regulação das relações produtivas e melhores condições de trabalho para a classe operária.

Em 1848 a França já havia reconhecido o sufrágio universal, de modo que a democracia política até então era limitada, para poucos⁷⁶. A este movimento de transformação do Estado Liberal é que se reconhece, na doutrina, a passagem do princípio liberal para o princípio democrático, senão veja-se:

O curso das idéias pede um novo leito. Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal. Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes.⁷⁷

A liberdade de expressão e de reunião, aliadas aos anseios por maior participação política e igualdade de condições, é retratada na obra de Laurentino Gomes:

Operários empregados em linhas de produção industrial agora podiam se reunir no final do expediente para discutir e reagir ao que julgavam injustiça dos chefes e patrões, e decidir até paralisar a fábrica para forçá-lo a voltar atrás. O resultado foi a eclosão do movimento operário e dos sindicatos, com poder político até então nunca visto.⁷⁸

Ainda no campo social e dos direitos humanos, o liberalismo contribuiu para a eclosão de movimentos que exigiam a extinção completa da escravidão, a tolerância religiosa, a liberdade de imprensa, a liberdade de discurso e de associação, além da ampliação da educação.

Streck e Moraes resumem o fenômeno histórico de dinamitação da primeira fase do liberalismo no então Estado de Direito, ao afirmarem que

⁷⁶ No Brasil, cuja independência se deu em 1822, adotou-se o princípio liberal no concernente aos direitos políticos por praticamente todo o século XIX. A Constituição de 1824 assenta o exercício dos direitos políticos sobre bases econômicas. Nesse sentido, os cidadãos são distintos entre ativos e inativos, de acordo com a sua renda líquida anual por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego. Acerca da influência do movimento liberal sobre o constitucionalismo brasileiro do século XIX, no que tange particularmente aos direitos políticos, ver Luciene Dal Ri (Os direitos políticos no Brasil Imperial: entre constitucionalismo e liberalismo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 18. p. 129-148, 2012, *passim*).

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 43.

⁷⁸ GOMES, Laurentino. **1889**: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil. São Paulo: Globo, 2013. p. 144.

[...] ao longo do século XIX, os liberais e os movimentos e partidos liberais mudaram a estrutura econômica, social e política da Europa, e modificaram drasticamente a comunidade internacional, quando, então, terminaram a escravidão e as incapacidades religiosas, garantiu-se a tolerância, a liberdade de imprensa, de manifestação e de associação; a educação foi estendida; o direito de voto ampliou-se – universalizou-se – até as mulheres; elaborações constitucionais limitando e responsabilizando os governos foram escritas.

Por outro lado, na medida em que o sufrágio se estendeu a novos setores sociais, os partidos políticos começaram a surgir e se ampliar, buscando votos de modo a governar na base do que ofereciam como respostas ao eleitorado, tornando os governos suscetíveis às solicitações populares.⁷⁹

De fato, foi no campo social que surgiram os principais movimentos de resistência e oposição ao liberalismo, cabendo principal destaque ao movimento socialista.

Socialismo é a corrente de pensamento dotada de uma infinidade de expressões ideológicas concretas que coincidem na busca da igualdade entre os homens que, entre eles, são – ou deveriam ser – sócios e não adversários. Para tal fim, seu principal instrumento consiste na substituição, mais ou menos radical, da liberdade individual e da propriedade privada pela comunidade solidária e pela coletivização dos meios de produção⁸⁰.

O movimento surge na metade do século XIX, na Inglaterra, como oposição ao frequente acirramento das classes sociais, que catapultaram as camadas mais populares para uma vala de miséria e exclusão social.

Inicialmente, falava-se em socialismo e comunismo como palavras do mesmo gênero ou sinônimo, mas que logo se destacaram, de forma distinta, pelos valores que pregavam.

Ambos apareceram como oposição ao liberalismo, mas, enquanto o socialismo era mais utópico e tinha como líderes parte dissidente da classe burguesa, o comunismo apareceu como movimento mais revolucionário e pragmático, partindo diretamente dos anseios da classe proletária, liderados pelos pensamentos de Karl Marx e Engels – inclusive, utiliza-se muito a expressão *marxismo* como sinônimo de comunismo.

Karl Marx, juntamente com Engels, pregavam o fim da propriedade privada e a coletivização dos meios de produção, realizando igualitária

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 66.

⁸⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 127.

distribuição de renda que permitiria a todos alcançar a felicidade com menor esforço.

Na teoria marxista, o Estado deve apenas garantir que os meios de produção pertençam a todos e preservar a igualdade material na sociedade. Assentou o pensador alemão, em sua crítica à sociedade burguesa, que o Estado burguês usava critérios formais, como a igualdade abstrata perante a lei, para encobrir desigualdades concretas, como aquelas evidentes no meio social.

A filosofia marxista de crítica ao capitalismo aponta para o desaparecimento do Estado, com a revolução levando o proletariado ao poder e convertendo os meios de produção em propriedade do Estado. Com isto seriam destruídos e superados todos os antagonismos e diferenças de classes.

Segundo Cruz,

Marx queria a implantação do Comunismo para viabilizar uma Sociedade de homens iguais formal e materialmente, base para a liberdade. Este objetivo está ligado ao postulado marxista do Comunismo como Sociedade da abundância, isto é, como uma Sociedade que seria regida pelo princípio “*de cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades*”. A abundância de recursos – hoje sabidamente utópica – daria lugar a uma Sociedade sem conflitos, que tornaria desnecessária a esfera política, entendida esta como âmbito de disputa entre interesses divergentes.⁸¹

Paralelo ao movimento marxista, de nítido manifesto comunista, nascia, na Alemanha, o movimento do socialismo democrata, que propunha a reforma democrática no Estado, com a exigência do sufrágio universal, a reforma trabalhista, a repartição mais igualitária do poder político, social e econômico – ou seja, reforma que partia de ações políticas, no Estado e desde o Estado.

Enquanto o marxismo pregava a vitória pela revolução do proletariado, com a superação do Estado e a extinção das classes sociais, o movimento do socialismo almejava sua vitória na via eleitoral democrática. Buscava não a revolução, mas a revisão de ações políticas, com a crescente inclusão da classe trabalhadora na tomada de decisões importantes.

⁸¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 143.

Os partidos socialistas e social-democratas europeus foram os maiores responsáveis pela conquista de importantes direitos para a classe trabalhadora, como a redução da jornada de trabalho, a melhoria das condições sociais e o sufrágio universal⁸².

Na prática, os partidos socialistas ou sociodemocratas dedicaram-se a conseguir melhores condições de vida à classe trabalhadora, por intermédio de sua maior representatividade no Parlamento. O seu objetivo era chegar à maioria no poder, para então implantar, definitivamente, a sua ideologia de distribuição de renda e de prestação de serviços sociais pelo Estado.

O Estado Liberal gerou imensas injustiças, sobretudo em decorrência da ascensão burguesa e do progresso econômico desregulado, sendo que os movimentos sociais dos séculos XIX e XX passaram a demonstrar um nível de consciência quanto à necessidade da justiça social.

Fábio Konder Comparato afirma que o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista⁸³.

Estes ideais socialistas ou de uma democracia social inspiravam sobremaneira países ocidentais, que há pouco saíam da crise deixada pelo modelo liberal. Assim, não há como negar a importância fundamental do socialismo na formação ideológica do Estado Contemporâneo. Foram as ideias e as ações socialistas que pressionaram as sociedades europeias a admitir a flexibilização dos dogmas do Estado Liberal⁸⁴.

Todo o peso e agudeza do argumento socialista se abatia então sobre as cruéis injustiças e contradições do sistema capitalista, cujas colunas políticas e institucionais de sustentação estavam todas fincadas na modalidade do Estado liberal, forma neutra, indiferente à utilização do próprio Estado e de seu aparelho coercitivo para retificar dentro do reino econômico e social as distorções e desigualdades maciças que pareciam ser o ônus necessário da expansão e concentração de riqueza trazida pela revolução industrial, e sua apropriação privada dos meios de produção.⁸⁵

⁸² *Id.*, *ibidem*, p. 149.

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

⁸⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 153.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 224.

A proteção aos bens de capital, núcleo central e objetivo perseguido pelo sistema capitalista, colocava em xeque os bens humanos, o que demonstra a importância deste movimento social para o equilíbrio da histórica dicotomia capital *versus* trabalho.

Segundo Comparato, “Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores”⁸⁶.

Somente um Estado mais presente e ator na proteção das relações jurídicas desiguais é que poderia sustentar o natural desequilíbrio provocado ao longo da experiência liberal.

O Estado Social, que será estudado a seguir, surge, portanto, com sua característica principal baseada na intervenção na seara econômica e social, com fins de garantir a igualdade material e promover a solidariedade social.

E como preceitua Bonavides, está-se diante de uma terceira revolução. Enquanto o Estado Liberal foi a revolução da burguesia e o Estado Socialista a revolução do proletariado, o Estado Social é a terceira revolução da Idade Moderna: a revolução da sociedade⁸⁷.

1.4 O ADVENTO DO ESTADO SOCIAL E SUA PRINCIPAL CARACTERÍSTICA: O INTERVENCIONISMO

O projeto liberal garantiu enorme progresso econômico, a valorização do indivíduo como ator fundamental do processo político e econômico, bem como técnica de poder baseado no direito estatal, sacramentando-se o princípio da legalidade.

A despeito de toda esta evolução, principalmente no campo político e econômico, a ultravalorização e a centralização do ideal individualista trouxe, por outro lado, algumas consequências, que geraram

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 232.

[...] um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade no qual há o direito, e não o poder de ser livre; a formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e seus conseqüências, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde etc.⁸⁸

O exacerbamento das desigualdades sociais passa a rechaçar o dogma de que o livre-arbítrio e a livre força do mercado seriam suficientes para garantir equilíbrio e progresso civilizatório, demonstrando cada vez mais que o interesse social é, muitas vezes, incompatível com a livre concorrência.

Assim, o conceito de liberdade do liberalismo sofre duras críticas em face das consequências advindas da mínima ingerência estatal na organização social, econômica e política da sociedade.

Quanto menor a presença do Estado nos atos da vida humana, mais se comemorava o valor da liberdade, com a exaltação do indivíduo e de sua personalidade. Por outro lado, a liberdade permitiu a escravidão social dos trabalhadores e a opressão econômica do mercado sobre os menos afortunados.

O Estado Liberal cultivava a garantia individual, simbolizada no direito de propriedade, sendo que gradativamente esta garantia ilimitada, com o alicerce teórico da liberdade, permitiu à classe burguesa, no afã do lucro, desrespeitar as regras do mercado e eliminar a livre concorrência e a livre-iniciativa, concentrando riquezas e acentuando os desníveis sociais⁸⁹.

Era preciso revisar o papel do Estado na sociedade, reformular suas funções e seus escopos, sobretudo após os efeitos danosos advindos da revolução industrial.

O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.

Em face das doutrinas que na prática levavam, como levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 70.

⁸⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 100.

doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das Constituições democráticas⁹⁰.

De fato, há estreita relação entre o progresso econômico representado pela Revolução Industrial e o enfraquecimento das bases do liberalismo, ocorrido principalmente a partir da metade do século XIX e início do século XX, trazendo como principais consequências aquelas resumidas por Jordi Sanches, como sendo as seguintes:

- a) a tradição de criar associações de trabalhadores que perseguiram, entre outras finalidades, objetivos assistenciais. Seu âmbito de atuação era claramente sindical, e seu funcionamento se dava à margem do Estado. Os sindicatos foram uma tentativa de oferecer uma resposta às múltiplas disfunções sociais que foram geradas pela Revolução Industrial;
- b) o aparecimento da miséria como consequência do processo de industrialização e a formação de grandes aglomerados humanos nos núcleos urbanos. O fenômeno da miserabilidade urbana atinge fortemente as instituições caritativas e assistenciais clássicas e fez que se começasse a perceber como necessária a intervenção das instituições públicas, que no princípio foi promovida pelo Município;
- c) começa a entrar em crise o princípio existente de responsabilidade compartilhada entre o trabalhador e a empresa no que se referia aos acidentes de trabalho. A razão desta crise foi a importância numérica que estes acidentes passaram a ter no mundo operário, com consequências muito graves. Começam a prosperar as teses de que o Estado devesse regular as responsabilidades por estes acidentes. Isto fez que o Estado Mínimo, próprio do Liberalismo clássico, passasse a ser muito questionado.⁹¹

Não somente os efeitos danosos da economia capitalista, como os movimentos socialistas anteriormente mencionados, auxiliaram na flexibilização dos ideais liberais, mas papel preponderante desempenhou a Igreja Católica no século XIX.

As encíclicas papais que formularam o conjunto teórico que se convencionou nominar “Doutrina Social da Igreja” formaram uma das pilstras desta transformação. Dentre os seus postulados, a *Rerum Novarum* inaugurou, em 1891, seus princípios reafirmando a liberdade de contratar, mas vinculando-o a um elemento de justiça natural, anterior e superior à livre vontade dos

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 59.

⁹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 173.

contratantes, sustentando que o salário deve ser suficiente para o “sustento do operário frugal e de bons costumes” (n. 27)⁹².

Configurava-se, assim, a ideia de qualificação do interesse individual pelo social – princípio cerne da passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

O Estado não podia mais figurar como um garantidor mínimo das liberdades – informando o que não deve ser feito (liberdades negativas); mas pressionado estava por participação mais ativa na agenda política, informando e garantindo as liberdades positivas, através da igualdade material e acesso aos bens comuns e de índole social.

O arcabouço jurídico na era liberal, preocupado inicialmente com a separação dos poderes e as garantias individuais, não se mostra mais suficiente no novo Estado de Direito que se sucede – o Estado Contemporâneo⁹³. O compromisso, agora, se desloca para a insígnia da igualdade, no seu sentido material, vez que a liberdade já havia se consolidado com os movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII.

O Estado Liberal correspondeu ao primeiro e clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo. O novo Estado Constitucional que o sucede é marcado por preocupações distintas, agora menos com a liberdade do que com a justiça, porquanto esta já tinha sido adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, enquanto que a justiça, como valor social superior, ainda estava longe de lograr o mesmo grau de inserção, positividade e concreção.⁹⁴

Abreu assevera que o compromisso com a função social é a nota diferencial entre o Estado Moderno e o Contemporâneo, ensejando a integração do Estado Político com a sociedade civil⁹⁵.

São características do Estado Social a manutenção dos direitos individuais, a inserção dos direitos sociais (saúde, educação, trabalho, segurança etc.) como direitos fundamentais e a intervenção estatal e compromisso intrínseco

⁹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 72.

⁹³ Apenas para esclarecimento do leitor, será utilizada a expressão Estado Social, Estado Contemporâneo, Estado de Bem-estar Social e Estado Providência como sinônimos do paradigma estatal que sucedeu o Estado Liberal.

⁹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 103.

⁹⁵ *Id.*, *ibidem*, p. 106.

com o bem comum. Este novo regime se estrutura por meio de ordem legítima, que respeite a liberdade e a igualdade (em sentido material e não formal, apenas), e que garanta de forma efetiva a ampla participação no sistema político.

Ademais, é importante que se frise que o Estado Social não é a superação ou substituição do Estado Liberal, mas, sobretudo, a sua adaptação, mantendo as bases sólidas da liberdade e estado de direito, ampliando a participação do Poder Público por intermédio da intervenção na seara socioeconômica.

Analisando a crise de legitimidade e dos postulados clássicos do liberalismo, Cruz afirma que o Estado de Bem-Estar caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos⁹⁶.

A política intervencionista, característica do constitucionalismo contemporâneo, como será visto no segundo e terceiro capítulos, diz respeito tanto ao poder regulatório estatal quanto à intervenção propriamente dita.

A regulação consiste, principalmente, na definição de critérios e garantias mais justas nas relações jurídicas contratuais estabelecidas entre os privados.

Enquanto o liberalismo preconizava a liberdade individual ilimitada de contratação, o novo Estado de Bem-estar Social – com primado no constitucionalismo dirigente – passa a regular esta relação jurídica de forma a estabelecer uma justiça comutativa. Isso se torna necessário pela notória prática abusiva exercida pelos mais fortes na relação contratual, como é possível observar do exemplo consumerista.

Assim, o Estado, quando exerce o poder regulatório, não intervém como o faz quando exerce diretamente atividade econômica ou cria tributos para o setor privado – atividades características de intervenção –, mas passa a disciplinar direitos privados de forma a garantir equilíbrio e justiça nas relações

⁹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 164.

privadas. Exemplo típico desta regulamentação, além da consumerista, é a relação trabalhista⁹⁷, em que são estabelecidos e garantidos direitos indisponíveis, dada a natural relação de hipossuficiência entre as partes.

Além da intervenção no domínio econômico e a regulação das relações privadas, o Estado de Bem-estar Social caracteriza-se, sobremaneira, na adoção de políticas de intervenção no domínio social.

A partir da implantação generalizada do Estado de Bem-Estar, multiplicaram-se as previsões de uma gama clara e inequívoca de intervenções do Estado no domínio social, pois ele mesmo passa a prestar serviços, diretamente à Sociedade, de modo a suprir carências não resolvidas pela iniciativa privada ou pela própria Sociedade⁹⁸.

Dentre as políticas sociais de maior destaque têm-se aquelas voltadas para a seguridade social, que inicialmente apareceram em legislações esparsas e posteriormente despontaram em todas as principais Constituições contemporâneas, a partir do século passado.

Não somente a seguridade social passou a fazer parte da agenda pública, mas também a saúde, a educação, a habitação, dentre outros direitos sociais, que passaram a ser financiados de forma compartilhada – entre trabalhadores, empresários e Estado – ou então exclusivamente pelo Poder Público.

Não obstante toda a política intervencionista, característica do Estado Social, é pertinente que se diga que o Estado negativo – com um intervencionismo zero – nunca foi experimentado, pois, desde a sua criação, a atividade estatal sempre se deu, em maior ou menor escala, voltada para fins distintos, porém algum grau de intervencionismo sempre foi experimentado.

O simples fato de caber ao Estado a promoção da segurança, da circulação da moeda, da garantia da paz, da criação de leis e de tributos –

⁹⁷ O problema jurídico proposto para esta dissertação perpassa justamente pela observância da característica fundamental do Estado Social, qual seja, a sua intervenção por meio de políticas públicas e legislativas. O setor de concentração e investigação desta dissertação reside na relação trabalhista, mais especificamente na regulamentação do meio ambiente laboral, considerando os altos índices de acidentes do trabalho registrados, que colocam o Brasil como recordista mundial neste segmento.

⁹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 218.

funções características do Estado Liberal – já demonstra, de partida, que alguma dimensão de intervenção sempre existiu, desde a criação do Estado Moderno.

No mesmo sentido, demonstrando apenas que o nível de intervenção é que vai delimitar sua maior ou menor aproximação a determinado regime político, Bonavides ensina que

[...] o ato intervencionista, consoante os fins a que se possa servir, será um aferidor tão importante para descerrar a natureza encoberta do Estado social e sua inarredável presença na estrutura da Constituição, quanto à ausência ou abstencionismo da intervenção sê-lo-ia para marcar a medida liberal das instituições.⁹⁹

Portanto, é evidente que não se trata de substituição de um regime por outro, mas efetivamente de transformação e adaptação à nova realidade, agora calcada sob novos postulados e deslocada da figura individual para a visão coletiva da sociedade. Da liberdade e igualdade meramente formal, se almeja a concretização de liberdades positivas e igualdade de condições materiais – e, para tanto, indispensável se mostra maior intervenção e regulação por parte do ente estatal.

Assim, permanece garantido o pleno desenvolvimento econômico, a sólida garantia da propriedade e o acúmulo de riqueza. No entanto, o Estado passa a suprir contingências sociais que aparecem, fruto dos efeitos colaterais do crescimento econômico.

Como dito acima, o movimento de constitucionalismo de direitos sociais contribuiu sobremaneira para esta mudança paradigmática, na medida em que o ordenamento jurídico passa a introduzir obrigações e comandos para o Poder Público interferir em áreas como a educação, saúde, habitação e previdência, como fins de garantir ao máximo o objetivo da igualdade material na sociedade.

Através do constitucionalismo social, o Estado de Bem-Estar passou a desenvolver ações acompanhadas de uma crescente inclusão, nas Constituições, não só de previsões de regulação estatal das relações contratuais, mas também de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral públicos e gratuitos, aos cidadãos.¹⁰⁰

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 227.

¹⁰⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 166.

As teorias que sustentam a intervenção do Estado nos domínios social, econômico e cultural, estão, de fato, intimamente ligadas ao Estado de Direito e ao modelo do constitucionalismo, ou seja, a inclusão nas cartas políticas magnas de comandos jurídicos informando a necessária participação efetiva do Estado na garantia das condições humanas mínimas.

Sempre existiu uma estreita relação entre a intervenção estatal via previsão constitucional e o sistema econômico de cada momento, mesmo que tal relação não estivesse explicitamente no texto da Constituição¹⁰¹.

Autores convergem no entendimento pelo qual a Constituição de Weimar¹⁰² de 1919, na Alemanha, consiste no marco histórico normativo de passagem do Estado Liberal para o Social, justamente por ter contemplado em seu texto constitucional inúmeros direitos sociais, que influenciaram sobremaneira as cartas políticas dos Estados vizinhos na Europa.

Ademais, na Alemanha, ainda nas últimas décadas do século XIX, sob o império do Chanceler alemão Otto von Bismarck (reinou de 1871-1890), normas de importância social fundamental foram promulgadas, refletindo a importância daquele governo com o proletariado e com a garantia de condições mínimas de trabalho.

Foi Bismarck quem inicialmente introduziu na sociedade o conceito de seguridade social, como é possível observar em Cruz:

É possível, porém, reconhecer também que há um importante precedente do Estado de Bem-Estar na legislação social na Alemanha de Bismarck. As leis aprovadas na Prússia, entre 1883 e 1889, representam a primeira intervenção formal do Estado em defesa do proletariado industrial. Foi posto em prática, pela primeira vez, um grande projeto de seguridade social que se concretiza em três leis: uma referente aos seguros sociais e de auxílio-doença, de 1883; outra versando sobre os acidentes de trabalho, de 1884; e, uma terceira, sobre a invalidez e a velhice, de 1889.¹⁰³

O período seguinte, de consolidação do Estado Social, é conhecido como o momento histórico de ajuste e equilíbrio entre o capital e o trabalho,

¹⁰¹ *Id.*, *ibidem*, p. 208.

¹⁰² “Precisamente la Constitución alemana de Weimar de 1919 representa en cierto sentido el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 149)

¹⁰³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 177.

mediante a frequente intervenção do ente estatal. Período também conhecido pela consolidação de sistemas de seguridade social, de compartilhamento de responsabilidades entre o setor privado, poder público e sociedade civil, visando à garantia da concretização dos direitos sociais.

Este período intermediário teve início após a grande depressão americana, em 1929, que assolou o país com enorme desemprego, e demandou a adoção de políticas interventivas (como o aumento de empregos públicos pela criação de inúmeros órgãos destinados a suprir as causas sociais) que se destacaram no mundo ocidental a partir dos exemplos norte-americano e sueco.

Por fim, a repercussão do Estado Social em todo o mercado ocidental torna-se visível a partir da Segunda Guerra Mundial, principalmente pela experiência catastrófica dos regimes fascista e nazista, bem como pela constatação de um retorno ao crescimento econômico aliado à melhor técnica de redistribuição de renda, garantindo e ampliando a proteção social a ainda maiores camadas da sociedade.

Em que pese o modelo de progresso civilizatório almejado pela concretização do Estado Contemporâneo, países da América Latina, como o caso do Brasil, tardaram em alcançar os mesmos objetivos, principalmente em virtude das raízes históricas do seu colonialismo.

Além do desenvolvimento tardio, países como o Brasil enfrentam o evidente desequilíbrio existente entre as normas programáticas e a gestão pública adequada para aplicação dos recursos de forma a atender à Constituição dirigente, como bem alerta Bonavides:

Há, na Constituição brasileira de 1988, várias previsões que determinam a prestação de serviços públicos e gratuitos, mas que esbarram na relação desequilibrada entre a possibilidade de oferta e a demanda por estes serviços, fruto de desperdício, corrupção e desvio de finalidade na aplicação dos recursos públicos.¹⁰⁴

Não obstante os graves problemas enraizados na estrutura sociopolítica de formação dos Estados da América Latina, certo é que, ainda

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 221.

assim, a busca por um modelo de Estado de Bem-estar Social se mostra indispensável, regulando e intervindo na economia e na sociedade civil.

Estamos, assim, em face de um capitalismo que, de necessidade, não pode prescindir do Estado cujo conceito não envelhece, nomeadamente tratando-se de Estado do Terceiro Mundo.

Aqui, sem a presença de tão poderosa alavanca, inevitável seria a recaída no colonialismo da primeira época industrial – de todos os colonialismos, o mais refratário à emancipação dos povos.

Nunca o Estado social teve tamanha ductilidade e atualização para subjugar as crises. A conjuntura política do Brasil constitucional faz o advento deste Estado não só indeclinável, senão deveras imperativo.¹⁰⁵

A história se repete com a constitucionalização de direitos fundamentais e a almejada concretização da fórmula cunhada pela Grande Revolução do século XVIII, valendo copiar as palavras de Bonavides, para quem “vivemos e viveremos sempre da Revolução Francesa”¹⁰⁶.

A investigação prossegue com a problemática existente do distanciamento entre a Declaração dos Direitos do Homem – os direitos humanos e fundamentais – e sua efetiva proteção. Consoante afirma Norberto Bobbio,

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados¹⁰⁷.

A afirmação histórica dos direitos fundamentais e sua gradativa proteção no cenário jurídico contemporâneo são os temas do próximo capítulo desta pesquisa.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 35.

¹⁰⁶ *Id.*, *ibidem*, p. 36.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

CAPÍTULO 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS – DA SUA ORIGEM AOS DESAFIOS DE SUA PROTEÇÃO

2.1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A VIRADA E A TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DO MODELO DE PENSAMENTO

Conforme enfatizado no primeiro capítulo, a Revolução Francesa pode ser considerada como o grande fato histórico de um tempo de ideias e de filosofia, cuja comoção revolucionária produz até hoje correntes de pensamento que transformam ou tendem a transformar a sociedade moderna¹⁰⁸.

Desloca-se do Governo para o Homem a figura central de onde devem partir os projetos de libertação civilizatória. Transformou-se, historicamente, o pensamento político, afastando as instituições medievais e as hierarquias que sacralizavam a tradição e o passado, para abrir e expandir nova fronteira de fé política, agora baseada no homem civilizado.

Este fenômeno e marco histórico do progresso civilizatório, que confere direitos aos homens, antes de estabelecer os seus deveres, é fielmente traduzido na obra **A Era dos Direitos**, de Norberto Bobbio, para quem

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.¹⁰⁹

Há evidente interconexão entre democracia, direitos humanos e paz, este último como valor supremo e escopo maior a ser alcançado pela inter-relação dos outros elementos.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 30.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 1.

O reconhecimento de direitos fundamentais¹¹⁰ de liberdade, a partir da Revolução Francesa, consistiu em verdadeiro significado histórico de inversão ocorrida na relação entre Estado e cidadãos.

Segundo Bobbio,

[...] passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.¹¹¹

Ou seja, a dupla face da moeda (direitos/deveres) se inverte, sendo que com a entrada na Modernidade o homem passa de súdito (sujeito de obrigações) a cidadão (sujeito de direitos).

E isto se deve também a partir do deslocamento da conscientização moral, campo da filosofia – que procura dar sentido às coisas – que sempre olhou para as regras de condutas sob o ponto de vista dos deveres e das proibições, e não para o viés da liberdade. De fato, a visão medieval e mitológica do ser humano, ou mesmo a concepção “hobbesiana” do indivíduo, comparando-o a verdadeiro animal (“o homem lobo do homem”), impedia à época outra visão que não aquela de um sujeito de deveres, perante a sociedade ou o Estado.

Ao Estado cabe o direito de organizar a sociedade, eleger os magistrados e administradores, fiscalizar e manter a ordem; ao ser humano, mero súdito, cabe o dever de obedecer às leis impostas pelo seu governante.

“O indivíduo é essencialmente um objeto do poder ou, no máximo, um sujeito passivo. Mais do que seus direitos, a tratadística política fala dos seus deveres, entre os quais ressalta, como principal, o de obedecer às leis.”¹¹²

¹¹⁰ O uso dos termos direitos fundamentais, direitos dos homens e direitos humanos se dará como sinônimos. Não se desconhece que a doutrina dominante utiliza o termo direitos fundamentais para falar do direito positivo interno dos Estados, assim como os termos direitos humanos e direitos dos homens refletem a dogmática jurídica internacional dos tratados e das convenções. Não obstante, apesar da reconhecida distinção de terminologia, para esta pesquisa utilizar-se-á ora um termo ou outro, sempre com o intuito de expressar a importância desses direitos sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana, independentemente se eles se prestam à proteção em escala nacional ou planetária.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 2-3.

¹¹² *Id.*, *ibidem*, p. 55.

Foi o jusnaturalismo, como doutrina filosófica, que deslocou o eixo de valores e transformou o pensamento moderno a partir da concepção e da ética racional de que o indivíduo, em face dos seus direitos naturais, vem antes do todo, da sociedade e do próprio Estado.

A concepção organicista então prevalecente, segundo a qual a sociedade é o todo – e o todo está acima das partes –, impedia ou criava enorme resistência à exaltação do indivíduo como sujeito de direitos.

Já a concepção individualista é aquela em que primeiro vem o indivíduo, que possui valor em si mesmo, e depois vem o Estado – e não o contrário –, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado.

Nesta inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos.¹¹³

A grande inversão histórica ora descrita é o que vai proporcionar, de fato, o reconhecimento dos Direitos dos Homens¹¹⁴, abrindo caminho para a sua afirmação na Revolução Francesa¹¹⁵ de 1789.

Aquele curto período de duas grandes revoluções – a norte-americana e a francesa – de fato fincou raízes para a missão universal de libertação dos povos e de instituição gradativa da legitimidade democrática.

Comparato afirma que a consequência imediata da proclamação de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos, foi uma mudança radical nos fundamentos da legitimidade política¹¹⁶.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 56.

¹¹⁴ A primeira fase de afirmação histórica destes direitos se dá mais amplamente no campo das liberdades, de expressão, de pensamento, de participação política, e do direito à propriedade, que abriu caminho para a formação do Estado Liberal; mais tarde, justamente em decorrência da experiência do livre arbítrio e do acirramento das classes é que os direitos sociais passam a ser reivindicados.

¹¹⁵ Não se ignoram as críticas à Revolução Francesa e à burguesia, como aquelas historicamente consagradas pelos marxistas, porém, a despeito de facilitar o acirramento de classes sociais e a hegemonia do poder econômico, é inegável o progresso civilizatório e humano então alcançado.

¹¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

Os direitos naturais pré-estatais foram legitimados e transformados em direitos civis; a dicotomia poder-liberdade inverteu-se para a concepção liberdade-poder, no sentido de que é o indivíduo, dotado da mais ampla liberdade, quem constitui, cria e legitima um poder centralizado e delimitado.

A esfera da relação política entre príncipes e súditos – monarcas governantes e indivíduos governados – de poder e liberdade, se inverte na medida em que direitos públicos subjetivos são reconhecidos, fortalecendo as bases do Estado de Direito, estrutura necessária e indispensável para afirmação dos direitos fundamentais.

Ou seja, o rei não determinava mais as obrigações e limitações de liberdade de seus súditos; agora o papel se invertia, sendo que o grupo de cidadãos – inspirados na concepção individualista – decidia, pela via democrática, os rumos políticos, civis, econômicos e sociais de determinada nação.

A razão de Kant e a inspiração da soberania do povo de Rousseau concretizavam-se, a uma só voz, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Bobbio vai dizer que

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos;¹¹⁷

Assim, é a partir da concepção individualista e do nascimento do Estado de direito – o homem como centro do ordenamento jurídico – que desponta perfeita constatação de evolução e afirmação histórica dos direitos do homem.

2.2 ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA E O FUNDAMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 58.

É certo que há divergência na doutrina acerca da origem da afirmação histórica dos direitos humanos, valendo transcrever o pensamento destacado de Fábio Konder Comparato, para quem é a partir do período axial que, pela primeira vez na história, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão¹¹⁸.

A ideia de igualdade essencial entre todos os homens nasce, portanto, para esse autor, ainda na Antiguidade, quando, pela primeira vez, de fato, um governo é exercido pelo povo – democracia ateniense (séc. VI a.C.) – e não para o povo, fato histórico de deslocamento do saber mitológico da tradição para o saber lógico da razão.

O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade¹¹⁹, e a partir dela nasce a primeira concepção de limitação de poder do Governo¹²⁰, elemento intrínseco de reconhecimento e respeito a certos direitos fundamentais.

A democracia ateniense funda-se, assim, nos princípios da prevalência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo, o que demonstra a linha de pensamento racional de baixo para cima, ou seja, do povo (indivíduo) para o órgão administrador (governo).

Para Comparato, apesar de acreditar que o embrião dos direitos fundamentais se concentra ainda na Antiguidade, reconhece que foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-24.

¹¹⁹ *Id.*, *ibidem*, p. 21.

¹²⁰ Acerca da relação entre direitos humanos e limitação de poder, Fábio Konder Comparato vai dizer que “a eclosão da consciência histórica dos direitos humanos se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político. O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi o primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder” (COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53).

proclamassem, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”¹²¹.

Ainda acerca da origem dos direitos fundamentais, Maurizio Fioravanti sustenta a sua existência inclusive no período medieval, apesar de reconhecer que se tratam de liberdades negativas limitadas, muito mais próximas das liberdades civis do que políticas – estas praticamente inexistentes.

Contribui ainda, sobremaneira, para a negativa imagem do período medieval (no que se refere aos direitos fundamentais) o fato de que as liberdades estão umbilicalmente ligadas ao solo, à propriedade, à comunidade ou feudo – considerando o sistema patrimonial e de poder descentralizado que vigorou naquela época.

Assim, a liberdade não é usufruída pelo indivíduo como tal, mas pelo fato de pertencer a determinado local. A liberdade existe, mas ela não pertence diretamente ao indivíduo, como é característica marcante da sua concepção no moderno Estado de Direito. O indivíduo pertence a determinado grupo, a determinado local, por força da natureza, onde ali exerce a sua liberdade civil, como sinônimo, principalmente, de segurança, sua e de sua família.

Fioravanti resume bem esta distinção ao afirmar que “Direitos e liberdades, na Idade Média, têm uma estrutura corporativa, são propriedade do feudo, do lugar, do vale, da cidade, da vila, da comunidade e, portanto, pertencem aos indivíduos apenas enquanto eles permanecem nessas comunidades”.¹²²

A distinção com o período moderno é que a liberdade não é mais exercida por ordem natural das coisas, ou por determinada relação de pertencimento a algum local ou comunidade, mas, acima de tudo, por livre expressão de sua vontade.

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

¹²² “*Derechos y libertades tienen en el medievo una estructuración corporativa, son patrimonio del feudo, del lugar, del valle, de la ciudad, de la aldea, de la comunidad y, por eso, pertenecen a los individuos solo en cuanto que están bien enraizados en esas tierras, en esas comunidades.*” (FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 30. Tradução livre.)

Já Paulo Bonavides filia-se à corrente histórica e doutrinária de que não existiu liberdade individual, como sinônimo de autonomia e autodeterminação – ou mesmo como sinônimo de direito fundamental –, até a entrada em vigor do Estado Moderno¹²³.

A Antiguidade viu na *polis* grega tão somente uma distinta forma de governo que permitia a participação dos cidadãos (democracia ateniense), o que em nenhum momento representou a independência do indivíduo frente à onipotência estatal.

O historiador Fustel de Coulanges, em sua obra **A Cidade Antiga**, retrata com detalhes o Leviatã da Antiguidade, que possuía a alma e o corpo do indivíduo, lhe retirando, por completo, qualquer espaço de independência ou legítima liberdade pessoal:

É, portanto, erro grosseiro, entre todos os erros humanos acreditar-se em que, nas Cidades antigas, o homem gozava de liberdade. O homem não tinha sequer a mais ligeira idéia do que esta fosse. O homem não julgava que pudesse existir com direitos em face da Cidade e dos seus deuses. [...]

O sistema de governo tomou vários nomes, sendo de uma vez monarquia, de outra vez aristocracia, ou ainda uma democracia, mas com nenhuma dessas revoluções ganhou o homem a sua verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, poder votar e nomear magistrados, ser arconte, a isto se chamou liberdade, mas o homem, no fundo, nunca foi mais do que escravo do Estado.¹²⁴

Não obstante, mesmo que haja divergência entre pensadores, acerca da origem dos direitos fundamentais, certo é que há consenso de que o direito dos homens nasce de sua vocação moral e filosófica, e que para sua efetiva afirmação, passando da teoria para a prática, o direito deve ser exigível e protegido.

¹²³ Bonavides cita Fustel de Coulanges para expressar a realidade existente na antiga *polis*, e demonstrar a antítese de liberdade como conceito entre a Antiguidade e o Estado Moderno: “A Cidade foi fundada por uma religião e constituída tal como uma Igreja. Daí a sua força, daí a sua onipotência e o império absoluto que a religião exerce sobre os seus membros. Numa sociedade organizada sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. [...] Nada havia no homem, que fosse independente. O seu corpo pertencia ao Estado e estava voltado à sua defesa! Em Roma o serviço militar era obrigatório até os 46 anos, e em Atenas e Esparta por toda a vida. Os seus haveres estavam sempre à disposição do Estado; [...] A vida privada não escapava a esta onipotência do Estado. Muitas Cidades gregas proibiam ao homem o celibato. Esparta punia não somente aquele que não casava, mas mesmo aquele só tarde se casava.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 151-152).

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 152.

Os direitos fundamentais devem existir porque eles constituem uma pretensão moral justificada. Ainda, esta pretensão deve estar justificada na dignidade da pessoa humana – seu pilar principal –, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana – seus outros três pilares de sustentação¹²⁵.

Peces-Barba vai dizer que “modalidade e juridicidade, ou moralidade legalizada, formam o lócus de estudo necessário para a compreensão dos direitos fundamentais”¹²⁶. De fato, a proteção ou legalização de valores fundamentais, reivindicados a partir da moral, e que se transformam mais tarde, em direitos fundamentais, somente ocorrerá a partir de efetivas mudanças no processo político, econômico, social e cultural de determinada sociedade.

E segue o jurista espanhol afirmando que o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais é lento e progressivo, tendo como um dos seus principais fatores socioeconômicos a mudança dos meios de produção – que vai desembocar gradativamente no capitalismo –, bem como o protagonismo da classe burguesa em franca ascensão.

Não é uma coincidência que os direitos fundamentais aparecessem no mundo moderno, em países nos quais o capitalismo e a revolução industrial, apesar de ainda muito incipiente, estavam mais avançados e onde, conseqüentemente, a consciência da burguesia sobre seu poder era também mais clara.¹²⁷

Destarte, o período histórico de trânsito à modernidade demonstra, de fato, contradições inconciliáveis, como aquela que ocorre entre um Estado absoluto e centralizador contra o estímulo econômico capitalista que preza a autonomia, a liberdade e a propriedade.

¹²⁵ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar (Orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 198.

¹²⁶ “*moralidad y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales*” (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 104. Tradução livre.)

¹²⁷ “*No será una casualidad que los derechos fundamentales apareciesen en el mundo moderno en aquellos países en los cuales el capitalismo y la revolución industrial, aunque todavía muy incipientes, estaban más avanzados y donde, consiguientemente, la toma de conciencia de la burguesía sobre su poder era también más clara.*” (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 116. Tradução livre)

O capitalismo ensinou ao homem o interesse pelo livre-arbítrio, o egoísmo e o seu individualismo, abrindo caminho para a mudança por novo modelo de pensamento, que vai culminar com o idealismo liberal, como já visto anteriormente neste trabalho.

A religião e a sua singular intolerância no período medieval é primeira fase do Estado Moderno, que levava a inúmeras guerras – atrapalhando, sobremaneira, o comércio – vai se mostrar outro fator de estímulo de libertação e afirmação da classe comerciante hegemônica em ascensão.

Quando o Estado absoluto não é mais um elemento de apoio para a mudança e se torna um obstáculo e quando outros fatores, como o religioso, tentam dificultar o progresso do protagonismo da burguesia, começam a ser produzidas as primeiras formulações da filosofia dos direitos fundamentais, em defesa da tolerância e da limitação do poder absoluto.¹²⁸

Bobbio, por sua vez, vai sustentar a existência de três fases históricas para a formação e o reconhecimento dos direitos humanos.

A primeira fase é aquela que nasce da leitura filosófica encampada pelos jusnaturalistas, que proclamam a ideia de que o homem enquanto tal possui direitos por natureza, que ninguém lhe pode subtrair. O direito fundamental nasce, portanto, da moral, do pensamento filosófico racional, e possui sua escola no direito natural¹²⁹.

Esta primeira fase de afirmação dos direitos fundamentais somente se torna efetiva promessa exigível quando da sua positivação, ocorrida primeiramente no documento das Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos (1776) e, logo em seguida, na Revolução Francesa (1789). O momento é histórico acerca dos direitos humanos, pois se traduz no fenômeno de passagem da teoria (campo da moral) para a prática (campo do direito), como ensina o professor italiano:

¹²⁸ “Cuando el Estado absoluto deja de ser un elemento de apoyo al cambio y se convierte en una rémora y cuando otros factores como los religiosos, coincidan en dificultar el progreso del protagonismo de la burguesía propietaria y comerciante, se empezarán a producir las primeras formulaciones de la filosofía de los derechos fundamentales, en defensa de la tolerancia y de la limitación del poder absoluto. (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoría General. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 118. Tradução livre)

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 28.

O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nesta passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece¹³⁰.

A positivação dos direitos é a passagem da exigência moral para a obrigação legal, da passagem do dever ser para o ser, como afirma Bobbio:

Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção.¹³¹

Por fim, é somente com a Declaração de 1948, das Nações Unidas, que se consolida a terceira e última fase de afirmação histórica dos direitos do homem, reunindo não somente o seu caráter de exigibilidade – pelo direito posto –, mas acima de tudo pela sua abrangência universal.

Os direitos do homem não são mais apenas idealizados e proclamados, mas efetivamente protegidos e exigíveis, inclusive contra o Estado que os tenha violado.

Em resumo, os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais¹³².

A despeito da afirmação histórica dos direitos dos homens, certo é que, de fato, eles guardam íntima relação com as transformações históricas e as carências vividas em cada época. A formação do Estado Moderno, como visto no primeiro capítulo, coincide com novo paradigma de pensamento, agora desatado das crenças medievais, então superadas pela razão.

Não poderia ser outro senão o valor liberdade o primeiro dos direitos dos homens, dado justamente ao momento histórico de resistência ao

¹³⁰ *Id.*, *ibidem*, p. 29.

¹³¹ *Id.*, *ibidem*, p. 77.

¹³² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 30.

Absolutismo dos monarcas, de busca pela limitação do poder estatal, que abriu espaço para o desenvolvimento do Estado Liberal.

Destarte, a doutrina jusnaturalista se caracteriza por defender as exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados¹³³.

A dinamitação da intolerância religiosa – que fincou raízes no período medieval – e a abertura da ética cristã para a secularização religiosa no Ocidente pavimentaram os caminhos e impulsionaram a inversão de valores morais naturais.

Conquistado o valor nuclear da liberdade, num segundo momento foram reivindicados os direitos políticos, por uma maior e mais frequente participação dos cidadãos no poder político; por fim, do livre-arbítrio, passando pela mais ampla participação política, a história conheceu as exigências pelos direitos sociais, direitos fundamentais que permanecem em constante crescimento, sobretudo pela busca definitiva de sua afirmação e proteção.

A modernidade e a pós-modernidade nos reservam novas configurações de direitos fundamentais, que surgem com o desenvolvimento da técnica e da ciência, da transformação das condições econômicas, do acentuado nível de intensificação da informação, da tecnologia e de novas carências que emergem a cada ano.

São novos direitos que certamente não dispensarão novos poderes, de modo que os valores, uma vez afirmados pelo consenso dos cidadãos, possam também ser exigidos e protegidos, num ambiente político, social, cultural e jurídico cada vez mais plural, planetário e interligado.

Ademais, se é verdade que a escola do jusnaturalismo, através da sua doutrina e dos seus postulados, possui grande importância na afirmação histórica dos direitos fundamentais, o mesmo não se pode confirmar quanto ao caráter absoluto de sua fundamentação.

Os direitos humanos não são fruto da natureza, mas decorrentes das transformações históricas ocorridas na civilização humana. Os direitos

¹³³ *Id.*, *ibidem*, p. 69.

fundamentais não são, portanto, um conceito estático, imutável ou absoluto, mas, ao contrário, tratam-se, nas palavras do professor Marcos Leite Garcia, de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de posituação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos¹³⁴.

Ou seja, resta refutada a teoria de fundamentação absoluta dos direitos humanos na própria natureza humana¹³⁵, pois se assim fosse verdade, os próprios direitos humanos não sofreriam relativização ao longo dos séculos.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...]

Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.¹³⁶

Nas palavras de Flávia Piovesan, os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social e invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana¹³⁷.

Considerar um fundamento absoluto para a proteção de determinado direito fundamental, como a propriedade, é o mesmo que engessar o progresso humanitário no que diz respeito, por exemplo, às questões sociais.

¹³⁴ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar (Orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 196.

¹³⁵ É importante que se diga que o fato de autores modernos, como Norberto Bobbio, refutarem o caráter de fundamento absoluto dos direitos humanos – sob o aspecto de direitos naturais –, é inegável que esses mesmos pensadores reconhecem a importância do jusnaturalismo como doutrina que estremeceu as bases do pensamento medieval e abriu caminho para o surgimento e afirmação histórica de direitos fundamentais como o da liberdade.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

¹³⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: Proteção Internacional e Perspectivas do Constitucionalismo Latino-Americano. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: Um Diálogo Latino-Americano. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 224.

Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.¹³⁸

Há clara constatação empírica de que os direitos humanos convergem com determinados momentos históricos, sendo reflexo das respectivas sociedades vigentes. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer¹³⁹, o que revela a historicidade destes direitos.

A propriedade foi alçada a valor fundamental justamente porque eram os proprietários (burgueses) que almejavam exercer maior cidadania ativa; os direitos sociais foram amplamente reivindicados, quanto mais industrializada se tornava determinada sociedade. A proteção aos estrangeiros se intensificou na medida em que o planeta ficou mais interligado, proporcionando a expansão dos movimentos migratórios e, junto com eles, as suas enormes e complexas contingências.

A propriedade foi, de fato, considerada valor fundamental na carta política da Revolução Francesa em 1789; valor este que não encontrava guarida com mesmo *status* de validade na carta política da ONU – em sua Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Constatação empírica de que os direitos fundamentais podem o ser em denominado momento histórico, como podem perder seu valor hierárquico em outros tempos.

A proteção à intimidade e à privacidade de informações e dados pessoais cedeu espaço em nome de outro direito fundamental – o da segurança coletiva pública –, na medida em que se tornaram mais complexas as relações sociais e a necessidade, por exemplo, de proteger o cidadão contra o terrorismo.

Os tempos atuais consolidaram o entendimento em consenso universal, declarado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que a tortura é

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 21-22.

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: Proteção Internacional e Perspectivas do Constitucionalismo Latino-Americano. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 224.

inconcebível perante o movimento planetário de proteção aos direitos humanos. Não obstante, a mesma tortura foi, durante séculos, o principal meio legítimo e válido de investigação criminal e de busca de confissão de delitos.

O direito a não ser escravizado é relativamente recente, principalmente nos países emergentes na América Latina, cujos sistemas de colonização e de economia de exploração mantiveram, ao longo de séculos, a mão de obra escrava como principal meio de produção.

O direito dos homens, como direitos fundamentais de liberdade e igualdade, são fruto da dinâmica civilizatória, do progresso econômico advindo da tecnologia e da pesquisa científica, razão pela qual não seria possível encontrar este fundamento absoluto simplesmente na natureza humana.

Portanto, não é possível encontrar fundamento absoluto para o direito dos homens – direitos fundamentais, e sequer esta seria a preocupação moderna, mas, sobretudo, a discussão acerca da aplicação e efetividade destes direitos na modernidade.

Há importante distinção entre exigências (possível campo da moral ou até do direito natural) e direitos (campo dos direitos positivos, normatizados e plenamente exigíveis ou protegíveis).

Persiste a inacabável discussão acerca da prática e da teoria, na medida em que, apesar de estar consolidada a construção jurídica de reconhecimento dos direitos de liberdade e, inclusive, direitos sociais, estes últimos, na prática, demandam enormes obstáculos e desafios para sua efetiva concretização, conforme será demonstrado a seguir.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DESAFIOS DE SUA PROTEÇÃO: A PROBLEMÁTICA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Como visto anteriormente, a história demonstra que a afirmação dos direitos fundamentais se deu primeiramente pelos direitos de liberdade e igualdade formal e, posteriormente, pelos direitos de igualdade material. Aqueles,

ou de primeira dimensão, podem ser denominados de direitos civis e políticos, sendo característicos do movimento liberal dos séculos XVIII e XIX. Estes, ou de segunda dimensão, são os que a doutrina denomina de direitos econômicos, sociais e culturais¹⁴⁰, e que aparecem como exigências próprias e características de um Estado de Bem-estar Social, a partir do século XX.

O grande tema envolvendo esses direitos não diz mais respeito à sua fundamentalidade ou reconhecimento, mas, acima de tudo, se os direitos sociais¹⁴¹ atingiram ou não o mesmo nível de proteção dos primeiros – direitos de liberdade.

A afirmação histórica dos direitos sociais é evidente no plano do Direito moderno, não somente internamente aos Estados, mas também no plano internacional, através dos protocolos e tratados internacionais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 são certamente os marcos históricos de reconhecimento e consenso planetário a respeito não somente dos direitos de liberdade, mas, da mesma forma, em relação aos direitos de segunda geração.

A problemática surge, não obstante, no concernente à exigibilidade e justiciabilidade imediata destes últimos direitos, na medida em que enquanto a defesa dos direitos de liberdade demandaria mera abstenção do Estado (já consolidados no Estado mínimo liberal), a efetiva concretização dos direitos econômicos e sociais demandaria participação positiva e mais presente da administração pública.

¹⁴⁰ Sobre os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), ver Victor Abramovich e Christian Courtis *in* **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**; Ingo Sarlet *in* **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**; Marcos Leite *in* **Efetividade dos Direitos Fundamentais**: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba; José Antonio Savaris *in* **Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC)**, dentre outros autores que serão abordados neste capítulo.

¹⁴¹ Neste capítulo, utilizaremos a expressão direitos sociais como sinônimo dos direitos de segunda geração, que abrangem os direitos econômicos, sociais e culturais. A doutrina adota a terminologia DESC, ou direitos econômicos, sociais e culturais, mais no âmbito internacional, enquanto direitos sociais são utilizados mais comumente no direito interno (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 19).

Bobbio ensina que Estado mínimo e o Estado de amplos poderes retrata bem a divisão histórica destas gerações de direitos fundamentais e os diferentes níveis e graus de efetividade que cada um comporta, entre direitos de liberdade e direitos sociais:

É que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.¹⁴²

Destarte, a doutrina clássica por muitos anos fez a distinção de que os direitos de liberdade seriam direitos relacionados a prestações ou obrigações estatais negativas, enquanto os direitos sociais seriam relacionados a obrigações e prestações positivas – um verdadeiro agir do Estado e que, por conseguinte, repercute em sua esfera discricionária e financeira, por envolver a reserva do possível.

Um não agir do Estado, para garantir a validade dos direitos civis e políticos, seria, por exemplo: não tolher a liberdade de expressão; não deter ou prender arbitrariamente as pessoas; não violar a correspondência, a intimidade ou sigilo fiscal; não interferir na propriedade privada. Por outro lado, os direitos sociais demandariam prestações positivas, como prover e garantir saúde e educação aos cidadãos, pagar benefícios previdenciários, garantir a moradia decente (rural e urbana) mediante políticas públicas agrárias e de financiamento de crédito, dentre outros.

Tem-se, portanto, a diferença clássica entre uma geração de direitos e outra: na primeira, um Estado mínimo, garantidor das liberdades e igualdades básicas – mais do ponto de vista formal; na segunda, uma geração de direitos que exige do Estado um ator na sociedade, interventor e, por conseguinte, garantidor das políticas públicas prestacionais para gerar a maior inclusão social possível – igualdade do ponto de vista material.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 66-67.

Pois bem, a temática da eficácia e efetividade¹⁴³ dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda geração, ocupa na modernidade boa parte da doutrina internacional e nacional do direito, que se debruça sobre teorias das mais diversas – em busca por dogmática de aplicação dos direitos fundamentais –, demonstrando, de fato, a ausência de uniformidade e pacificação no assunto¹⁴⁴.

No concernente aos direitos sociais, em que pese o reconhecimento de que possuem *status* de normas de direito fundamental, a sua aplicabilidade, apesar de existir, se dá em grau menor do que a proteção aos direitos de liberdade.

Com a finalidade de aproximar a natureza de exigibilidade das normas de primeira geração com aquelas de segunda geração, autores modernos passaram a desmistificar velhos obstáculos e dogmas que enfraqueciam a eficácia jurídica destas últimas normas.

¹⁴³ Não é objetivo desta pesquisa dissertar sobre terminologia e conceitos de vigência, eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, em que pese reconhecer que há, de fato, distinção nos termos mencionados. Para facilitar a compreensão da leitura, utilizam-se os ensinamentos de Sarlet, para quem “vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular publicação e promulgação), tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz”. Já eficácia diz respeito à condição de aplicabilidade ou executoriedade da norma, valendo transcrever a distinção proposta pelo autor mencionado entre eficácia jurídica e eficácia social, esta última como sinônimo de efetividade: “Podemos definir eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 236 e 240).

¹⁴⁴ Sarlet, ao discorrer sobre o complexo tema da eficácia dos direitos fundamentais – entre direitos de liberdade e direitos sociais – afirma que “a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria. As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame, não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos efeitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 263-264).

A primeira crítica que se pode abordar é aquela que vincula os direitos sociais prestacionais à atuação positiva e voluntária do Estado, como se a proteção e defesa dos direitos de liberdade não demandassem qualquer mobilidade ou algum agir estatal.

Abramovich vai dizer que “Estas distinções são baseadas em uma visão totalmente distorcida e naturalista do papel e do funcionamento do aparelho estatal, que coincide com a posição ultrapassada de Estado mínimo, que garante apenas a justiça, a segurança e a defesa”¹⁴⁵.

O autor espanhol demonstra que também na proteção de direitos de primeira geração é indispensável algum nível de atuação estatal, como ocorre, por exemplo, na garantia da liberdade de ir e vir e da segurança pública. Assim, para proteger a integridade física e moral dos cidadãos contra a violação praticada por terceiros, não basta a mera abstenção estatal, senão verdadeira atuação na criação de estruturas de vigilância ostensiva, secretarias de segurança, delegacias de polícia, além de toda a complexa manutenção de um sistema penitenciário¹⁴⁶.

A proteção da liberdade de expressão ou de imprensa também demanda a efetiva atuação estatal na criação de condições para manutenção de estabelecimentos de comunicação, o que gera, por exemplo, a necessidade de manter o poder de polícia, para concessão e fiscalização de licenças e de alvarás para funcionamento das empresas de rádios, televisão e telecomunicações em geral.

No concernente ao direito fundamental à propriedade – clássico direito de liberdade consagrado na Revolução Francesa – este exige do Estado aparato para proteger os bens imóveis contra a invasão ou dano praticado por terceiros,

¹⁴⁵ “Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”. (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 23. Tradução livre.)

¹⁴⁶ O primeiro capítulo da obra de Abramovich e Courtis, **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**, faz profícua crítica à classificação clássica dos direitos fundamentais, informando que ela estaria ultrapassada por não ser possível atribuir a cada uma das dimensões de direito característica exclusiva de abstenção ou promoção por parte do Estado.

assim como a criação de cartórios de registro de imóveis e de órgãos de fiscalização e arrecadação de impostos inerentes à manutenção desses bens.

Ademais, a simples violação de qualquer direito fundamental de liberdade exige do Estado a criação de estrutura complexa e eficiente para garantir outro direito fundamental de liberdade – o de acesso à Justiça. Por óbvio que a manutenção de toda estrutura de Poder Judiciário, com servidores, magistrados, imóveis e toda tecnologia de sistema para tramitação dos processos, exige do aparato estatal constante presença e atuação, sendo que a sua mera abstenção seria algo impensável nesse segmento.

Em contrapartida, a efetivação e a garantia dos direitos sociais também exigem do Estado prestações negativas, ou de um não fazer. Por exemplo, o direito à educação e à saúde exige do Estado que se abstenha de permitir o sucateamento dos respectivos sistemas, ou mesmo a diminuição dos investimentos nessas áreas, de acordo, por exemplo, com a lei de diretrizes orçamentárias de determinado Estado. Da mesma forma, a obrigação Estatal de proteção ao meio ambiente exige que o Estado se abstenha de permitir danos ecológicos sob o pretexto do desenvolvimento econômico, em áreas de preservação natural, e assim por diante.

Portanto, o que se pretende demonstrar é que “as diferenças entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais são diferenças de grau, em vez de diferenças substanciais”¹⁴⁷.

Este também o pensamento de Sarlet para quem

Não se deve olvidar que também os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva por parte do Estado, como ocorre com determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependem de concretização legislativa, de tal

¹⁴⁷ “*las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales*”. (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 24-25. Tradução livre.)

sorte que se aponta corretamente para uma interpenetração entre ambos os grupos de direitos fundamentais também no que concerne ao seu objeto¹⁴⁸.

Assim, em resumo, tem-se que tanto os direitos de primeira quanto os de segunda dimensão apresentam obrigações positivas e negativas por parte do Estado, o que demonstra a falibilidade do critério clássico de distinção entre ambas as categorias de direitos fundamentais.

Um segundo aspecto importante que enfraquece a clássica divisão dos direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos sociais é o fato de que a evolução das sociedades, o seu pluralismo e complexidade, fez nascer o fenômeno de migração de conceitos até então de índole privada para o campo do direito público.

São exemplos clássicos deste fenômeno o próprio direito à propriedade, que, ao longo dos anos, foi perdendo o seu caráter absoluto privatista para ingressar num contexto de função social, permitindo, inclusive, as desapropriações para fins de reforma agrária ou até mesmo para garantia de direitos sociais à moradia.

Da mesma forma ocorre com a distribuição dos riscos sociais, antes adstritos à seara privada – como seguros privados contra acidentes do trabalho –, mas que atualmente estão coletivizados na figura da Previdência Social. O direito do consumidor e o direito ao trabalho são outros exemplos categóricos de evolução conceitual da natureza privada dos contratos, mas que perdeu força para o advento do valor social e da boa-fé objetiva que passaram a dominar as referidas relações obrigacionais.

Demonstra-se que do ponto de vista da natureza jurídica, os próprios direitos civis e políticos se misturam e migram para um conceito de natureza jurídica coletiva social, de modo que novamente a clássica distinção perde e enfraquece seu sentido.

Abramovich arremata o assunto esclarecendo que

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 283.

Os direitos civis e políticos tradicionalmente considerados adquiriram um aspecto social inquestionável. A perda absoluta dos direitos de propriedade, com base em considerações de ordem social, é o exemplo mais cabal, ainda que não o único. [...] A liberdade de empresa e de comércio são restringidas quando seu propósito ou desenvolvimento tem um impacto sobre a saúde ou o meio ambiente. [...] Em suma, muitos direitos tradicionalmente cobertos pelo catálogo de direitos civis e políticos foram reinterpretados numa perspectiva social, de modo que as distinções absolutas também perdem sentido nesses casos.¹⁴⁹

Daí porque ser desatualizada ou atualmente inadequada a classificação dessas gerações de direitos fundamentais, quando se utiliza a divisão entre obrigações positivas ou negativas por parte do Estado. A uma porque restou demonstrado que tanto na proteção dos direitos de liberdade quanto na garantia dos direitos sociais há, necessariamente, feixe de obrigações positivas e negativas do Estado; e a duas, porque a modernidade, de fato, em face da evolução do pensamento e das sociedades, transmudou e fez aproximar conceitos clássicos de direito privado para a seara pública.

Reforçando ainda esta temática e o equívoco da antiga classificação dos direitos fundamentais, Hachem informa que

[...] as objeções manipuladas para questionar a aplicação imediata dos chamados direitos sociais e, conseqüentemente, seu *ius fundamentalidad*, derivam de um erro elementar. Elas associam os direitos à liberdade apenas para a função de defesa, classificando-os como “direito de defesa”, e relacionam os direitos sociais apenas à função prestacional, rotulando-os de “direitos prestacionais”. E é aqui justamente que reside o grande problema: na maioria das vezes, tem-se em conta somente uma das funções a eles inerentes, considerando-a como se fosse única, ignorando que os direitos econômicos e sociais e todos os outros direitos fundamentais (incluindo a liberdade) são multifuncionais.¹⁵⁰

¹⁴⁹ “*Derechos clásicamente considerados civiles y políticos han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único. [...] La libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente. [...] En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos.*” (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 26. Tradução livre.)

¹⁵⁰ “[...] las objeciones manejadas para cuestionar la aplicación inmediata de los llamados derechos sociales y, por consecuencia, su *ius fundamentalidad*, derivan de un equívoco elemental. Ellas asocian los derechos de libertad solamente a la función de defensa, clasificándolos como “derechos de defensa”, y relacionan los derechos sociales solamente a la función prestacional, rotulándolos de “derechos a prestaciones”. Y es justamente en este punto donde reside el gran problema: en la mayor parte de las veces se tiene en cuenta solamente una de las funciones a ellos inherentes, considerándola como si fuera la única y se ignora la evidencia de que los derechos económicos y sociales, así como todos los demás

E conclui o autor destacando que:

[...] não se pode associar automaticamente direito à liberdade com “direito de defesa”, e direito social com “direito a prestações”. É preciso entendê-los como “direitos fundamentais como um todo”, que revestem o seu titular de várias posições jurídicas: **defesa** (contra ações do Estado), **proteção** (contra a intervenção de terceiros, evitadas pelo Estado) e de **prestação** (promoção de ações materiais pelo Estado).¹⁵¹

O que resta, em termos de significado e importância para a classificação e divisão clássica é sua notória importância histórica, contextualizando cada uma das gerações de direito às diferentes formas de Estado de Direito: primeiro na sua formação liberal – quando surgiram os direitos de liberdade, e posteriormente na sua transformação e adaptação para o Estado Social – idealizador dos direitos sociais.

Diante das críticas inicialmente apontadas, Abramovich prefere defender outra classificação para a proteção dos direitos fundamentais, e para tanto sustenta e apresenta esquema de existência de três níveis de obrigações: “obrigações de respeito, obrigações de proteção e obrigações de satisfação”¹⁵².

Obrigações de **respeito** resumem-se ao dever do Estado de não ingerir, obstaculizar ou impedir o acesso a bens jurídicos em geral (ex.: não ingerir na política organizacional de determinada empresa privada, não interferir na liberdade de expressão ou não criar obstáculos de acesso à justiça). As obrigações de **proteção** exigem do Estado que garanta meios para obstar que terceiros impeçam o acesso a bens jurídicos em geral (ex.: manutenção de polícias e segurança pública para garantia da ordem e paz). Por fim, as obrigações de **satisfação** demandam do Estado que garanta meios para que o cidadão tenha acesso ao bem jurídico quando não puder fazê-lo por si próprio

derechos fundamentales (inclusive los de libertad), son multifuncionales.” (HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014, p. 295. Tradução livre.)

¹⁵¹ “[...] no se puede asociar automáticamente derecho de libertad con “derecho de defensa” y derecho social con “derecho a prestaciones”. Es preciso comprenderlos como “derechos fundamentales como un todo”, que invisten a su titular de varias posiciones jurídicas: de **defensa** (contra acciones del Estado), de **protección** (contra intervenciones de terceros, evitadas por el Estado) y de **prestación** (promoción de acciones materiales por el Estado). (HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014, p. 296. Tradução livre.)

¹⁵² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 31.

(ex.: criar condições, através de reforma agrária ou linhas de crédito, para que os cidadãos tenham acesso à terra cultivável ou à moradia em geral).

O que se percebe é que qualquer direito ou bem jurídico exige do Estado que perpassa, em algum grau, por mais de um dos níveis descritos. Assim, a liberdade de expressão não somente exige do Estado uma abstenção (**respeito**), como também que evite que terceiros violem este direito (**proteção**), ou mesmo que crie condições para que esta liberdade seja exercida (**satisfação**), por meio da permissão de funcionamento da livre imprensa, rádio e meios de comunicação.

Na área da saúde, deve o Estado abster-se de práticas discriminatórias como o fornecimento de medicamentos para uns e não para outros, o que caracteriza obrigação de respeito. Da mesma forma, deve o Estado garantir proteção ao direito à saúde, quando mantém sistema público para este fim, com postos de atendimento e estrutura material e humana de qualidade. Por fim, a satisfação ou promoção da saúde ocorrerá, por exemplo, em situações de epidemias ou de contaminação, em que seja necessária a atuação extraordinária do Estado na distribuição de vacinas e a prestação específica de determinados tratamentos à população que não dispuser de meios para alcançá-los individualmente.

Portanto, o que se demonstra, claramente, é que qualquer bem jurídico, seja ele civil/político ou oriundo de um direito social, vai exigir do Estado, de forma concomitante, prestações negativas e positivas, em diferentes níveis e graus de atuação.

Não obstante as críticas levantadas acima contra a estruturação e divisão clássica dos direitos fundamentais, certo é que outro elemento contribui, de forma ainda mais incisiva, para obstar a proteção dos direitos sociais: a condicionante econômica.

De fato, a proteção aos direitos sociais está intimamente ligada à superação dos postulados liberais de intervenção mínima estatal, em que não se conheceu a ideia de Estado Providência ou Estado Assistencialista. Mesmo com o advento do Estado Social, que veio para corrigir as mazelas provocadas pela estratificação social, acúmulo de renda e aumento da desigualdade, ainda

persiste o discurso mercadológico de que a livre exploração econômica seria o melhor caminho para alcançar o progresso civilizatório. Método liberal este que, por óbvio, afasta o Estado do domínio econômico e social, de modo que qualquer política assistencialista ou de transferência direta de renda é irremediavelmente repudiada.

Savaris alerta para as dificuldades de superação deste dogma liberal e do quanto este discurso retarda a proteção aos direitos sociais fundamentais.

Fundada no primado do mercado (ensino, previdência e planos de saúde privados, privatizações de empresas públicas, delegações de serviços públicos), a hegemonia neoliberal expressa o discurso ideológico de equilíbrio fiscal e rigoroso controle de gastos públicos, buscando a expansão do espaço de livre exploração econômica pela iniciativa privada e um ambiente institucional propício a assegurar o retorno do capital investido. [...]

É preciso reconhecer, neste quadro, que os direitos sociais se encontram gravemente ameaçados pela globalização econômica que tende a mercantilizá-los. É mesmo intuitivo que, no contexto da globalização, os direitos sociais devam ser restringidos¹⁵³.

O grande desafio da judicialização de direitos econômicos, sociais e culturais, reside justamente no impacto financeiro dos orçamentos da administração pública, sendo indissociável o pensamento de que a efetivação de alguns direitos fundamentais pode comprometer a realização de outros, de mesma importância.

Não obstante a quase que intuitiva ligação existente entre a proteção dos direitos sociais e o gasto público, certo é que não é possível reduzir esta relação ao único critério de transferência de renda – política efetivamente assistencialista.

Isto porque a transferência direta de renda, como meio de proteção a direitos fundamentais, consiste tão somente na alternativa mais extrema, em situações consideradas limite e que atingem, de fato, o mínimo existencial necessário para a vida digna de qualquer ser humano¹⁵⁴.

¹⁵³ SAVARIS, José Antonio. Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC). In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 96-97.

¹⁵⁴ Assim ocorre, por exemplo, no Brasil, com a política pública assistencialista por intermédio da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993), valendo destacar o disposto no art. 20:

Assim, é necessário aprofundar esta noção de condicionante econômica na proteção de direitos sociais, na medida em que nem sempre o Estado deve prestar obrigação positiva diretamente ao beneficiário (no sentido de transferir recursos financeiros ao cidadão), mas por outros meios de atuação que garantam, da mesma forma, o objetivo da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Quando a Constituição do Estado prevê no seu catálogo de direitos fundamentais a garantia fundamental à saúde e à educação, isso significa que expressamente a lei fundamental está obrigando o Estado a criar, através da sua competência legislativa, normas jurídicas (leis) que regulamentem os ditos direitos fundamentais. Assim, para que o Estado possa proteger determinados direitos fundamentais, antes de transferir renda aos cidadãos para que eles busquem o bem jurídico na iniciativa privada, ele deve atuar de forma a positivar as condições necessárias para implementação daquelas garantias.

Alexy destaca que os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa¹⁵⁵.

Uma ação positiva fática é aquela que mais se aproxima da efetiva transferência direta de recursos ou de ações diretas visando à proteção de específico direito fundamental. É indiferente para a satisfação do direito de que forma ela ocorre. Decisivo é apenas o fato de que, após a realização da ação, a prestação postulada pelo destinatário seja concretizada¹⁵⁶, como ocorre, por exemplo, com a pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades, ou com o idoso que postula a concessão de um benefício previdenciário. Esta posição fática dependerá da atuação do Poder Público, seja

“O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. O benefício é pago somente para famílias que comprovem estado de miserabilidade, cujo critério legal objetivo é o de renda familiar não superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* – nos termos do parágrafo terceiro do artigo supracitado.”

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 201.

¹⁵⁶ *Id.*, *ibidem*, p. 202.

por intermédio do Executivo seja através do Judiciário, quando inoperante ou omissa aquele.

Na área de acidente do trabalho, objeto de investigação do problema jurídico ora proposto, uma ação fática por parte do Estado seria o pagamento do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez decorrente de acidente laboral. Ou seja, trata-se de ação estritamente prestacional, de transferência de renda, envolvendo a proteção a este específico direito social.

Por outro lado, a ação positiva normativa é aquela em que se tem contra o Estado uma pretensão de atos estatais de criação de normas, para regulamentar e estabelecer posições jurídicas em matéria de direitos fundamentais. Exemplo disto é o estabelecimento de competências normativas para autorizar a exploração e desenvolvimento de sistema público de educação, de forma compartilhada com a iniciativa privada, bem como organizar e criar procedimentos para o funcionamento e gestão de sistema de seguridade social.

Novamente, partindo da análise do acidente do trabalho, a ação positiva normativa diz respeito a toda a política legislativa adotada pelo Estado para dar cumprimento à regulamentação do direito fundamental social ao meio ambiente sadio e seguro, nos termos da Carta Magna¹⁵⁷.

Da mesma forma, a ação normativa do Estado pode e deve regulamentar direitos e assim permitir e criar faculdades para que os cidadãos tenham acesso e garantias contra o próprio Estado, contra terceiros e contra o próprio mercado. Esta competência e obrigação legislativa do Estado pode ser vista desde os direitos mais fundamentais e particulares, como o direito a proteger seu único bem de família contra execução e penhora, o direito a não ser discriminado, até as mais variadas garantias laborais (como jornada regulamentada, descanso semanal remunerado, estabilidade no emprego contra dispensa arbitrária, meio ambiente sadio e salubre etc.) e do consumidor (contra

¹⁵⁷ O artigo 7º da CF/88 prevê que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inc. XXII). Portanto, cabe ao Estado promover a proteção a este direito social, normatizando o setor com o intuito de alcançar a vontade do constituinte e dar efetividade a este direito social.

práticas abusivas de mercado, monopólio, cartéis etc.), apenas para citar alguns exemplos.

Quando a ação normativa protege direitos fundamentais, sobretudo contra terceiros, está-se diante de direitos à proteção. Quando a ação normativa estabelece condições para que determinado direito fundamental seja realizado, valem aquelas normas que Alexy denomina de direitos à organização e procedimento¹⁵⁸.

Hachem exemplifica bem, a partir da Constituição Federal brasileira, a ação positiva normativa por parte do Estado quanto aos direitos à organização e procedimento, quando afirma:

Parte-se da premissa de que “a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, pelo menos, perde em efetividade, se não forem colocadas à disposição as prestações estatais na esfera organizacional e processual”. É o caso do direito fundamental ao sufrágio universal e voto secreto: não se pode exercer os direitos de voto previstos no artigo 14 da Constituição Federal brasileira, se o Estado não fornecer as regras da organização e prestação do processo eleitoral. Um indivíduo desprovido de recursos e acusado em uma ação criminal tampouco terá meios eficientes para desfrutar o direito à assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal brasileira), sem a criação, por meio de normas jurídicas, da estrutura organizacional da Defensoria Pública e de instrumentos processuais adequados à tutela de sua liberdade.¹⁵⁹

Ademais, a criação por parte do Estado de normas de procedimento é de suprema importância para a efetiva consecução do controle constitucional dos direitos fundamentais. Registre-se a experiência brasileira, que até algumas décadas atrás sofria com a ausência de mecanismos processuais adequados para uma efetiva lide envolvendo, principalmente, os direitos sociais.

¹⁵⁸ Sobre o conceito de direito à organização e procedimento e seus respectivos tipos, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 472-499.

¹⁵⁹ “Se parte de la premisa de que “la frucción de diversos derechos fundamentales no se revela posible o, al menos, pierde en efectividad, sin que sean colocados a la disposición prestaciones estatales en la esfera organizacional y procedimental”. Es el caso del derecho fundamental al sufragio universal y al voto directo y secreto: no se puede ejercitar el derecho de votar previsto por el art. 14 de la Constitución brasileña si el Estado no propicia la previsión normativa de la organización y del procedimiento electoral. Un individuo desprovisto de recursos y acusado en una acción criminal tampoco tendrá medios eficientes de gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV, de la Constitución brasileña) sin la creación, por medio de normas jurídicas, de la estructura organizacional de la Defensoría Pública y de instrumentos procesales adecuados a la tutela de su libertad.” (HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014, p. 294. Tradução livre.)

Isto se deve muito pelo fato de os códigos processuais (que criam as regras de procedimento) ainda possuírem a influência forte das raízes no liberalismo, quando os mecanismos processuais são mais voltados a discutir lides envolvendo direitos civis e políticos.

O avanço do Estado Social, com os seus postulados da igualdade material e maior inclusão social, fomentou grande avanço na criação de instrumentos coletivos de defesa – como a ação civil pública, bem como o uso frequente dos mandados de segurança e de injunção, as ações declaratórias de inconstitucionalidade, além de outros mecanismos criados, inclusive, pelo avanço da jurisprudência.

Também se denota a ampliação da legitimidade de atuação no concernente a estes direitos como aquela conferida ao Ministério Público, à Defensoria Pública, às associações de classe e aos sindicatos, além da ação popular, que pode ser promovida por qualquer cidadão.

Assim, de toda a análise realizada, percebe-se a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, exigindo os mais variados comportamentos do ente estatal. Ao tratar, por exemplo, do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, restará destinado ao Estado obrigações e atribuições de abstenção, proteção e criação de normas organizacionais e procedimentais, além da sua promoção ou satisfação.

Alexy ilustra bem a multifuncionalidade dos direitos fundamentais para exemplificar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que, assim como outros, é formado por um conjunto de diferentes posições jurídicas. Neste direito, estão incluídos vários desdobramentos, tais como: (i) o direito de o Estado se abster de promover intervenções que atentam contra o meio ambiente (função de **defesa**); (ii) o direito do Estado de proteger os cidadãos de intervenções de terceiros que prejudicam o ambiente (função de **proteção**); (iii) o direito de o Estado permitir ao seu titular o direito de participar em procedimentos relevantes para o ambiente (função de **participação na organização e no processo**); e (iv) o direito de o próprio Estado realizar providências materiais, visando à melhoria do meio ambiente (função de **prestação fática**).¹⁶⁰

¹⁶⁰ “Alexy bien ilustra la multifuncionalidad de los derechos fundamentales al ejemplificar con el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado, que, así como los demás, está formado por un haz de posiciones jurídicas distintas. En este derecho están incluidos diversos desdoblamientos, tales como: (i) el derecho a que el Estado se abstenga de promover intervenciones atentatorias contra el medio ambiente (función de **defensa**); (ii) el derecho a que el Estado proteja a los ciudadanos de intervenciones de terceros que lesionen

O efetivo grau de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais está diretamente relacionado à estrutura e natureza jurídica das normas constitucionais, sendo este o tema do qual se ocupará a próxima seção desta pesquisa.

2.4 QUE GRAU DE EXIGIBILIDADE OU JUSTICIABILIDADE POSSUEM OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS?

A eficácia jurídica da norma de direito fundamental está ligada à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, independentemente de regulamentação ou atuação do Poder Legislativo. Assim, é possível extrair do arcabouço jurídico normas autoaplicáveis e normas que dependem de prévia regulamentação. No modelo constitucional brasileiro vigente, por exemplo, a Carta de 1988 prevê no seu artigo 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁶¹, o que, em regra, significa que são autoaplicáveis independentemente de regulamentação pelo legislador.

Celso Bastos, ao abordar a sua dogmática de eficácia jurídica das normas de direitos fundamentais, sustenta que estes são, em princípio (ou seja, como regra), diretamente aplicáveis – independentemente da *interpositio legislatoris* –, regra que, no entanto, comportaria duas exceções:

- a) Quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este somente será exercido na forma prevista em lei;
- b) Quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja

*al ambiente (función de **protección**); (iii) el derecho a que el Estado permita al titular del derecho participar de procedimientos relevantes para el medio ambiente (función de **participación en la organización y en el procedimiento**); y (iv) el derecho a que el propio Estado emprenda providencias materiales, dirigidas a la mejora del medio ambiente (función de **prestación fáctica**).”* (HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014, p. 295. Tradução livre.)

¹⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 jul. 2014.

necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.¹⁶²

A regra geral de aplicabilidade imediata do catálogo de direitos fundamentais está fortalecida na concepção filosófica e valorativa de proteção da dignidade da pessoa humana – valor este fundante no ordenamento jurídico, de forma que há verdadeira premissa de postulado otimizador da máxima eficácia possível.

Ainda, no magistério de Sarlet

[...] podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade.¹⁶³

Em que pese o consenso da doutrina moderna acerca da plenitude eficaz dos direitos de defesa (aqueles que exigem a abstenção do Estado), o desafio persiste quanto à exigibilidade dos direitos sociais, sobretudo daqueles de cunho prestacional.

Alexy, ao se debruçar sobre os argumentos contrários à plena eficácia dos direitos fundamentais sociais, analisa um aspecto de ordem **substancial** e um de natureza **formal**.

No concernente ao aspecto substancial, o problema estaria no aspecto material de colisão de direitos fundamentais, na medida em que a proteção imediata de direitos sociais, sem a sua devida regulamentação, colocaria em xeque a garantia fundamental de direitos de liberdade, sendo atribuído como exemplo clássico o caso do direito do trabalho. Numa economia de mercado, o Estado tem controle apenas limitado sobre o objeto desse direito.

Se ele quisesse satisfazer diretamente um direito de cada desempregado a um posto de trabalho, ele teria que ou empregar todos os desempregados nos serviços

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 264.

¹⁶³ *Id.*, *ibidem*, p. 280.

públicos existentes, ou restringir ou eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho.¹⁶⁴

Além do possível conflito e choque entre direitos sociais prestacionais de uns e direitos de liberdade de outros, seria possível também imaginar a colisão entre direitos sociais prestacionais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos. Basta imaginar, utilizando o mesmo exemplo acima, que o direito ao trabalho necessariamente implicaria o dever de trabalhar, o que violaria a máxima individual da liberdade de não trabalhar.

Quanto ao aspecto formal, leciona o professor alemão que essa tese pode se basear no fato de que os objetos da maioria dos direitos fundamentais são extremamente indeterminados¹⁶⁵.

O que se quer dizer é que o conteúdo normativo de direitos sociais prestacionais, como o direito à saúde ou o direito à educação, é sobremaneira abstrato e indeterminado, o que leva à conclusão de que a competência (aspecto **formal**) para delimitação do seu conteúdo é matéria que transcende o poder jurisdicional.

Dietrich Wiegand¹⁶⁶ vai dizer que se o direito não fornece estes critérios suficientes, então, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política.

Destarte, se a Constituição do país, ao tratar do tema segurança pública, por exemplo, como direito fundamental que é, porém sem trazer os contornos e seus limites de especificidade, não terá o Judiciário condições de fazer o controle imediato de sua constitucionalidade. Apesar de direito fundamental constitucionalmente assegurado, a sua densidade normativa é baixa, afastando sua aplicação imediata como regra, por ausente a característica de estrutura de direito subjetivo.

O questionamento de Hachem aponta exatamente neste sentido:

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 509.

¹⁶⁵ *Id.*, *ibidem*, p. 507.

¹⁶⁶ *Apud* ALEXY. *Id.*, *ibidem*, p. 508.

Até que ponto e em que medida o Estado tem a obrigação de evitar toda e qualquer agressão de terceiros à integridade física das pessoas? Se é verdade, por um lado, o Poder Público deve dispor de forças policiais para operar preventiva e repressivamente contra investidas nocivas à vida e à integridade física dos indivíduos, mas não se pode negar, por outro lado, que há dúvidas em relação com o lugar, o momento e a intensidade exatas dessa atividade.¹⁶⁷

Mais grave ainda é quando o Estado, sob o manto da indeterminação do objeto normativo a ser protegido, acaba por justificar prestação simplória de serviços por parte dos Poderes Públicos¹⁶⁸.

A mesma indeterminação vai valer para todos os direitos sociais, como o direito à saúde, na medida em que a Constituição não traz os critérios mínimos para avaliação de sua qualidade ou mesmo da dimensão de sua estrutura e nível qualitativo de sua cobertura aos cidadãos.

Abramovich também concorda que um dos desafios para a imediata exigibilidade dos direitos sociais está relacionado à falta de clareza e determinação dos seus conteúdos normativos, e acrescenta a ausência de aprofundamento de uma teoria ou dogmática de interpretação constitucional deste tipo de norma¹⁶⁹.

Some-se aos argumentos que obstem a aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais a condicionante econômica, já referida anteriormente, que também serve de barreira e limites tanto para o legislador quanto para o julgador.

Assim, se é verdade que a regra geral de aplicabilidade imediata do catálogo de direitos fundamentais está fortalecida na concepção filosófica e valorativa de proteção da dignidade da pessoa humana, também é preciso

¹⁶⁷ “¿Hasta qué punto y en qué medida el Estado está obligado a evitar toda y cualquier agresión de terceros a la integridad física de los individuos? Si es cierto, por una parte, que el Poder Público debe disponer de fuerzas policiales para operar medidas preventivas y represivas contra embestidas nocivas a la vida y a la integridad física de los particulares, no se puede negar, de otra parte, que hay dudas en relación con el lugar, el momento y la intensidad precisas de esta actividad.” (HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014, p. 295. Tradução livre.)

¹⁶⁸ HEUKO, Guilherme Ramon. A Efetividade e a Atuação Judicial na Promoção dos direitos Sociais Prestacionais. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 361.

¹⁶⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 39.

reconhecer barreiras e obstáculos na aplicação imediata dos direitos sociais prestacionais.

Não obstante, partindo de algumas premissas que dizem respeito à estrutura e densidade normativa dos direitos fundamentais expressos na lei fundamental de um país, emerge na doutrina moderna alguns postulados e critérios que impõem, de fato, evidente grau e margem de justiciabilidade desses direitos.

Considerando o núcleo humano e valorativo presente nas Constituições contemporâneas, típicas do Estado Social, como verdadeira razão de sua existência, há evidente consenso na doutrina majoritária de que os direitos mínimos à sobrevivência digna – e aí naturalmente se está falando de direitos sociais prestacionais – são sempre exigíveis, independentemente de regulamentação.

Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.¹⁷⁰

Ao mínimo existencial não podem ser opostos argumentos em contrário, sob pena de sujeitá-lo a juízos de ponderação, como ocorre quando se trata de prestações que excedem as condições mínimas para uma existência digna¹⁷¹.

Assim, não há que se falar em conveniência ou poder discricionário do Estado, quando este é demandado frente à grave situação de risco social, condição indigna de vida, situações de miserabilidade ou penúria. Da mesma forma, a escassez orçamentária, que induz à famigerada defesa estatal pela reserva do possível, não pode ser considerada, nas palavras de Eduardo

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 512.

¹⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014, p. 299.

Cambi¹⁷², um limite absoluto, nem tampouco pode servir como um cômodo fundamento para negar a realização dos direitos fundamentais.

Diante da evidente densidade normativa a que se reveste a norma de proteção à vida – corolário do princípio da dignidade da pessoa humana –, é possível reconhecer direitos subjetivos a prestações sociais sempre que o objeto em análise envolver o núcleo do mínimo existencial.

Outrossim, não somente situações de risco e de mínimo existencial proporcionam a exigibilidade imediata de direitos sociais prestacionais, mas também aquelas situações em que se possa deduzir diretamente do texto constitucional os conteúdos mínimos e essenciais à sua efetividade no plano fático.

Portanto, sempre que a própria Constituição normatizar determinado tema de direito social, ainda que ultrapasse os limites do mínimo existencial, referido direito terá aplicação imediata. É importante que se esclareça e se reforce que a aplicação imediata de determinada norma constitucional não significa direito adquirido à satisfação do objeto postulado, justamente porque determinado direito fundamental poderá entrar em colisão com outros direitos fundamentais, como bem esclarecido anteriormente a partir das lições de Alexy.

Inclusive, por esta razão, não cabe ao legislador definir hierarquia de princípios ou de direitos fundamentais, cabendo tal solução, a partir de juízo de razoabilidade e proporcionalidade, ao administrador ou ao juiz, diante das particularidades de cada caso concreto. O que se pretende afirmar, por ora, é que um direito fundamental é sempre mais exigível quanto maior o grau e densidade normativa apresentado no próprio texto da norma constitucional.

Hachem traduz bem este critério de justiciabilidade de direitos fundamentais sociais, a partir da perspectiva constitucional brasileira:

Um exemplo é o direito dos idosos com mais de 65 anos à gratuidade do transporte público urbano, situação não contemplada no rol dos direitos fundamentais (art. 230, § 2º, Constituição Federal brasileira), mas reconhecido na cláusula de abertura

¹⁷² *Apud* HEUKO, Guilherme Ramon. A Efetividade e a Atuação Judicial na Promoção dos direitos Sociais Prestacionais. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 369.

material do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira. Apesar de não ser considerado aqui que essa pretensão jurídica está incluída no mínimo existencial, reputa-se possível reclamá-la juridicamente contra a sua violação. Não se trata de disposição que exige lei ordinária para ser postulada.¹⁷³

O mesmo se aplica ao direito social do trabalho, que no artigo 7º da Carta Magna brasileira traz amplo rol de direitos prestacionais de exigibilidade imediata, podendo o titular dos respectivos direitos postular diretamente da administração ou por intermédio do Judiciário, independentemente de prévia regulamentação pelo legislador.

Destaque-se, portanto, que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, vez que a teoria dos direitos fundamentais estabelece os critérios objetivos, e devidamente analisados neste capítulo, acerca da eficácia e aplicação imediata desses direitos.

Ademais, também há consenso na doutrina majoritária que a má prestação de políticas públicas, ou a sua efetiva omissão, pode ensejar, da mesma forma, verdadeiro critério de justiciabilidade de direitos sociais.

Quanto à primeira situação, verifica-se violação direta à Constituição e aos direitos fundamentais sociais nela inseridos sempre que a atuação estatal agir de forma discriminatória. Destarte, há inclusive fundamento legal internacional disposto no artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que trata da proibição do Estado de atuar de forma discriminatória na implementação dos direitos sociais (obrigação de cunho eminentemente negativa – **não fazer**).

Considere-se, por exemplo, a violação, por parte do Estado, do direito à saúde, a partir da contaminação do meio ambiente realizada por seus agentes, ou a violação do direito à moradia, a partir de despejo forçado de residentes de um determinado local, sem oferecer-lhes moradias alternativas, ou a violação do direito à educação, a

¹⁷³ “Un ejemplo es el derecho de los ancianos mayores de 65 años a la gratuidad del transporte colectivo urbano, situado fuera del catálogo de derechos fundamentales (art. 230, § 2º, Constitución brasileña), pero a él reconducible por medio de la cláusula de apertura material del art. 5º, § 2º, de la Constitución brasileña. Aunque no se considere acá que esa pretensión jurídica esté incluida en el mínimo existencial, 39 se reputa posible reclamarla jurisdiccionalmente frente a su violación. No se trata de disposición que exige ley ordinaria para ser postulada.” (HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014, p. 301. Tradução livre.)

partir da limitação do acesso à educação básica, com base em razões de sexo, nacionalidade, condição econômica ou outro fator discriminatório proibido.¹⁷⁴

No Brasil, o Judiciário tem recebido enxurrada de ações envolvendo o fornecimento de remédios à população, sempre que a administração pública lhe nega acesso por critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa (Agência de Vigilância Sanitária).

Ocorre que, ao prestar a tutela a um cidadão e negar a outro, por critérios administrativos e ministeriais – mesmo diante da comprovação de idêntica situação jurídica, qual seja, a comprovada necessidade de proteção à saúde –, age o ente estatal em flagrante conduta discriminatória.

Outro exemplo brasileiro de prática discriminatória diz respeito à existência de rol taxativo de doenças graves que dispensam carência na concessão de benefícios previdenciários, como, por exemplo, a aposentadoria por invalidez. Ora, se demonstrado no caso concreto que outra doença, fora do rol do Ministério da Previdência, seja tão grave quanto aquelas listadas no respectivo ato administrativo, não há razão para a prática discriminatória.

Assim, sempre que o Estado agir de forma discriminatória na implementação de políticas públicas e na execução de programas constitucionalmente definidos, haverá evidente margem e grau de justiciabilidade imediata.

Por outro lado, além de práticas positivas discriminatórias, existem aquelas situações em que o Estado causa dano não pela ação (prática discriminatória), mas pela omissão – sendo este o campo de maior polêmica quanto à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isto porque é preciso reconhecer que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na planificação dos projetos econômicos, sociais e culturais de um país, sendo certo que a justiça não possui elementos suficientes para, a partir de um caso

¹⁷⁴ “Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido.” (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 41-42. Tradução livre.)

concreto, identificar uma solução coletiva para determinada proteção desses direitos.

Não obstante, o descumprimento, mesmo que parcial, de políticas públicas envolvendo os direitos sociais merece a apreciação do Judiciário e um dos motivos sustentados por Abramovich é que a demanda em massa sobre direitos sociais não implementados acaba por alertar o Estado, inclusive, quanto à sua inércia ou equívoco de suas escolhas¹⁷⁵. Um grande exemplo da importância de modulação de políticas públicas através da judicialização de direitos sociais está na seguridade social – como é possível mencionar, por exemplo, em relação às ações postuladas pelos aposentados que permanecem na ativa contribuindo para os cofres da Previdência Social almejando a revisão de seus benefícios mediante a inclusão do adicional tempo de serviço prestado¹⁷⁶.

Seja na defesa dos direitos de liberdade, na proteção de direitos mínimos, na proibição de atos discriminatórios, na má prestação de determinada política pública ou pela sua omissão, o fato é que há inegável gama de possibilidades de dar efetividade imediata aos direitos fundamentais, valendo citar apenas alguns critérios de seu evidente grau de justiciabilidade. Oportunas são as lições de Alexy, a partir da experiência constitucional alemã:

Como demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissor. O espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais vai desde a simples constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição.¹⁷⁷

Por fim, a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais depende diretamente da realidade social em que a presente dogmática está inserida. O consenso e o interesse pela proteção aos direitos fundamentais

¹⁷⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 41-42.

¹⁷⁶ A famigerada ação é conhecida popularmente como DESAPOSENTAÇÃO e significa, na prática, o pedido de substituição da aposentadoria original por outra mais benéfica, considerando o tempo adicional trabalhado após a primeira jubilação e as novas contribuições vertidas para a previdência social. Não existe previsão legal para este pedido, razão pela qual, por força normativa do artigo 6º combinado com artigo 201 da Constituição Federal brasileira se invocou a sua aplicabilidade imediata perante o Judiciário deste país.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 514.

passam necessariamente pelo incentivo e divulgação por educação voltada para os direitos humanos e da cidadania. Educação, inclusão socioeconômica e direitos humanos são elementos que fortalecem a democracia na modernidade.

A importância do tema é relevante porque o índice de respeito aos direitos humanos serve de parâmetro, de medidor, da evolução de um povo, do real desenvolvimento de uma nação¹⁷⁸.

Na América Latina e outros países periféricos, infelizmente a realidade social, fruto da herança histórica principalmente, ainda não conseguiu sensibilizar culturalmente as suas nações da importância de se proteger os direitos fundamentais e direitos humanos em geral.

Os desafios vão desde a complexidade das adversidades sociais, com inúmeras diferenças culturais e econômicas, assim como pelo notório vício na formação política e na estrutura social. Em que pese a consolidação da pretensão moral justificada e a própria positivação dos direitos fundamentais, o que se vê nesses países é uma Constituição mais utópica e simbólica do que propriamente efetiva, dada a distância entre os seus postulados e a realidade social vigente.

Nas palavras de Marcos Leite Garcia, somente através de cultura que parte de educação calcada nos valores da cidadania e dos direitos fundamentais é que se pode reivindicar a utopia dos direitos humanos para a construção de um mundo melhor¹⁷⁹.

¹⁷⁸ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar (Orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 192.

¹⁷⁹ *Id.*, *ibidem*, p. 203.

CAPÍTULO 3

ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL: DO FENÔMENO HISTÓRICO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE E REDUÇÃO DOS SEUS IMPACTOS

Pautado pela premissa de que o trabalho, desde a Antiguidade, é considerado a grande força motriz de desenvolvimento socioeconômico das civilizações, o terceiro e último capítulo desta pesquisa busca analisar a importância do papel do Estado na intervenção e regulação do mercado produtivo, garantindo equilíbrio e sustentabilidade à relação capital *versus* trabalho.

Mais especificamente, o presente capítulo mergulha diretamente no problema jurídico proposto, qual seja, investigar se há relação direta e relevante entre o papel do Estado intervencionista e a efetiva proteção ao meio ambiente laboral, direito fundamental do trabalhador, com o objetivo preponderante de reduzir a ocorrência de sinistros laborais.

A relevância do tema destaca-se no fato de que o Estado brasileiro está entre os recordistas mundiais de acidentes do trabalho, contribuindo sobremaneira para a retirada, anualmente, de milhares de trabalhadores do mercado de trabalho, além de gerar enormes gastos ao sistema público de saúde e previdência social, respectivamente com tratamento médico e benefícios previdenciários¹⁸⁰.

3.1 O MEIO AMBIENTE LABORAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A PROTEÇÃO CONTRA OS ACIDENTES DO TRABALHO: DA IRRESPONSABILIDADE À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O Estado de Direito Contemporâneo brasileiro assume o papel de responsável pelo equilíbrio e garantia das dimensões social (art. 3º, I e III – reduzir as desigualdades sociais), econômica (art. 170, VI – ordem econômica

¹⁸⁰ Os dados estatísticos, explorados ao longo deste capítulo, serão devidamente citados, com referência às fontes oficiais, sobretudo da Previdência Social do Brasil (INSS) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

sustentável) e ambiental (art. 225 – tutela do meio ambiente), colocando no mesmo patamar estas esferas de bens e valores fundamentais¹⁸¹.

É importante ressaltar que não há que se falar em supremacia ou hierarquia de direitos fundamentais – pela diferença de dimensão ou geração – mas sim de complementaridade de todos os direitos humanos. Enfatize-se, ainda, que o direito ao meio ambiente, sobretudo, se entrelaça aos demais direitos sociais, formando os direitos socioambientais.

Destarte, dentre os direitos socioambientais mais relevantes se destaca o direito constitucional do ser humano à segurança e saúde no meio ambiente laboral. Direito este que decorre, naturalmente, do direito fundamental à dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho – insculpidos no artigo 1º, incisos III e IV, da Carta Magna, como corolário de valorização dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito.

Enquanto a Constituição Federal de 1988 garante a livre-iniciativa para o desenvolvimento de atividades econômicas (art. 170), o faz sob os pressupostos de valorização do trabalho humano (*caput*), da função social da propriedade (inc. III) e da defesa do meio ambiente (inc. VI).

E justamente sob a proteção constitucional do meio ambiente e do desenvolvimento econômico sustentável é que a mesma Carta Política garante expressamente a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), seguro contra acidentes do trabalho (art. 7º, XXVIII), bem como a permanente atuação e vigilância do Sistema Único de Saúde na defesa do meio ambiente laboral (art. 200, II e VIII).

Segundo Nascimento, a proteção jurídica à saúde do trabalhador é da maior importância com o direito do trabalho, porque diz respeito não apenas à qualidade de vida do trabalhador, mas também à sua integridade física e ao seu bem-estar, ressaltando corretamente, a doutrina, que o meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral, de modo que é impossível ter qualidade de

¹⁸¹ Os artigos citados integram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

vida sem ter qualidade de trabalho, já que o homem passa grande parte de sua vida no ambiente de trabalho¹⁸².

Extraí-se, da análise sistemática de todos esses dispositivos da Carta Federal brasileira, que o Estado não tolerará atividade que ponha em risco a vida, a integridade física e a segurança dos indivíduos¹⁸³.

A nossa Carta Magna de 1988, precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo, que caracterizou a ditadura militar por 21 anos, sedimentou, a partir da vontade constituinte, a adoção de Constituição dirigente e de enfático cunho programático, como ensina Sarlet:

A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são fruto da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.¹⁸⁴

Não somente a evidente proteção aos direitos e garantias individuais restou consolidada no Estado brasileiro, mas também o caráter fundamental a que se garantiu aos direitos sociais.

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável, sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido o caráter meramente programático.¹⁸⁵

A história de formação do Estado Social, tratada no primeiro capítulo desta dissertação, seguiu basicamente as mesmas etapas no exemplo brasileiro, mesmo que com algumas décadas de atraso¹⁸⁶.

¹⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 476-478.

¹⁸³ FERREIRA, Daniela Câmara; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Constitucional ao Meio Ambiente de Trabalho Seguro e Saudável**. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/bol399/doutrina3/doutrina1.htm>. Acesso em: 01 mar. 2013. p. 5.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65-66.

¹⁸⁵ *Id.*, *ibidem*, p. 66.

¹⁸⁶ Também neste aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição vigente e diversas das Constituições do segundo pós-guerra. Dentre os exemplos mais remotos,

Também no Brasil, os primados do individualismo, da autonomia da vontade e da garantia da propriedade privada, aliados ao progresso e desenvolvimento econômico – como exemplo, os fenômenos da revolução industrial e da explosão dos meios de produção – aceleraram o processo de estratificação da sociedade, com o acúmulo de renda pela minoria e de crescentes desigualdades sociais, levando grande parcela da população à miséria e exclusão social.

No campo econômico, sobretudo na relação privada do trabalho, a falta de regulação e mínima intervenção estatal permitiram ambientes fabris sem qualquer preocupação quanto à proteção e saúde dos operários, contribuindo, sobremaneira, para os altíssimos índices de acidente do trabalho.

Os movimentos operários e sindicais do final do século XIX deflagraram uma onda crescente de protestos que denunciavam as precárias e desumanas condições de trabalho no mercado.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari acentuam que o aumento da marginalização social, pouco a pouco, estimulou convulsões sociais, acarretando o embate – muitas vezes sangrento – dos proletários com o aparato policial-estatal¹⁸⁷.

A superação do Estado Liberal e a consequente formação do Estado Social, como visto anteriormente, coincidem com a sua principal característica, qual seja, a intervenção estatal para regular e equilibrar as relações sociais e econômicas. Somente um ente estatal, dotado de poder político e com competência legislativa, poderia frear o poder econômico, lhe impor limites de atuação, regular a relação privada de trabalho e garantir um patamar mínimo de direitos sociais à sociedade civil.

merecem referência a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Mais recentemente, há que destacar a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978, ambas igualmente resultantes da superação dos regimes autoritários e que, a exemplo das primeiras exerceram grande influência sobre o Constituinte de 1988 (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66).

¹⁸⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 37.

O jurista brasileiro Paulo Bonavides, quando compara o Estado Liberal com o Estado Social, sob o ponto de vista da intervenção, ensina:

Este Estado social, ao contrário daquele, tem um teor menor de neutralidade diante da chamada luta de classes ou do confronto do capital com o trabalho, porquanto, em verdade, se apresenta muito mais ativo e participante, muito mais enérgico e inclinado à tutela e proteção dos trabalhadores do que dos senhores e donos do poder econômico.¹⁸⁸

O Estado, na sua faceta liberal, de proteção aos direitos fundamentais de primeira geração, se distingue, portanto, de seu modelo de caráter social, de proteção aos direitos de segunda geração, demonstrando, portanto, a diferença clássica entre uma geração de direitos e outra: na primeira, um Estado mínimo, garantidor das liberdades e igualdades básicas – mais do ponto de vista formal; na segunda, uma geração de direitos que exige do Estado um ator na sociedade, interventor e, por conseguinte, garantidor das políticas públicas prestacionais para gerar a maior inclusão social possível – igualdade do ponto de vista material.

A ideia de que um mínimo de Estado corresponderia a um máximo de liberdade restou ultrapassada ou superada¹⁸⁹. O desenvolvimento econômico e o processo de industrialização observados ao longo do século XIX, na Europa e nos Estados Unidos, tornaram evidente a necessidade de intervenção dos poderes públicos nos domínios econômico e social, em que pese a ausência de previsões constitucionais neste sentido¹⁹⁰.

Assim, no século XIX, na Europa e nos Estados Unidos, assim como a partir do início do século passado, no Brasil, a intervenção do Estado se deu preponderantemente por intermédio de atividade legislativa. Ocorreu, gradativamente, a publicização das relações trabalhistas, até então adstritas exclusivamente à relação privada, de liberdade contratual e prevalência da autonomia da vontade – concepções classicamente liberais.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 230.

¹⁸⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 207.

¹⁹⁰ As Constituições do século XIX não pretendiam regular outras instituições básicas da economia nem previam a intervenção do Estado na vida econômica. As cartas políticas consagravam a liberdade do trabalho, indústria, comércio, bem como a propriedade como direito sagrado e inviolável. No Brasil, como não poderia ser diferente, a Constituição Imperial de 1824 exprimia o clima típico do liberalismo que dominava o pensamento mundial do século XIX.

A Inglaterra possui destaque nesse cenário de surgimento da noção de proteção social, sendo pioneira na criação das primeiras leis de regulação no âmbito laboral, como a **Lei de Saúde e Moralidade para regular o trabalho infantil nas fábricas de algodão**, em 1802.

A regulamentação na França, em 1848, do **Horário de Trabalho**, para doze horas diárias, bem como o **Seguro de Doença Para os Trabalhadores**, na Alemanha, em 1883, são outros bons exemplos daquilo que seriam os indícios de formação da noção de proteção social no ambiente laboral, no mundo ocidental.

Assim, gradativamente, os Estados da Europa, precursores da ideia de proteção estatal ao indivíduo vítima de infortúnios, estabeleceram, da segunda metade do século XIX até o início do século XX, sistema jurídico de garantias e proteções em relação a seus empregadores, além de seguro – mediante contribuições destes – que consistia no direito a uma renda em caso de perda da capacidade de trabalho, por velhice, doença ou invalidez, e uma pensão por morte, devida aos dependentes.

O fenômeno da intervenção estatal tardou mais a acontecer no Brasil, sobretudo por fatores históricos e socioeconômicos ligados à colonização e posterior independência da Coroa Portuguesa.

Durante o Brasil Imperial, inexistia o direito do trabalho como disciplina jurídica autônoma, sendo que o trabalho manual – praticamente rural e ligado aos engenhos e fazendas – era impróprio para pessoas de classe, eis que reservado a servos e escravos¹⁹¹ – sujeitos praticamente desprovidos de direitos.

O princípio liberal influenciava o constitucionalismo do início do século XIX, adotando o critério segundo o qual o exercício dos direitos políticos, e consequentemente da cidadania, se dava sobre bases econômicas, sendo privilégio dos proprietários de terras e engenhos¹⁹².

Quanto ao ordenamento jurídico, a partir da Constituição do Império de 1824, primeira carta política publicada após a independência, foi editado o Código

¹⁹¹ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho**: entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 29.

¹⁹² DAL RI, Luciene. Os direitos políticos no Brasil Imperial: entre constitucionalismo e liberalismo. **Direitos fundamentais & justiça**, v. 18, p. 129-148, 2012, *passim*.

Criminal de 1830, o Código de Processo Criminal de 1832, o Código Comercial de 1850 e a Consolidação das Leis Civis de 1857.

Todos os códigos do império já previam, é verdade, o instituto da reparação em caso de danos causados a outrem – responsabilidade no direito comum, não obstante esta responsabilidade estar assentada exclusivamente na prova da culpa do ofensor.

Ocorre que a exigência de prova da culpa do empregador, como pressuposto da sua responsabilidade por acidentes do trabalho, excluía quase que por completo as chances do empregado de obter a compensação dos danos¹⁹³.

Se atualmente ainda é árdua a prova e demonstração da culpa do empregador, mormente pela sua reiterada omissão na comunicação dos acidentes do trabalho, pela natural pressão e subordinação que exerce sobre os demais empregados (muitas vezes únicas testemunhas dos infortúnios), é fácil perceber o quanto inócua era a legislação à época, deixando milhares de trabalhadores completamente desprotegidos.

Até o início do século XX, mesmo com o advento do Código Civil de 1916, prevaleceu no Brasil, na prática, verdadeira irresponsabilidade dos donos dos meios de produção sobre quaisquer infortúnios que pudessem causar danos muitas vezes irreparáveis a trabalhadores (quando não os levassem à morte), como perda ou redução de sua capacidade funcional, envolvendo principalmente inúmeros casos de mutilações em máquinas industriais.

No Brasil é possível afirmar que foi o avanço da tecnologia e da produção industrial, no campo econômico, como a abolição da escravidão em 1888 (Lei Áurea editada pela Princesa Isabel), no campo social, que abriram caminho para a intensificação das reivindicações, dos movimentos sindicais e da luta por parte dos trabalhadores por melhores condições laborais e ampliação da proteção social¹⁹⁴.

¹⁹³ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho**: entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 33.

¹⁹⁴ Para Oliveira, o incremento da industrialização, a partir do século XIX, aumentou o número de mutilados e mortos provenientes das precárias condições de trabalho. Os reflexos sociais

Isto porque a libertação dos escravos e o consequente êxodo rural, acarretando na formação dos grandes aglomerados urbanos, aceleraram a produção fabril e industrial, que arrastou juntamente o aumento exponencial dos infortúnios laborais.

A persistência, ainda, dos postulados liberais da livre locação de mão de obra denotava o aumento da sua crise, em face das condições subumanas a que os trabalhadores se submetiam, demandando enérgica intervenção do Estado.

Segundo Paulo Márcio Cruz:

Começa a entrar em crise o princípio existente de responsabilidade compartilhada¹⁹⁵ entre o trabalhador e a empresa no que se referia aos acidentes do trabalho. A razão desta crise foi a importância numérica que estes acidentes passaram a ter no mundo operário, com consequências muito graves. Começam a prosperar as teses de que o Estado devesse regular as responsabilidades por estes acidentes. Isto fez que o Estado Mínimo, próprio do Liberalismo clássico, passasse a ser muito questionado.¹⁹⁶

Ainda, é unânime o reconhecimento doutrinário e dos historiadores de que a noção de proteção social surgiu conjuntamente com a Revolução Industrial e a explosão dos meios de produção.

Como assevera Hertz Jacinto Costa, “A observação inicial é a de que, como fato natural que é, a ocorrência infortunistica está ligada às atividades produtivas dos povos, notadamente ao crescente desenvolvimento industrial. Esse é um dado inquestionável, aceito pela maioria dos historiadores”¹⁹⁷.

Pois bem, foi justamente no auge da revolução industrial no país, aliado à pressão de inúmeros setores da sociedade, que em 1919 foi aprovada a primeira lei social brasileira – o Decreto Legislativo n. 3.724.

desse problema influenciaram o advento de normas jurídicas para proteger o acidentado e seus dependentes, de modo a pelo menos remediar a situação (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 33-34).

¹⁹⁵ No contexto, a responsabilidade compartilhada entre o trabalhador e a empresa seria aquela “negociada” entre patrão e empregado, no que diz respeito aos direitos e deveres de cada qual em relação à saúde e proteção no meio ambiente. Por óbvio que, numa relação desigual e de verdadeira exploração do capital sobre o trabalho, nenhuma garantia ou proteção poderia subsistir em favor das inúmeras vítimas de infortúnios laborais.

¹⁹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 173.

¹⁹⁷ COSTA, Hertz Jacinto. **Manual de Acidente do Trabalho**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 18.

Adotava-se, pela primeira vez, a teoria do risco profissional, ou seja, a proteção pela simples existência do contrato de trabalho, dispensando a prova da responsabilidade subjetiva do empregador.

A lei determinou que caberia ao empregador o pagamento de indenização em caso de acidente do trabalho que provocasse a morte do trabalhador, ou então a perda, ou redução, de sua capacidade laboral.

Quanto ao valor da indenização, esta já estava prevista e tarifada no próprio decreto legislativo, em seus artigos 5º ao 18, sendo que o maior valor – quando da ocorrência de morte ou incapacidade total e permanente – poderia atingir, no máximo, a soma de 3 anos de salário da vítima.

A primeira lei acidentária, que instituiu um regime especial de acidentes do trabalho, ainda gerou muitas críticas por parte dos sindicatos, representantes da classe trabalhadora, por não atingir, de forma eficaz, os seus postulados.

Isto porque esta primeira legislação expressamente proibiu a teoria das concausas¹⁹⁸, não abrangia as doenças ocupacionais – somente os acidentes típicos e algumas doenças profissionais – assim como não contemplava os acidentes de trajeto, nem tampouco aqueles ocorridos nos intervalos da jornada ou por fato de terceiro.

Da mesma forma, não abrangia todas as categorias de trabalhadores (somente a dos operários), conforme rol taxativo constante do seu artigo 3º, e ainda eximiu o empregador de pagar qualquer indenização caso comprovado força maior ou culpa exclusiva da vítima pelo infortúnio.

¹⁹⁸ Pela teoria das concausas, os acidentes ou as doenças ocupacionais podem decorrer de mais de uma causa (concausas), ligadas ou não ao trabalho desenvolvido pela vítima. Estaremos diante do nexo concausal quando, apesar da presença de fatores causais extralaborais, haja pelo menos uma causa relacionada à execução do contrato de trabalho que tenha contribuído diretamente para o acidente ou adoecimento (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 146). Para Sérgio Cavalieri Filho, concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60).

A segunda lei de acidentes do trabalho, o Decreto Legislativo 24.637/34, trouxe inegáveis progressos na edição deste estatuto legal, apesar de ainda não ficar imune às críticas.

A principal inovação foi, sem sombra de dúvida, tornar obrigatória, para o empregador, a contratação de um seguro privado de acidentes do trabalho, ou então realizar depósitos em instituições financeiras públicas¹⁹⁹, que assegurassem o pagamento das indenizações previstas na lei – conforme artigo 36.

A ausência desde comando normativo na lei de 1919 tornava inócua muitas reparações, sob a alegação patronal de insuficiência de recursos ou até mesmo a sua insolvência²⁰⁰.

O Decreto de 1934 ampliou, ainda, a cobertura indenizatória também para os casos de negligência da própria vítima do infortúnio, bem como incluiu no seu rol de abrangência as doenças ocupacionais, além das doenças profissionais.

No entanto, o texto normativo ainda não previu a possibilidade de adoção da teoria das concausas, o que impedia, na maioria dos casos, a prova convincente em casos envolvendo as doenças ocupacionais.

Da mesma forma, o texto expressamente excluía a possibilidade da vítima, que recebesse a indenização estatuída nesta lei, de postular ação judicial reparatória contra o empregador, com base no direito comum. Era admitida apenas a ação de reparação por danos quando o acidente do trabalho era ocasionado por terceiro, alheio à relação empregatícia.

Em que pese os avanços desta lei, o grande marco da legislação acidentária ocorreu somente em 1944, pela edição do Decreto-lei 7.036/44, terceira lei de acidentes do trabalho no Brasil.

Isto se deu por inúmeras razões, a começar pela adoção expressa da teoria das concausas, pela ampliação da cobertura indenizatória também para os acidentes de trajeto, e pela ampliação do fornecimento de assistência médica e hospitalar, a cargo do patrão.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 34.

²⁰⁰ COSTA, Hertz Jacinto. **Manual de Acidente do Trabalho**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 47.

Ademais, permitiu uma indenização complementar, mediante ação de reparação de danos com base no direito comum, em caso de dolo comprovado do empregador (art. 31)²⁰¹, além de permitir que a comunicação do acidente do trabalho poderia se dar pela própria vítima ou qualquer autoridade.

Por fim, além de permanecer a obrigatoriedade de contratação de seguradoras privadas por parte do empregador, o valor das indenizações aumentou para o teto de quatro anos de salário, em caso de morte ou invalidez permanente e total para o trabalho.

Esse decreto-lei (1944), que trouxe inúmeros avanços sociais de proteção à classe trabalhadora, sofreu marcado retrocesso quando do início do período da ditadura militar, por um período curto de aproximadamente seis meses²⁰².

Logo em seguida, por força da edição da Lei 5.316/67, transferiu-se o regime especial de acidentes do trabalho, até então vinculado aos seguros privados, para monopólio estatal²⁰³, sendo gerido, a partir de então, pela Previdência Social – criada pela Lei 3.807/60 (LOPS).

A recente transferência do regime jurídico especial de acidentes do trabalho para a Previdência Social, substituindo as indenizações anteriormente

²⁰¹ O Recurso Extraordinário 23.192 (1961) pode ser considerado um divisor de águas na interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do artigo 31 do Decreto 7.036/44. Após profunda discussão concernente ao tema, os Ministros Hahnemann Guimarães e Gonçalves de Oliveira, citando doutrina e legislação francesa, passaram a admitir o conceito de culpa grave como equiparado ao dolo, admitindo a propositura de ação de reparação civil, mesmo após o recebimento de indenização pela lei acidentária. Em 13/12/1963, após muitos debates e avanços na jurisprudência acerca dos infortúnios laborais, o STF revisou (ampliando) o artigo 31 do Decreto 7.036/44, e editou a Súmula 299 com a seguinte redação: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.”

²⁰² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 35.

²⁰³ Fábio Zambitte adverte que a Lei 5.316, de 14/09/1967, integrou o seguro de acidentes do trabalho (SAT) à previdência social, fazendo assim desaparecer este seguro como ramo à parte. Tal conduta foi ao encontro das recomendações do Plano *Beveridge*, o qual aconselhava a estatização desse seguro, além de sua unificação ao sistema previdenciário existente. O SAT unificado e de organização estatal é de grande relevância para a efetividade do sistema, pois a organização privada deste não traz atendimento adequado a esta demanda social. Tal conclusão é de fácil percepção, baseada na experiência atual da atuação das seguradoras em geral, as quais poderiam responsabilizar o empregador pelo acidente e tentar excluir sua responsabilidade pelo pagamento de qualquer benefício (IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 60).

tarifadas em lei, por benefícios previdenciários acidentários, foi bastante confusa no início, sobretudo por envolver inúmeras situações e regras de transição.

Ademais, a Lei 5.316/67 foi alterada pelo Decreto-lei 893/69, que além de subtrair a teoria das concausas, em evidente retrocesso à legislação de 1944, determinou que o acidentado deveria esgotar todas as instâncias administrativas – perante a Previdência Social, antes de ingressar em juízo com a sua pretensão.

Essa exigência de anterior esgotamento da esfera administrativa previdenciária, como pressuposto para propositura da ação acidentária, foi a demonstração mais eloquente de que o Decreto fora elaborado com a exclusiva finalidade de proteger o antigo INPS e fazer o acidentado amargar irreparáveis danos²⁰⁴.

Finalmente, em 19.10.1976, o Estado resgatou toda aquela crescente atividade legislativa de proteção social, produzido desde 1919, e por intermédio da publicação da Lei 6.367/76 adotou de vez a teoria do risco profissional e princípio de solidariedade social em matéria de infortunistica.

O regime especial de proteção aos acidentados permaneceu sob o monopólio do então Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, consolidou, sem exceções, a responsabilidade objetiva de proteção sobre os segurados vitimados no trabalho, e, além de resgatar institutos de grande relevância – como a teoria das concausas – ampliou significativamente o seu nível de abrangência e de cobertura previdenciária.

O tratamento jurídico então previsto manteve-se vigente até a entrada em vigor da Lei 8.213/91, estatuto normativo que passou a integrar e compreender, em único texto legislativo, as normas previdenciárias e acidentárias²⁰⁵.

Considerando que desde 1967 o regime especial da infortunistica foi deslocado dos seguros privados para o regime geral da Previdência Social, o legislador, a partir da Constituição Federal de 1988, entendeu por bem reunir todo

²⁰⁴ COSTA, Hertz Jacinto. **Manual de Acidente do Trabalho**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 58.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 36.

o tratamento jurídico envolvendo os benefícios previdenciários e acidentários, em uma única lei.

Consoante demonstrado, desde um período de verdadeira irresponsabilidade pelos infortúnios laborais registrados, atualmente a Lei 8.213/91, que regula o regime especial de acidentes do trabalho no Brasil, consolidou a teoria do risco profissional e adotou a responsabilidade objetiva concernente à proteção às vítimas, em notório caráter de solidariedade e socialização dos riscos.

Em que pese todo o arcabouço normativo previsto na legislação previdenciária que rege a matéria, certo é que os benefícios acidentários pagos pela Previdência Social, de nítido caráter social e alimentar, não garantem a reparação integral às vítimas dos infortúnios laborais, assim como não interferem no estímulo à prevenção e investimentos na área da saúde e segurança do trabalho.

Para esta fundamental tarefa, de combate e efetiva redução dos sinistros laborais, o Estado, a partir das suas principais políticas legislativas criadas na vigência da Constituição Federal de 1988, impulsionou verdadeira revolução pedagógica de consciência social e econômica quanto ao necessário investimento em ações de prevenção aos acidentes do trabalho no Brasil.

É sobre este tema, concernente às principais políticas legislativas modernas de combate ao acidente do trabalho no Brasil, que a pesquisa se ocupará a seguir.

3.2 PRINCIPAIS POLÍTICAS LEGISLATIVAS DE COMBATE

Já se afirmou anteriormente que Alexy destaca que os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, as ações estatais positivas podem ser divididas em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa²⁰⁶.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 201.

No campo do direito do trabalho, mais especificamente no concernente ao acidente do trabalho, objeto de investigação do problema jurídico proposto nesta dissertação, uma ação fática por parte do Estado seria o pagamento do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez decorrente do sinistro laboral. Ou seja, trata-se de ação estritamente prestacional, de transferência de renda, envolvendo a proteção a este específico direito social.

Não obstante, a mera prestação por intermédio de ação fática, como a transferência de renda a partir do benefício previdenciário, de natureza alimentar, não possui, naturalmente, o condão de combater e reduzir os altos índices de sinistralidade no ambiente laboral.

Seu objetivo é atender a outros princípios constitucionais de igual relevância ao de proteção ao ambiente de trabalho seguro e sadio, quais sejam, aos de proteção social e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a ação positiva normativa é aquela em que se tem contra o Estado uma pretensão de atos estatais de criação de normas, para regulamentar e estabelecer posições jurídicas em matéria de direitos fundamentais. Exemplo disto, partindo da análise do acidente do trabalho, é a ação positiva normativa que diz respeito a toda a política legislativa adotada pelo Estado para dar cumprimento à regulamentação do direito fundamental social ao meio ambiente sadio e seguro, nos termos da Carta Magna²⁰⁷.

A saúde do trabalhador é um tema de saúde pública, atual e imprescindível à promoção da sua dignidade humana²⁰⁸. A evolução das concepções humanitárias e a preocupação com uma sociedade mais justa e equilibrada passam necessariamente pelo movimento de constitucionalização de direitos sociais, de promoção do bem-estar e de garantia de um meio ambiente adequado e seguro para o trabalho.

²⁰⁷ O artigo 7º da CF/88 prevê que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inc. XXII). Portanto, cabe ao Estado promover a proteção a este direito social, normatizando o setor com o intuito de alcançar a vontade do constituinte e dar efetividade a este direito social.

²⁰⁸ PALMEIRA SOBRINHO, Zeu. **Acidente do Trabalho: Crítica e Tendências**. São Paulo: LTr, 2012. p. 23.

Se é verdade que o trabalho é a força motriz para o desenvolvimento econômico e social das civilizações, não menos verdade deve ser a preocupação em garantir as condições mínimas para que ele se desenvolva, respeitando-se os direitos humanos e proporcionando melhor distribuição de riquezas e de justiça social.

O artigo 7º da Carta Magna, ao tratar dos direitos sociais, prescreve o seguinte em seus incisos XXII e XXVIII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

A partir da previsão magna acima colacionada, característica de carta constitucional própria de Estado Social e imbuída da proteção aos direitos fundamentais, como visto nos capítulos primeiro e segundo deste trabalho, urge analisar três principais leis federais que almejam regulamentar e dar eficácia aos dispositivos acima mencionados, no intuito de incentivar o mercado e a sociedade civil, como um todo, a investir em prevenção e políticas de combate e redução dos acidentes do trabalho no Brasil.

3.2.1 O nexó técnico epidemiológico e a revolução dos acidentados: Lei 11.430/06 (NTEP) – inclui o artigo 21-A na Lei 8.213/91

A Lei 11.430/06 acrescentou importante inovação à legislação acidentária, permitindo o reconhecimento do acidente do trabalho por presunção, considerando um cruzamento de dados estatísticos entre as patologias diagnosticadas (tabela CID²⁰⁹) e as atividades desempenhadas pelo segurado junto à empresa (tabela CNAE²¹⁰).

²⁰⁹ A CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) foi conceituada para padronizar e catalogar as doenças e os problemas relacionados à saúde, tendo como referência a Nomenclatura Internacional de Doenças, estabelecida pela Organização Mundial de Saúde. Com base no compromisso assumido pelo Governo brasileiro, a organização dos arquivos em

Trata-se do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP), mecanismo que trabalha com dados estatísticos entre a natureza das atividades empresariais e as principais epidemiologias comuns à medicina do trabalho.

Zambitte Ibrahim afirma que o NTEP permite o reconhecimento, de ofício, da incapacidade como derivada do ambiente de trabalho, por meio de correlação entre a atividade econômica da empresa e da doença ocupacional – há correlação entre o CNAE e a tabela CID²¹¹.

Tal relação foi feita por meio de análises estatísticas, que expõe as doenças ocupacionais típicas em determinadas atividades econômicas, e serve de instrumento inovador contra a notória conduta de subnotificação praticada pelas empresas, no concernente à emissão do Comunicado de Acidente do Trabalho (CAT²¹²).

Com isso, em termos de proteção previdenciária, não cabe mais ao médico perito do INSS duvidar da natureza acidentária da doença, quando não haja emissão de CAT, desde que identificada a doença como ligada à atividade empresarial, diante de um quadro de constantes afastamentos de trabalhadores pelo mesmo motivo²¹³.

meio magnético e sua implementação para disseminação eletrônica foi efetuada pelo DATASUS, possibilitando, assim, a implantação em todo o território nacional, nos registros de Morbidade Hospitalar e Ambulatorial, compatibilizando esses registros entre todos os sistemas que lidam com morbididade. (DATASUS – Departamento e Informática do SUS. **CID 10**. Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/sistemas-e-aplicativos/cadastros-nacionais/cid-10>>. Acesso em: 21 set. 2014.

²¹⁰ CNAE (Classificação Nacional das Atividades Econômicas) é o instrumento de padronização nacional dos códigos de atividade econômica e dos critérios de enquadramento utilizados pelos diversos órgãos da Administração Tributária do país. (BRASIL. Receita Federal. **Apresentação**. CONAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnaefiscal/txtcnae.htm>>. Acesso em: 21 set. 2014.

²¹¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 662.

²¹² Antes da redação atribuída ao novo artigo 21-A da Lei 8.213/91, a lei prescrevia no seu artigo 22, que ainda permanece em vigor, que “A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social”.

²¹³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 548.

A preocupação pela omissão das empresas na caracterização do acidente de trabalho consta da Exposição de Motivos²¹⁴ nº 33 do MPS, da Medida Provisória 316, de 11/08/2006, convertida na Lei 11.430/06, valendo transcrever os seguintes itens de relevância e pertinência à matéria:

5. Uma outra medida proposta diz respeito à presunção de incapacidade acidentária quando for estabelecido nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, considerando-se o ramo de atividade da empresa e a entidade mórbida elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID motivadora da incapacidade, em conformidade com o que dispuser o Regulamento.

6. Atualmente, a caracterização de um benefício como acidentário decorre da emissão da Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT por parte da empresa. Se a empresa comunica o acidente e este gera o afastamento do segurado por mais de 15 dias, o benefício concedido pela Previdência Social é tido como acidentário. Não sendo a CAT emitida, mas havendo a necessidade de afastamento do trabalho, normalmente o benefício é tido como previdenciário (ou comum). Tal classificação é crucial para o trabalhador, tendo em vista os correspondentes efeitos. Sendo o benefício caracterizado como acidentário, durante o afastamento do trabalho o segurado faz jus ao depósito do FGTS e goza de estabilidade de 12 meses após a cessação do auxílio-doença. Sendo o benefício caracterizado como comum, tais direitos não lhe são assegurados.

7. Diante do descumprimento sistemático das regras que determinam a emissão da CAT, e da dificuldade de fiscalização por se tratar de fato individualizado, os trabalhadores acabam prejudicados nos seus direitos, em face da incorreta caracterização de seu benefício. Necessário, pois, que a Previdência Social adote um novo mecanismo que segregue os benefícios acidentários dos comuns, de forma a neutralizar os efeitos da sonegação da CAT.

8. Para atender a tal mister, e por se tratar de presunção, matéria regulada por lei e não por meio de regulamento, está-se presumindo o estabelecimento do nexos entre o trabalho e o agravo, e consequentemente o evento será considerado como acidentário, sempre que se verificar nexos técnico epidemiológico entre o ramo de atividade da empresa e a entidade mórbida relacionada na CID motivadora da incapacidade.

9. Essa metodologia está embasada na CID, que se encontra atualmente na 10ª Revisão. Em cada processo de solicitação de benefício por incapacidade junto à Previdência Social, consta obrigatoriamente o registro do diagnóstico (CID-10) identificador do problema de saúde que motivou a solicitação. Esse dado, que é exigido para a concessão de benefício por incapacidade laborativa, independentemente de sua natureza acidentária ou previdenciária, e cujo registro é de responsabilidade do médico que prestou o atendimento ao segurado, estabelece a relação intrínseca entre a incapacidade laboral e à entidade mórbida que a provocou.

10. Assim, denomina-se Nexos Técnico Epidemiológico a relação entre Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE e o agrupamento CID-10. É, na verdade, uma medida de associação estatística, que serve como um dos requisitos de causalidade entre um fator (nesse caso, pertencer a um determinado CNAE-classe) e um desfecho de saúde, mediante um agrupamento CID, como diagnóstico clínico. Por meio desse nexos, chega-se à conclusão de que pertencer a um determinado segmento econômico (CNAE-classe) constitui fator de risco para o trabalhador apresentar uma determinada patologia (agrupamento CID-10).

²¹⁴ BRASIL. Casa Civil. **E.M. nº 33 – MPS**. Brasília, 09 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Exm/EM-33-MPS.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

Extrai-se da leitura da exposição de motivos, principalmente do seu item 6, o imenso prejuízo causado aos trabalhadores, que, ao não ter o seu acidente do trabalho reconhecido, lhes retiram o direito ao recebimento do FGTS no período de afastamento, bem como da estabilidade de 12 (doze) meses quando do retorno ao trabalho – ambos os benefícios garantidos por lei, sempre que comprovado o infortúnio laboral que gera incapacidade para o trabalho superior a 15 (quinze) dias.

Some-se a estes prejuízos o fato de que a ausência de reconhecimento de acidente do trabalho retira do segurado a possibilidade de receber o benefício, de caráter indenizatório, denominado auxílio-acidente, sempre que houver a redução da capacidade laborativa, após a consolidação das lesões decorrentes do trabalho²¹⁵.

Zamitte Ibrahim alerta, ainda, para os nefastos prejuízos econômicos causados pela subnotificação mencionada, ao informar que, segundo o Anuário Estatístico da Previdência Social, os benefícios acidentários têm gasto superior à receita, com déficit de mais de R\$ 4 bilhões, com tendência de alta²¹⁶.

Assim, por exemplo, estatisticamente, os bancários são comumente diagnosticados com a patologia síndrome do túnel do carpo (lesão nos punhos), cuja causa principal são movimentos repetitivos ocasionados pela atividade de digitação.

Desta forma, com a mudança legislativa, tornou-se possível o enquadramento presumido do nexa técnico perante a Previdência Social, uma vez que o diagnóstico de síndrome do túnel do carpo (CID G56.0) possui nexa técnico presumido com as instituições financeiras bancárias (CNAE 6422), nos termos da tabela constante do Anexo II, Lista C, do Decreto 3.048/99, senão veja-se:

INTERVALO CID-10	CNAE
G50-G59	0155 1011 1012 1013 1062 1093 1095 1313 1351 1411 1412 1421 1529 1531 1532 1533 1539 1540 2063 2123 2211 2222 2223 2229 2349 2542 2593 2640 2710 2759 2944 2945 3240 3250 4711 5611 5612 5620 6110 6120 6130 6141 6142 6143 6190 6422 6423 8121

²¹⁵ O benefício de auxílio-acidente corresponde a um valor mensal equivalente a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício do trabalhador, e é pago de forma vitalícia ou até a sua aposentadoria, nos termos do artigo 86 da Lei 8.213/91.

²¹⁶ IBRAHIM, Fábio Zamitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 659.

INTERVALO CID-10	CNAE
	8122 8129 8610

A medida superou, de uma só vez, dois importantes entraves nesta matéria:

I) **primeiro**, a crescente subnotificação e verdadeira omissão das empresas na comunicação dos acidentes do trabalho, preocupadas, naturalmente, com as consequências do reconhecimento, como a estabilidade de 12 (doze) meses, o pagamento de FGTS no período de afastamento, e principalmente as temidas ações de indenização pelo direito comum (art. 7º, XXVIII, da CF/88);

II) **segundo**, garantiu mais eficácia e segurança aos dados estatísticos da Previdência Social no país, trazendo números mais reais acerca desta mazela social e possibilitando o planejamento e adoção de políticas públicas mais eficazes no seu combate.

O que de fato ocorreu, na prática, foi verdadeira inversão do ônus da prova, transferindo para o ente patronal – mais dotado de estrutura e condições para investigar as causas do afastamento – a possibilidade de recorrer da decisão administrativa, apresentando os laudos ergonômicos, os EPIs, os treinamentos realizados e outros documentos que possam infirmar a presunção legal.

Conforme ensina o Prof. Wagner Balera, evidentemente, tal situação deve ser submetida ao contraditório, cabendo à empresa interpor recurso administrativo tão logo tome conhecimento da concessão de benefício em espécie acidentária por nexo técnico profissional ou do trabalho, produzindo as provas e apresentando os documentos que entender pertinentes²¹⁷.

A referida medida legislativa trouxe grande avanço na proteção de direitos fundamentais, da dignidade, integridade física e de saúde dos trabalhadores, contribuindo para maior humanização das relações de trabalho.

É evidente a importância demonstrada pela intervenção estatal a partir de suas políticas públicas e legislativas, demonstrando, à exaustão, o papel do

²¹⁷ BALERA, Wagner. **Legislação Previdenciária Anotada**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 293.

Estado Social na proteção dos direitos fundamentais sociais. A verificação do impacto e análise quantitativa dos números de acidente do trabalho existentes no Brasil, a partir desta lei em específico, será tema da última parte desta investigação.

3.2.2 Ações Regressivas – medidas pedagógicas e punitivas: artigo 120 da Lei 8.213/91

A Lei 8.213/91, que atualmente disciplina a matéria de benefícios da previdência social, bem como o regime especial de acidentes do trabalho no Brasil, prevê, em seu artigo 120, que “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”²¹⁸.

Segundo Savaris, trata-se de norma jurídica que expressamente atribui à administração previdenciária o poder-dever de buscar os valores que desembolsa, a título de benefício acidentário, em razão de negligência dos administradores da empresa empregadora quanto às normas de segurança e higiene de trabalho²¹⁹.

Como ensina Miguel Horvath Júnior, é patente a finalidade preventiva e pedagógica da norma, que busca com o instrumento legislativo adotar mecanismo tipicamente espiritual e educativo²²⁰.

Assim, o Estado, por meio do ente público previdenciário, resguarda a subsistência dos trabalhadores vitimados, mas tem o direito de exigir do verdadeiro culpado pelo dano que este arque com o ônus das prestações pagas pelo erário público.

²¹⁸ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

²¹⁹ Savaris apresenta profícuo artigo acerca do tema ações regressivas, sob o ponto de vista do princípio da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais do cidadão em face do Estado, quando analisa a interpretação extensiva da norma jurídica para casos não relacionados ao descumprimento de normas de segurança e saúde do trabalho. (SAVARIS, José Antonio. **O princípio da legalidade como limite para o ajuizamento de ações regressivas pelo INSS**. Publicado em 19 de maio de 2013. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2013/05/artigo-o-principio-da-legalidade-como.html>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

²²⁰ OLIVEIRA, Júlio César. **Ação Regressiva**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 98.

À primeira vista, a ação regressiva poderia despertar contornos de inconstitucionalidade, visto que o empregador, além de suportar o ônus do seguro contra acidentes do trabalho, ainda está sujeito a ser demandado pela vítima em ação de reparação de danos pelo direito comum, nos estritos termos do artigo 7º, XXVIII, da Carta Magna, anteriormente destacado.

Não obstante, é justamente a outra previsão constitucional, inserta no inciso XXII – de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança – aliado ao princípio da solidariedade e de socialização dos riscos, que garante eficácia e constitucionalidade²²¹ ao instituto.

Segundo Daniel Pulino²²², o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua irresponsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável.

A construção e a evolução de um sistema de proteção social sempre foram pautadas na premissa do risco profissional, da natural imprevisibilidade e causas involuntárias com que os acidentes do trabalho ocorrem.

A repartição do risco social entre a sociedade, pagadora de impostos, logicamente não abrange a negligência e a omissão voluntária praticada por empresas, no reiterado descumprimento de normas básicas de segurança e prevenção.

Assim, não seria possível sustentar eventual *bis in idem* pelo mesmo fato – pagamento do seguro e (novo) pagamento das prestações previdenciárias destinadas à vítima, vez que distintos os respectivos fatos geradores: enquanto o seguro serve para cobrir riscos imprevisíveis e involuntários, a ação regressiva destina-se a cobrar pelos riscos previsíveis e voluntários, decorrentes da expressa omissão e descumprimento de dever legal.

²²¹ A discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo foi objeto de análise pelo Judiciário em 23/10/2002, ao enfrentar o tema na Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Civil nº 1998.04.01.023654-8, junto ao TRF da 4ª região.

²²² *Apud* CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 562.

Em que pese a norma que regulamenta as ações regressivas previdenciárias possuir vigência há mais de duas décadas, a sua efetividade ou eficácia, como salienta Sarlet, somente se consolidou nos últimos anos.

Considerando o reduzido número de ações propostas pelo INSS desde a entrada em vigor da respectiva norma, o Conselho Nacional de Previdência Social editou a Resolução 1.291, de 27.6.2007, com o seguinte conteúdo:

Recomendar ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por intermédio de Procuradoria Federal Especializada – INSS, que adote as medidas competentes para ampliar as proposituras de ações regressivas contra os empregadores considerados responsáveis por acidentes do trabalho, nos termos dos arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91, de 24 de julho de 1991, a fim de tornar efetivo o ressarcimento dos gastos do INSS, priorizando as situações que envolvam empresas consideradas causadoras de acidentes graves, dos quais tenham resultado a morte ou a invalidez dos segurados.²²³

Um ano depois, a Advocacia Geral da União – AGU, órgão competente de representação dos interesses da Autarquia previdenciária – INSS, editou a Portaria nº 3, de 27/08/2008, estabelecendo, em seu artigo 1º, prioridade no atendimento e acompanhamento de ações regressivas acidentárias.

Desde então, as procuradorias regionais federais vêm promovendo verdadeira avalanche de ações com o intuito de recuperar créditos decorrentes da manifesta negligência de empregadores, além de naturalmente provocar efeito pedagógico sobre o mercado de trabalho, servindo de exemplo para que as empresas, em geral, passem a investir em prevenção contra acidentes do trabalho.

Em data de 28 de outubro de 2011, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, em conjunto com o Corregedor Geral da Justiça do Trabalho, Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, assinaram o termo de Recomendação Conjunta GP.CGJT. nº 2/2011, com a seguinte recomendação:

RECOMENDAR aos Desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Juízes do Trabalho que encaminhem à respectiva unidade da Procuradoria Geral Federal – PGF (relação anexa), por intermédio de endereço de e-mail institucional,

²²³ BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Resolução MPS/CNPS 1.291, de 27 de junho de 2007**. DOU DE 27/07/2007. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/72/MPS-CNPS/2007/1291.htm>>. Acesso em: 21 set. 2014.

cópia das sentenças e/ou acórdãos que reconheçam conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, a fim de subsidiar eventual ajuizamento de Ação Regressiva, nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91²²⁴

A referida parceria demonstra não somente o papel institucional da Justiça do Trabalho na preservação da cidadania e da dignidade do ser humano, mormente no tocante à melhoria das condições laborais e à prevenção de acidentes de trabalho, mas também ratifica o Protocolo de Cooperação Técnica celebrado pelo Tribunal Superior do Trabalho, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Previdência Social e Advocacia-Geral da União visando à implementação de ações e medidas voltadas à prevenção de acidentes do trabalho.

O que se verifica, de fato, é a manifestação do Estado Social, a partir de seus inúmeros órgãos, com o intuito de promover, concretamente, a proteção a direito fundamental consagrado na Constituição Federal, criando mecanismos que impliquem, de forma mediata, a redução e o combate aos altos índices de sinistralidade ocorridos nos ambientes de trabalho.

A importância do instituto das ações regressivas, em termos de resultados práticos e numéricos no combate a esta mazela social, será melhor demonstrada na parte final desta pesquisa.

3.2.3 A criação do Fator Acidentário de Prevenção (Lei 10.666/03) – prêmio para os previdentes e preocupação para os negligentes

A terceira lei específica de combate aos acidentes do trabalho – Lei 10.666/03 – foi regulamentada pelo Decreto 6.042/07, criando o Fator Acidentário de Prevenção (FAP). Conforme redação original na lei, prescreveu o artigo 10 o seguinte:

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Recomendação Conjunta GP.CGJT. N.º 2/2011.** Recomenda o encaminhamento de cópia de sentenças e acórdãos que reconheçam conduta culposa do empregador em acidente de trabalho para a respectiva unidade da Procuradoria-Geral Federal - PGF. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1199940/1201858/recomenda%C3%A7%C3%A3o+conjunta+-+a%C3%A7%C3%B5es+regressivas.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social²²⁵.

Destarte, o financiamento dos benefícios de acidente do trabalho no Brasil é realizado pelas empresas, desde 1976, pelo seguro de acidente do trabalho (SAT), incidindo em um, dois ou três por cento – dependendo do grau de risco da atividade econômica – sobre o total das remunerações pagas aos seus empregados.

A lei que cria o FAP traz verdadeiro estímulo e fomento ao investimento na área de prevenção aos infortúnios laborais, na medida em que o benefício fiscal pela redução dos índices de acidentes pode chegar a cinquenta por cento.

Por outro lado, a lei que estabelece estímulo e benefício fiscal é rigorosa com as empresas negligentes e descumpridoras das normas de segurança e saúde no trabalho, vez que a mesma alíquota de contribuição e financiamento dos benefícios acidentários pode dobrar se verificado o aumento no número de sinistros provocados.

A intenção da norma contribui sobremaneira também para melhorar a segurança estatística dos sinistros laborais, individualizando as ocorrências por segmento de atividade econômica, dentro de avaliações específicas de frequência, gravidade e custo²²⁶.

Balera afirma que a real fixação da contribuição patronal de acordo com os acidentes gerados é necessidade constitucional, que impõe o princípio da equidade no custeio (art. 194, parágrafo único, V, da Constituição), o qual, neste tipo de exação, traz a correlação necessária entre prêmio e sinistro. Ou seja,

²²⁵ BRASIL. **Lei 10.666, de 08 e maio de 2003.** Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm>. Acesso em: 16 jan. 2013.

²²⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 265.

quanto maior o sinistro provocado, maior deve ser o prêmio (contribuição) recolhido ao sistema protetivo²²⁷.

Consoante Nota Judicial nº 016/2012/DPSSO/SPPS²²⁸, dados do DataPrev apontam que, no ano de 2009, o custo da previdência com aposentadoria precoce decorrente de acidente ou doença de trabalho foi de aproximadamente R\$14,2 bilhões, ao passo que a arrecadação da contribuição SAT foi de algo em torno de R\$ 8,1 bilhões, importando em um déficit aproximado de R\$ 6,1 bilhões, somente nesse ano.

No acumulado de 2003 a 2009, a despesa foi de R\$ 74,6 bilhões, enquanto a arrecadação girou em torno de R\$ 42 bilhões, acumulando déficit próximo de R\$ 32,6 bilhões.

A dupla finalidade ressarcitório-pedagógica é evidente, valendo transcrever também a exposição de motivos da Lei 10.666/03, nos itens de pertinência à matéria:

31. No artigo 10, faz-se proposta de flexibilização de alíquotas de contribuição em razão dos desempenhos das empresas na prevenção dos acidentes de trabalho. A preocupação com a saúde e segurança dos trabalhadores constitui-se em um dos temas de mais elevado poder aglutinador. Mesmo reconhecendo que a necessidade de proteger o trabalhador que trabalha em ambiente ou serviço perigoso, insalubre ou penoso é da empresa que assume o risco da atividade econômica e deve responsabilizar-se pelas consequências das enfermidades contraídas e acidentes do trabalho sofridos pelos empregados, na prática quem as suporta é o Governo, por meio do Ministério da Saúde em relação às despesas médicas e hospitalares e do INSS em relação às incapacidades laborativas, temporárias ou permanentes e às mortes.

32. A proposta visa introduzir mecanismos que estimulem os empresários a investir em prevenção e melhoria das condições do ambiente de trabalho, mediante a redução, em até 50%, ou acréscimo, em até 100%, da alíquota de contribuição destinada ao financiamento das aposentadorias especiais ou dos benefícios concedidos em razão de acidentes ou de doenças ocupacionais, conforme a sua posição da empresa na classificação geral apurada em conformidade com os índices de frequência, gravidade e custo das ocorrências de acidentes, medidas segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS. A participação do CNPS na validação desta metodologia é de fundamental importância devido ao caráter quadripartite (governo, aposentados, trabalhadores e empregadores) da sua composição.

²²⁷ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 89.

²²⁸ BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional – DPSSO**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/saude-e-seguranca-do-trabalhador/institucional/>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

Em que pese as críticas iniciais quanto às possíveis ilegalidades e irregularidades²²⁹ nos critérios administrativos utilizados pelo Conselho Nacional da Previdência Social para composição do índice FAP, certo é que a intenção legislativa contribui sobremaneira para os propósitos maiores do Estado, na busca incessante pela proteção social à dignidade do trabalhador, associada à oportuna premiação da classe empresarial que investe em prevenção, segurança e saúde no ambiente laboral.

A última parte deste capítulo será destinada à análise quantitativa do problema jurídico proposto, de forma a se concluir pela efetividade ou não das principais políticas legislativas adotadas pelo Estado, a partir da Constituição Federal de 1988, no que diz respeito ao combate aos altos índices de acidentes do trabalho no Brasil.

3.3 ANÁLISE QUANTITATIVA DO PROBLEMA JURÍDICO PROPOSTO

No Brasil, acidente do trabalho é conceituado, no artigo 19 da Lei 8.213/91, como aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do artigo 11²³⁰ dessa Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Para fins previdenciários, o acidente do trabalho somente gera direito ao benefício acidentário quando o trabalhador permanece incapaz para suas

²²⁹ VIANNA, Cláudia Salles Vilela; FOLMANN, Melissa. **Fator Acidentário de Prevenção (FAP)**. Curitiba: Juruá, 2011. As autoras trazem laborioso estudo do instituto FAP, e críticas consistentes à forma com que o Conselho Nacional da Previdência Social adotou, originalmente, os critérios de composição do índice FAP. Em que pese a denúncia fundamentada quanto aos procedimentos administrativos, é pacífico o reconhecimento na doutrina quanto às boas intenções da norma legal, que padece tão somente de amadurecimento na sua aplicação.

²³⁰ No Brasil, apenas os trabalhadores empregados (exceto os domésticos) e os segurados especiais são beneficiários de proteção social acidentária, sendo que qualquer outro acidente, envolvendo empregados domésticos ou contribuintes individuais em geral (profissionais liberais, empresários, trabalhadores autônomos) não engloba os números envolvendo as estatísticas oficiais de sinistros laborais.

atividades habituais por período superior a quinze dias, nos termos do artigo 59, da supracitada lei federal.

Portanto, é preciso que se esclareça que os dados estatísticos envolvendo o acidente do trabalho, como realidade fática no Brasil, não necessariamente coincidem com o número de benefícios acidentários concedidos pela Previdência Social no mesmo período de investigação²³¹. Um trabalhador que sofre acidente do trabalho, porém permanece afastado das suas atividades por apenas três dias, apesar de ser incluído na base de dados oficiais do Ministério da Previdência e da Organização Internacional do Trabalho – OIT, não terá direito a qualquer benefício da previdência social.

Para fins de acidente do trabalho, incluem-se nas estatísticas oficiais os acidentes típicos, as doenças profissionais e os acidentes de trajeto.

Apenas a título de exemplo, no ano de 2012 foram registrados, no Brasil, 705.239 acidentes do trabalho, incluídos nestes dados os acidentes de trajeto, que representaram 102.396 ocorrências.

O retrato é apenas a demonstração do cenário de constante preocupação no setor econômico e social brasileiro, vez que os impactos decorrentes dos sinistros laborais são os mais diversos. Em profícuo trabalho catalogado junto à Organização Internacional do Trabalho – OIT, órgão das Nações Unidas, José Ribeiro Soares Guimarães informa, para o ano de 2009, o custo envolvendo os acidentes do trabalho no Brasil:

Neste ano, foram registrados 733.365 acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores e trabalhadoras assegurados da Previdência Social. Vale ressaltar que este número, que já é preocupante, não inclui os trabalhadores autônomos (contribuintes individuais) e as trabalhadoras e trabalhadores domésticos. Estes eventos provocaram um significativo impacto social, econômico e sobre a saúde pública no Brasil. Entre esses registros, foram contabilizadas 19.570 doenças relacionadas ao trabalho, e parte destes acidentes e doenças tiveram como

²³¹ O último relatório anual e boletim estatístico apresentado pelo Ministério da Previdência Social apontou, somente no mês de agosto de 2014, a concessão de novos 28.275 benefícios decorrentes de acidentes do trabalho. São exemplos de aposentadorias por invalidez, auxílios-doença e auxílios-acidente, além de pensão por morte decorrente de acidente do trabalho. Apenas a título de auxílio-doença acidentário, considerado aquele benefício concedido ao trabalhador vítima de acidente do trabalho afastado das suas atividades por período superior a 15 dias, foram 25.332 no respectivo mês. (BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 19, n. 08, slide 03, ago. 2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/Beps082014_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014)

consequência o afastamento das atividades de 631.927 trabalhadores e trabalhadoras devido à incapacidade temporária (306.900 até 15 dias e 325.027 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 14.605 devido à incapacidade permanente, e 2.560 óbitos.

Segundo estimativas elaboradas pelo MPS, ao considerar-se exclusivamente o pagamento, pelo INSS, dos benefícios devidos a acidentes e doenças do trabalho, somados ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho em 2009, chega-se a um valor da ordem de R\$ 14,2 bilhões por ano. Acrescendo-se despesas como o custo operacional do INSS, mais as despesas na área da saúde e afins, o custo dos acidentes do trabalho no Brasil atinge o expressivo montante de R\$ 56,8 bilhões – superior ao somatório do Produto Interno Bruto (PIB) de cinco estados brasileiros em 2009: Acre, Roraima, Amapá, Tocantins e Piauí²³².

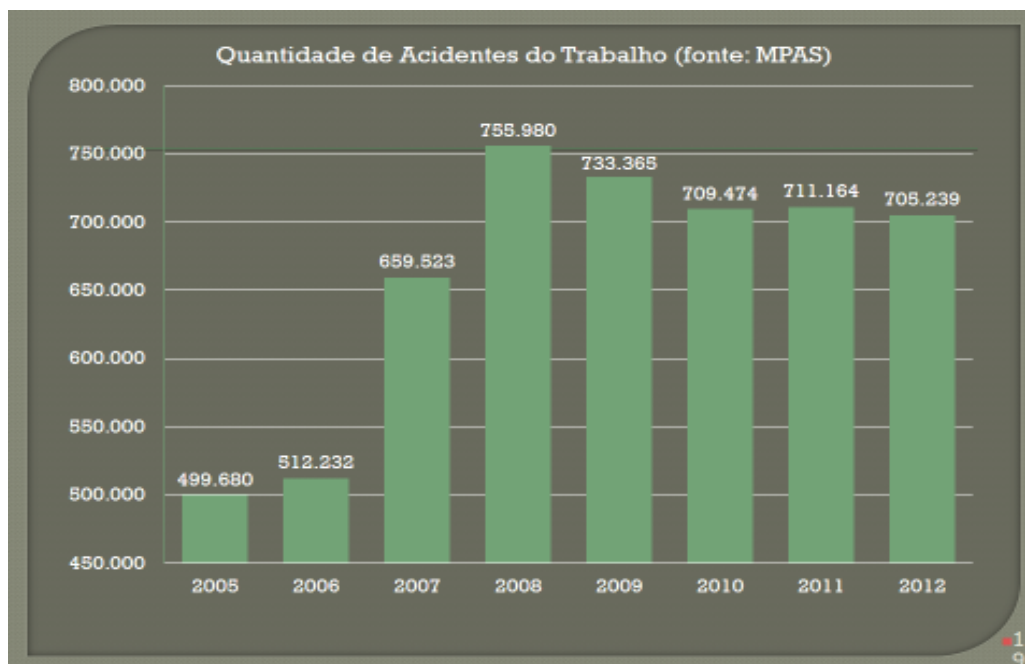
Reitere-se, ainda, que antes da edição da Lei 11.430/06, que criou o nexo técnico epidemiológico previdenciário, com aplicação prática a partir de abril de 2007, não constava dos dados oficiais brasileiros os acidentes do trabalho não comunicados pela empresa, gerando, naturalmente, enorme insegurança estatística em face da notória subnotificação existente.

A título comparativo, vejam-se os dados estatísticos gerais no Brasil desde 2005 até 2012²³³, considerando um período anterior e posterior à entrada em vigor da supracitada lei:

Tabela 1: Quantidade de Acidentes do Trabalho (2005-2012)

²³² GUIMARÃES, José Roberto Soares. **Perfil do Trabalho Decente no Brasil**: um olhar sobre as Unidades da Federação. [versão eletrônica]. Brasília: OIT, 2012, página eletrônica nº 286. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcms_228791.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

²³³ O Ministério da Previdência Social não publicou até a presente data os dados globais de 2013 das ocorrências de acidentes do trabalho no Brasil, razão pela qual o presente estudo se limita às estatísticas existentes e publicadas até o ano de 2012.



Fonte: MPAS.

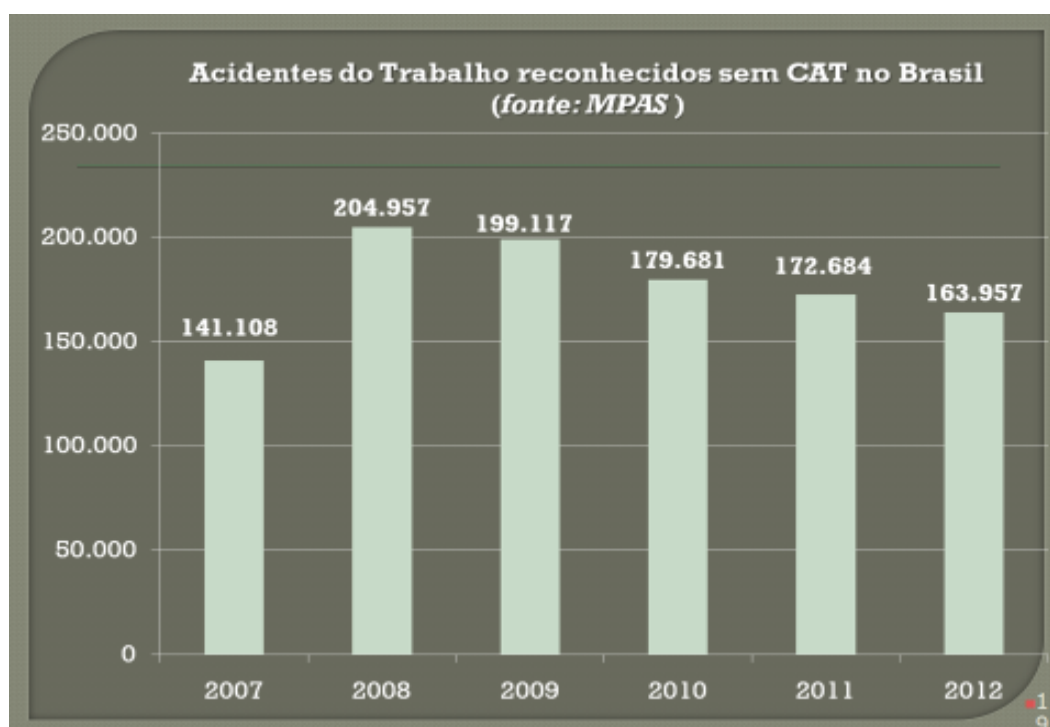
Percebe-se claramente a importância da edição desta específica norma legal, que criou método mais eficaz e seguro para o reconhecimento dos sinistros laborais existentes, possibilitando maior efetividade na adoção de políticas públicas para sua prevenção.

Os dados de 2005 e 2006 são bastante inferiores aos anos seguintes, não pelo aumento da sinistralidade no país, mas pela aparição de dados reais, anteriormente sonegados e omitidos pela notória preocupação dos empregadores com as consequências do reconhecimento do acidente do trabalho.

O ano de 2007 apresenta significativo aumento dos dados, porém ainda bastante inferior aos anos seguintes, pelo fato de que o nexo técnico passou a ser utilizado apenas em abril daquele ano, após regulamentação administrativa pelo INSS da Lei federal 11.430/06.

A partir de então houve radical transformação nas estatísticas oficiais no setor. A tabela abaixo demonstra a evolução comparativa entre os anos de 2007 a 2012, das estatísticas envolvendo apenas os acidentes do trabalho reconhecidos sem a emissão do comunicado de acidente do trabalho (CAT) pelas empresas.

Tabela 2: Acidentes do Trabalho reconhecidos sem CAT no Brasil



Fonte: MPAS.

Antes de 2007 apenas os acidentes do trabalho comunicados expressamente pelos empregadores é que constavam das estatísticas oficiais, o que prejudicava sobremaneira o estabelecimento de políticas públicas de controle de riscos laborais.

Observa-se uma redução da ocorrência de sinistros laborais, a partir da análise de ambas as tabelas acima apresentadas. Na tabela 1, que trata do número global de acidentes do trabalho no Brasil, a redução de 755.980 ocorrências em 2008 para 705.239 em 2012, é da ordem de 7%. Na tabela 2, que trata do número de acidentes do trabalho reconhecidos sem CAT, a redução de 204.957 ocorrências em 2008 para 163.957 em 2012, é da ordem expressiva de 20%.

Os números representam, com grande margem de segurança, o importante papel que o Estado apresenta – a partir das suas políticas públicas e legislativas – para o combate ao acidente do trabalho. O trabalho conjunto e compartilhado entre as instituições, como mencionado na seção 3.2 desta dissertação, de fato, vem trazendo resultados positivos nesse setor.

A representação do Estado Social, a partir da intervenção no domínio econômico e social, para proteção do direito fundamental ao ambiente de trabalho sadio e seguro, é também evidente a partir do papel desempenhado pela Advocacia Geral da União (AGU), nas ações regressivas contra as empresas negligentes, como visto anteriormente.

Desde o ano de 2007, quando o Conselho Nacional de Previdência Social editou a Resolução 1.291, de 27/06/2007, recomendando a ampliação da propositura das respectivas ações por parte das procuradorias especializadas do INSS, o governo vem divulgando sistematicamente o seu trabalho.

A partir do ano de 2009, as ações se intensificaram, valendo analisar a seguinte tabela representativa do número de ações ajuizadas e a pretensão de ressarcimento em milhões (R\$)²³⁴:

Tabela 3: Ações ajuizadas apenas no Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho

Ano	Ações ajuizadas apenas no Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho ²³⁵ (28/04)	Valores cobrados em milhões (R\$)
2009	384	R\$ 74,5 milhões
2010	488	R\$ 87,8 milhões
2011	174	R\$ 41 milhões
2012	261	R\$ 66 milhões
2013	536	R\$ 113,9 milhões
2014	353	R\$ 114,5 milhões

Fonte: Advocacia-Geral da União (2014).

Além do evidente caráter ressarcitório pretendido pela União, é inafastável o efeito pedagógico que a divulgação e a priorização dessas ações representam como verdadeira política de prevenção aos riscos ocupacionais.

A estratégia compartilhada entre órgãos do Estado na propositura de ações regressivas impõe evidente preocupação do empresariado brasileiro,

²³⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **AGU ajuíza mais de 350 ações regressivas com expectativa de ressarcimento ao INSS de cerca de R\$ 115 milhões**. Publicado em 28/04/2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/273535>. Acesso em: 01 de outubro de 2014.

²³⁵ No dia 28 de abril de 1969, uma explosão numa mina no estado norte-americano da Virgínia matou 78 mineiros. Em 2003, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) instituiu a data como o Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho, em memória às vítimas de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho. Neste dia são celebrados eventos no mundo todo para a conscientização dos trabalhadores e empregadores quanto aos riscos de acidentes. A data foi instituída no Brasil pela Lei 11.121, de 2005.

forçando e estimulando o investimento em saúde e segurança do ambiente de trabalho, dadas as enormes repercussões econômicas que um sinistro laboral pode ocasionar.

No mesmo sentido é a intenção da Lei 10.666/03 – regulamentada pelo Decreto 6.042/07, criando o Fator Acidentário de Prevenção (FAP). Não há dúvidas de que o incentivo fiscal garantido às empresas que comprovem investimentos em área de segurança ocupacional possui impacto direto na redução e combate ao acidente do trabalho apresentado nas tabelas 1 e 2, acima analisadas.

O estímulo aos previdentes e a punição severa aos negligentes, a partir da criação da supracitada lei federal, tende a impactar ainda mais nos grandes números estatísticos relacionados ao setor nos próximos anos.

Por fim, é importante a análise da relação existente entre a população economicamente ativa, o índice de informalidade no mercado de trabalho brasileiro e os números registrados das ocorrências de acidentes laborais neste país.

O boletim estatístico da Previdência Social registrou, para o mês de junho de 2014, a existência de 100,1 milhões de pessoas economicamente ativas no País, dentre empregados, empregadores e aqueles que trabalham por conta própria. Deste total, apenas 51,1 milhões são contribuintes do regime geral da previdência social (INSS), o que demonstra, de partida, o imenso contingente de trabalhadores desamparados e excluídos da proteção social²³⁶.

Do total de empregados (exceto domésticos), 37,2 milhões possuem carteira de trabalho assinada, enquanto outros 14,3 milhões encontram-se na informalidade, sem registro ou declaração. Estes trabalhadores, não contribuintes para o regime de previdência social, não são incluídos nas estatísticas de acidentes do trabalho no Brasil, o que demonstra outro enorme cenário de desafios para as políticas públicas envolvendo o mercado de trabalho como um todo.

²³⁶ BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 19, n. 08, ago. 2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/Beps_082014_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

Não obstante, a importância destes dados para o problema jurídico ora proposto reside no fato de que, mesmo havendo gradativo aumento da formalidade no mercado de trabalho, com o consequente ingresso de novos trabalhadores a cada ano, ainda assim o número absoluto de acidentes do trabalho tem diminuído no mesmo período.

No concernente aos dados de combate à informalidade no mercado de trabalho brasileiro²³⁷, cumpre analisar a seguinte tabela:

Tabela 4: População economicamente ativa x empregados formais e informais

Ano	População Economicamente Ativa	Empregados com carteira	Empregados na informalidade
2007	97.528.322	28.343.584	15.810.490
2008	98.845.569	30.189.072	15.696.585
2009	99.500.202	31.881.148	15.884.494
2010/2011	101.110.213	32.364.450	15.310.982
2012/2013	100.222.603	36.232.559	14.015.804
2014	100.978.942	37.201.833	14.346.930

Fonte: **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 19, n. 8, ago. 2014.

Os números revelam um crescimento de 3,48% da população economicamente ativa, considerando o período de 2007 a 2014, com uma única oscilação nos anos de 2012 e 2013, em que houve diminuição do número em relação ao ano anterior. A tabela também revela um aumento expressivo de 31,25% de novos registros formais em carteira, para a categoria de empregados (exceto domésticos), no mesmo período. Em contrapartida, o número de empregados informais, ou sem declaração alguma, partiu de 15.810.490, em 2007, para 14.346.930, em 2014, o que representa uma redução de 10,20% nesta avaliação.

Da análise do presente cenário do mercado de trabalho brasileiro, percebe-se nitidamente um resultado positivo nas políticas públicas de incentivo e

²³⁷ Os números da população economicamente ativa, dos empregados com carteira de trabalho e aqueles sem carteira ou sem informação foram obtidos dos boletins estatísticos da previdência social. (BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 19, n. 08, ago. 2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/Beps082014_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014)

fomento à formalização dos postos de trabalho, uma vez que a taxa de crescimento de formalização é superior em quase 10 pontos percentuais em relação ao crescimento da população economicamente ativa, no mesmo período.

As estatísticas são reveladoras, sobretudo se comparadas diretamente com os números absolutos de ocorrências de acidentes do trabalho, consoante se extrai da seguinte tabela abaixo:

Tabela 5: Ocorrências de Acidentes de Trabalho

Ano	Número de Acidentes registrados	Empregados com carteira	Taxa de incidência²³⁸: Acidente / cada 1.000 vínculos formais
2008	755.980	30.189.072	25,04
2009	733.368	31.881.148	23,00
2010	709.474	32.364.450	21,92
2011	711.164	32.364.450	21,97
2012	705.239	36.232.559	19,46

Fonte: Compilado pelo autor.

Excluiu-se da tabela 5 o ano de 2007, tendo em vista que naquele ano passou a vigorar o nexó técnico epidemiológico previdenciário tão somente a partir de abril, que garantiu maior segurança e credibilidade aos dados oficiais. Da mesma forma, no concernente aos anos de 2013 e 2014, a Previdência Social ainda não publicou os dados oficiais considerando as ocorrências de acidentes do trabalho no Brasil, razão pela qual este período também foi excluído da avaliação.

Não obstante, a análise do período de 2008 a 2012 garante resultados suficientes para demonstrar a efetividade das políticas públicas manifestadas pelo Estado Social nos últimos anos, no que diz respeito ao combate aos infortúnios laborais.

²³⁸ Trata-se de um indicador que reflete a intensidade com que acontecem os acidentes do trabalho. Expressa a relação entre as condições de trabalho e o quantitativo médio de trabalhadores expostos àquelas condições. Esta relação constitui a expressão mais geral e simplificada do risco. O coeficiente é definido como a razão entre o número de novos acidentes do trabalho registrados a cada ano e a população exposta ao risco de sofrer algum tipo de acidente. São considerados no denominador apenas os trabalhadores com cobertura contra os riscos decorrentes de acidentes do trabalho. Não estão cobertos os contribuintes individuais (trabalhadores autônomos, empresários e profissionais liberais), os empregados domésticos, os militares e os servidores públicos estatutários.

A taxa de incidência de acidentes do trabalho no Brasil, considerando a relação da ocorrência a cada 100 mil registros formais, foi de 25,04, em 2008, para 19,46 em 2012, o que representa uma expressiva redução de 22,3%.

A força normativa da política estatal de intervenção no domínio econômico e social parece, de fato, possuir impacto direto na redução desta mazela social. Os números apresentados e comparados demonstram claramente que há efetividade na aplicação das três normas legais expostas na seção 3.2 desta pesquisa, vez que, desde 2007, quando este arcabouço normativo entrou efetivamente em vigor – e não somente no plano de sua vigência e eficácia – os acidentes do trabalho reduziram no Brasil.

E isto ainda considerando o expressivo aumento de trabalhadores cobertos por este risco social, como se pode observar da tabela 5 acima colacionada. Destarte, de 2008 a 2012, o Brasil apresentou aumento de 30.189.072 para 36.232.559 de registros formais, o que representa uma alavanca percentual no importe de 20,01%.

Enquanto o mercado de trabalho apresenta um potencial aumento de risco, pela simples entrada de novos trabalhadores formais, o que se verifica é a gradativa redução de números absolutos de ocorrências relacionadas aos sinistros laborais.

Diante da análise quantitativa apresentada, o problema jurídico proposto para esta pesquisa parece se confirmar, no sentido de que, de fato, a presença do Estado Social, na proteção de direitos fundamentais sociais, se mostra indispensável no combate para a redução dos níveis de acidente do trabalho no Brasil.

Embora a política legislativa se mostre eficiente neste setor, o caminho parece ser ainda desafiador e complexo, na medida em que o Brasil aparece em quarto lugar no *ranking* mundial de acidentes do trabalho, em números absolutos, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, Holanda e Alemanha²³⁹.

²³⁹ INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (Organização Internacional do Trabalho – OIT), órgão vinculado às Nações Unidas. **Casos de acidentes de trabalho não fatais por sexo e atividade econômica.** Disponível em: <http://www.ilo.org/ilostat/faces/home/statisticaldata/data_by_subject/subject-details/indicator-details-by-subject?subject=INJ&indicator=INJ_NFTL_SEX_ECO_NB&datasetCode=YI&collectionCode=YI&_afLoop=19086194127331#%40%3FIndicato>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática envolvendo a proteção ao meio ambiente laboral decente, sadio e seguro, consiste em verdadeira e indispensável política pública planetária, dados os reflexos e repercussões sobre os domínios social e econômico.

Além dos custos principais envolvidos com o acidente do trabalho, na área da saúde e da previdência social, é importante enfatizar que, indubitavelmente, outros custos indiretos a eles se associam, como, por exemplo: despesas com a contratação e treinamento de trabalhador substituto quando o afastamento é definitivo ou prolongado; perda (ainda que eventualmente momentânea) de produtividade do trabalho; custos atrelados aos danos materiais e eventual interrupção do processo produtivo; perda de bônus quando da renovação do seguro patrimonial, custos com assistência jurídica, inclusive para o processo de regularização do local do acidente, custo associado à imagem da empresa, dentre outros²⁴⁰.

Ademais, o principal custo associado aos acidentes do trabalho não é passível de mensuração e refere-se ao irreparável prejuízo físico e psíquico-emocional causado aos trabalhadores acidentados e aos seus familiares e colegas. Se é verdade que o trabalho dignifica o homem, a ausência de capacidade para o trabalho, sobretudo se ocasionada por acidente laboral, ofende diretamente a dignidade da pessoa humana.

Viu-se ao longo do trabalho a fundamental importância do Estado Social na regulação e intervenção do mercado, com fins de garantir o necessário equilíbrio na clássica dicotomia capital *versus* trabalho. Também foram pesquisadas a afirmação histórica dos direitos humanos e a consolidação dos direitos fundamentais sociais como direitos plenamente exigíveis e eficazes nas Cartas Políticas contemporâneas.

²⁴⁰ GUIMARÃES, José Roberto Soares. **Perfil do Trabalho Decente no Brasil**: um olhar sobre as Unidades da Federação. [versão eletrônica]. Brasília: OIT, 2012, página eletrônica nº 286. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcms_228791.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

O ponto central desta pesquisa parece, de fato, demonstrar que a política legislativa brasileira nos últimos anos, sob forte influência da Constituição Cidadã de 1988, tem demonstrado efetividade no combate e redução aos sinistros laborais neste país.

Não somente os números absolutos sofreram redução na última década, mas principalmente a taxa de incidência de acidentes diminuiu, mesmo quando observada uma majoração no percentual de inclusão social e formalização de vínculos empregatícios, aumentando consequentemente a população economicamente ativa no Brasil.

O desafio segue em frente, como projeto e verdadeiro programa político de atuação constante, compartilhada e integrada com todas as esferas de poder. Não somente a legislação é suficiente para conter esta mazela, mas também um Executivo fiscalizador e um Judiciário atuante.

A proteção ao meio ambiente laboral decente, sadio e seguro está sustentada na valorização social do trabalho, no desenvolvimento econômico sustentável e, acima de tudo, no valor supremo da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BALERA, Wagner. **Legislação Previdenciária Anotada**. São Paulo: Conceito, 2011.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 18. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Trad. Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**: Para uma Teoria Geral da Política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **AGU ajuíza mais de 350 ações regressivas com expectativa de ressarcimento ao INSS de cerca de R\$ 115 milhões**. Publicado em 28/04/2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/273535>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. Casa Civil. **E.M. nº 33 – MPS**. Brasília, 09 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Exm/EM-33-MPS.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. **Lei 10.666, de 08 e maio de 2003**. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção

e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm>. Acesso em: 16 jan. 2013.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. **Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 19, n. 08, slide 03, ago. 2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/Beps082014_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 19, n. 08, ago. 2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/Beps_082014_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 19, n. 08, ago. 2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/Beps082014_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional – DPSSO**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/saude-e-seguranca-do-trabalhador/institucional/>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Resolução MPS/CNPS 1.291, de 27 de junho de 2007**. DOU 27/07/2007. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/72/MPS-CNPS/2007/1291.htm>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Receita Federal. **Apresentação. CONAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnaefiscal/txtcnae.htm>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. **Recomendação Conjunta GP.CGJT. N.º 2/2011**. Recomenda o encaminhamento de cópia de sentenças e acórdãos que reconheçam conduta culposa do empregador em acidente de trabalho para a respectiva unidade da Procuradoria-Geral Federal - PGF. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1199940/1201858/recomenda%C3%A7%C3%A3o+conjunta+-+a%C3%A7%C3%B5es+regressivas.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BURNS, Edward Mcnall. **História da Civilização Ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1978.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Hertz Jacinto. **Manual de Acidente do Trabalho**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DAL RI, Luciene. Os direitos políticos no Brasil Imperial: entre constitucionalismo e liberalismo. **Direitos fundamentais & justiça**, v. 18, p. 129-148, 2012.

DATASUS – Departamento e Informática do SUS. **CID 10**. Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/sistemas-e-aplicativos/cadastrados-nacionais/cid-10>>. Acesso em: 21 set. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA, Daniela Câmara; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Constitucional ao Meio Ambiente de Trabalho Seguro e Saudável**. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/bol399/doutrina3/doutrina1.htm>. Acesso em: 01 mar. 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar (Orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GOMES, Laurentino. **1889**: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil. São Paulo: Globo, 2013.

GUIMARÃES, José Roberto Soares. **Perfil do Trabalho Decente no Brasil**: um olhar sobre as Unidades da Federação. [versão eletrônica]. Brasília: OIT, 2012, página eletrônica nº 286. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcms_228791.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Revista de Estudios Constitucionales**, año 12, n. 1, 2014,

HEUKO, Guilherme Ramon. A Efetividade e a Atuação Judicial na Promoção dos direitos Sociais Prestacionais. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (Organização Internacional do Trabalho – OIT), órgão vinculado às Nações Unidas. **Casos de acidentes de trabalho não fatais por sexo e atividade econômica**. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilostat/faces/home/statisticaldata/data_by_subject/subject-details/indicator-details-by-subject?subject=INJ&indicator=INJ_NFTL_SEX_ECO_NB&datasetCode=YI&collectionCode=YI&_afLoop=19086194127331#%40%3Findicator%3DINJ_NFTL_SEX_ECO_NB%26subject%3DINJ%26_afLoop%3D19086194127331%26datasetCode%3DYI%26collectionCode%3DYI%26_adf.ctrl-state%3Dc3ct5001_296>. Acesso em: 02 out. 2014.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Júlio César. **Ação Regressiva**. São Paulo: Conceito, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

PALMEIRA SOBRINHO, Zeu. **Acidente do Trabalho: Crítica e Tendências**. São Paulo: LTr, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: Proteção Internacional e Perspectivas do Constitucionalismo Latino-Americano. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho**: entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVARIS, José Antonio. Globalização, Crise Econômica, Consequencialismo e a Aplicação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC). In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZO, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: Um Diálogo Latino-Americano. Curitiba: Alteridade, 2012.

SAVARIS, José Antonio. **O princípio da legalidade como limite para o ajuizamento de ações regressivas pelo INSS**. Publicado em 19 de maio de 2013. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2013/05/artigo-o-principio-da-legalidade-como.html>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa** Que é o Terceiro Estado?. Org. e Introd. de Aurélio Wander Bastos, trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela; FOLMANN, Melissa. **Fator Acidentário de Prevenção (FAP)**. Curitiba: Juruá, 2011.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1986.

WILKEN, Robert L. **The Spirit of Early Christian Thought**. New Haven: Yale University Press, 2003.