

Volumen Especial - Julio/Septiembre 2016

REVISTA INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

ISSN 0719-4706

*Homenaje a
Luiz Alberto David Araujo*

MIEMBRO DE HONOR COMITE INTERNACIONAL
REVISTA INCLUSIONES



UNIVERSIDAD DE LOS LAGOS
CAMPUS SANTIAGO

CUERPO DIRECTIVO

Directora

Mg. Viviana Vrsalovic Henríquez
Universidad de Los Lagos, Chile

Subdirectora

Lic. Débora Gálvez Fuentes
Universidad de Los Lagos, Chile

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda
Universidad de Los Lagos, Chile

Secretario Ejecutivo y Enlace Investigativo

Héctor Garate Wamparo
Universidad de Los Lagos, Chile

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés – Francés

Lic. Ilia Zamora Peña
Asesorías 221 B, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón
Asesorías 221 B, Chile

Diagramación / Documentación

Lic. Carolina Cabezas Cáceres
Asesorías 221 B, Chile

Portada

Sr. Felipe Maximiliano Estay Guerrero
Asesorías 221 B, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Mg. Carolina Aroca Toloza

*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,
Chile*

Dr. Jaime Bassa Mercado

Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto

Universidad de San Pablo, Brasil

Dra. Nidia Burgos

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos

*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Lic. Juan Donayre Córdova

Universidad Alas Peruanas, Perú

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Mg. Keri González

*Universidad Autónoma de la Ciudad de
México, México*

Dr. Pablo Guadarrama González

Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy

Universidad de La Serena, Chile

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Cecilia Jofré Muñoz

Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

Universidad de Potsdam, Alemania

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Mg. Julieta Ogaz Sotomayor

Universidad de Los Andes, Chile

Mg. Liliana Patiño

Archiveros Red Social, Argentina

Dra. Eleonora Pencheva

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona

Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra

Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz

Universidad del Salvador, Argentina

Lic. Rebeca Yáñez Fuentes

Universidad de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia

Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Antonio Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Adalberto Santana Hernández

*Universidad Nacional Autónoma de México,
México
Director Revista Cuadernos Americanos, México*

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Comité Científico Internacional

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Mg. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dr. Iván Balic Norambuena

*Universidad Nacional Andrés Bello, Chile
Universidad de Los Lagos, Chile*

Dra. Ana Bénard da Costa

*Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal*

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidad Católica de Angola, Angola

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y
el Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Instituto Federal Sul-rio-grandense, Brasil

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Miguel Ángel de Marco

*Universidad de Buenos Aires, Argentina
Universidad del Salvador, Argentina*

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Dr. Sergio Diez de Medina Roldán

*Universidad Nacional Andrés Bello, Chile
Universidad de Los Lagos, Chile*

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dr. Francisco Luis Giraldo Gutiérrez

*Instituto Tecnológico Metropolitano,
Colombia*

Dra. Carmen González y González de Mesa
Universidad de Oviedo, España

Dra. Andrea Minte Münzenmayer
Universidad de Bio Bio, Chile

Mg. Luis Oporto Ordóñez
Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga
Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Juan Carlos Ríos Quezada
Universidad Nacional Andrés Bello, Chile
Universidad de Los Lagos, Chile

Dr. Gino Ríos Patio
Universidad de San Martín de Porres, Per

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta
Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza
Universidad Estatal a Distancia UNED, Costa Rica

Dra. Vivian Romeu
Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. María Laura Salinas
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia
Universidad della Calabria, Italia

Dra. Jaqueline Vassallo
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques
Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez
Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec
Universidad de Varsovia, Polonia

Asesoría Ciencia Aplicada y Tecnológica:
CEPU – ICAT

Centro de Estudios y Perfeccionamiento
Universitario en Investigación
de Ciencia Aplicada y Tecnológica
Santiago – Chile

Indización

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:



Information Matrix for the Analysis of Journals



ISSN 0719-4706 - Volumen 3 / Número Especial Julio – Septiembre 2016 pp. 247-254

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS EM *TERRAE BRASILIS*
UM EXEMPLO DE RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO NO CASO DA (ADI) 5357**

**LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN *TERRAE BRASILIS*.
UN EJEMPLO DE RESPUESTA ADECUADA A LA CONSTITUCIÓN EN EL CASO (ADI) 5357**

Dr. Lenio Luiz Streck

Universidad de Vale do Rio dos Sinos, Brasil / Universidade Estácio de Sá, Brasil
lenios@globo.com

Fecha de Recepción: 17 de junio de 2016 – **Fecha de Aceptación:** 29 de junio de 2016

Resumo

Refletir sobre a efetivação dos direitos humanos e fundamentais nesta quadra da história é pensar também acerca das condições de possibilidade de sua efetivação (jurídica) em consonância com a democracia e os limites do direito.

Palavras-Chaves

História – Direitos Humanos – Brasil

Resumen

El presente artículo reflexiona sobre la realización de los derechos humanos y fundamentales a través de la historia.

Palabras Claves

Historia – Derechos Humanos – Brasil

Considerações iniciais

Refletir sobre a efetivação dos direitos humanos e fundamentais¹ nesta quadra da história é pensar também acerca das condições de possibilidade de sua efetivação (jurídica) em consonância com a democracia e os limites do direito. Caso contrário muitas conquistas esconderão, na realidade, outros problemas. Dito de outro modo, por vezes ouvem-se discursos em prol do reconhecimento e da concretização de direitos pela via judicial que não levam em conta que a prestação jurisdicional não é ilimitada e que “jogo” democrático tem de ser respeitado. Senão, partiremos de uma *demo*-cracia para uma *juristo*-cracia o que certamente traria consequências outras tão danosas ou mais graves do que aquelas que intentamos suplantar.

Assim, cada vez mais se torna necessário discutir o papel do direito na democracia, suas possibilidades e sua força normativa. Em outras palavras, na contemporaneidade, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia, inclusive os direitos humanos.

A nova acepção do direito está bem representada naquilo que Jorge Miranda chamou de “Revolução Copernicana do Direito Público”, ou seja, o novo lugar ocupado pelas Constituições do segundo Pós-guerra e pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Deste modo, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Nesta conjuntura exsurtem questões como: todo e qualquer argumento serve como fundamento de uma decisão jurídica? Sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, em sua interpretação do direito, não está se substituindo os demais Poderes da República, Legislativa ou Executivo, proferindo argumentos de política ou de moral, dentre outros?

Longe de ser um mero exercício teórico o modo como respondemos a estas indagações tem repercussões políticas e sociais que, em última instância, podem fortalecer ou fragilizar as pretensões (supostamente) emancipatórias. Destarte, o grande desafio hermenêutico o direito no século XXI é controlar hermeneuticamente as decisões judiciais, especialmente, diante do deslocamento da concretização dos direitos previstos na Constituição pelo Judiciário.

Nesta linha, este artigo, na primeira parte, versará sobre a necessária diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Na segunda, a abordagem se centrará em algumas recepções equivocadas que adentraram nossa cultura jurídica, sobretudo, com reflexos na aplicação prática do direito, como ocorre com a ponderação alexyana. Na

¹ A questão central deste texto está ligada à decisão do STF sobre inclusão de pessoas com deficiência – ADI 5357. E a reflexão é uma homenagem ao professor Luiz Alberto David de Oliveira, combatente da causa da inclusão no Brasil.

terceira e última será apresentada a ideia da resposta constitucionalmente adequada como direito fundamental do cidadão a partir do julgamento do STF na (ADI) 5357.

A necessidade de uma resposta constitucionalmente adequada em Direito

Com a Constituição de 1988 tivemos a necessidade buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade). A pergunta que se coloca(va) era: de que modo pode(ría)mos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica esta(va) assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco as discussões hodiernas sobre direitos humanos. Do mesmo modo, não há uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a esta nova realidade temos gestado ao longo das últimas décadas a *Crítica Hermenêutica do Direito*². Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Então, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma escolha (livre) que deva ser avaliada pelas suas consequências.

Os cidadãos ao procurarem o Judiciário acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do Direito previamente estabelecido. Ou seja, não é um direito criado *ex post facto*, mas aquele que tem raízes na história institucional de sua comunidade. Não estamos a dizer que (pré)existe um direito já pronto para ser aplicado, é que existe uma tradição, uma narrativa que precisa ser reconstruída e que esta tarefa possui limites e parâmetros.

Nesse sentido, entendo que há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer.

² Em síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado amiúde em obras como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *Verdade e Consenso* e *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito – CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Com desideratos semelhantes, em Habermas o direito – a Constituição – garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo – daí a ênfase em uma democracia procedimental; na hermenêutica – na leitura feita no espaço destas reflexões – a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto; a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, que tem caráter cogente, decorrendo, assim, uma maior valorização da jurisdição constitucional.

Afastando-se do relativismo, a *Crítica Hermenêutica do Direito* - CHD entende ser possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta (ou, adequada ou inadequada em relação à Constituição). Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teorético-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio substantivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o “como apofântico”). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinaria e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O Direito de obter respostas constitucionalmente adequadas: o julgamento da (ADI) 5357

Mutatis mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma decisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exurgirá de acordo com

as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d'onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Se é verdade que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia da consciência, em um raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse “modo ôntico” permanecerá e será aceito como tal se – e somente se – a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação “desaparece”. Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à Constituição (resposta hermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e à integridade (exame da integridade legislativa e respeito à integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie.

Nessa perspectiva, é interessante analisar uma decisão do STF (ADI) 5357³ que obriga escolas particulares a cumprir as obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sem que, ao mesmo tempo, seja cobrado um adicional em mensalidades, anuidades ou matrículas. Ao analisar superficialmente o caso, é possível imaginar que existe um conflito entre os princípios que orientam a livre exploração econômica e os que procuram oferecer igualdade de oportunidades para todos, incluindo também os portadores de deficiência física. No entanto, após uma leitura mais atenta sobre o caso, o falacioso conflito entre princípios desaparece totalmente por meio do voto correto apresentado pelo ministro Edson Fachin. Não foi preciso o uso da ponderação ou de qualquer outro meio discricionário para se chegar à resposta constitucionalmente adequada.

No caso a Confenen (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino) havia ajuizado uma ação direta de inconstitucionalidade para questionar a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 28 e *caput* do artigo 30 da Lei 13.146/2015. De acordo com as alegações apresentadas pela entidade, os dispositivos do

³ Nesse sentido, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>.

Estatuto violariam o art. 208, III, Constituição Federal, já que o mesmo reservaria exclusivamente ao Estado o dever de atendimento educacional aos deficientes. Além disso, os dispositivos do Estatuto poderiam prejudicar a viabilidade econômica das escolas privadas, ao instituírem medidas de alto custo para a realização de todas as adequações.

Ao manifestar seu voto, o ministro Edson Fachin indicou que o Estatuto é um reflexo do compromisso ético com a pluralidade e a acessibilidade previsto na Constituição e que não apenas as escolas públicas devem se adequar às novas exigências do Estatuto, mas também as escolas privadas, já que estas exploram uma atividade pública que não pode, em hipótese alguma, ficar submersa aos interesses meramente econômicos. De acordo com ele, “o ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmudando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente”. Ou seja, se por um lado a Constituição permite a exploração econômica da atividade educacional; por outro lado é importante observar que a liberdade econômica não é absoluta e que a atividade educacional, em certas condições (escola privada), não estaria autorizada a abrir mão da acessibilidade, da pluralidade, da igualdade de oportunidades e da construção da própria cidadania entre seus alunos.

O direito não pode ser vulnerável a argumentos pragmáticos. O interesse de mercado não pode instrumentalizar a Constituição conforme situações de conveniência. Nesse sentido, a superação da política de segregação, de separação, de isolamento para alunos com algum tipo de deficiência não está colocada como uma exigência voltada exclusivamente para escolas públicas. Conforme o ministro Fachin, “à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver”. Ao abrir mão da pluralidade e da inclusão, em nome de argumentos meramente mercadológicos, a Confenem se esquece das obrigações constitucionais que as escolas privadas também assumem numa sociedade democrática. Afinal, educação não deve ser compreendida apenas como transmissão e acúmulo de conhecimento, mas também como construção da cidadania.

A partir de todos esses pressupostos presentes no voto do ministro Edson Fachin e acompanhando pela maioria dos ministros, com exceção do ministro Marco Aurélio, é possível perceber que a livre atividade econômica não foi abandonada discricionariamente em nome do princípio da igualdade. Numa sociedade democrática todas as liberdades são regulamentadas pela Constituição, não cabendo ao mercado a absoluta livre disposição para se comportar como bem entende. Em casos como a da (ADI 5357) não nos encontramos diante da dicotomia liberdade *versus* opressão, como se o Estado sempre se colocasse como uma enorme barreira para a concretização das liberdades. É verdade que, em certos momentos da história, experiências autoritárias transformaram o Estado num aparelho assustador contra qualquer livre manifestação do indivíduo. Por outro lado, é relevante notar que desde os tempos de Hobbes a ideia de liberdade absoluta é superada em nome do estabelecimento de uma ordem política que, a partir do constitucionalismo moderno, também passa a sofrer limitações para impedir que o Estado se transforme num poder arbitrário. Ou seja, desde o poder exercido pelo Estado até as liberdades individuais, numa ordem política democrática e constitucional tudo é regulamentado.

Não poderia ser diferente com a exploração da atividade educacional por grupos privados. De acordo com Fachin, “[...] (os dispositivos do Estatuto) aplicam-se a todos os agentes econômicos, de modo que há verdadeiro perigo inverso na concessão do pedido. Perceba-se: corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso

privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação”.

Considerações finais

Diante do exposto, parece-nos indispensável dentre as discussões sobre os desafios dos direitos humanos no séc. XXI estar presente uma reflexão a respeito da função e dos limites da atividade jurisdicional, uma vez que estes se encontrarão em juízo e neste momento há que se ter uma decisão jurídica devidamente fundamentada.

Na realidade brasileira de colonização do mundo da vida pelo Judiciário é importante entender a diferença entre ativismo e a judicialização da política. Para além de uma criteriológica quantitativa, o primeiro se caracteriza por uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência, etc.) e/ou invade a competência dos demais Poderes; já o segundo é uma contingência histórica que ocorre de tempos em tempos, sobretudo, em países periféricos de modernidade tardia que possuem uma Constituição analítica como o Brasil.

Diante deste maior espectro de atuação do Judiciário a questão que se coloca é como as decisões são construídas. Por isso, há que se ter cautela com recepções teóricas (equivocadas) que não se coadunam com a realidade brasileira ou que “escondem” posturas subjetivistas, casos da Jurisprudência dos Valores ou da Ponderação Alexyana, ou sua versão tupiniquim. Nesta quadra da história temos que dar um salto da subjetividade para a intersubjetividade, dos donos dos sentidos aos sentidos que se dão num *apriori* compartilhado. Deste modo, ao invés da discricionariedade, das escolhas, teremos decisões que se acomodam numa construção democrática do direito.

Assim, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, chegamos ao direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas a Constituição. Mais do que isso: a obtenção de respostas adequadas a Constituição implica o respeito à democracia. Trata-se de um direito (humano) fundamental do cidadão. Ou seja, o cidadão tem o direito a uma *accountability hermenêutica*. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais.

Referencias

Alexi, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: CEC. 1989.

Alexi, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993-2002.

Cattoni, Marcelo. Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro, 2007.

Habermas, Jürgen. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1992.

A efetividade dos Direitos Humanos em *Terrae Brasiliis*. Um exemplo de resposta adequada á Constituição no caso... pág. 254

Pogrebinski, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

Tassinari, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

Para Citar este Artículo:

Streck, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos Humanos em *Terrae Brasiliis*. Um exemplo de resposta adequada á Constituição no caso da (ADI) 53357. Rev. Incl. Vol. 3. Num. Especial, Julio-Septiembre (2016), ISSN 0719-4706, pp. 247-254.

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.