NICE HELENA POLESI SOBREIRA

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

MESTRADO

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

OSASCO

2005

NICE HELENA POLESI SOBREIRA

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

MESTRADO

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

OSASCO

2005

T
S661p

NICE HELENA POLESI SOBREIRA

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

MESTRADO

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO
Osasco
2005

NICE HELENA POLESI SOBREIRA

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração "Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos", dentro do projeto: A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana perante a Ordem Política Social e Econômica, inserido na linha de pesquisa: Direitos Fundamentais em sua dimensão material, sob a orientação do Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo.

Osasco

2005

FUND. INST. DE ENSINO POSASCO - BIBLIOTECA F.I.E.O.

CDU T
PHA S661 p
ASS. E.L.Ry

NICE HELENA POLESI SOBREIRA

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

São Paulo, 01 de agosto de 2005.

Nota: 10,0 (dez)

DEDICATÓRIA

"Saber o que é a excelência moral e a intelectual não é o bastante; devemos esforçar-nos por possuí-las e praticá-las, ou experimentar qualquer outro meio existente para nos tornarmos bons".

Aristóteles, *Ética a Nicômaco, livro 10*

Aos meus pais, que sempre me apoiaram e incentivaram a continuar estudando e que sempre me educaram pelo exemplo.

Ao Gabriel Chalita, que nos apresenta à felicidade.

AGRADECIMENTO

"Se procurar bem, você acaba encontrando
não a explicação (duvidosa) da vida,
mas a poesia (inexplicável) da vida..

Carlos Drumond de Andrade

Ao Prof. Dr. Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, por toda paciência, apoio e preciosas orientações para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo desenvolver pesquisa acerca do tema direitos humanos, envolvendo sua definição, evolução histórica na cultura política e jurídica no mundo ocidental, abrangendo as concepções de direito natural como resgate histórico, e seu destino na positivação dos conceitos no sistema constitucional pátrio. Na primeira parte do trabalho, inicia-se o questionamento sobre a origem histórico-cultural, bem dos documentos de fundação desses direitos. Em seguida, faz-se uma abordagem sobre os direitos humanos e sua relação com as alterações sociais, econômicas e políticas vivenciadas, demonstrando a influência exercida pelo direito natural em sua formação. São apresentadas idéias de algumas escolas, tais como; o pensamento grego, o direito natural dos escolásticos e do racionalismo. O trabalho tem ainda, como finalidade, apresentar o papel que os conceitos de direitos humanos exercem na ordem política e jurídica de uma nação, influenciando a imposição de uma universalização desses direitos. Para isso, será também analisada sua relação com a democracia sob a ótica da filosofia política. Na segunda parte do trabalho, busca-se identificar a presença dos direitos humanos no sistema constitucional pátrio, iniciando-se no resgate do tema nos diversos ordenamentos jurídicos da história brasileira. Na terceira parte, busca-se delimitar na Constituição Federal de 1988 a positivação dos direitos humanos para a plena realização da cidadania.

ABSTRACT

The present work has as objective to develop research concerning the right theme humans, involving its definition, evolution history in the political and juridical culture in the occidental world, embracing the natural right conceptions like historical ransom, and your destination in the concepts in the brazilian constitutional system. In the first part of work, It begins to ask on the historical-cultural origin, well from foundation documents of these right. Soon after, it does a boarding on the human rights and your relation with the social, economic and political alterations, demonstrating the influence exercised by the natural right in your formation. It introduced ideas of some schools, suches like; the Greek thought, the natural right of the scholastic and of the rationalism. The work has yet, like purpose, introduce the function of the human rights concepts exercise in the order politics and juridical of a nation, influencing the universal imposition of these rights. For that, it will be also analyzed its relation with the democracy under the political philosophy optics. In the second part of work, it seeks to identify the human rights presence in the constitutional system, beginning in the theme ransom in the several juridical norms of the brazilian history. In the third part, it seeks to define in the Federal Constitution of 1988 of the human rights for the citizenship full accomplishment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 01
1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS 08
1.1. A AFIRMAÇÃO PROGRESSIVA NO DECORRER DA HISTÓRIA 09
1.1.1. Do desenvolvimento do pensamento grego 10
1.1.2. Do estoicismo 16
1.1.3. A Idade Média 19
1.1.4. São Tomás de Aquino 26
1.1.5. Racionalismo 29
1.1.6. Lei de *Habeas Corpus*, *Bill of Rights*, a Independência Americana e a Revolução Francesa 35
1.2. A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA POSITIVAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS 42
1.2.1. A positivação dos direitos humanos no plano internacional: A Declaração Universal dos Direitos Humanos 46
1.2.2. A positivação dos direitos humanos no plano interno dos Estados nacionais 56
2. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 61
2.1. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA 62
2.1.1. A Constituição de 1824 63
2.1.2. A Constituição de 1891 70
2.1.3. A Constituição de 1934 75
2.1.4. A Constituição de 1937 81
2.1.5. A Constituição de 1946 84
2.1.6. A Constituição de 1967 87
3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 93
3.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 101

3.1.1. Direitos Humanos de Primeira Dimensão..... 110
3.1.2. Direitos Humanos de Segunda Dimensão..... 111
3.1.3. Direitos Humanos de Terceira Dimensão..... 113
3.1.4. Direitos Humanos de Quarta Dimensão..... 115
3.2. A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL: CONTROVÉRSIA ANTE A HIERARQUIA NORMATIVA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004..... 117
3.2.1. A internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como lei de conteúdo constitucional e a posição do Supremo Tribunal Federal..... 120
3.2.2. O princípio da dignidade da pessoa humana: princípio absoluto ou relativo e sua interpretação doutrinária na internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos..... 122
3.2.3. A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o novo regime jurídico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos..... 126
3.3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS..... 128
3.3.1. Princípios e normas na ordem jurídica..... 128
3.3.2. Os princípios constitucionais positivos..... 130
3.3.3. Conceito e conteúdo dos princípios fundamentais..... 131
3.4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO..... 136
3.4.1. A participação política como aspecto social do princípio da dignidade da pessoa humana..... 140
3.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... 141
4. INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS..... 147
4.1. DIREITOS HUMANOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS..... 153
4.2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS..... 155

4.2.1. A inerência como característica dos Direitos Humanos..... 155
4.2.2. O caráter universal dos Direitos Humanos..... 157
4.2.3. Indivisibilidade e interdependência..... 158
4.2.4. Transnacionalidade..... 162
4.3. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS..... 163
4.4. RELAÇÕES ENTRE OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E OS DIREITOS HUMANOS..... 165
4.4.1. Direitos humanos difusos..... 168
4.4.2. Direitos humanos coletivos..... 169
4.4.3. Os direitos humanos individuais homogêneos..... 170
4.5. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS TRANSINDIVIDUAIS..... 172
CONCLUSÃO..... 174
BIBLIOGRAFIA..... 186

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico, considerado, inicialmente, instrumento de consagração dos direitos humanos no século XVIII, acabou sendo instrumento de uma série de arbitrariedades e violações aos direitos individuais, durante o século XX.

As duas guerras mundiais evidenciaram a necessidade de assegurar uma ordem internacional adequada para proteger e promover os seres humanos, de forma a ser aceita pela maioria dos países, resgatando o conteúdo axiológico dos ordenamentos jurídicos positivistas. Enfatizaram, também, a necessidade de análise das relações entre os indivíduos e os Estados integrantes da sociedade internacional, colocando Estado e indivíduo no mesmo plano. Esse resgate somente pode ser concretizado a partir da compreensão de que os direitos fundamentais, entendidos como sendo os direitos humanos consagrados pelas constituições de cada Estado, se servem de um modelo de regras, princípios e valores para se tornarem operacionais.

A consagração desses direitos ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Trata-se do primeiro documento internacional a trazer por destinatários não somente Estados, mas todas as pessoas de todos os Estados e territórios. Seu conteúdo ultrapassa o campo dos direitos civis e políticos para especificar também direitos econômicos, sociais e culturais e pela universalidade, por postular a dignidade, a proteção e a promoção dos direitos de todos os humanos do planeta.

Desta forma, uma nova ordem de direitos foi criada, ou melhor, reconhecida e positivada, para regulamentar essa proteção, tendo como base as fontes clássicas

de direito natural. As normas internacionais de direitos humanos passaram a ter uma relevância cada vez maior, influenciando o ordenamento internacional e, por conseqüência, os ordenamentos internos dos Estados nacionais.

Com o fim da guerra fria, veio a redemocratização da maior parte da América Latina, o que implicou na adoção de novas constituições, compatíveis com os ideais Republicanos que passaram a dominar a política no continente.

As novas cartas sul-americanas, demonstrando os preceitos de direitos humanos já consagrados internacionalmente, inclusive como reação às constantes violações aos direitos humanos na América Latina durante os regimes de exceção, adotaram como normas fundamentais dos Estados latinos, um regime de proteção e promoção individual e social até então nunca visto no continente. O problema da internalização do direito internacional e, principalmente, das normas internacionais de direitos humanos ganhou maior notoriedade, devido a necessidade de conciliar a proteção universal dos seres humanos, permitindo a harmonização da proteção internacional do indivíduo com o respeito aos princípios da soberania popular e da supremacia da constituição fundamentais para o conceito de Estado de Direito Democrático.

Com essa finalidade, boa parte das novas constituições, semelhantemente com o que se verificou com as leis fundamentais dos Estados Europeus do pós-guerra, expressamente previram normas destinadas a viabilizar a integração entre as normas de direito internacional e direito interno.

A dificuldade dessa incorporação explica-se pela natureza das relações de força que caracterizam as relações políticas atuais, que não são exatamente compatíveis com o respeito irrestrito aos primados da liberdade e da igualdade. Porém, devido à incontestável relevância dos princípios contidos na Declaração para

as sociedades, como mencionado, sua incorporação no âmbito jurídico está consolidada em todo o mundo, estando presentes em quase todas as Constituições dos Estados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, prevê, em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for integrante.

Entretanto, com a consagração do princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da Carta Magna de 1988, art. 1º, III, bem como o § 1º do artigo 5º que assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, foi possível a diversos autores defender que a vigência interna dos tratados internacionais de direitos humanos independeria de qualquer ato de internalização, sendo certo que, para estes mesmos autores, estes dispositivos têm a qualidade de norma constitucional. Para tanto, bastaria sua ratificação no plano internacional.

Tais questões são refutadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se contrapondo à doutrina que procura inovar na técnica pela qual são incorporados os tratados internacionais de direitos humanos, equiparando-os a normas fundamentais de hierarquia constitucional.

No entanto, para grande parte dos doutrinadores, os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos representam um avanço, devendo ser incorporados pela técnica dualista, ou seja, aplicando-se o princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com o princípio democrático. A necessidade de promulgação e publicação dos tratados internacionais, bem como o seu *status*

formal de lei ordinária sendo incorporados, passam a se basear, não só no princípio da supremacia da Constituição, mas, também, no princípio democrático e na autodeterminação individual.

A edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 definiu a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no sistema de fontes do direito brasileiro, ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição de 1988: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Após esta breve introdução, neste trabalho, pretende-se desenvolver pesquisa acerca do tema direitos humanos, abrangendo sua definição, sua evolução histórica na cultura política e jurídica no mundo ocidental, abrangendo as concepções de direito natural como resgate histórico, e seu destino na positivação dos conceitos no sistema constitucional pátrio.

Inicia-se o questionamento sobre a origem histórico-cultural dos direitos humanos, a qual, é definida por alguns autores na tradição cristã-ocidental, por outros na reforma protestante e por terceiros, ainda, no iluminismo moderno.

Na mesma temática, se faz o resgate aos documentos de fundação dos direitos humanos, desde ecos de proteção anteriores ao *Bill of Rights*, de 1776 (análise deste como marco inicial) e Revolução Francesa até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948, já citada.

No olhar sobre direitos humanos como direitos históricos, verificam-se as alterações sociais, econômicas e políticas vivenciadas, bem como uma gênese de fontes religiosas, filosóficas e culturais da história do pensamento ocidental, que

encontram guarida no direito natural, o qual se estende desde a Antiguidade até a jurisprudência racional da era moderna.

Nestes termos, faz-se necessário o encadeamento da idéia de direito natural como conceito acerca da natureza do direito.

Na primeira parte desta dissertação, serão abordados os seguintes temas: a) o desenvolvimento do pensamento grego, desde as crenças primitivas encontradas nas obras de Homero e de Hesíodo até os grandes sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles; b) o estoicismo com especial importância para o desenvolvimento do direito natural, através de seu espírito de humildade e universalidade, utilizado como um dos instrumentos de disseminação do cristianismo; c) o direito natural dos escolásticos e, d) o racionalismo.

Este trabalho pretende ainda, tratar do relevante papel que os direitos humanos exercem como conceito-chave na ordem política e jurídica, bem como seu desdobramento em definições multiformes e a influência deste na imposição de uma universalização dos direitos humanos.

Para tanto, faz-se necessário discorrer sobre a relação existente no domínio político e jurídico entre os conceitos-chave dos direitos humanos e de democracia, a relação entre direitos humanos e democracia sob a ótica da filosofia política, o sujeito dos direitos humanos – o indivíduo como portador de garantias, os grupos, as minorias etc.

Finalmente, abordará sobre a relevância prática para a normatização e implementação dos direitos humanos, das diversas interpretações e fundamentações, tais como:

- A relativização dos direitos políticos em confronto com concepções de valores e/ou princípios constitucionais.

- A necessária determinação normativa dos direitos humanos e das relações entre eles e outros princípios políticos e jurídicos.

- A problematização das questões institucionais decorrentes da crescente complexidade do debate sobre direitos humanos, e a instrumentação política e jurídica ao mesmo.

- A necessidade de se assegurar criticamente às idéias e extrair dela o embasamento e os limites para as demandas filosóficas, para uma maior importância na proteção jurídica e institucional dos direitos humanos, a fim de não ser solapada pela demanda normativa do pensamento num emaranhado de posicionamentos políticos e ideológicos.

Na segunda parte desta dissertação, se desenvolve a identificação da presença dos direitos humanos no sistema constitucional pátrio, iniciando-se no resgate do tema nos diversos ordenamentos jurídicos apresentados na história brasileira, de 1824 a 1967.

A terceira parte consiste em delimitar na Constituição Federal de 1988 a positivação dos direitos humanos para a plena realização da cidadania:

- A Magna Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático, e prioriza os direitos e garantias fundamentais, compondo-os como núcleo intocável no âmbito das cláusulas pétreas.

- A abertura na Constituição de 1988 ao direito de 3ª geração, ou seja, o direito de solidariedade, quando diploma que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Por fim, efetua-se a análise da carta de 1988, sob a égide da globalização, na relação com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos, bem como a

incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos e a sua natureza jurídica.

Como, também, trata a importância da vinculação do conceito de direitos humanos ao princípio democrático de direito, com aplicação direta daqueles aos sistemas elencados de proteção aos interesses da coletividade.

Interesses esses tratados em capítulo final em decorrência da penetração de novos ramos de Direito, para além dos padrões estabelecidos nas divisões clássicas entre o Direito Público e o Privado, abrindo espaços para a formação dos chamados interesses supra-individuais.

1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, faz-se necessário apresentarmos como premissa básica na pesquisa histórica dos ordenamentos jurídicos, que não se pode encontrar uma origem exata da conjuntura jurídica em algum momento dentro da história. O processo de realização jurídica desconhece uma hora zero na qual seres humanos tivessem decidido adotar uma mentalidade jurídica direcionada ao surgimento da ordem jurídica.

O respeito imposto ao Direito, conforme Kant[1], não pode sustentar-se em figuras históricas e seus feitos, pois a história humana, como todas as ações humanas, sempre está permeada de contradições. Obviamente, sob o ponto de vista histórico-contingencial da idéia jurídica, documentos históricos devem ser considerados fontes jurídicas corretas, no entanto sempre devem ser analisados de forma crítica, em razão da consciente e permanente diferença entre idéia e história.

O mesmo ocorre também na história dos direitos humanos e seus documentos considerados de fundação, desde o Virgínia *Bill of Rights*, de 1776, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, 1948. Esses e outros documentos mantêm sua importância como pontos de referência histórica dentro do discurso sobre direitos humanos, que, sem esses momentos, ficaria solto e sem sentido. Como ao pensamento dos direitos humanos é inerente uma tendência de inclusão de pretensões jurídicas concretas dentro de constituições e acordos internacionais, o debate não pode nunca se distanciar dos textos e das

instituições jurídicas. Mesmo assim, aos documentos de fundação dos direitos humanos somente pode ser atribuído respeito crítico que, tendo em vista o universalismo desses direitos, chama a atenção para as injustiças que, em importantes declarações de direitos, são omitidas ou até justificadas.

Nesse sentido, identificamos que a história da concretização dos direitos humanos é, portanto, desde o início, não apenas um processo de sucessivas tentativas de legalização de reivindicações por liberdade, igualdade e participação, mas, sempre também, uma história de oposição à unilateralidade da positivação de normas jurídicas, as quais muitas vezes estabeleceram novas injustiças ou fixaram antigas.

1.1. A AFIRMAÇÃO PROGRESSIVA NO DECORRER DA HISTÓRIA

Um olhar sobre o desenvolvimento dos tempos afirma, cada vez mais, que direitos humanos são direitos históricos, pois, não podem desfazer a contingência da história humana, mesmo quando remetem à intocável e irrenunciável dignidade da pessoa humana. Como direitos históricos, estão condicionados, e conseqüentemente, vulneráveis a multiplicidade de análises críticas, expondo conteúdo e alvo de cada direito humano a alterações através de contextos sociais, religiosos, econômicos e políticos.

Importante notar, que no presente trabalho o referido resgate histórico tem como foco o pensamento ocidental, e com relação aos direitos humanos presume-se que sua gênese histórica, no Ocidente, possa ser encontrada, em grande parte, em

[1] Heiner Bielefeldt, **Direitos Humanos – Filosofia dos Direitos Humanos**, Ed. Unisinos, p.101.

fontes religiosas, filosóficas e culturais, as quais encontram guarida no direito natural, o qual se estende desde a Antigüidade até a jurisprudência racional da era moderna.

Por essa razão, muitos autores que apresentam as decisivas defesas pela universalidade dos direitos humanos acabam direcionando-se para a propagação de uma concepção jusnaturalista de valores de cunho ocidental.

Nesse sentido, entende-se que dentro da escola histórica-evolutiva, verificam que os direitos humanos inicialmente foram fundamentados no direito natural, segundo o qual a origem da necessidade de proteção da dignidade humana seria o próprio homem, pois esta qualidade lhe seria inerente; e, que posteriormente observa-se uma positivação destes direitos. Entretanto com uma grande valoração individualista para em seguida ter-se a positivação coletiva, voltada para uma proteção universal.

1.1.1. Do desenvolvimento do pensamento grego

Para Fábio Konder Comparato:

> (...) o curso inteiro da História poderia ser dividido em duas etapas, em função de uma determinada época, entre os séculos VIII e II a.C., a qual formaria, por assim dizer, o eixo histórico da humanidade. Daí a sua designação, para essa época, de período axial.[2]

O século VIII a.C. é apontado como o início do período axial, tendo como marco o século de Homero. "Foi durante o período axial que se enunciaram os

[2] Fábio Konder Comparato. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 8.

grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje".[3]

Esta linha divisória histórica é lançada por ser considerada que a partir deste período as explicações mitológicas referentes às visões do mundo são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das idéias e princípios expostos durante esse período.

Esse contraste pode ser verificado no desenvolvimento do pensamento grego desde as crenças populares primitivas presentes na obra de Homero até os grandes sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles.

Segundo Alf Ross:

> (...) nesse lapso aproximado de 300 anos reside o gérmen de tudo que posteriormente irá se desdobrar de forma mais claramente diferenciada. É possível seguir o desenvolvimento que vai desde uma primitiva concepção mágico-mítica do direito até uma florescente atitude humanista e científica que teve sua mais notável expressão nos círculos dos sofistas durante o período de grandeza de Atenas no século V a.C.[4]

O autor considera significativo o fato desse desenvolvimento ter encontrado seu paralelo na transformação da primitiva comunidade clânica em democracia.

A comunidade homérica apresentava o quadro usual vinculado ao sistema agrícola primitivo em seu estágio tribal, regulados pela tradição e costume encarnados nos tabus. As idéias a respeito do direito eram mágicas e religiosas. Acima dos seres humanos reinavam os deuses, com Zeus no topo. Este poder cósmico dominava igualmente a natureza e os seres humanos, não sendo causal a

---

[3] Fábio Konder Comparato. Op. cit., p. 9.
[4] Alf Ross, **Direito e Justiça**, 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: EDIPRO, 2003, p.268/269.

necessidade que governava o universo, mas sim pelo destino determinado pelas noções de vontade soberana, culpa e castigo.

A decisão justa é aquela que dá a cada um o seu devido lote em conformidade com a vontade dos deuses do destino, sendo a insubordinação contra a ordem cósmica objeto de castigo. Dessa forma, o rei sábio e justo é aquele que recebe as revelações divinas de Zeus e faz delas o fundamento de suas decisões.

A partir do mundo de Homero os hábitos sofrem transformações. Os atos mágicos através dos quais se busca o bem-estar da tribo não são mais simples ritos e sacrifícios mágicos, mas atos administrativos realizados pelo rei em exercício de seu poder jurisdicional. Nesse sentido, entende-se que a tarefa do rei será de julgar de acordo com a moralidade e costumes tradicionais, estando a felicidade e prosperidade da tribo dependente do respeito à tradição e à ordem existente.

Entretanto, como já exposto acima, para Fábio Konder Comparato, foi durante o período axial da História, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre os homens, e que a mesma nasce vinculada a lei escrita, como regra geral, aplicável a todos os indivíduos de uma sociedade organizada, tornando-se na Grécia, particularmente em Atenas, o fundamento da sociedade política.

Como escreveu Eurípedes "uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande".[5]

Entretanto a coexistência entre as leis escritas e não escritas permaneceram, como verificamos em Antígona de Sófocles:

> A tua lei não é a lei dos deuses, apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos

[5] **As Suplicantes**, versos 434-437.

> deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram.[6]

Posteriormente o caráter essencialmente religioso das leis não escritas foi sendo, dissipado, tendo a filosofia grega um papel relevante neste processo. A entrada dos sofistas no debate filosófico assinala a reflexão metódica sobre liberdade, política e ética.

Com a desvinculação do caráter religioso, as leis não escritas passam a ser apresentadas como universais, aplicáveis a todos os homens por todo o mundo. Para os sofistas, e posteriormente para os estóicos, o fundamento universal de vigência do direito era a existência de uma igual natureza para todos os homens.

Segundo José Reinaldo Lima Lopes "esta discussão não seria possível se os gregos não tivessem descartado de algum modo a idéia de que as leis são reveladas pelos deuses exclusivamente, ou são apenas as tradições herdadas".[7]

A positivação do direito e sua disponibilidade exigem dos gregos uma primeira reflexão clássica sobre a natureza da lei e da justiça.

Importante notar, que o centro da vida se desloca da família para a cidade, sendo no século V a.C., no período compreendido entre as guerras persas (490 a 480 a.C.) e a derrota de Atenas na Guerra do Peloponeso (404 a.C.), que a cultura helênica atingiu seu máximo esplendor e, ao mesmo tempo, a democracia foi implantada na maior parte das cidades-Estados.

O abandono da crença no absoluto e eterno em matéria de conhecimento e moral com a fundamentação de um ponto de vista científico baseado na relatividade de toda apreensão racional e a evolução de uma nova moralidade com amplas linhas humanistas, correlacionaram com as novas necessidades apresentadas no

---

[6] Tradução de Millôr Fernandes, p. 22.
[7] José Reinaldo Lima Lopes. **O Direito na História – Lições Introdutórias**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

contexto cívico-político, pois já não são mais suficientes as decisões levadas a cabo pelos juízes de aldeia, velhos e sábios. A cidade não pode mais depender da aplicação da prudência a cada caso concreto, faz-se necessárias regras universais, que valham para todos os casos.

Ainda sob o contexto material da vida grega, notamos que a civilização voltada para o mar, ainda, acarretará em outras reflexões, pois as relações exteriores permeiam também as concepções relacionadas ao estrangeiro como iguais e/ou diferentes.

O questionamento perpassa para além das leis particulares de cada cidade, transpondo o pensamento à existência de um direito comum a todos os povos.

Aristóteles apresenta sob referido questionamento as chamadas "leis comuns", reconhecidas pelo consenso universal, por oposição às "leis particulares", próprias de cada povo.

Toda a reflexão, presente em diversas escolas da filosofia grega, sobre o direito e a justiça, estará relacionada com a própria constituição das cidades.

"O enorme esforço para superar a solidariedade familiar e transformar a cidade no centro da vida social e política é refletido na literatura e na filosofia, além de ter sido o objeto de leis específicas impondo o fim das vinganças familiares".[8]

Aristóteles, abordando a cidade e a justiça, aponta que o objetivo é a relação de amizade entre os homens.

> A amizade parece também manter as cidades unidas, e parece que os legisladores se preocupam mais com ela do que com a justiça; efetivamente, a concórdia parece assemelhar-se à amizade, e eles procuram assegurá-las mais que tudo, ao mesmo tempo que repelem tanto quanto possível o facciosismo, que é a inimizade nas cidades. (...)

[8] José Reinaldo Lima Lopes, op. cit., p. 36.

> Considera-se que a mais autêntica forma de justiça é uma disposição amistosa.[9]

Dessa forma, explicita José Reinaldo Lima Lopes que,

> (...) embora a tradição e os laços familiares ainda sejam determinantes na sociedade grega, a existência da cidade e a consciência de que ela é um artefato humano, mesmo que naturalmente exigida pela sociabilidade, são tematizadas de tal modo que até hoje somos contemporâneos do seu debate, assim como os mesmos romanos se sentiram seus herdeiros.[10]

A experiência grega na promulgação da lei coloca que o direito já não precisa ser revelado divinamente para valer, mas são assuntos humanos. Isso não significa que a sociedade grega perdesse sua religiosidade, ou tampouco significa que a condução da política fosse feita sem qualquer vinculação com o sagrado, mas abre o processo de laicização do direito, pondo no centro do debate a filosofia prática, a política e as leis.

A escritura das leis na Grécia resulta de processos de grandes mudanças, nesse sentido, encontram-se as Leis e Constituições de Drácon (621 a.C.), em Atenas, que põem fim à solidariedade familiar e obrigam ao recurso aos tribunais nas disputas entre os clãs, deixando à cidade a competência de decidir e manter a paz. As Leis de Sólon (594-3 a.C.) suprimem a propriedade dos clãs, suprimem a servidão por dívidas. Ao final do século, as reformas de Clístenes (508-502 a.C.) ampliam o princípio representativo, fazem a divisão territorial de Atenas em distritos.

Com efeito, ao lado de muitas instituições públicas e privadas que foram sendo mais tarde conhecidas, imitadas e adaptadas, ou conservadas na memória pela tradição romana, também a filosofia transfere a retórica e a dialética, que será encontrada tanto na Roma clássica quanto mais tarde na Idade Média. Antes de

---

[9] Aristóteles, **Ética a Nicômacos**, tradução do grego para português, introdução e notas de Mário da Gama Kury, 3ª ed., Brasília, Ed. UNB, 1999, p.153, 154.
[10] José Reinaldo Lima Lopes, op. cit., p. 37.

reencontrarem os textos do direito romano, os medievais estiveram debruçados sobre a lógica e a dialética. Os gregos promoveram o debate e a reflexão sobre o justo e a justiça que transcenderam a discussão sobre as leis escritas ou não escritas.

1.1.2. Do estoicismo

A filosofia estóica desenvolveu-se durante seis séculos, foi fundada em Atenas pelo filósofo Zenão, em 321 a.C., estendeu-se até meados do século III da era cristã, quando alguns pensadores romanos ainda cultivavam suas idéias, adaptadas conforme os interesses dos diferentes momentos históricos, como também seus princípios permaneceram atuantes durante a Idade Média.

O contexto histórico grego à época do surgimento do estoicismo é o período helenístico, período este caracterizado pela "helenização" do oriente próximo que, por seu turno, como conseqüente fluxo, redundou na "orientalização" grega, pois as conquistas de Alexandre colocaram os gregos em contato com elementos culturais de diversos povos, introduzindo novos pontos de vista acerca do mundo e o modo de viver em sociedade.

Como já visto, a filosofia até então desenvolvida culminou na reflexão sobre o direito e a justiça relacionados com a constituição das cidades. Nesse sentido Platão e Aristóteles delinearam projetos completos de organização social, onde a *polis* era o foco a ser atingido, pois com seu correto planejamento a felicidade individual seria atingida.

Diante do novo contexto, sob o período de subordinação à dominação macedônica, a cidade não era mais uma instituição tão sólida como no passado, o

espaço público perde muito da sua importância, abrindo foco para as novas correntes de pensamento que colocam a vida do indivíduo no centro de suas reflexões.

Mas com a base filosófica trazida do período clássico que transpôs que acima das solidariedades familiares era possível construir uma solidariedade cívica, gerou no pensamento estóico um salto na direção da possibilidade da existência de uma solidariedade universal.

Segundo Gabriel Chalita "os estóicos afirmavam que o homem não pertenceria a um país ou uma cidade, mas sim que ele seria cidadão do mundo. Essa idéia foi denominada cosmopolitismo". [11]

Em um mundo construído pelo império helenístico e depois pelo império romano, com um mediterrâneo totalmente helenizado, os estóicos vão pregar uma cidadania universal, um pertencimento ao gênero humano. E os juristas romanos serão, a seu tempo e modo, influenciados pelas reflexões estóicas, ao falarem de um *ius gentium*, isto é, o direito comum a todos os povos.

"O mundo é a pátria comum de todos os homens". (Musônio Rufo, século I).

Os estóicos introduziram o conceito de dever na filosofia moral e jurídica, com a idéia de que a essência da moral não consistia nos fins externos da vontade, mas em sua conformidade com uma lei, o que é, precisamente, o cerne da idéia do dever.

Sob o ponto de vista do direito natural, o estoicismo confere uma direção religiosa e universal, com a razão cósmico-divina como fonte suprema do direito. Esta razão universal exige que a vida social seja levada de forma pacífica sendo observadas as regras que se encontram na natureza razoável dos indivíduos.

---

[11] Gabriel Chalita. **Vivendo a Filosofia**, São Paulo: Atual, 2002, p.70.

Como explicita Alf Ross,

> (...) a ordem fundamental da razão é respeitar todo outro ser razoável como um fim em si mesmo, e o ideal de coexistência social é um estado universal no qual todos sejam iguais e vivam em harmonia com os comandos da natureza e da razão.[12]

Na interpretação deste pensamento, os estóicos, enfatizaram a idéia da igualdade de todos os seres humanos.

Dessa forma, percebe-se que o debate grego sobre a melhor forma de governo, sobre as relações entre vida pública, cidade, direito e justiça, torna-se patrimônio dos romanos, ainda que para modificá-lo e adaptá-lo. As linhas de pensamento dos juristas romanos mostram a grande proximidade com as tendências da filosofia grega e particularmente helenista, como o estoicismo, que se tornou a filosofia de vida dos romanos cultos.

Cícero popularizou o estoicismo sob uma forma jurídica menos elaborada, mas o pano de fundo dos temas gregos se faziam presente, como a familiaridade de todos os homens, o cosmopolitismo, o direito natural e o direito dos povos como instrumentos capazes de lançar luz sobre a própria experiência humana.

Com Cícero, a doutrina do direito natural se converteu numa introdução filosófica ao direito, sendo aceita pelos juristas do período clássico de Roma.

Distinguiam-se três tipos de direito, o *jus civile*, que era o direito que se aplicava aos cidadãos romanos e que era determinado pelo sistema romano tradicional de forma e ação. O *jus gentium*, que era o direito comum aos romanos e outros povos, e que, portanto, se aplicava aos estrangeiros e às relações entre Roma e outras potências; tal como *jus civile*, o *jus gentium* é direito positivo, é um ordenamento administrado pelos pretores romanos para os estrangeiros. Sob a

---

[12] Alf Ross, **Direito e Justiça**, op. cit., p. 282.

influência do estoicismo, foi interpretado como sendo determinado pela natureza humana comum aos diferentes povos. E, finalmente, o *jus naturae*, baseado na razão inerente ao ser humano, idêntica à razão divina que se aplica a todos os seres vivos.

José Reinaldo Lima Lopes cita Ulpiano, o qual esclarece que:

> (...) o *direito civil* é o direito próprio de cada cidade: ele se distingue do direito comum dos povos (*ius gentium*) que são instituições encontradas em grandes linhas em vários ou todos os povos (como é a escravidão, diz ele). O direito natural, por sua vez, é aquele comum a homens e animais. Assim, a escravidão é de direito comum, mas não de direito natural (pois naturalmente todos são livres).[13]

1.1.3. A Idade Média

O período das invasões e assentamentos dos bárbaros dentro das fronteiras do império romano corresponde a um período de crise social, econômica e política. O império com sua burocracia e seu exército já não se sustentava. Havendo uma barbarização crescente e cotidiana, não apenas pelo número de povos que ocuparam o território como também pelo abandono do padrão clássico de vida civil.

Um autor representativo desta transição é Santo Agostinho, que aponta em sua obra a defesa do cristianismo, antecipando-se em muitos séculos à escolástica, com a concepção da dualidade corpo/alma e a distinção entre mundo sensível e mundo das idéias resgatando o idealismo de Platão, a qual dará base à estruturação do pensamento cristão.

---

[13] José Reinaldo Lima Lopes, op. cit., p. 49.

Os povos bárbaros encaravam o direito romano como direito superior, assim como a civilização romana em geral. Mas não era possível preservá-lo sem preservar toda a vida material romana, ou suas instituições políticas.

Mesmo com as invasões, não ocorre de pronto uma fusão de romanos e bárbaros, mas uma coexistência, sem se misturar. Essa separação é reforçada por diversas proibições, como por exemplo, de casamentos inter-raciais, de caráter religioso. Ou os bárbaros ainda não haviam se convertido ao cristianismo, ou muitas vezes se convertiam ao arianismo, que eram os cristãos que não aceitavam o credo definido pelo catolicismo romano no Concílio de Nicéia (325 d.C.).

Foi no primeiro concílio ecumênico a primeira grande discussão conceitual da Igreja, a qual cuidou-se de decidir sobre as duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus Cristo: a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina, e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo, portanto uma natureza substancial a este. Os padres conciliares recorreram aos conceitos estóicos (de unidade substancial do ser humano e aparência corporal), decidindo, como dogma de fé, que a essência de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa.

Com o advento dos reinos bárbaros, e durante muito tempo, ao longo de toda a Idade Média, invocam-se as leis pessoais. Isso significa que a lei se aplicava conforme a etnia, seguindo cada qual, as suas próprias leis.

Podemos citar alguns documentos para dar conhecimento ao estado do direito romano, bem como o dos direitos bárbaros, entre os quais estão as compilações de Justiniano (Digesto, Institutas, Códigos e Novelas), Breviário de

Alarico, Código Visigótico, Leis Sálicas, etc. Porém, estes documentos não refletem a exata aplicação do direito na Europa por volta do século XII.

As leis bárbaras regulam uma parte das relações sociais e as compilações romanas tornaram-se um tanto eruditas e complexas, sendo aos poucos substituídas por um direito vulgar, aplicado espontaneamente pelas populações.

Com o tempo, os modos de vida foram se aproximando, a miscigenação entre os diversos grupos étnicos foi-se gradualmente verificando e, os costumes territoriais, com a feudalidade nascente, voltaram a vigorar, excluindo o princípio primitivo de personalidade da lei.

A Igreja dada a sua pretensão de universalidade tenderá alinhar-se ao princípio da territorialidade, unificando o direito de todos os que aderem a um rei bárbaro que se converte ao catolicismo.

Na Alta Idade Média a sociedade volta a um estado mais primitivo, onde os litígios passam a ser resolvidos pela lei do mais forte, ou pela autoridade arbitrária de um chefe.

As estruturas sociais representam as relações com a terra através da organização feudal existente entre suserania e vassalagem, bem como as relações existentes com a renda que a terra poderia proporcionar, estabelecendo a relação senhorial, presente entre servos e senhores. A propriedade rural estabelecia o direito de jurisdição e o direito de propriedade. O sistema feudal apresentava uma sociedade de ordens e estamentos, representada por aqueles que oravam (clero), aqueles que lutavam (nobres) e aqueles que trabalhavam (servos), não havendo mobilidade entre as ordens presentes.

Como explicita José Reinaldo Lima Lopes:

> Para se compreender a importância que a Igreja detém nos séculos V a XI é preciso destacar duas coisas: 1) o vazio político da civilização medieval e 2) as instituições eclesiásticas que passam a existir.[14]

Entende-se por vazio político, espaços não ocupados pelo Estado, então preenchidos pelos costumes locais, pelos poderes senhoriais e por regras eclesiásticas.

Importante destacar especificamente o papel desempenhado pela Igreja porque nela sobreviverão elementos da romanidade e por ela se impõem mecanismos de regulação a vida social que adquirem crescente força.

A hegemonia da Igreja, que, anteriormente, gozava do *status* de religião de Estado valendo-se da infra-estrutura administrativa do império, no mundo das invasões vê-se ameaçada, tanto pela religião pagã dos próprios bárbaros ou pela adesão dos mesmos a versões heréticas do cristianismo, como, por exemplo, o arianismo acima citado.

Nesse sentido, serão dois importantes instrumentos para a cristianização da Europa: os concílios e o movimento monástico. Ainda a Igreja, destes primeiros séculos medievais, não detém a estrutura centralizada e monárquica que virá a ser no século XI.

Os Concílios terão importância crescente, os quais convocados pelos reis ou pelos próprios bispos, discutirão matérias de interesse público, como o já citado Concílio de Nicéia. O movimento monástico, também, assentou-se como um poderoso fator de transformação social a partir do século VI, com a fundação e expansão da ordem beneditina, a qual contribuiu fundamentalmente na racionalização da cultura da terra, com a criação de várias técnicas de melhor aproveitamento dos recursos naturais.

---

[14] José Reinaldo Lima Lopes, op. cit., p. 71.

Os historiadores costumam dividir a Idade Média em dois períodos, cujo divisório se situa na passagem do século XI ao século XII. Nessa época volta a tomar corpo a idéia de limitação de poder dos governantes.

Como já vimos, toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida.

Este período é caracterizado por dois grandes movimentos: a racionalização pela qual passa as cidades, com a revitalização urbana, e a disputa de poder político entre a Igreja e o poder secular (Império).

Ao mesmo tempo, os reis, reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza a ao clero.

Contra a tendência de instituição de um poder real soberano, os senhores feudais se manifestaram, desde fins do século XII, em declarações e petições sucessivas, sendo a primeira delas a declaração das cortes de Leão, na Espanha, em 1188. Na Inglaterra, diante da pressão tributária imposta no reinado de João Sem-Terra, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos, acarretando na assinatura da Magna Carta em 1215.

> No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – com algumas concessões em benefício do 'Terceiro Estado', o povo.[15]

Em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a Magna Carta constitui uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela

---

[15] Fábio Konder Comparato, op. cit., p. 45.

qual se lhes reconheciam certos privilégios especiais, através do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam coletivamente todos os integrantes das ordens privilegiadas.

Com efeito, a Magna Carta deixa implícito na história política medieval que o rei encontrava-se naturalmente vinculado às próprias leis por ele editadas.

Assim, se a Magna Carta contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, podemos acrescentar que ela já trazia em si o estágio inicial da sua definitiva destruição, que se deu a longo prazo.

Como visto, o reconhecimento dado pela carta régia aos direitos dos dois estamentos livres (nobreza e clero) existirem independentemente do consentimento do monarca, instaura a base utilizada, posteriormente, na construção dos conceitos da democracia moderna, qual seja, que o poder dos governantes deva ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.

Se no início do século XIII os governados ainda não constituíam uma unidade homogênea, eles tendiam a sê-lo, por força do movimento histórico insurgente. Quando da declaração final da primeira cláusula da Carta Magna dispõe que o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livres do reino, as liberdades ali enumeradas, representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais.

Importante ressaltar que, a partir do século XI assistiu-se ao ressurgimento da vida urbana, com o revigoramento comercial conseqüente à retomada da livre navegação no Mediterrâneo, dando-se a fundação de burgos livres, ou seja, povoações fundadas por comerciantes junto aos castelos, tornando-se, rapidamente,

os locais de concentração das grandes fortunas mercantis e os centros de irradiação do primeiro capitalismo.

Nessas povoações novas aparece um grupo social igualmente novo – a burguesia – a qual se organiza segundo um direito oposto ao feudal, pois o poder político não deriva da propriedade imobiliária, mas sim da riqueza mercantil; a sociedade burguesa não se divide em estamentos, mas é composta de famílias formalmente livres. A burguesia opôs à divisão jurídica estamental, uma divisão econômica entre ricos comerciantes e pobres empregados.

Foi nas cidades comerciais da Baixa Idade Média que se inicia a experiência histórica de sociedade de classes, onde a desigualdade social não é determinada pelo direito, mas resulta principalmente das diferenças de situação patrimonial de famílias e indivíduos.

Nesse sentido, com o renascer das cidades e do comércio, a sociedade passa a tomar consciência de que o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.

Filósofos e juristas discorrem a respeito do direito como ponto regulador das relações sociais e que se ponha termo ao regime de arbítrio local que reinava há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, no qual a razão sobreponha-se ao apelo do sobrenatural.

Nessa época verificamos, também, a eclosão do sistema romano-germânico, desenvolvido na Europa continental, que se produz nos séculos XII e XIII, fruto desta comunidade de cultura representada pela sociedade à época, e não devido à afirmação de um poder político. Diferentemente, do sistema *commom law*, que se viu

ligado ao progresso do poder real ou à existência de tribunais reais fortemente centralizados.[16]

O renascimento do direito foi favorecido com o surgir das novas idéias que se espalharam pelos novos focos de cultura criada no ocidente europeu, particularmente dentro das universidades, sendo a primeira a de Bolonha, na Itália.

1.1.4. São Tomás de Aquino

Como já descrito acima em relação ao contexto histórico, faz-se necessário notar, também, que o ambiente intelectual que está inserido Tomás de Aquino (1225-1274) caracterizava-se pelo renascimento do aristotelismo, devido à tradução e divulgação de suas obras.

Quanto à racionalização já citada, nela se insere com clareza uma idéia de ser humano que Tomás de Aquino vai recriar a partir, tanto de pressupostos filosóficos trazidos de Aristóteles, quanto da tradição cristã.

Não foi difícil para os filósofos escolásticos interpolar as específicas idéias cristãs na tradição clássica do direito natural. No lugar do vago conceito de uma razão divina universal, inseriu o Deus do cristianismo. A distinção aristotélica entre o ser humano como ser sensual e o ser humano como ser racional se ajustava perfeitamente à distinção cristã entre corpo e alma, entre este mundo e o reino de Deus.

Cumpre-nos notar, que Boécio, ao rediscutir o dogma proclamado em Nicéia, entendeu o conceito de pessoa interligado a própria substância do homem; esta

---

[16] René David, **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 32.

substância é a característica própria de um ser. Referida definição boeciana de pessoa foi integralmente adotada por Tomás de Aquino na *Summa Theológica*, a qual indica que o homem seria um composto de substância espiritual e corporal.

Com efeito, foi a partir da concepção de pessoa, no medievo, que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, considerando-se as diferenças individuais ou grupais, de natureza biológica ou cultural, da qual, posteriormente, formou o núcleo do conceito universal dos direitos humanos.

Entretanto, essa igualdade universal dos filhos de Deus realizou-se única e exclusivamente no plano sobrenatural, uma vez que o cristianismo compactuou com a escravidão e com a inferioridade da mulher e de tantos povos colonizados pelos europeus, por muito tempo.

Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e os canonistas medievais atribuíram ao direito natural um conceito mais variado, que o até então apresentado. Os antigos filósofos do direito natural apenas o apresentavam como uma lei natural eterna e absoluta, mas sem atribuição de um conteúdo sistemático preciso. Já o cristianismo apresenta um ponto de vinculação firme e dogmático, pois no cerne do direito natural cristão estará a vontade revelada, e, neste sentido, positiva de Deus.

O direito humano somente adquire sua força obrigatória, sua validade como direito em virtude de sua derivação do divino, e todas as leis jurídicas contrárias ao direito natural não têm validade jurídica.

Entretanto, isto não significava que os homens estavam livres para recusar obediência a toda lei injusta, pois a lei da natureza exige que se anteponha a paz e a ordem acima de seus próprios direitos. Mas, apenas se o direito positivo prescrever algo que esteja em conflito direto com alguma ordem fundamental específica do

direito natural definida e interpretada pela Igreja, é que, então, todos deverão oferecer resistência às autoridades (o rei), pois, neste caso, o direito positivo não será mais direito, mas força bruta e o rei não será mais rei, mas tirano. Cabendo lembrar o conflito entre o papa e o imperador, já descrito acima.

O direito natural católico alcançou sua formulação definitiva em Tomás de Aquino, o qual o atribuiu um conteúdo mais sólido ao incorporar nele os dogmas fundamentais da moralidade cristã.

A filosofia moral e jurídica, como já destacado, segue de perto a de Aristóteles, só que no caso com a inserção da concepção cristã de Deus, bem como a ética tomista é a uma ética da felicidade.

Sob o ponto de vista do direito, Tomás de Aquino o correlaciona ao bem comum e como os poderes positivos se ordenam para tanto. Ele acredita numa sociedade hierarquizada, pois a hierarquia é fonte de organização e não é possível bem comum sem organização.

Dessa forma, a vida política, para Tomás de Aquino é uma busca coletiva de um bem comum, de felicidade. A ordem social e política e a autoridade são elementos que naturalmente podem conduzir o homem à felicidade, pois a felicidade humana é social, sendo o homem naturalmente social. Além de que, para Tomás de Aquino, a natureza humana é potencialmente boa, pela sua particular participação no ser de Deus.

A lei, para Tomás de Aquino, é a medida dos atos humanos, cujo princípio é a razão que ordena para os fins, distinguindo-se em quatro espécies:

A lei eterna idêntica à razão soberana de Deus é aquela que dá ordem e existência a todo o universo, que rege todos os movimentos da natureza e de todas ações. As leis restantes extraem sua força dessa lei.

Porém a lei eterna, não pode ser captada em sua perfeição pelo ser humano, mas uma participação desta na razão humana. Na medida em que pode ser apreendida pelo homem com o auxílio da razão chama-se direito natural (lei natural). E, para capacitar o ser humano a alcançar seu propósito divino, Deus, por revelação, concedeu ao homem, a título de orientação adicional, uma participação na lei eterna, daí a lei divina (o Evangelho, por exemplo). Finalmente, há a lei humana estabelecida pelo ser humano com a ajuda da razão e necessária para permitir a concreta aplicação daqueles princípios básicos que estão expressos na lei divina e na lei natural.

Dessa forma, o direito natural delimita um padrão, ao qual o direito positivo deverá advir, não bastando que este seja apenas justo, mas deverá também ter em vista o bem comum. Assim, a lei deverá sempre ordenar para o bem comum porque todos buscam a felicidade e cada um é uma parte da comunidade perfeita, por isso o bem de cada um só pode ser ordenado para o todo, que é a felicidade em comum.

Finalmente, importante ressaltar que a lei natural, para Tomás de Aquino, não é um conjunto de imperativos imutáveis, pois o homem é um ser mutável, dotado de liberdade, razoabilidade e histórico, e, portanto, seu natural também é mutável.

1.1.5. Racionalismo

O século XVI marca grandes rupturas na histórica européia. A expansão colonial determina a entrada da América no círculo europeu, a Reforma Religiosa inaugura novos conceitos e novas relações de poder, os Estados nacionais e a noção de soberania se firmam, influenciando o desenvolvimento jurídico.

Durante os dois séculos que sucederam a Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes. Nesse período elaborou-se a teoria da monarquia absoluta por Thomas Hobbes.

Os séculos XVII e XVIII foram a era do racionalismo e do iluminismo, e uma época de profundo questionamento das certezas tradicionais. O direito natural tornou-se a filosofia prática fundamental de toda uma época, o pensamento dominante não apenas nos estudos jurídicos e na filosofia moral, como também na economia e na política.

Com o declínio da influência teológica e o auxílio do método matemático dedutivo, novas instituições assumem o cenário jurídico, pois com o crescimento da ordem nacional soberana, muito do direito romano – objeto essencial de uma cultura jurídica universitária que tomava o texto como objeto de razão universal – tende a perder importância. Ao lado do direito romano os juristas precisam cada vez mais inteirar-se do direito nacional, pátrio, régio ou costumeiro, fruto da vontade ou da tolerância do soberano.

Foram desenvolvidos os grandes sistemas de direito natural, com ênfase política, como o já citado Thomas Hobbes, como John Locke e Jean-Jacques Rousseau, estes últimos os grandes mestres das revoluções norte-americana e francesa, respectivamente.

Assim, sistematizado pelos juristas, adaptado por eles às necessidades da sociedade moderna, o direito ensinado nas universidades se afasta de Justiniano para se tornar um direito sistemático, fundado sobre a razão, tendo por isto vocação para ser aplicado de modo universal.

Nesse sentido a escola de direito natural triunfa nas universidades nos séculos XVII e XVIII, se afastando dos pós-glosadores,[17] abandonando o método escolástico, elevando a um alto grau a sistematização do direito que ela concebe de modo axiomático e lógico, afastando-se, também, da idéia de uma ordem natural das coisas exigidas por Deus.

Esta nova escola pretende construir toda uma ordem social centrada no homem, pois exalta "os direitos naturais" do indivíduo, derivados da própria personalidade de cada pessoa.

A idéia do direito subjetivo vai, desde então, dominar o pensamento jurídico, recusando a concepção de uma ordem alicerçada na vontade divina e na própria natureza das coisas, relacionando todas as regras do homem considerado como única realidade existente.

O direito passa a ser uma obra da razão, que será o seu único guia.

Dessa forma, como já explicitado, a característica principal do novo direito natural foi seu desenvolvimento com base apenas na natureza humana com a utilização do método cartesiano, o qual tem como ponto de partida a lei da sociabilidade que emana na natureza social do ser humano, e que o leva a unir-se com seus semelhantes numa vida comunitária pacífica, deduzindo-se, assim, um amplo sistema de regras jurídicas.

---

[17] Na escola dos pós-glosadores, no século XIV, uma nova tendência se manifesta, na qual o direito romano é submetido a distorções, prestando a desenvolvimentos inteiramente novos, como o direito comercial, por exemplo. Os juristas não se preocupam mais em encontrar soluções romanas, mas preocupam-se em utilizar os textos do direito romano, para introduzir e justificar regras adaptadas à sociedade de seu tempo.

"Desta maneira o direito natural tornou-se não só uma mera coleção de algumas idéias importantes ou dogmas, mas um sistema jurídico detalhado semelhante àquele do direito positivo".[18]

Observamos que o direito natural, antes, vinculava-se a uma validade moral superior, a qual lhe conferia caráter compulsório, tendo, dessa forma, uma natureza moral; mas o caráter compulsório se dá perante o legislador, que necessita do acatamento ao direito natural para que suas ordens constituíssem um comando jurídico verdadeiramente obrigatório e não o simples império da violência.

No século XVIII passa a ser diferente. Uma vez iniciado o processo de deduzir um sistema jurídico completo sobre base jusnaturalista, a conseqüência inevitável foi considerar-se o direito natural como um conjunto de direitos e deveres que têm uma aplicação válida direta aos cidadãos em suas relações recíprocas, tal como ocorre no direito positivo. O direito natural deixa de ser uma disciplina moral e se transforma numa disciplina jurídica, estando este acima das relações jurídicas factuais, pré-existindo também como conjunto de direitos subjetivos com poder de compulsão.

Na época das luzes, então, os juristas procurarão proclamar as regras de justiça de um direito universal, imutável, comum a todos os tempos e a todos os povos.

A escola do direito natural exige que, ao lado do direito privado, fundado sobre o direito romano, a Europa elabore o que lhe faltou até então, porque as universidades, orientadas para os estudos das leis romanas, não se ocuparam disso: um direito público consagrando os direitos naturais do homem e garantindo as liberdades da pessoa humana.

---

[18] Alf Ross, op. cit., p. 288.

A partir daí, a escola de direito natural obteve dois êxitos, primeiramente, e fez reconhecer que o direito devia estender-se à esfera das relações entre governantes e governados, e entre a administração e os particulares.

As matérias de direito público entravam, a partir do século XVIII, nas preocupações dos juristas.

Posteriormente, como conseqüência desta escola, a codificação tomou forma dentro dessa nova concepção natural, de tal maneira intensa que a obra acabou por se solidificar nestes séculos nas universidades.

É a codificação a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo, de modo metódico, o direito que convém à sociedade moderna e que deve ser aplicado pelos tribunais.

A codificação liquidará os arcaísmos que muito freqüentemente vinham se mantendo ao longo do tempo, e porá fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes, que eram muitas vezes um obstáculo à prática jurídica.

Dessa forma, a codificação se distingue das compilações dos séculos anteriores, compilações essas que realizaram reformas úteis a seu tempo, mas, tanto pela extensão do seu objeto, quanto pela generalidade de sua aplicação, tornaram-se inviáveis à ambição dos juristas da escola do direito natural.

Sob o ponto de vista ideológico, as exigências jusnaturalistas de reforma foram determinadas, particularmente no século XVIII, por reivindicações do iluminismo a favor da libertação individual frente ao poder governamental opressivo e frente à tradição feudal com seus grilhões e sistema de privilégios.

Pode-se inferir que o direito natural moderno é, neste sentido, uma novidade. Seu método e sua função social rompem com a tradição estabelecida do direito

comum e são relativamente disfuncionais no antigo regime, ainda profundamente corporativista, estamental e tradicional.

O direito natural, então, impõe-se aos poucos como novo método, novo paradigma, em que a ideologia se fez individualista e liberal. O Estado devia interferir o menos possível na vida dos cidadãos. Sua ação devia limitar-se a preservar a paz interna e externa e a garantir a propriedade e a liberdade contratual. Os privilégios da nobreza deviam ser abolidos, bem como o poder das corporações de ofícios e outras restrições arbitrárias à liberdade.

Por isso as revoluções burguesa, francesa ou americana, serão tratadas em termos jusnaturalistas, com a invocação do direito natural como arma de combate, justamente contra o edifício jurídico institucional do antigo regime.

Estas duas revoluções representaram o triunfo da idéia do direito natural relativamente à libertação do indivíduo, invocando os direitos inalienáveis da liberdade e os direitos inalienáveis do homem. Estes direitos encontraram expressão na declaração de Independência norte-americana de 1776 e na França na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Esta ideologia encontrou sua expressão incisiva em Kant, que definiu a liberdade como direito original do ser humano. E, com relação ao conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, o pensamento kantiano preconiza a partir da noção de "razão prática", inerente a todos os seres racionais, dotados de vontade prática; formulou o princípio de que todo ser humano existe como um fim em si mesmo, e não simplesmente como um meio através do qual a vontade age.

Apresenta, assim, a constatação de que a dignidade da pessoa resulta, além da questão de ser esta um ser considerado como um fim em si mesmo, também do

fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, ou seja, com capacidade de se nortear por suas próprias leis.

A concepção kantiana da dignidade da pessoa valoriza o ser humano e a busca de sua felicidade tanto em nível individual quanto coletivo, favorecendo a concretização da felicidade alheia. Tais premissas se constituem numa importante justificativa de reconhecimento, a par de direitos e liberdades individuais e dos direitos humanos, na busca da realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, conforme preconizou, posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

1.1.6. Lei de *Habeas Corpus*, *Bill of Rights*, a Independência Americana e a Revolução Francesa

Como já explicitado, o século XVII foi realmente ele todo o que Fábio Konder Comparato definiu como um tempo de "crise da consciência européia"[19], com questionamentos profundos. No mundo artístico eclodia a disputa dos antigos e modernos, na ciência a conjunção revolucionária das idéias e teorias de Pascal, Galileu e Newton, no campo político a revolta armada de Oliver Cromwell contra a monarquia inglesa fazia renascer as idéias republicanas e democráticas.

Nesse sentido, "a crise de consciência européia" fez ressurgir na Inglaterra o sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência à tirania. Por outro lado, as devastações, provocadas pela guerra civil, alimentadas por querelas religiosas, reafirmaram o valor da harmonia social e estimularam as lembranças das antigas franquias estamentais, declaradas pela Magna Carta. O perigo representado

pelo poder absoluto, tanto da realeza dos Stuart quanto na ditadura republicana do *Lord Protector* instaurou-se na consciência social.

Durante os agitados anos em que reinaram os Stuart, últimos soberanos católicos da Inglaterra, o Parlamento, maciçamente protestante, procurou por todos os meios limitar o poder real, notadamente o poder de prender os opositores políticos sem submetê-los a processo criminal regular.

A Lei de *Habeas Corpus*, de 1679, amplia a eficácia do mesmo como remédio jurídico, denominando-o oficialmente como "uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar", confirmando no povo inglês o brocardo *remedies precede rights*, ou seja, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário. Dessa forma, é da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário, como no sistema romano-germânico na Europa continental, que implicava na idéia exatamente oposta, isto é, os direitos subjetivos são o principal e as ações judiciais, o acessório, que a eles deve adaptar-se.

O direito inglês sempre foi criado ao longo do tempo pelos práticos do foro jurídico, já na Europa continental, os sistemas jurídicos, desde a fundação da Universidade de Bolonha no século XI, forma, em sua maior parte, criações intelectuais de jurisconsultos e professores, adquirindo, assim, um caráter mais sistemático e abstrato que o direito inglês.

Esse diferente método de criação de direito deu início às duas linhas de tradição dos direitos humanos, a inglesa e a francesa, na qual a primeira, mais pragmática, considera que o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias, sobretudo judiciais, do que das simples declarações de

---

[19] Fábio Konder Comparato, op. cit., p. 47.

direitos; já para a francesa, uma declaração de direitos é encarada como grande força política, como também pedagógica, pois preconiza uma forma de mudança de mentalidades.

A importância histórica do *habeas corpus*, fala por si só, pois essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais.

Em 1689, após a declaração do Parlamento considerando vago o trono da Inglaterra, com a decisão de operar uma mudança dinástica, após a fuga do rei Jaime II para a França, o qual tinha suscitado para si a oposição mortal da nobreza e do alto clero, a coroa foi oferecida ao Príncipe de Orange e à sua mulher Maria de Stuart, filha mais velha de Jaime II, a qual professava a religião protestante, diferentemente de toda a dinastia Stuart, encerrando a continuidade da monarquia na religião católica.

Os novos soberanos assumiram o trono após aceitarem, em sua integralidade o *Bill of Rights* – uma declaração de direitos – votada pelo Parlamento, a qual passou a constituir uma das leis fundamentais do reino.

A importância histórica do *Bill of Rights*, se dá pelo fato de ter posto fim, pela primeira vez desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, na qual todo o poder emana do rei e em seu nome é exercido.

A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas do Parlamento, representando, esse documento, a institucionalização da separação de poderes no Estado, posteriormente defendida por Montesquieu. O *Bill of Rights* veio fortalecer também a instituição do júri e

reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *habeas corpus* e o *Bill of Rights* do final do século XVII, ainda não beneficiavam indistintamente todos os súditos do reino, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza. A novidade é que, pela sua formulação mais geral e abstrata do que no texto da Magna Carta, a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando à burguesia rica, dando oportunidade para a insurgência do capitalismo industrial dos séculos seguintes.

Assim, o Parlamento estabeleceu-se como instituição-chave para a limitação do poder monárquico e garantia das liberdades na sociedade civil. A partir do *Bill of Rights*, a idéia de um governo representativo, ainda que da elite, começa a firmar-se como garantia institucional indispensável das liberdades civis.

A Revolução Gloriosa inglesa (*Glorious Revolution)* mais a teoria do individualismo liberal inspirarão a Declaração de Independência americana e, posteriormente, a própria Constituição de 1787. Desde a Declaração da Virgínia de 12/06/1776, pode-se conferir nos fundamentos da independência as aspirações dos americanos no sentido de realizar os ideais iluministas de autonomia, defesa da liberdade individual, liberdade de expressão e respeito a direitos individuais em geral. A independência americana se baseia na idéia de que existem direitos fundamentais do ser humano e é definitivamente reconhecida com o Tratado de Versalhes em 1783.[20]

---

[20] Outras declarações de direitos de colônias passam a aparecer com a mesma intenção: a de declarar a existência de direitos naturais frente à ação da autoridade do Estado. Embora já mencionem direitos fundamentais, estas Declarações ainda não pretendiam indicar um sistema geral de proteção de direitos humanos; tinham um caráter ainda individualista de proteção de direitos e não se assemelham às demandas universais de defesa do gênero humano contra homens investidos da autoridade estatal.

Foi depois da Inglaterra que surgiram nos EUA Declarações que inspirarão a mais conhecida: a Declaração das liberdades fundamentais proclamadas pela Revolução Francesa de 1789.[21] Finalmente, os direitos aí consagrados foram copiados pelas constituições do mundo ocidental.

A Declaração do "bom povo da Virgínia", de 12.06.1776, já mencionada, foi um dos marcos do surgimento dos Direitos Humanos na História, reconhecendo que "todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos [...]".

Teve como objetivo a estruturação do regime democrático e a limitação do poder estatal, não sendo reduzida à limitação do poder do monarca, característica dos documentos ingleses. Daí a anotação de Comparato[22], enfatizando o teor do seu artigo 1º:

> todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente; a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e de possuir propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e segurança.

Duas semanas após a promulgação da Declaração da Virgínia, é promulgada a Declaração da Independência dos Estados Unidos, que também enfatiza a "busca da felicidade", como razão de ser dos direitos inerentes à própria condição humana. "Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão de ser universal, como a própria pessoa humana".[23]

---

[21] A primeira Constituição americana foi promulgada em 1788, como fruto de um compromisso entre a tendência republicana (que defendia a autonomia entre os Estados) e a federalista (que defendia um poder central forte), e os princípios que regula são fundamentalmente os mesmos: adoção da República Federativa presidencialista, divisão de poderes, liberdades civis e políticas, incluindo liberdade de expressão, de imprensa e crença religiosa.

[22] Fábio Konder Comparato, op. cit., p. 49.

[23] Ibid., mesma p.

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, originariamente, em seus sete artigos, não fez menção a direitos humanos fundamentais. Posteriormente, após aprovação das dez primeiras Emendas ao texto básico, em 1791, foi chamada de *Declaração de Direitos do Povo Americano*. Sua Emenda n.º 9 estabelece que "a especificação de certos direitos na Constituição deve ser entendida como negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo".

Pode-se afirmar que esses dois documentos representam o marco da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a delimitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada pela Assembléia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, também apresenta a mesma idéia de liberdade e igualdade dos seres humanos, constituindo-se um marco no caminho da positivação dos direitos humanos fundamentais. Sua tendência globalizante enfatiza diversas garantias consubstanciadas no princípio da igualdade, na liberdade, na propriedade, na segurança, na resistência à opressão e na legalidade, dentre outras.

A respeito, observa Comparato, que:

> Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.[24]

A Declaração revolucionária francesa, já em seu preâmbulo, enuncia que "a ignorância, o olvido e o menosprezo aos Direitos do Homem são a única causa dos males públicos e da corrupção dos governos", tornando imperativo, por

---

[24] Fábio Konder Comparato, op. cit., p. 49.

conseqüência, "expor em uma declaração solene de direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem". Do corpo do documento, alguns artigos, pela clareza e contundência, ensejam especial atenção:

> Art. 1°. Os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.
>
> (...)
>
> Art. 4°. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em conseqüência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados por lei.
>
> (...)
>
> Art. 6° . A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, seja puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção a não ser de suas virtudes e seus talentos.
>
> (...)
>
> Art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

A democracia moderna, que surgiu quase que ao mesmo tempo, tanto na América do Norte, quanto na França, buscou eliminar os antigos privilégios do clero e da nobreza, tornando o governo responsável perante a classe burguesa.[25]

A denominada Revolução Americana enfatizou a restauração das antigas franquias e os tradicionais direitos de cidadania, mediante os abusos e usurpações da monarquia. Já a Revolução Francesa teve como objetivo a melhoria radical das condições de vida em sociedade.

---

[25] Fábio Konder Comparato, op. cit., p. 50.

Segundo Comparato:

> Enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias européias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. [26]

A Constituição Francesa de 1793 ficou conhecida como a Constituição jacobina, tendo enumerado mais amplamente os direitos fundamentais, com menção aos valores respeitantes, por exemplo, ao trabalho, à educação e à proteção diante da pobreza.

Na lição de Fábio Konder Comparato:

> As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu (...).[27]

A concepção e o estabelecimento do Estado de Direito fundamenta-se na subordinação das forças do poder e do próprio ente estatal a um direito objetivo, positivado, que revela o justo, ao lado do reconhecimento da divisão de funções básicas da organização deste Estado – a clássica tripartição do poder nas funções legislativa, executiva e judiciária.

Por isso toda a 'primeira geração' de direitos humanos foi composta de direitos que protegiam as liberdades civis e políticas dos cidadãos, contra a prepotência dos órgãos estatais.

1.2. A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA POSITIVAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

[26] Ibid., p. 51.
[27] Ibid., p. 52.

Percebemos, então, que da histórica discussão entre direito e moral, ou, ainda, entre direito positivo e direito natural, "... problema preliminar de toda a filosofia do direito..."[28] que se pode retirar os fundamentos de legitimação dos direitos humanos.

Vimos que, durante muitos séculos, o direito natural, em suas diversas acepções, gozou de predominância sobre o direito positivo[29], tanto nos círculos acadêmicos, quanto nos jusfilosóficos, tendo preponderado até, pelo menos, meados do século XIX. O jusnaturalismo é a denominação pela qual se identifica um sem número de correntes filosóficas e que propunham ser o ordenamento jurídico regido por um poder que lhe é superior. Como já dito, tal poder, seja de origem Divina, ou seja, decorrente da própria Natureza, teria um caráter moral e abstrato, consistindo em uma série de preceitos jurídicos universais e imutáveis que regem e restringem a aplicação do direito escrito, editado pelo Estado. Deste modo, a norma escrita, posta, somente era tida como legítima se demonstrada a sua compatibilidade com aqueles preceitos jurídicos morais do direito natural, anteriores ao Estado que, por isso mesmo, não lhe poderia estabelecer limites, mas, principalmente, protegê-los.[30]

Embora inegável a influência do direito romano sobre os ordenamentos europeus, o mesmo era tido "... Como *ratio scripta*, isto é, um conjunto de regras racionalmente fundadas exprimindo a própria essência da razão jurídica

---

[28] Norberto Bobbio *in* **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** São Paulo: Editora Mandarim, 2000, p.86.

[29] Tal assertiva deve ser aceita *cum granus salis*, eis que, pelo menos em um primeiro momento, os atenienses conferiam à lei escrita uma supremacia, eis que esta servia de defesa contra o arbítrio. Neste sentido Fábio Konder Comparato, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pp.12-13.

[30] Giorgio Del Vecchio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª edição Coimbra Armênio Amado – Editor, Sucessor, p. 147.

(*Juristenrecht*)..."[31] Para os juristas medievais, o direito romano era um conjunto de regras deduzido da natureza. Viam o "... Direito romano como uma espécie de direito natural que... apresentava a grande vantagem de ser escrito e codificado..."[32] O direito natural aparece, não só como uma força anterior ao Estado, mas como um elemento delimitador do seu ordenamento, garantidor de uma ordem etérea a ser protegida pelo Estado. A razão, o raciocínio, era o instrumento pelo qual se alcançava o conhecimento daqueles preceitos. Nesse sentido, Radbruch estabelece as seguintes características para o direito natural:

> 1º Todas estas concepções do Direito Natural nos fornecem certos «juízos de valor» jurídico com um determinado conteúdo. -2º Esses «juízos de valor» jurídico têm sempre como fonte, ou a Natureza, ou a Razão, universais e imutáveis. - 3º Tais juízos são acessíveis ao conhecimento racional – 4º Tais juízos, uma vez fixados, devem preferir às leis positivas que lhes forem contrárias; o direito natural deve sempre prevalecer sobre direito positivo.[33]

Como já estudado, com o advento do Renascimento, as teorias de direito natural evoluem até encontrar no homem a fonte do direito[34] e, como ensina Del Vecchio, "... Afirma-se assim a vontade popular como *soberana*; e a legitimidade de um governo mede-se pelo consentimento popular."[35] Nessa época, as teorias jusnaturalistas predominantes já tinham por um bom tempo sustentado a necessidade de se retirar a soberania do Estado do domínio da Igreja, reafirmando a autoridade dos poderes seculares medievais, bem como de se assegurar ao povo o *status* de única fonte legítima da soberania. Alguns séculos mais tarde, fundado naquelas teorias desenvolvidas durante o Renascimento, os filósofos políticos desenvolveram a teoria do contrato social que "... Consiste em mostrar como o poder

---

[31] Norberto Nobbio, op. cit., p 31.
[32] Norberto Bobbio, op. cit., p 31.
[33] Gustav Radbruch. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor p. 62.
[34] Fábio Konder Comparato. Op. cit., pp.13-19.

político emana do povo e reivindicar para este o poder soberano."[36] O direito passa a ser estudado sobre fundamentos humanos, racionais e não teológicos.[37] As teorias de direito natural reconhecem no homem a fonte do direito e, pelo menos a partir de Locke, a manutenção do contrato social é vinculada à satisfação dos pactuantes.

Assim, essa mudança de foco, instada pelos doutrinadores do direito natural, acabará por, contraditoriamente, ensejar na prevalência do direito positivo. Note-se que, durante muito tempo, tanto o direito natural quanto o direito positivo, o Direito do Estado, foram considerados como espécies válidas de Direito, tendo ambas coexistido historicamente[38]. Acontece que em determinado momento da história, o câmbio na concepção do que são Estado e ciência, retiram do direito natural essa qualidade, passando a ser entendido como sendo Direito, tão-somente, o direito positivo resultante da vontade estatal, sendo o Estado sua única fonte de legitimidade. O lento processo de unificação interna dos reinos europeus, fundado na rejeição dos monarcas a qualquer interferência externa, leia-se Igreja Católica e Sacro-Império Romano, em seus reinos recém constituídos, resultou no Estado, e na concentração de poder na figura do monarca. Disso acabou por resultar no reconhecimento do Estado como única fonte de legitimidade do Direito que: "... Tem vigor e é aplicável apenas com a 'permissione principis', isto é, apenas quando seja aprovado pelo soberano...". [39]

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e

---

[35] Gustav Radbruch. Op. cit., p. 105.
[36] Gustav Radbruch. Op. cit., p. 72.
[37] Gustav Radbruch. Op. cit., p. 76.
[38] Bobbio, novamente, lembra que para Kant "...O direito privado já existe no Estado da Natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público; contrapõe o modo de ser do

uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.[40]

De outro lado, impôs-se a desmistificação do jusnaturalismo por meio de uma crítica feroz do racionalismo que sustentava a crença no direito natural, o que se verificou, inicialmente, com o historicismo, filosofia pelo qual o homem não era mais visto como um ser ideal, abstrato, dotado de atributos universais, apreensíveis pela razão, mas como um indivíduo, concreto, dotado de características variáveis e, acima de tudo, racional. Os historicistas compreendiam o ser humano como um produto do seu desenvolvimento histórico e social, variante no tempo e no espaço. Da mesma forma, o direito era visto como um fenômeno social justificado pelas tradições, eis que produto de uma lenta e acidentada evolução histórica. O direito, pois, resultava da apreensão de uma realidade histórica, não unívoca, mas possível de ser transformada, a fim de acompanhar uma sociedade em constante evolução.

1.2.1. A positivação dos direitos humanos no plano internacional: A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ao proclamar os direitos humanos para todas as pessoas, estabelecendo-os como uma meta a ser atingida por todos os povos e todas as nações, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se manifesta como um avanço no tratamento universalizante das questões relacionadas aos direitos humanos e às suas violações.

---

direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito na sociedade política..." Norberto Bobbio. Op. cit., p. 29.

[39] Norberto Bobbio, op. cit., p. 32

[40] Fábio Konder Comparato. Op. cit., p.12. Cumpre notar que tal passagem se refere ao direito como compreendido pela democracia ateniense e, portanto, em um período imediatamente anterior às

Através da Declaração o discurso dos direitos humanos toma forma e conteúdo mais precisos, passando a ser cada vez mais representativo nos âmbitos político e jurídico. Por discurso de direitos humanos entende-se todo o conjunto de instrumentos, técnicas, princípios e normas que, tanto na esfera política como na esfera jurídica, possibilitam modificar a realidade existente para a constituição de uma nova, possibilitando que as relações entre as pessoas e entre estas e os Estados ocorram racional e pacificamente.

A Declaração dos Direitos Humanos fundamenta-se no 'reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis' e tendo esse reconhecimento como 'fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo'[41].

Nuances remotas da Declaração da ONU de 1948 são encontradas, de um lado, no direito internacional e no direto humanitário dos séculos XVIII e XIX e, de outro em dois documentos relacionados, um ao processo histórico de mudança de poder da França e o outro, à instituição de poder ligada à formação do Estado norte-americano, a saber, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, como já estudado.

O tempo da Declaração Francesa de 1789 coincide com o período da codificação das normas jurídicas, sendo pouco anterior ao Código de Napoleão. Elías Díaz recorda que é em fins do século XVIII que se opera a transformação do direito natural, universal e absoluto em direito positivo, vindo a criar um vazio valorativo, sob certo aspecto; visto que os ideais, uma vez positivados, tornam-se realidade, para, então, transformarem-se em ideologia[42].

---

primeiras formulações teóricas de direito natural conceito que, diga-se, já era conhecido naquela época.

[41] Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

[42] Elías Días. ***Sociología y filosofía del derecho***, Madrid: Taurus, 1984, p. 286.

A Declaração Francesa veio afirmar como dado aspectos culturais que ainda deveriam ser construídos, qualificando como direitos naturais a liberdade, a propriedade e a igualdade em direitos. Tais direitos não eram, de fato, naturais, e eram acessíveis a uma minoria, posto que a estruturação da sociedade em estamentos apenas acabara de ser abolida.

Diferentemente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se estende a todas as pessoas, mas sem originariamente caráter vinculante, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 integra o direito positivo francês - vigorando até a atualidade, ao lado da Constituição francesa. Os traços comuns desta com a Declaração da ONU, como a afirmação da liberdade, da propriedade, da segurança como direitos inerentes ao homem, o princípio da legalidade, o princípio da reserva legal e o da presunção de inocência, a liberdade de opinião e de crença, dentre outros, são referências da linha comum que ligam os dois documentos. Deve-se, todavia, lembrar, que as exigências foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como afirma Eric Hobsbawn:

> (...) este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. 'Os homens nascem e vivem livres e iguais perante a lei', dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que 'somente no terreno da utilidade comum'. ... a declaração afirmava (posição contrária à hierarquia da nobreza ou absolutismo) que 'todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis pessoalmente ou por meio de seus representantes'. E a assembléia representativa que ela vislumbrava como órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembléia democraticamente eleita. ... Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática que poderia parecer uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas. De modo geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas sim

> um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários.[43]

Para o citado autor, as intenções que nortearam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se diferenciam em sentido e extensão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas, uma vez que o texto escrito se desprende de seu contexto, hoje vemos a Declaração Francesa de 1789 adequando-a ao nosso tempo.

A Declaração Francesa, a Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração de Independência Americana foram importantes para o desenvolvimento dessas idéias especialmente dentro dos Estados, porém o mesmo não ocorre de maneira direta para o direito internacional dos direitos humanos. A origem da proliferação dos documentos internacionais de proteção de direitos humanos está, principalmente, nos tratados internacionais bilaterais e multilaterais para a abolição da escravatura e do comércio de escravos, assim como nas normas de direito humanitário para o banimento de armas cruéis e para a salvaguarda de prisioneiros de guerra, de feridos e de civis.[44]

As normas de Direito Humanitário começam a surgir no século XIX, para disciplinar o tratamento das vítimas em conflitos armados, a proteção humanitária aos militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e às populações civis[45], declarando limites ao uso da violência em guerras.

A Liga das Nações, materializada no Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial, abriu caminho para a proteção, de forma

---

[43] Eric Hobsbawn. **A Revolução Francesa**, in: A Era das Revoluções, São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 19-20.

[44] Enrique Ricardo Lewandowski, **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 78-79.

mais ampla, aos direitos de pessoas, prevendo, também, o direito de petição à Liga, reconhecido às populações dos Estados membros.[46]

Este é o período a partir do qual o direito internacional deixa de ter por objeto, com poucas exceções, a relação somente entre Estados, passando a tratar, também, das pessoas e de seus direitos relacionados à dignidade humana. Observa-se, entretanto, que os tratados sobre minorias celebrados sob a égide da Liga das Nações eram impostos seletivamente, em especial sobre nações derrotadas em guerras e sobre Estados recém criados ou ampliados. Tais documentos não previam normas gerais impondo o respeito às minorias também por parte dos Estados com maior poder, assim como não asseguravam respeito às pessoas que não pertenciam às minorias especificadas ou maioria da população.

Muitas vezes a Organização Internacional do Trabalho — OIT, constituída também por ocasião do Tratado de Versalhes, tem desempenhado papel primordial na defesa e promoção de direitos relacionados ao trabalho, bem como de outros direitos econômicos, sociais e culturais, por meio de programas específicos e de suas convenções, estabelecendo definições e padrões mínimos sobre as condições de exercício dos direitos de que trata. É no âmbito da OIT que se vê os primeiros documentos internacionais de proteção à mulher, à criança, aos indígenas e povos tribais, ao trabalhador, documentos contra a discriminação racial, e de redução dos efeitos do desemprego, dentre outros.

Na época da criação da OIT, o socialismo estava em expansão na Europa, justificando a implantação, nos Estados capitalistas, de medidas de proteção às condições do trabalho. Melhores condições sociais e de trabalho em todos os

---

[45] Flávia Piovesan, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 133.
[46] Antonio Truyol y Serra, ***Los derechos humanos***, Madrid: Tecnos, 1977, p. 24.

Estados significavam, também, como ainda significam, melhores condições para a competição no mercado internacional, possibilitando minimizar os efeitos de países que, com menos direitos sociais garantidos, entram no mercado com preços mais baixos.

Porém, é com a criação da Organização das Nações Unidas — ONU, na Carta de São Francisco, em 1945, que a proteção e promoção internacionais dos direitos humanos se converte em princípio jurídico de direito internacional. A Carta de São Francisco ou Carta das Nações Unidas consiste em tratado internacional, vinculando juridicamente, portanto, todos os Estados que fazem parte da ONU. Desse modo, todos os Estados membros devem dar cumprimento ao princípio do "respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião". De fato, o artigo 1º da Carta coloca como propósitos das Nações Unidas, "conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais", sem qualquer distinção. Tratam da questão da proteção e promoção dos direitos humanos o artigo 1º, itens 2 e 3, artigos 13, 55 e 56. A importância dada pela Carta à matéria é revelada com especial força no artigo 55, que vem vincular o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais como necessário à criação de condições de estabilidade e bem-estar, que, por sua vez, são necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as nações, estando tais relações fundadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos.

A Declaração dos Direitos Humanos trouxe a valiosa contribuição de tornar a promoção desses direitos um objetivo da ONU e, sobretudo, expande a relação entre os Estados e seus habitantes para esfera internacional.

A Declaração poderia ter tomado a forma de tratado, de modo a, após sua adoção pela ONU, vincular os Estados que a ratificassem a obrigação de proteger e promover os direitos humanos. Prevaleceu, entretanto, o entendimento de que a carta de direitos deveria tomar a forma de declaração, ou seja, de uma recomendação de maior solenidade, utilizada em raras ocasiões relacionadas a matérias de grande importância, em que se espera o máximo comprometimento moral e político dos partícipes.

A Declaração constitui, então, a especificação dos direitos que a Carta de São Francisco menciona apenas de maneira genérica, estabelecendo, como afirmado em seu Preâmbulo, uma compreensão comum do que sejam esses direitos para seu pleno cumprimento.

Este detalhamento de direitos humanos, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, constitui a primeira iniciativa de enumeração de direitos humanos no âmbito do direito internacional e institui, sobretudo, como aponta Flávia Piovesan[47]:

> (...) extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita .... Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.

A Declaração expressa, a um só tempo, o discurso liberal dos direitos civis e políticos, nos artigos 3º a 21, com o discurso social dos direitos econômicos, sociais

---

[47] Flávia Piovesan, op. cit., p. 156.

e culturais, nos artigos 22 a 28, que demonstram-se essencialmente necessários para que direitos civis e políticos possam ser realmente efetivos.

Como visto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se baseou na matriz iluminista, cuja Declaração Francesa de 1789 se apresenta como sua fonte mais evidente, refletindo as disputas de poder no âmbito internacional. Os direitos ali tratados não se confundem com direitos naturais e absolutos que, segundo os jusnaturalistas, acompanhariam os seres humanos desde tempos imemoriais. Ou, segundo Celso Lafer, não são um dado, externo a polis; são um construído, uma invenção ligada à organização da comunidade política[48].

Os direitos humanos, nos dizeres de José Afonso da Silva:

> (...) são históricos, como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.[49]

A dimensão histórica dos direitos humanos relaciona-se à noção de pessoa, em sua concreção social e histórica.

O tempo da Declaração é também o tempo da consolidação da Guerra Fria. Segundo Lindgren Alves,

> (...) durante esse período, a disputa ideológica entre os dois sistemas antagônicos favorecia, pelo enfoque estritamente coletivista de um deles, a idéia de que a obtenção de condições econômicas adequadas teria prioridade sobre o usufruto dos direitos civis e políticos e das liberdades fundamentais.[50]

Boaventura de Souza Santos, de outra parte, observa que:

---

[48] Celso Lafer. **A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 134.
[49] José Afonso da Silva. **Curso de Direito constitucional positivo**, 9. ed. revista, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 166.

> (...) durante muitos anos após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram parte integrante da política da Guerra Fria, e como tal foram considerados pela esquerda.[51]

A tensão entre o discurso liberal e o discurso socialista está presente na Declaração, quando se verifica que 21 artigos tratam dos direitos civis e políticos, dos quais vinte referem-se a direitos civis e um refere-se unicamente a direitos políticos (a liberdade de opinião e de expressão, bem como a liberdade de associação e reunião pacíficas são relacionadas simultaneamente aos direitos políticos) e apenas seis estão relacionados aos direitos sociais. O artigo XXVIII já trata, de forma especialmente genérica da espécie de direitos que posteriormente veio a ser denominada direitos de solidariedade, ao prever que toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades constantes da Declaração possam ser plenamente realizados. Este artigo não consubstancia, pois, quer direitos civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais, tratando, sim, de um dos direitos de solidariedade.

Quanto à importância da cultura para a construção dos direitos humanos, Boaventura de Souza Santos propõe uma concepção multicultural de direitos humanos. O autor observa que:

> (...) concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado — uma forma de globalização de cima-para-baixo. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. ... O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante

---

[50] Lindgren Alves. **Os direitos humanos como tema global**, São Paulo: Perspectivas, 1994, p. 45, Série Estudos.

[51] Boaventura de Souza Santos. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**, em *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, CEDEC, n. 39, p. 105, 1997.

> realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem que ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres.[52]

Sobre essa questão, Boaventura de Sousa Santos prossegue, alertando que:

> (...) contra o universalismo uniformizante deve se proceder a 'diálogos interculturais' sobre 'preocupações isomórficas', de forma a se buscar por **"valores ou exigências máximos"** e não por valores ou exigências mínimos. A advertência freqüentemente ouvida hoje com novos direitos ou com concepções mais exigentes de direitos humanos é uma manifestação tardia da redução do potencial emancipatório da modernidade ocidental à emancipação de baixa intensidade, possibilitada ou tolerada pelo capitalismo mundial. Direitos humanos de baixa intensidade como o outro lado de democracia de baixa intensidade.[53]

O estabelecimento de um verdadeiro diálogo intercultural voltado à conjunção dos valores máximos de cada cultura permitirá a construção de um discurso dos direitos humanos hábil a implementar a efetividade da dignidade humana, conferindo conteúdo material aos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma *recomendação*, que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nesta condição, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Por essa razão, a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como etapa preliminar à adoção de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto.

Entretanto, hoje devemos reconhecer que a vigência dos direito humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacional, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana,

---

[52] Boaventura de Sousa Santos, op. cit., p. 112.
[53] Ibid., p. 114.

exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea distingue os direitos humanos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas, inclusive no âmbito do direito internacional.

1.2.2. A positivação dos direitos humanos no plano interno dos Estados nacionais

A positivação do direito, ou seja, a predominância do Direito positivo se origina, como já visto, de um processo histórico de secularização do Direito e da própria organização social em que vivem as pessoas. As revoluções do final do século XVIII e o advento do movimento Iluminista aparecem como o resultado de um lento processo histórico e social pelo qual o homem é elevado ao centro do seu universo político e social. O ser humano, o cidadão, passa a ser a fonte de criação e de legitimação do Direito, como leciona Celso Lafer:

> A idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua vontade e sua razão, pondo de lado a tradição foi a grande novidade da Ilustração. Ela trouxe a substituição do princípio de legitimidade dinástica que, na forma da monarquia hereditária, foi o legado que a Idade Moderna herdou da sociedade medieval, baseada nos costumes, pelo princípio da soberania popular, de origem contratualista. Com efeito, dessa maneira o contrato social deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário. [54]

O Direito surge como disciplina autônoma, identificada à vontade do Estado do qual é expressão, enquanto que a lei escrita aparece, assim como ocorreu nos

---

[54] Celso Lafer. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 123.

primórdios da democracia, em Atenas, como instrumento de proteção da liberdade individual. A propósito, Celso Lafer quando assevera:

> A identificação do Estado com a nação coincidiu, na experiência européia, com o despertar dos governos constitucionais que, baseados no princípio da legalidade, visavam impedir o exercício arbitrário do poder.[55]

As constituições passaram a servir, ao mesmo tempo, como repositório e garantia dos direitos individuais, *rectius*, fundamentais.

> Na continuação do século XIX dois factos caracterizaram a evolução das declarações européias: primeiramente, sua integração nos próprios textos das constituições escritas, de modo que, em vez do carácter declaratório e superlegal que de início teve a enumeração dos direitos individuais, passou a dar-se a esta um caráter legal, embora de valor superior; em segundo lugar as enumerações de direitos individuais começam a ser concebidas como um *instrumento de luta.* Instrumento de luta da burguesia contra a monarquia absoluta e as classes privilegiadas...[56]

Com o surgimento das democracias liberais, o ser humano passa a ser senhor de sua vontade, não mais servo ou escravo, mas titular do poder político dentro do Estado.

Esse quadro não prevaleceu por muito tempo, tendo duas guerras mundiais mostrado a necessidade de novos instrumentos de proteção do ser humano, bem como de uma nova fonte de legitimação do direito. Não cabe conferir ao positivismo jurídico o papel de vilão da humanidade, ainda mais ante o fato de ter sido o positivismo jurídico adotado inicialmente como instrumento de proteção do ser humano contra o arbítrio. Entretanto, não é possível negar que foi o abuso do caráter científico que se buscou atribuir ao direito por meio de uma concepção

---

[55] Celso Lafer. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 137.

[56] Marcelo Caetano. **Manual de Ciência Política**. 6ª edição, reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, Tomo I, 1995, p.314.

totalitária do positivismo jurídico que conferiu um pano de fundo legal a uma das grandes atrocidades cometidas contra a humanidade. [57]

Mas, em matéria de atrocidades cometidas contra a humanidade, não podemos deixar de notar, também, por exemplo, o extermínio das populações indígenas no período de colonização européia, o qual foi amparado sob a base de interpretações de conceitos jusnaturalistas da época.

Como visto, existiram diversas teorias de direito positivo[58], todas tinham por intuito assegurar o caráter científico da disciplina, elidindo o enorme grau de relatividade que caracteriza sua aplicação, o que lhe negaria o caráter empírico desejado. Para tais doutrinas, pois, o direito positivo era "... O direito válido e vigente em algum tempo e lugar, limitado a um círculo de sujeitos e individualmente determinado".[59]

Além disso, o direito positivo consistiria um sistema fechado, uma totalidade composta de proposições jurídicas interligadas, na qual as leis de maior amplitude contêm as demais, em uma estrutura lógica hierarquicamente organizada[60]. Desse modo, as lacunas porventura detectadas, na verdade, seriam lacunas aparentes, eis que preenchidas pela aplicação de uma norma mais geral.

"O sistema jurídico é, necessariamente, manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática faz mister explicitar."[61]

---

[57] Miguel Reale. **Lições Preliminares de Direito**. 4ª edição São Paulo: Editora Saraiva, 1977, pp.153-154.

[58] Ao contrário do que pode parecer em uma primeira vista, o positivismo não obteve sucesso somente na Europa e nos países de tradição romana. O próprio sistema da *common law*, norteamericano pode ser compreendido dentre as teorias positivistas do direito, neste sentido: Miguel Reale. Op. cit., pp .153-154.

[59] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.32.

[60] Ibid., p.33.

[61] Ibid., p.33.

O sistema jurídico seria dotado de um caráter lógico-dedutivo, resultante do "... Desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada."[62]

O aplicador da norma deveria se limitar à subsunção lógica da matéria de fato aos conceitos jurídicos.

Outra característica importante que marca as diversas doutrinas positivistas consiste na idéia de sistema como instrumento da ciência jurídica, característica a que se ligam o procedimento construtivo e o dogma da subsunção.[63] Pelo primeiro, as regras jurídicas seriam "... Referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzido".[64] Pelo segundo, "... O raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto."[65]

A positivação do direito representou para a humanidade uma grande vitória. Os revolucionários do final do século XVIII, assim como os iluministas, ao conferir ao homem a primazia no universo, reconhecendo no cidadão a fonte de todo o poder estatal, se serviram do direito positivo como instrumento de proteção do ser humano. O direito positivo representou um marco na civilização ocidental, ao buscar garantir uma estabilidade social através da segurança jurídica das relações humanas.

Todavia, a suposta neutralidade axiológica do direito, postulada para assegurar o seu caráter científico, resultou na negação da própria razão de ser de sua positivação. A retirada do direito do seu conteúdo ético, bem como a rejeição de seu caráter finalístico, permitiram reduzir o homem ao mesmo plano das demais

---

[62] Ibid., p.33.
[63] Ibid., p.34.
[64] Ibid., p.34.

situações reguladas. De sujeito de direitos, passou a figura humana ao papel de objeto. Sem a proteção dos ditames do direito natural, sem controle do ordenamento jurídico estatal, foi aberto o caminho para ordenamentos totalitários, que sob uma suposta neutralidade científica possibilitaram a dominação, sujeição e até o extermínio de milhões de pessoas.

A importância de se reconhecer a íntima conexão entre norma moral e norma legal, não deriva de ser a primeira superior a esta última, mas por estas interagirem em uma situação de complementaridade, razão pela qual a recuperação do conteúdo ético do direito, do reconhecimento do seu caráter valorativo e da sua referência à idéia de justiça, é uma necessidade que até hoje alimenta os debates e o desenvolvimento da Teoria do Direito.[66]

---

[65] Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.34.

[66] Herbert L.A. Hart, **O Conceito de Direito**, tradução de A. Ri beiro Mendes, 3ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

2. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Como ocorre nas diversas áreas do conhecimento humano, o direito também sofre os reflexos decorrentes das diversas transformações da sociedade ocorridas ao longo do tempo. Dessa forma, os direitos humanos evoluem e conquistam um lugar cada vez mais considerável na consciência política e jurídica contemporânea, apresentando grande progresso quanto ao respeito às liberdades fundamentais e à concretização da verdadeira democracia.

O ponto central da relação entre direitos fundamentais e democracia é sua complementaridade e indivisibilidade, especialmente nas sociedades multiculturais modernas que dependem do pluralismo para existir. Os direitos fundamentais, em especial, liberdade e igualdade, são condições mínimas para a inclusão social das minorias e o exercício da cidadania. Por outro lado, estes direitos fundamentais dependem da participação dos cidadãos e da sociedade civil organizada para serem efetivados, constituindo-se assim um ciclo virtuoso entre garantia de direitos fundamentais e a efetividade do Estado Democrático de Direito.

Ao considerarmos que a relação entre a proteção dos direitos humanos e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se constitui como o valor-guia[67] de toda a ordem jurídica se faz necessário analisar a influência e a interação entre os mesmos existentes no cenário da ordem constitucional brasileira.

---

[67] Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 72.

Dessa forma, este capítulo se apresenta como uma rápida retrospectiva das Constituições brasileiras, iniciando-se pela Constituição Política do Império do Brasil, quando já se delineia o processo de positivação dos direitos do homem.

2.1. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na evolução das declarações de direitos observou-se que o legislador teve como objetivo assegurar a efetividade das normas através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que passaram a chamar-se *garantias* constitucionais dos direitos humanos.[68]

Tal exigência técnica determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições.

Assim, se deu a *subjetivação* e a *positivação* dos direitos dos indivíduos com sua enunciação constitucional, um caráter concreto de *normas jurídicas* positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados, com previsão também de outras normas destinadas a atuar uma precisa regulamentação jurídica, de forma a não requerer depois, a intervenção do legislador ordinário. Daí por diante, as constituições democráticas passaram a trazer um capítulo em que são *subjetivados* e *positivados* os direitos fundamentais do homem.[69]

---

[68] José Afonso da Silva. **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: Evolução Histórica e Direito Atual,** www.dhnet.org.br/direitos/ brasil/leisbr/1988/jafonso_const.html. Acesso em 02.02.2005, p. 1.

[69] José Afonso da Silva, op. cit., p. 1.

Pode-se definir Constituição como o ato de constituir, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas: organização.[70]

A Constituição de um país tem importância fundamental em sua estruturação político-administrativa, na organização do Poder Estatal, como também no reconhecimento dos direitos fundamentais do homem. No sentido jurídico, porém, a constituição pode ser definida como a lei fundamental e suprema do Estado, produto do Poder Constituinte Ordinário, um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, a distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Um dos principais objetivos do constitucionalismo é, sem dúvida, a proteção dos direitos fundamentais do ser humano. Tal afirmação, do final do século XVII, quando se estabeleceram as primeiras constituições escritas, continua válida neste início do século XXI, quando o arbítrio e o autoritarismo ainda os ameaçam.

Devido à grande relevância dos direitos humanos, este tema não poderia deixar de constar nas diversas Constituições brasileiras, como se verá a seguir.

2.1.1. A Constituição de 1824

A convocação de uma Assembléia Constituinte com a finalidade de elaborar a primeira Constituição do Brasil antecede à própria proclamação formal de Independência do País, em 7 de setembro de 1822. Dom Pedro, devido à grande agitação política em favor do fim da subordinação a Portugal, convocou a Assembléia Constituinte por decreto em 03 de junho de 1822. Considerando o projeto Constitucional ultraliberal e revolucionário, D. Pedro dissolve a Constituinte

---

[70] Dicionário Aurélio Buarque de Hollanda.

em 12 de novembro de 1823, e o conselho de Estado se encarrega do novo projeto. Foi então elaborada a Carta Constitucional, outorgada em 11 de dezembro de 1823, a qual foi remetida, após o 11 de dezembro, a algumas Câmaras de Vilas para serem ouvidas sobre o projeto.

A dissolução da Assembléia Constituinte e após algumas Câmaras rejeitarem o projeto, acaba por ensejar o surgimento de uma revolta, em diversos Estados brasileiros, que ficou conhecida como Confederação do Equador, com a importante participação de Frei Caneca, em Pernambuco.

Em discurso à época, Frei Caneca já apresenta os temas que serão o debate jurídico e político do Império: poder moderador e centralismo, soberania popular e representação política, entre outros.

Em 25 de março de 1824 a Carta Constitucional é jurada pelo Imperador.

Seu governo era monárquico, hereditário, constitucional e representativo (art. 3º). Havia quatro poderes distintos: Judiciário, Executivo, Legislador e Moderador (art. 10). Este era exercido exclusivamente pelo Imperador e, devido às imensas faculdades que lhe dava, sobrepunha-se aos demais poderes, interferindo em suas atuações. As autoridades regionais foram bastante sufocadas pelo poder central.

José Reinaldo Lima Lopes cita o que Frei Caneca alude a respeito ao poder moderador: "invenção maquiavélica é a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos".[71]

Em seu art. 179, esta Constituição traz uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição Política do Império do Brasil, de 25.3.1824, ressalta-se nesse processo de positivação dos direitos do homem,

---

[71] **O Direito na História**, 2ª Edição Revista. São Paulo: Max Limonad, p. 283.

enunciando, com as garantias pertinentes, no art. 179 e seus trinta e cinco incisos, onde se declarava garantida a inviolabilidade dos direitos de liberdade, igualdade, segurança individual e propriedade. Cada um daqueles direitos se dividia em diversos ramos, além de se combinar entre si, formando outros direitos também essenciais.[72]

Esses são classificados como direitos humanos da primeira geração, até então conhecidos somente no constitucionalismo americano e europeu. É notória, porém, a influência das declarações que acompanhavam as Constituições francesas do final do século XVIII. É de ressaltar o conjunto de garantias constitucionais da liberdade, da dignidade e da privacidade que ela estatuía como *direito de segurança* dos indivíduos.

Mas a Constituição ia além da previsão dos direitos tipicamente individuais, pois garantia também o socorro público.

A Constituição continuou avançando, para garantir a todos o direito à instrução primária gratuita, assim como o ensino médio e as universidades onde seriam ensinadas as ciências e as artes.

Conforme José Afonso da Silva:

> A Constituição do Império do Brasil de 1824, que vigorou até 15 de novembro de 1889, continha uma das mais avançadas declarações dos direitos humanos do século passado. Não se pode, porém, ocultar o fato de que os direitos reconhecidos e garantidos só serviam à elite aristocrática. [73]

A Constituição do Império acolheu os direitos individuais básicos que se encontravam inscritos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas esses direitos só refletiam de fato aos interesses da elite aristocrática que dominava o regime.

---

[72] José Afonso da Silva, op. cit., p. 1.
[73] José Afonso da Silva, op. cit., p. 2.

Cabe lembrar, que a escravidão dos africanos, porém, era sempre um instituto admitido, apesar dos esforços argumentativos da campanha abolicionista, tendo como um dos representantes Joaquim Nabuco dizendo que a Constituição não abria espaço para a escravidão.

O debate do abolicionismo, dessa forma, também travou-se em termos jurídicos com argumentos tanto para correntes abolicionistas quanto antiabolicionistas. O centro da discussão podia ser localizado também no artigo 179, parágrafo 22 da Constituição do Império, que garantia o direito de propriedade. Dizia-se que os senhores de escravos eram legítimos proprietários e que a abolição significava simplesmente desapropriar sem indenizar, o que era inconstitucional.

Como se sabe, o regime monárquico não era democrático. Embora se tratasse de monarquia constitucional e representativa, os mecanismos centralizadores e definidores do poder pessoal do monarca não possibilitavam a vigência do princípio democrático, como lembra José Afonso da Silva:

> Sistema eleitoral censitário, deputados e senadores eleitos indiretamente. Senado vitalício. Organização dos poderes segundo a formulação de Benjamin Constant, ou seja: poder legislativo, poder moderador, poder executivo e poder judiciário, onde o poder moderador era definido como a chave de toda a organização política; cabia ao Imperador que também exercia o poder executivo por intermédio de seus Ministros. O drama dos direitos humanos no Brasil sempre residiu na falta de vigência da democracia, como regime de garantia geral da efetiva realização dos direitos fundamentais da pessoa humana. Tivemos muito poucos momentos democráticos ao longo de nossa história.[74]

Na Constituição Política do Império de 1824, a relação entre a legitimidade do exercício do poder político e a representação política já se apresentava de forma ambígua ou mesmo, como prefere Renato Lessa, "paradoxal": "No preâmbulo da Constituição de 1824 ficou estabelecido que o primeiro Imperador tinha como fontes

de sua irrestrita legitimidade a 'graça de Deus' e a "unânime aclamação dos Povos". O paradoxo do preâmbulo, mais tarde, se fez na dinâmica do sistema representativo: o País tinha sua representação, mas cabia ao Imperador a escolha do Presidente do Conselho de Ministros, reservada ainda sua prerrogativa de dissolução da Câmara de Deputados."[75]

Como observa Boris Fausto:

> Na historiografia, existem opiniões diversas sobre o tema, variando de acordo com as concepções gerais dos autores sobre o período e mesmo sobre a formação social brasileira. Por exemplo, Caio Prado Júnior admite a existência de certo conflito entre o que chama de burguesia reacionária, representada pelos donos de terras e senhores de escravos, e a burguesia progressista, representada pelos comerciantes e financistas. Mas, segundo ele, a divergência não se manifestava através da política partidária. As duas correntes se misturavam nos dois partidos, embora houvesse certa preferência dos retrógrados pelo Partido Conservador. Por sua vez, Raimundo Faoro vê no Partido Conservador a representação da burocracia, enquanto o Partido Liberal representaria os interesses agrários, opostos ao reforço do poder central promovido pelos burocratas.
>
> Ao considerar a questão, devemos ter em conta que a política desse período, e não só dele, em boa medida não se fazia para se alcançarem grandes objetivos ideológicos. Chegar ao poder significa obter prestígio e benefícios para si próprio e sua gente. Nas eleições, não se esperava que candidato cumprisse bandeiras programáticas, mas as promessas feitas a seus partidários.
>
> Conservadores e liberais utilizavam-se dos mesmos recursos para lograr vitórias eleitorais, concedendo favores aos amigos e empregando a violência com relação aos indecisos e aos adversários. Aliás, havia uma dose considerada aceitável no uso desses recursos, e certas eleições ficaram famosas por superarem essa dose. É o caso da "eleição do cacete", que, em 1840, garantiu a permanência dos liberais no governo. A divisão

---

[74] Ibid., p. 2.
[75] Renato Lessa, **A Invenção Republicana – Campos Sales, as bases e a decadência da Primeira República brasileira**, Co-edição Vértice (São Paulo) e IUPERJ (Rio de Janeiro), 1988, p. 33.

> entre liberais e conservadores tem, assim, muito de uma disputa entre clientelas opostas, em busca das vantagens ou das migalhas do poder. [76]

Em alguns momentos, os partidos representavam forças políticas distintas, ou em outros, grupos políticos diferenciados através dos quais a elite se distribuía a fim de preservar ou mesmo ampliar sua rede de influências e sua esfera de poder, além de conduzir a política do País.

Estes objetivos encontraram abrigo no desenho institucional do quadro político vigente durante o Segundo Reinado, se não foram diretamente os responsáveis pela sua organização e funcionamento. Com efeito, a partir de 1847 o Brasil esboçou um sistema de governo sem dúvida próximo ao sistema parlamentarista inglês, mas que com este não se confundia, tendo importado antes a sua forma do que seus fundamentos. É que o parlamentarismo inglês baseia-se na supremacia da representação popular, ou seja, no exercício do poder político por um governo representativo, donde decorre a assertiva de que neste sistema de governo "o rei reina, mas não governa". De fato, embora o governo, no parlamentarismo inglês, seja escolhido pelo monarca, na prática, o governo provém do Parlamento, composto pelos representantes do povo, e a chancela do monarca a este governo constitui mera formalidade[77].

Mesmo com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, não houve melhora nessa situação. Embora representasse justamente a mudança na fonte de legitimidade do poder político, que passaria, a partir de então, a ser o povo, não apenas não foi fruto de uma revolução popular, como ocorreu à sua margem,

---

[76] Fausto Boris, **História do Brasil**, 9.ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, pp. 180-181.

[77] Philippe Lauvaux. **Parlamentarismo – Fundamentos Históricos e Constitucionais,** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

causando mesmo espanto àqueles que deveriam ter sido senão os protagonistas, certamente os seus maiores interessados.

De todo modo, o advento da República trouxe o "povo" à cena política, o que implicou a reorganização político-institucional do País, a partir desta mudança da fonte de legitimidade do poder e, conseqüentemente, do fundamento de legitimidade da relação entre governantes e governados, que passaria a ser de representação. O interesse pelo estudo desta organização político-institucional, resultante da proclamação da República, justifica-se pelo fato de que, mal ou bem, seus traços fundamentais têm sido mantidos ao longo da história constitucional brasileira.

A Constituição Imperial consagrou os principais Direitos Humanos, como então eram reconhecidos. Por um lado, foi uma Constituição liberal, no reconhecimento de direitos; por outro, porém, foi bastante autoritária, devido à concentração de poderes nas mãos do Imperador, resultante do Poder Moderador.

Nos mesmos liames da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a Constituição Imperial Brasileira afirmou que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179). Omitiu, contudo, o quarto direito natural e imprescritível, proclamado, ao lado desses três, pelo artigo segundo da Declaração Francesa: o direito de resistência à opressão.

Do Constitucionalismo inglês recebeu a influência da vedação da destituição de magistrados pelo rei (*Act of Settlement*, 1701), o direito de petição, as imunidades parlamentares, a proibição de penas cruéis (*Bill of rights*, 1689) e o direito do homem a julgamento legal (Magna Carta, 1215).

Com algumas diferenças dos documentos norte-americanos, coerente com a opção pela forma monárquica de Governo, a Constituição de 1824, evitou mencionar

a idéia de estrita vinculação de todo governo ao consentimento dos governados. Baseando-se na ideologia de Locke, a propriedade e a renda mostram-se como condições fundamentais para o exercício do poder político, nesta Constituição.

As principais conquistas asseguradas pela Constituição de 1824 foram as seguintes: liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independente de censura; liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado; igualdade de todos perante a lei; abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; exigência de lei anterior e autoridade competente, para sentenciar alguém; direito de prioridade; liberdade de trabalho; instrução primária gratuita; direito de petição e de queixa, inclusive o de promover a responsabilidade dos infratores da Constituição.

2.1.2. A Constituição de 1891

Após assumir o poder, os republicanos, civis e militares, cuidaram da transformação do regime. Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, o Governo Provisório, por meio de Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, convocou eleições para a formação do Congresso Nacional e deu publicidade a projeto de texto constitucional elaborado por uma comissão composta por cinco lideranças do movimento republicano: Saldanha Marinho, Rangel Pestana, Antônio Luiz dos Santos Weeneck, Américo Brasiliense de Almeida Mello e José Antonio Pedreira de Magalhães Castro – e revisado por Rui Barbosa, Ministro da Fazenda. Coube ao Congresso apreciar e votar o texto definitivo da república dos Estados Unidos do Brasil.

De acordo com Pinto Ferreira, a Constituição de 1891 foi moldada segundo o estilo da Constituição norte-americana, com as idéias diretoras do presidencialismo, do federalismo, da triparticipação do poder, do liberalismo político, e da democracia burguesa.[78]

A Constituição, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, estabeleceu que a Nação brasileira adotava como *forma de governo* a *República Federativa,* constituída, pela união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em *Estados Unidos do Brasil.* Cada província virou Estado da Federação instituída já pelo Decreto nº 1, de 15.11.1891. Buscou-se o regime democrático representativo. Optou-se pelo presidencialismo à moda norte-americana. Houve a ruptura com a divisão quadripartita dos poderes da Constituição do Império, agasalhando a doutrina tripatita de poderes (legislativo, executivo e judiciário). Foi firmada a autonomia dos Estados, prevendo-se a autonomia dos Municípios. Enfim, a Constituição era um belo arcabouço formal, tecnicamente bem feita e sintética (91 artigos, enquanto a do Império tinha 179).[79]

Para José Afonso da Silva, faltava a vinculação com a realidade do país, por isso, não teve eficácia social. [80]

O mesmo ocorreu com a *Declaração de Direitos*, constante da Seção II do Título IV, que assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade* na forma discriminada nos 31 parágrafos do art. 72, acrescidos de algumas garantias funcionais e militares nos arts. 73 a 77, indicando no art. 78 que a enumeração não era exaustiva, regra que passou para as constituições

---

[78] Luiz Pinto Ferreira. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, p. 75, in: Pedro Dallari, Constituição e relação exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994.
[79] José Afonso da Silva, op. cit., p. 2.
[80] Ibid., p. 2.

subseqüentes, não apresentando grande diferença em relação à Constituição do Império.[81]

E ainda, segundo José Afonso da Silva:

> Acrescentou o direito de associação e de reunião e incluiu o *habeas corpus* como garantia constitucional, mas já não previu o direito ao socorro público, nem à resistência nem à instrução pública gratuita. Só reconheceu os direitos e garantias individuais, que, no entanto, também não tiveram efetividade. O país era dominado por uma política de governadores de Estado, que se sustentavam no *coronelismo*, que foi o poder real e efetivo, apesar das normas constitucionais traçarem esquemas formais de organização nacional com base na teoria da divisão de poderes. O *coronelismo* era um fenômeno político-social complexo. O coronel, no caso, não é um título militar. Mas proveio da influência da Guarda Nacional que existiu durante certo período do Império. (...) O coronel era o chefe político local, mas não era só isso. (...) Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. Também se enfeixam em suas mãos, com ou sem caráter oficial, extensas funções policiais, de que freqüentemente se desincumbe com a sua pura ascendência social, mas que eventualmente pode tornar efetivas com o auxílio de empregados, agregados ou capangas. [82]

O sistema de dominação, tendo o coronel, como líder total, se apoiava em mecanismos eleitorais que não representavam a vontade popular. Era o coronel quem arregimentava os eleitores e os fazia concentrar perto dos postos de votação, vigiados por sentinelas.

O voto era a descoberto, o eleitor não tinha como escapar da vigilância, até porque as mesas eleitorais eram também formadas de elementos do coronel, como leciona José Afonso da Silva:

> O sistema partidário era unipartidista, ou seja, havia em cada Estado um partido político apenas, que se denominava *Partido Republicano*. Como cada Estado tinha o seu, tomava ele o patronímico do respectivo Estado:

---

[81] José Afonso da Silva, op. cit., p. 2.
[82] Ibid., p. 2.

> *Partido Republicano Paulista* (o do Estado de São Paulo), *Partido Republicano Mineiro* (o do Estado de Minas Gerais) etc. A *Comissão Executiva do Partido*, geralmente composta de cinco membros, dominada pela oligarquia ou por prepostos dela é que decidia quem seria candidato a deputado ou senador. Se eventualmente alguém não apoiado nas oligarquias dominantes conseguia candidatar-se e eleger-se, escapando das *atas eleitorais falsas* e outras barreiras, por certo seria *degolado* pelo sistema de *reconhecimento de poderes.* [83]

E, ainda, em outra passagem, diz, que "o sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central e reacendera os poderes regionais, adormecidos sob a guante do mecanismo unitário e centralizador do Império"[84], ressaltando a emergência do federalismo, não só como derivação da estrutura formal de organização do Estado, mas muito mais como resultante de um quadro real de relações políticas, econômicas e sociais caracterizadas pela prevalência dos interesses do poder oligárquico, fenômeno conhecido como coronelismo.[85]

Desta forma, o citado regime, estava muito longe de ser uma democracia, a despeito da existência de uma Constituição que formalmente garantia os direitos individuais e firmava uma estrutura de poder liberal e limitado.

A democracia representativa era somente formal e a possibilidade de representação política de outros setores sociais, que não as oligarquias, bastante reduzidas. E nenhuma possibilidade de vigência efetiva dos direitos fundamentais inscritos na Carta Magna.

Uma inovação da Constituição Republicana foi a instituição do sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidentes e vice-presidentes da República. Estendeu, implicitamente, esse preceito aos cargos eletivos estaduais.

---

[83] José Afonso da Silva, op. cit., p. 2.
[84] José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª ed., p. 73.
[85] Luiz Pinto Ferreira. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, p. 76-7, in: Pedro Dallari, Constituição e relações exteriores, op. cit.

A partir daí, o poder político poderia ser exercido independentemente do poder financeiro dos indivíduos. Seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, excluindo desse alistamento os mendigos, os analfabetos, as praças de pré, os religiosos sujeitos a voto de obediência. O voto continuava, porém, a ser aberto e os fortes economicamente continuavam detendo a política local.

Com relação às mulheres, a Constituição de 1891 foi omissa ao veto ao direito de voto, mas se nenhum efeito prático. Especificamente ao tema verificamos que, foi iniciativa de um constituinte, médico e intelectual baiano Cézar Zama a defesa do sufrágio universal, na sessão de 30 de setembro de 1890, durante os trabalhos de elaboração da primeira Constituição republicana. No ano seguinte outro constituinte, Almeida Nogueira, defendeu a participação das mulheres como eleitoras, e lembrou que não havia legislação que restringisse seus direitos.

Cabe citar que no início de 1891, 31 constituintes assinaram uma emenda ao projeto de Constituição, de autoria de Saldanha Marinho, conferindo o direito ao voto à mulher brasileira. Tais idéias foram contestadas com veemência, e a pressão foi tão grande que Epitácio Pessoa, que havia subscrito a emenda, dez dias depois retirou o seu apoio. Entre os signatários da emenda constitucional, estavam Nilo Peçanha, Érico Coelho, Índio do Brasil, Cezar Zama, Lamounier Godofredo. Ruy Barbosa e o Barão do Rio Branco também se manifestaram em defesa da igualdade política.

Em não sendo aprovada a referida emenda o Brasil deixou de ser o primeiro país do mundo a conceder o direito do voto à mulher. Em 1893 a Nova Zelândia teria a primazia da concessão do voto feminino.

Apesar dessa realidade, que restringia o poder a camadas privilegiadas, a primeira Constituição republicana ampliou os direitos fundamentais, além de manter as franquias já reconhecidas no Império.

Houve a separação da Igreja do Estado e estabeleceu-se a plena liberdade religiosa; consagrou-se a liberdade de associação sem armas; assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa; aboliram-se as penas de galés, banimento judicial e morte; criou-se o *habeas corpus* com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder (depois restringe-se o uso deste remédio processual a casos relacionados à liberdade de locomoção); instituíram-se as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) mas, expressamente, só em favor dos juízes federais.

2.1.3. A Constituição de 1934

O texto constitucional de 1934 surgiu do processo de transformações vivido pelo país, tendo como marco a Revolução de 1930, cuja causa imediata foi o processo eleitoral para a escolha do sucessor do presidente Washington Luiz, que deu a vitória para Júlio Prestes. Mas o movimento revolucionário decorre, em instância mais ampla, da corrosão do sistema político vigente na primeira República com a explicitação de conflitos econômicos, sociais e políticos. Subindo Getúlio Vargas ao poder, inclina-se para a questão social.

A Revolução de 1930 frustrou a vontade do povo, com a supressão do regime constitucional, que só foi reconquistado mediante a convocação de Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição de 1934, que vigorou por pouco mais de três anos, sobrevindo o golpe de Estado de 1937 com sua Carta ditatorial, que durou

até a promulgação da *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946, a qual trouxe um título sobre a *declaração de direitos*, com capítulos sobre *os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos e garantias individuais.*

Antecipando os trabalhos da Constituinte, um projeto de Constituição foi elaborado por uma Comissão que veio a ficar conhecida como Comissão do Itamarati. Recebeu esse nome, como fruto do uso, porque se reunia ao Palácio do Itamarati.

A Comissão do Itamarati foi nomeada pelo Governo Provisório. Dela faziam parte figuras destacadas do mundo político e jurídico do país como Afrânio Melo Franco, Carlos Maximiliano, José Américo de Almeida, Temístocles Cavalcanti e João Mangabeira. Este último exerceu um singular papel de vanguarda advogando, na Comissão do Itamarati, as teses mais avançadas para sua época.

O anteprojeto constitucional foi bastante discutido no interior da Assembléia Constituinte. Foi criada uma Comissão Constitucional. Nomearam-se relatores parciais que se encarregaram de estudar os diversos capítulos do anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamarati. Foi escolhida uma Comissão de Revisão, para dar acabamento ao texto, antes que fosse votado pela Assembléia Constituinte.

A participação popular foi, entretanto, bastante reduzida. Um dos motivos dessa carência de participação foi a censura à imprensa. Esta vigorou durante todo o período de funcionamento da Constituinte. Apesar dessa censura extremamente deplorável, a Constituição de 1934 restabeleceu as franquias liberais, suprimidas pelo período autoritário que se seguiu à Revolução de 1930. As franquias foram mesmo ampliadas.

A partir de 1934, nota-se uma maior inserção dos direitos sociais (direitos de segunda geração) nas Constituições brasileiras.

Os chamados direitos humanos de segunda geração, consubstanciados num título sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, regendo o período de grande liberdade democrática, exigem do Estado uma maior participação para que possam ser implementados, ou seja, há necessidade de uma atuação Estatal positiva.

Segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade, esta Constituição guiava o pensamento da sociedade e a ação do Governo para um programa de leis cujo valor maior recaia no bem comum.[86]

Nessa época, o Brasil já estava sendo urbanizado, com algum desenvolvimento industrial, havendo até uma classe operária sindicalizada que foi tomando consciência de sua própria expressão política.

Porém, ocorreram diversos conflitos constitucionais, desencadeando na *doutrina da segurança nacional* que fundamentou, posteriormente, o golpe militar de 1964, que produziu duas Constituições, nas quais também se previa uma declaração de direitos, mas o princípio da segurança nacional estava sobre a eficácia das demais normas constitucionais, pela criação de uma normatividade excepcional sem contemplação para com os direitos humanos mais elementares.

Entretanto, justamente sob esse regime fechado que o povo foi se apercebendo que *direitos humanos* não devem constituir-se numa concepção imprecisa e abstrata, mas sim uma necessidade do povo, "significando moradia, terra, sindicalização, resistência à violência policial cotidiana, e que as vítimas das violações de direitos humanos são procedentes das classes populares". [87]

---

[86] Paulo Bonavides e Paes de Andrade. **História Constitucional do Brasil**, p. 9. in: João Baptista Herkenhoff, **Curso de Direitos Humanos**, vol. 1.Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Acadêmica.

[87] José Afonso da Silva, **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: Evolução Histórica e Direito Atual,** www.dhnet.org.br/direitos/ brasil/leisbr/1988/jafonso_const.html. Acesso em 02.02.2005, p. 2.

Era preciso entender que, em primeiro lugar, "as declarações de direitos individuais e sociais não constituem apenas bons conselhos, e, em segundo lugar, o reconhecimento de que as garantias dos direitos humanos não estão apenas na sua positivação, mas no modo como se aplicam às normas constitucionais e as leis". [88]

Tais movimentos sociais buscavam uma nova ordem constitucional em que os direitos humanos fossem reconhecidos numa Constituição democrática, mas, sobretudo que esses direitos declarados realmente atendessem aos interesses do povo, sendo uma realidade para todos, independentemente de classe social.

Dentre as características da Constituição de 1934, pode-se enumerar:

- determinou que a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- explicitou o princípio da igualdade perante a lei, estatuindo que não haveria privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão própria ou dos pais, riqueza, classe social, crença religiosa ou idéias políticas;
- permitiu a aquisição de personalidade jurídica, pelas associações religiosas, e introduziu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais;
- instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, se ilegal, promovendo a responsabilidade da autoridade co-autora;
- manteve o habeas-corpus, para proteção da liberdade pessoal, e instituiu o mandado de segurança, para defesa do direito, certo e incontestável,

[88] José Afonso da Silva, op. cit., p. 2.

ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade;

- vedou a pena de caráter perpétuo;
- proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas;
- impediu a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em qualquer caso, a de brasileiros;
- criou a assistência judiciária para os necessitados;
- determinou às autoridades a expedição de certidões requeridas, para defesa de direitos individuais ou para esclarecimento dos cidadãos a respeito dos negócios públicos;
- isentou de imposto o escritor, o jornalista e o professor;
- atribuiu a todo cidadão legitimidade para pleitear a declaração de utilidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

A par das garantias individuais, a Constituição de 1934, inovando no Direito brasileiro, estatuiu normas de proteção social do trabalhador. Para esse fim, esposou os seguintes princípios:

- proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- salário mínimo capaz de satisfazer à necessidades normais do trabalhador.
- limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogáveis nos casos previstos pela lei;

- proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres;
- repouso semanal, de preferência aos domingos;
- férias anuais remuneradas;
- indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- assistência médica sanitária ao trabalhador;
- assistência médica à gestante, assegurada a ela descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego;
- instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- regulamentação do exercício de todas as profissões;
- reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;
- obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhassem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, 10 analfabetos;
- criação da Justiça do Trabalho, vinculada ao Poder Executivo.

Também cuidou a Constituição de 1934 dos direitos culturais, sufragando os seguintes princípios, dentre outros:

- direito de todos à educação, com a determinação de que esta desenvolvesse, num espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana;
- obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário;
- ensino religioso facultativo, respeitada a confissão do aluno;
- liberdade de ensino e garantia da cátedra.

Juízo bastante positivo sobre a Constituição de 1934 é feito por Paulo Bonavides e Paes de Andrade. Pensam esses autores que essa Constituição guiava o pensamento da sociedade e a ação do Governo para um programa de leis cujo valor maior recaia no bem comum.

Instituindo a Justiça Eleitoral (art. 82 e seguintes) e o voto secreto (art. 52, 1º), abrindo os horizontes do constitucionalismo brasileiro para os direitos econômicos, sociais e culturais (art. 115 e seguintes, art. 148 e seguintes), a Constituição de 1934 representaria a abertura de nova fase na vida do país, não fosse a sua breve vida e a sua substituição pela Carta reacionária de 1937.

A Constituição de 1934 vigorou até a introdução do Estado Novo, a 10 de novembro de 1937, ou seja, durante mais de 3 anos.

2.1.4. A Constituição de 1937

Após sua a eleição como presidente da República, pela Assembléia Constituinte, Getúlio Vargas, em 1937, impôs, por meio de golpe de Estado, uma ordem ditatorial, denominada Estado Novo, dissolvendo o Congresso Nacional,

revogando a Constituição e promulgando em substituição, uma nova Carta Constitucional. [89]

Desta forma, se implantou a nova ordem denominada Estado Novo. Fruto do impacto das ondas ideológicas que eram experimentadas pelo mundo inteiro, período imediatamente anterior à Segunda Guerra Mundial, mas ajustando às condições históricas nacionais, o Estado Novo configurou-se no plano jurídico e político como um regime forte e centralizado "que se propunha a conciliar os interesses do trabalhismo incipiente com as tendências conservadoras do capitalismo", como leciona Pinto Ferreira.[90]

A Constituição de 1937, inspirada na Constituição polonesa de 1935, teve por objetivo fundamental o fortalecimento do Poder Executivo federal na sua relação com os Poderes Legislativo e Judiciário e com as outras esferas do governo.

Entretanto, na prática, não houve aplicação regular, uma vez que o Presidente da República concentrou todas as atribuições do Executivo e do Legislativo, ignorando a autonomia dos entes da federação, legislando por via de decretos-leis e até mesmo emendas à Constituição, por meio de leis constitucionais. O plebiscito para a aprovação da Carta nunca chegou a ocorrer.

Durante o Estado Novo, não se fizeram valer os Direitos Humanos.[91]

Também a magistratura perdeu suas garantias (art. 177). Um tribunal de exceção, o Tribunal de Segurança Nacional, passou a ter competência para julgar os crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições (art. 172). Leis eventualmente declaradas contrárias à própria Constituição autoritária, ainda assim podiam ser validadas pelo Presidente.

---

[89] José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**, 9ª ed., p. 73.
[90] Luiz Pinto Ferreira. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, p. 77-8. in: Pedro Dallari, **Constituição e relações exteriores**.
[91] João Baptista Herkenhoff. **Curso de Direitos Humanos**, vol. 1, p. 78.

A Constituição declarou o país em Estado de emergência (art. 186), com suspensão da liberdade de ir e vir, censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas, suspensão da liberdade de reunião, permissão de busca e apreensão em domicílio (art. 168).

Enfim, muitas garantias individuais perderam sua efetividade.

Tal essência, autoritária e centralista, da Constituição de 1937, a colocava em sintonia com os modelos fascistas de organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Do ponto de vista político-administrativo, seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do presidente da República a nomeação das autoridades estaduais, os interventores. Aos interventores, por seu turno, cabia nomear as autoridades municipais.

A intervenção estatal na economia, tendência que na verdade vinha desde 1930, ganhava força com a criação de órgãos técnicos voltados para esse fim. Ganhava destaque também o estímulo à organização sindical em moldes corporativos, uma das influências mais evidentes dos regimes fascistas então em vigor. Nesse mesmo sentido, o Parlamento e os partidos políticos, considerados produtos espúrios da democracia liberal, eram descartados. A Constituição previa a convocação de uma câmara corporativa com poderes legislativos, o que, no entanto, jamais aconteceu. A própria vigência da Constituição, segundo o seu artigo 187, dependeria da realização de um plebiscito que a referendasse, o que também jamais foi feito.

Após a queda de Vargas e o fim do Estado Novo em outubro de 1945, foram realizadas eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, em pleito paralelo à eleição presidencial. Eleita a Constituinte, seus membros se reuniram para elaborar o novo texto constitucional que entrou em vigor a partir de setembro de 1946, substituindo a Carta de 1937.

2.1.5. A Constituição de 1946

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a vitória dos aliados sobre as forças do eixo, se promoveu a ampliação dos movimentos que objetivavam a redemocratização do Brasil. A pressão social fez com que o próprio Presidente da República iniciasse, com a expedição da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, os procedimentos para a recomposição do quadro institucional brasileiro. Posteriormente, foram convocadas eleições para Presidente e para Deputados Federais, a se realizarem em dezembro daquele ano. O processo de mudanças políticas se acelerou ainda mais e, antes mesmo das eleições, em 29 de outubro, Getúlio Vargas foi deposto, assumindo o Ministro José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, o governo do país. Conforme o calendário previsto, o General Eurico Gaspar Dutra saiu vitorioso nas urnas, assumindo a Presidência em 2 de fevereiro de 1946, sendo instalada a Assembléia Constituinte integrada pelos deputados eleitos.

A Constituição de 18 de setembro de 1946, inspirada, em grande parte, nos textos de 1891 e 1934, restaurou os direitos e garantias individuais, que foram, mais uma vez, ampliados, em comparação com o texto constitucional de 1934. Teve como eixos básicos a consolidação de um sistema político fundado na democracia

representativa, a institucionalização da federação e da autonomia municipal e a progressão no tratamento constitucional dos direitos e garantias fundamentais e da matéria econômica e social.

Criou-se através do art. 141, 4º, o princípio da ubiqüidade da Justiça, nestes termos: "A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário, qualquer lesão de direito individual". Segundo Pontes de Miranda, foi a mais prestante criação do constituinte de 1946.[92]

Foi estabelecida a soberania dos créditos do júri e a individualização da pena.

Segundo João Baptista Herkenhoff, a Constituição de 1946 restaurou os direitos e garantias individuais, que foram mais uma vez, ampliados, em comparação com o texto constitucional de 1934.[93]

No que se refere aos direitos sociais, também foram ampliados com a introdução dos seguintes preceitos:

- salário mínimo capaz de atender às necessidades do trabalhador e de sua famílias;
- participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa;
- proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos;
- fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;
- assistência aos desempregados;
- obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidentes do trabalho;
- direito de greve;

---

[92] Pontes de Miranda. **Comentários à Constituição de 1946**, in: João Baptista Herkenhoff, **Curso de Direitos Humanos**, vol. 1

- liberdade de associação patronal ou sindical;

Foram mantidos os direitos de salário do trabalho noturno superior ao do diurno e de repouso nos feriados civis e religiosos, inovações da Carta de 37.

No que tange aos direitos culturais, ampliaram-se os de 1934, com o acréscimo das seguintes estipulações:

- gratuidade do ensino oficial superior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos;
- obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino primário para os servidores e respectivos filhos, obrigatoriedade de ministrarem as empresas em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores;
- instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar.

A Constituição de 1946 vigorou, formalmente, até que sobreviesse a Constituição de 1967. Contudo, a partir do golpe que se autodenominou Revolução de 31 de março de 1964, sofreu múltiplas emendas e suspensão da vigência de muitos de seus artigos. Isto aconteceu por força dos Atos Institucionais de 9 de abril de 1964 (posteriormente considerado como o de nº1) e 27 de outubro de 1965 (Ato Institucional n.º 2 ou AI-2).

A rigor, o ciclo constitucional começado em 18 de setembro de 1946 encerrou-se a 1º de abril de 1964, com quase 18 anos de duração.

A Constituição de 1946 consagrou as liberdades já expressas na Constituição de 1934, que haviam sido supridas em 1937:

- igualdade de todos perante a lei;

---

[93] João Baptista Herkenhoff, **Curso de Direitos Humanos**, vol. 1, p. 78.

- liberdade de manifestação de pensamento, sem censura, a não ser em espetáculos e diversões públicas;
- inviolabilidade do sigilo de correspondência;
- liberdade de consciência, de crença e de exercício de cultos religiosos;
- liberdade de associação para fins lícitos;
- inviolabilidade da casa como asilo do indivíduo;
- prisão só em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente;
- garantia ampla de defesa do acusado.

A partir do golpe de 1964, a Constituição de 1946 sofreu múltiplas emendas e suspensão da vigência de muitos de seus artigos.

2.1.6. A Constituição de 1967

Com o golpe de Estado, e a queda do então Presidente João Goulart, no dia 1º de abril de 1964, inicia-se um período caracterizado por um regime de força, dirigido por governos militares.

Os diversos Atos Institucionais restringiram as liberdades públicas e outros direitos assegurados na Constituição de 1946, mantendo-se, todavia, naquele momento, a vigência da Carta naquilo que não fosse conflitante com aquelas medidas de exceção.

Em 7 de dezembro de 1966, através do Ato Institucional nº 4, o Congresso Nacional é convocado extraordinariamente para discutir, votar e promulgar uma nova Constituição, com base em projeto apresentado pelo Presidente da República.

Em 24 de janeiro do ano seguinte é promulgada a Constituição do Brasil, que entra em vigor em 15 de março de 1967. Foi promulgada pelo Congresso Nacional durante o governo Castello Branco. Institucionaliza a ditadura do Regime Militar de 1964.

Principais medidas – Mantém o bipartidarismo criado pelo Ato Institucional nº 2 e estabelece eleições indiretas para presidente da República, com mandato de quatro anos.

Reformas – Emenda Constitucional nº 1, de 1969, outorgada pela Junta Militar. Incorpora nas suas Disposições Transitórias os dispositivos do Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 1968, permitindo que o presidente, entre outras coisas, feche o Congresso, casse mandatos e suspenda direitos políticos. Dá aos governos militares, completa liberdade de legislar em matéria política, eleitoral, econômica e tributária. Na prática, o Executivo substitui o Legislativo e o Judiciário. No período da abertura política, várias outras emendas preparam o restabelecimento de liberdades e instituições democráticas.

Segundo José Afonso da Silva, o texto constitucional "sofreu poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou", constatando, na nova Constituição, preocupação fundamental com a segurança nacional, aumento dos poderes concernentes à União e ao Presidente da República, redução da autonomia individual, com a permissão da suspensão de direitos e garantias constitucionais, e reformulação dos sistemas tributário e orçamentário. [94]

Comparada com a Constituição de 1946 a Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor a 15 de março, apresenta graves retrocessos:

---

[94] José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 77-8.

a) suprimiu a liberdade de publicação de livros e periódicos ao afirmar que não seriam tolerados os que fossem considerados (a juízo do governo) como de propaganda de subversão da ordem (A Constituição de 1967 afirmava, em princípio, que a publicação de livros e periódicos independia de licença do poder público. Enquanto a Constituição de 1946 estabelecera que não seria tolerada a propaganda de processos violentos para subverter a ordem política e social art. 141, 5º - a Constituição de 1967 passou a proibir a propaganda de subversão da ordem, sem exigir a qualificação de processos violentos" para a incidência da proibição - art. 150 8º);

b) restringiu o direito de reunião facultando à polícia o poder de designar o local para ela. Usando desse poder como artifício, a polícia poderia facilmente impossibilitar a reunião. (A Constituição de 1946, ao determinar que a polícia poderia designar o local para a realização de uma reunião, ressalvava que, assim procedendo, não a poderia frustrar ou impossibilitar. A Constituição de 1967 não reproduziu a ressalva);

c) estabeleceu o foro militar para os civis. (O foro militar, na mesma linha da emenda constitucional ditada pelo Ato institucional nº 2, estendeu-se aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares art. 122. 1º. Pela Constituição de 1946 o civil só estaria sujeito à jurisdição militar no caso de crimes contra a segurança externa do país ou às instituições militares - art. 108, 1º);

d) criou a pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, para aquele que abusasse dos direitos políticos ou dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção - art.

151. (Essa competência punitiva do Supremo era desconhecida pelo Direito Constitucional brasileiro);

e) manteve todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais. (O reencontro do caminho democrático só começou com Anistia, alcançada em 1979. Isto porque foi justamente a Anistia que acabou com os efeitos de todas essas medidas ditatoriais);

f) em contraste com as determinações restritivas mencionadas nas letras anteriores, a Constituição de 1967 determinou que se impunha a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito que não existia, explicitamente, nas Constituições anteriores. (Esse artigo foi repetido na Constituição de 1988. A eficácia do artigo, na Constituição de 1967, ficou, entretanto ajuizada, em vista do clima geral de redução de liberdade e a conseqüente impossibilidade de denúncia dos abusos que ocorressem).

No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 1967 inovou em alguns pontos.

Registrem-se como inovações contrárias ao trabalhador: a redução para 12 anos da idade mínima de permissão do trabalho; a supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e o estabelecimento do regime de fundo de garantia, como alternativa; as restrições ao direito de greve; a supressão da proibição de diferença de salários, por motivo de idade e nacionalidade, a que se referia a Constituição anterior.

Para tão imensos retrocessos, a Constituição de 1967 pretendeu compensar os trabalhadores com pequenas vantagens.

Colhem-se como modestas inovações favoráveis ao trabalhador as seguintes: inclusão, como garantia constitucional, do direito ao salário-família, em favor dos

dependentes do trabalhador; proibição de diferença de salários também por motivo de cor. Circunstância a que não se referia a Constituição de 1946; participação do trabalhador, eventualmente, na gestão da empresa; aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral.

A Constituição de 1967 afrontou a lei sociológica e histórica que aponta. invariavelmente, para a ampliação de direitos dos trabalhadores.

A Constituição de 1967 representou um esforço de redução do arbítrio contido nos Atos Institucionais que se seguiram à Revolução de 1964. Tentou não se distanciar em demasia do figurino constitucional de 1946. Sua dose de autoritarismo não se compara com o panorama de completo arbítrio criado pelo Ato Institucional nº 5 que caiu sobre o Brasil depois, no fatídico 13 de dezembro de 1968.

Entretanto, mesmo com todas essas ressalvas, a Constituição de 1967 não se harmonizou em nada com a doutrina dos Direitos Humanos, pelas seguintes razões:

- restringiu a liberdade de opinião e expressão;
- deixou o direito de reunião a descoberto de garantias plenas;
- estendeu o foro militar aos civis, nas hipóteses de crimes contra a segurança interna (ou seta, segurança do próprio regime imperante);
- fez recuos no campo dos direitos sociais;
- manteve as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais.

Também a Constituição de 1967, formalmente, teve vigência até sua substituição pela Carta de 17 de outubro de 1969. Contudo, a rigor, vigorou apenas até 13 de dezembro de 1968, quando foi baixado o Ato Institucional nº 5.

O Ato Institucional nº 5 afirmou mantida a Constituição de 1967, introduziu, entretanto, tão profundas modificações na estrutura do poder político e cru matéria de direitos individuais que, numa visão cientifica, não se pode conciliar esse Ato com a Constituição de 1967.

Na verdade, esta ruiu sob o AI-5.[95]

[95] João Baptista Herkenhoff, **Curso de Direitos Humanos**, vol. 1, p. 83.

3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A oitava constituição brasileira é promulgada durante o governo José Sarney. A carta de 1988 define maior liberdade e direitos ao cidadão, reduzidos durante o Regime Militar, viabiliza a incorporação de emendas e mantém o status do Estado como república presidencialista.

A Carta de 1988 representa, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar, instalado em 1964. Esse processo iniciou-se dentro do próprio regime autoritário, devido às dificuldades em solucionar problemas internos e de pressões externas, em decorrência disso, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas, como leciona José Afonso da Silva:

> A Constituição de 1988 resultou da luta pela construção de um Estado Democrático onde se assegurasse o exercício dos direitos humanos fundamentais, diferindo das constituições anteriores. Formalmente, ela cumpre integralmente esse objetivo. Seu Título II contém a declaração dos *direitos fundamentais do homem*, expressão que ela emprega em sentido abrangente *daquelas prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.* Nela se sintetizam todas as manifestações modernas dos direitos fundamentais da pessoa humana.[96]

De acordo com Flávia Piovesan, a Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil, introduzindo indiscutivelmente avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos

fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira.[97] A partir dela, os direitos humanos ganham grande notoriedade, considerando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente sobre os direitos humanos, jamais adotado no Brasil.

Foi tão grande a vontade constitucional em priorizar os direitos e garantias individuais, que a Constituição, em seu art. 60, parágrafo 4º, os declara cláusulas pétreas, compondo, assim, seu núcleo intocável.

Os direitos sociais, nesta Constituição, estão inseridos no título dedicado aos direitos e garantias, diferentemente do que ocorria nas Cartas anteriores, em que estes se encontravam dispersos no âmbito da ordem econômica e social.

De acordo com Flávia Piovesan, com o objetivo de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º.[98]

Para a supra citada autora, a intenção foi evitar que essas normas se transformem em "letra morta", por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou melhor, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Caso contrário, ela é não executável pela natureza das coisas.[99]

O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição enuncia que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

---

[96] José Afonso da Silva. **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: Evolução Histórica e Direito Atual**, *op. cit.*, p. 4.
[97] Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 3ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 55.
[98] Idem, p. 63.

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Conforme afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, isto desencadeia um problema teórico, pois, quando se ratifica um tratado internacional, este passa a apresentar-se hierarquicamente como lei ordinária. Dessa forma, os direitos fundamentais poderiam apresentar-se sob dois níveis diferentes: ora como normas constitucionais, ora como normas ordinárias.

No campo doutrinário verificamos um embate entre entendimentos divergentes a respeito da internalização dos tratados internacionais, como veremos posteriormente, matéria esta ainda fruto de discussão mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual acrescenta o parágrafo 3º ao artigo 5º, visando este o reconhecimento do *status* hierárquico de norma constitucional aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Pode-se afirmar que a Constituição atual, no capítulo dos direitos e garantias individuais trouxe grande avanço, incorporando diversos anseios da sociedade.

Leciona José Afonso da Silva que, dentre outros direitos, a Constituição consagra:

a) os direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais,* ou seja: direitos à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade, especificados no art. 5º, mas, de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, os direitos e garantias nele previstos não excluem outros

---

[99] Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 99.

decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte;

b) os direitos fundamentais do *homem-nacional*, que são os que têm por objeto a definição da *nacionalidade* e suas prerrogativas (art. 12);

c) os direitos fundamentais do *homem-cidadão*, que são os *direitos políticos* (arts. 14-17), os direitos de participação política;

d) os direitos fundamentais do *homem-social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sócio-econômicas e culturais, de acordo com os arts. 6º a 11, que podem ser agrupados em três classes: 1) *direitos sociais relativos ao trabalhador* (art. 7º e seus incisos), com regras sobre direito ao trabalho e garantia do emprego, direitos sobre as condições de trabalho (negociações coletivas), direitos relativos ao salário (salário mínimo, salário noturno superior ao diurno, irredutibilidade do salário), direitos relativos ao repouso e à inatividade do trabalhador, direitos relativos aos dependentes do trabalhador, participação nos lucros e co-gestão; direito de associação sindical e direito de greve (arts. 8º e 9º); 2) *direitos sociais relativos à seguridade* (art. 6º), compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (arts. 6º e 194 a 204); 3) *direitos sociais relativos à educação e à cultura* (arts. 6º);

e) direitos fundamentais do *homem-membro da coletividade*, de que participam alguns tradicionais direitos de expressão coletiva como os de associação e de reunião, mas *os direitos coletivos* como espécies dos direitos fundamentais do homem começam a forjar-se e a merecer

> consideração constitucional, assim são os direitos coletivos à informação (art. 5º, XIV e XXXIII, o qual não se confunde com a liberdade de informação, direito individual) e à representação associativa; direitos do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, VI) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225).[100]

Diante de tantas inovações, a Carta Magna de 1988 ficou conhecida como a Constituição Cidadã, expressão utilizada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.[101]

Na lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

> (...) para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, art. 1º, III) necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como "piso mínimo normativo", ou seja, como direitos básicos.[102]

Ainda de acordo com Fiorillo, foi inserta na Constituição a necessidade de um *piso mínimo normativo,* para referir-se às condições sem as quais o homem não pode viver dignamente, indicando que tais condições estão expressas no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.[103]

---

[100] José Afonso da Silva, **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil**, p. 4-5.
[101] José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**, 9º ed., p. 9.
[102] Celso Antonio Pacheco Fiorillo, **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**, p. 14.
[103] Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 14

A defesa da dignidade da pessoa humana e das condições mínimas de uma vida digna, atualmente, tomaram uma conotação internacional, com um movimento no sentido da constitucionalização de tal princípio, sobretudo após o advento da Segunda Guerra Mundial[104], onde pessoas eram mortas em série sem qualquer respeito à vida, à dignidade de cada ser humano. Assim, eis algumas das Constituições que normatizam a dignidade da pessoa humana: Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976 (art. 1º); Constituição da Espanha; Constituição da Alemanha; Constituição da Bélgica; Constituição da República da Croácia, de 22 de dezembro de 1990 (art. 25); Preâmbulo da Constituição da Bulgária, de 12 de julho de 1991; Constituição da Romênia, de 08 de dezembro de 1991.

Conclui José Afonso da Silva que:

> (...) a Constituição incorporou também os chamados direitos humanos de terceira geração, integrados com os de segundo e os de primeira. Ela suplanta a tendência para entender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais e coletivos, que as Constituições anteriores, de certo modo, justificavam. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de estabelecer-se um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já importava em conferir conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais. Ela agora fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, com o que se transita de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para uma democracia de conteúdo social, pois a antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia da vigência do princípio democrático, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.[105]

---

[104] Ana Paula de Barcellos, **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constitulção de 1988**. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, nº 221, julho/setembro 2000, p. 162.

[105] José Afonso da Silva, **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil**, p. 5.

A afirmação dos direitos humanos no direito constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas não é suficiente que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque terão ocasiões em que será discutido e violado. Ruy Barbosa já dizia que, uma coisa são os *direitos*, outra as *garantias*, pois devemos separar,

> (...) nos textos da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.[106]

O sistema brasileiro classifica como garantias todas as prescrições constitucionais que proporcionam aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade desses direitos, compreendendo garantias individuais, coletivas, sociais e políticas, tendo em vista a natureza do direito garantido.

São inúmeros os princípios de proteção dos direitos humanos que a Constituição prescreve, cujo conjunto constitui os *direitos constitucionais de segurança*, como os princípios da legalidade, da proteção judiciária e do contraditório; o direito de ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, o direito ao devido processo legal, a estabilidade dos direitos subjetivos (art. 5º), e as diversas garantias penais etc. até porque não raro a eficácia de algumas dessas garantias depende do uso de outros remédios constitucionais.[107]

---

[106] Ruy Barbosa, República. **Teoria e Prática, textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República**, seleção e coordenação de Hilton Rocha, Câmara dos Deputados/Vozes, 1978, p. 124 apud José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**, 9º ed.

[107] José Afonso da Silva, **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil**, p. 6.

Alguns são de natureza política apresentando a importância da democracia participativa, como a iniciativa legislativa popular, o referendo e o plebiscito. Mais relevantes, porém, são as garantias constitucionais de natureza processual, como a justiça constitucional e os meios da chamada jurisdição constitucional da liberdade.[108]

De acordo com o art. 5º, § 1º, segundo o qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*, consagrando a vinculação positiva das autoridades públicas às normas e investe o Judiciário no dever de aplicar diretamente as normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais ainda quando se refiram a uma normatividade posterior.

Sintetizando, José Afonso da Silva, diz:

> (...) a Constituição formula e garante os direitos humanos de maneira ampla e moderna. (...) a questão dos direitos humanos não está apenas em sua formulação constitucional. Já não basta sua positivação e subjetivação para que sejam efetivados no cotidiano da maioria do povo, pois a experiência brasileira tem demonstrado que sua reiterada afirmação nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade.
>
> O povo tem enorme confiança, por exemplo, no mandado de segurança. Mas muitos raramente têm a oportunidade de usá-lo, pois milhões de pessoas estão tão à margem da ordem jurídica que nunca dispõem de direito líquido e certo a ser defendido por aquele instrumento. A estrutura social do País não favorece a existência real dos direitos humanos. Estamos vivendo, sim, um momento histórico de amplas liberdades políticas, o que é extraordinariamente saudável e condição necessária para a luta pela a efetivação da promessa de nossa Constituição, quando, no preâmbulo, se propõe a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e quando afirma, no art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado

[108] José Afonso da Silva, **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil**, p. 6.

> Democrático de Direito que tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana.
>
> Essa dignidade não será, porém, autêntica e real, enquanto não se construírem as condições econômicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social. [109]

Enfim, desde o início da vigência da atual Constituição, temos que reconhecer que houve grandes avanços, mas ainda muito precisa ser feito para que, na prática, no dia-a-dia das pessoas, o respeito e a consciência cidadã possam ser a base da sociedade. A sociedade precisa aprender a repudiar o arbítrio e o autoritarismo, bem como aqueles que insistem em viver à margem da lei e do respeito ao próximo.

3.1. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para uma melhor compreensão do presente estudo, faz-se necessária a distinção entre as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais", que comumente são utilizadas como sinônimos. Não resta dúvida de que os direitos fundamentais são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, mesmo que esteja representado por uma determinada coletividade, como povo, nação, Estado.

Tem-se que os direitos fundamentais são o conjunto de direitos e liberdades do ser humano institucionalmente reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que os direitos humanos estão abarcados pelo direito internacional, porquanto extensivos a todos os seres

---

[109] José Afonso da Silva, **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil**, p. 7.

humanos, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, apresentando validade universal e caráter supranacional.

Assim, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com a Constituição na qual foram reconhecidos e assegurados. Não resta dúvida de que o reconhecimento oficial dos direitos humanos, pela autoridade política competente, gera muito mais segurança às relações sociais, exercendo, também, uma função pedagógica junto à comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grande valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva.

Interessante referir a contribuição de Celso Lafer ao afirmar que "o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem" [110].

Há que se considerar, de toda a sorte, que existe uma íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois muitas das Constituições que surgiram após a Segunda Guerra Mundial se inspiraram tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quanto nos documentos internacionais e regionais que lhe sucederam. Nos últimos anos, tem-se observado um processo de aproximação e de harmonização entre o conteúdo das declarações internacionais e os textos constitucionais, o que se vem denominando de Direito Constitucional Internacional.

Entre as diversas terminologias adotadas, destaca-se o uso recente da expressão "direitos humanos fundamentais" por determinados autores.

Esta terminologia, no entender de Ingo Sarlet, embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos

---

[110] Celso Lafer. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

fundamentais, revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando, neste sentido, "a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais (...)"[111].

Importante atentar-se para o fato de não existir uma identidade necessária entre o elenco dos direitos humanos e direitos fundamentais reconhecidos, nem entre o direito constitucional dos Estados e o direito internacional, tampouco entre as Constituições, pelo simples fato de que, muitas vezes, o rol dos direitos fundamentais constitucionais está aquém do catálogo dos direitos humanos constantes dos documentos internacionais; ao passo que, outras vezes, está bem além, tal qual ocorre com a nossa atual Constituição Federal.

É fundamental levar-se em conta a distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, sendo que em relação aos primeiros, há, geralmente, melhores condições para se concretizarem efetivamente em face da existência de instâncias dotadas de poder para fazerem cumprir e respeitar esses direitos.

Ressalta-se o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não fazem parte do rol dos direitos fundamentais de determinado ordenamento depende da sua recepção na ordem jurídica interna e, ainda, do *status* jurídico que esta lhe atribui, vez que lhe falta cogência. Logo, a efetivação dos direitos humanos depende da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, e da ação eficaz dos mecanismos jurídicos internacionais de controle.

---

[111] Ingo Wolfgang Sarlet. Op. cit., p. 33.

Daí que o processo de positivação dos direitos humanos, transformando-os em direitos fundamentais, gera polêmica e debate envolvendo sua natureza, significados, implicações políticas e jurídicas relevantes, principalmente quando se ressalta o fato de que estes direitos não se apresentam tão apenas diante do Estado, mas, fundamentalmente, como oponíveis em relação aos demais cidadãos e nas suas inter-relações cotidianas, designando a expressão "direitos públicos subjetivos"[112].

Existe uma dicotomia na doutrina quanto à denominação dada àquele conjunto de direitos conhecido pelo direito internacional como direitos humanos. Do mesmo modo, a principal, se não única causa dessas diferentes denominações é o fato de consistirem os direitos fundamentais naqueles direitos humanos positivados pelas constituições dos Estados nacionais, enquanto que os direitos humanos teriam um caráter mais abstrato, decorrendo de normas de direito internacional, podendo, ou não, ter sido adotados por um ou mais dos Estados integrantes da sociedade internacional. Tal abstração, por sua vez, pareceria possibilitar a omissão dos Estados na adoção de tais direitos em seus respectivos ordenamentos internos. Tal assertiva tem por fundamento principal o fato de o direito internacional assegurar aos Estados, no plano internacional, uma situação de plena igualdade, *status* que impõe o respeito de cada Estado à soberania de seus congêneres.

Desta forma, dentro da sociedade internacional, os Estados são independentes um dos outros, situação que obsta a intervenção nos respectivos assuntos internos.[113]

Disso decorre ainda outro princípio, qual seja, o da exaustão dos mecanismos internos de proteção, pelo qual, qualquer ingerência externa sobre os assuntos

---

[112] Rogério Gesta Leal. Op cit., p. 54

internos de qualquer Estado, somente é possível quando se esgotam para a vítima da lesão os mecanismos previstos pelo ordenamento interno ou, ainda, quando estes não existam ou se mostram insuficientes para garantir a proteção invocada.[114]

Estes princípios, especialmente no campo dos direitos humanos, vêm tendo sua aplicação mitigada por razões variadas, eis que os Estados integrantes da sociedade internacional vêm formando novos pactos de proteção aos direitos humanos ou aderindo àqueles já existentes, seja por reconhecer a validade e a necessidade dessa proteção, seja com o intuito de evitar sanções comerciais ou de se legitimar politicamente perante a comunidade internacional. Não obstante os motivos que levem os Estados à sua adoção, a adesão aos pactos internacionais de direitos humanos comumente gera para os Estados pactuantes a obrigação de aceitar a jurisdição e a intervenção de organismos internacionais destinadas a conferir plena eficácia aos direitos substantivados em tais pactos. Assim, o artigo 48 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê, em seu § 2º, a realização de inspeções *in loco* pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a fim de averiguar a ocorrência de violações de direitos humanos, ao mesmo tempo em que, por meio do seu artigo 52 e seguintes, submete os Estados-parteS da Convenção à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não é razoável que um Estado que tenha aceitado o direito de petição individual de seus cidadãos, previsto em determinado procedimento de direito internacional, sustentar que o seu exercício se constituiria em violação a sua soberania.[115]

Parece de pouca utilidade o reconhecimento pelos Estados de normas substantivas de direitos humanos sem que sejam por estes adotados os

---

[113] Malcolm Nathan Shaw. **International Law.** 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.202.

[114] Idem, mesma p.

mecanismos que permitem aferir o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados em tais pactos, "... porquanto à formulação de direitos no plano internacional deve corresponder o acesso às vias internacionais de vindicá-los."[116]

Por outro lado, com a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, bem como com a formulação dos demais pactos que integram a Carta Internacional de Direitos Humanos, os direitos previstos em tais instrumentos vêm sendo habitualmente internalizados pelos Estados Democráticos passando, pois, a integrar o seu direito positivo. Tal internalização, para parte dos doutrinadores, tem assegurado aos direitos humanos não só *status* constitucional, mas, mais importante, o de norma fundamental.

Essa imbricação entre direitos humanos e democracia parece ser, pelo menos nos tempos atuais, uma verdade comum a todos os Estados tidos como democráticos, ainda mais quando se constata que a democracia e os direitos humanos, na tradição ocidental, aparecem como resposta ao absolutismo monárquico e ao totalitarismo, eis que "Estados totalitários tiveram como conseqüência final a efetivação de um processo de suspensão política do direito e da moral."[117]

No Brasil, esta fundamentalização dos direitos humanos, ficou patente quando, em outubro de 1988, após duas décadas de regime ditatorial, foi promulgada a atual carta constitucional. Buscando afastar da memória do povo brasileiro as arbitrariedades cometidas durante os anos de chumbo, denominação dada ao período da ditadura militar iniciada em abril de 1964, o Poder Constituinte originário, ao editar a nova Lei Magna, optou por colocar como pedra angular de

---

[115] Malcolm Nathan Shaw. **International Law.** 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.202.

[116] Antônio Augusto Cançado Trindade. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação** (Ensaios, 1976-2001). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 663.

todo o ordenamento jurídico pátrio, aquela categoria de direitos conhecida como direitos humanos ou direitos fundamentais.[118] Assim, os até então chamados direitos individuais foram colocados como valor supremo do edifício estatal, sendo conferida ao ser humano a prevalência e proteção que lhe fora negada no período anterior. Tal preocupação é demonstrada já nos primeiros artigos da Constituição, pois já o seu artigo primeiro consagra em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana consiste em identificar no ser humano a fonte e o beneficiário precípuo de todo o ordenamento jurídico e de toda a atividade estatal. Lícito afirmar, pois, que o Estado existe em função do ser humano.[119] Por sua vez, ao ser erigida como fundamento do Estado brasileiro, com *status* de princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana ganha força normativa, passando a vincular, não só toda a atividade estatal, como, também a própria interpretação do texto constitucional.[120] A leitura do dispositivo revela que a dignidade da pessoa humana não é único fundamento da República Federativa do Brasil, já que referido artigo 1º contém mais quatro incisos que conferem igual posto à soberania, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e ao pluralismo político. O parágrafo único de referido dispositivo constitucional explícita o teor do princípio da soberania popular, ao afirmar ser o povo a fonte e o titular de todo o poder estatal.

A atividade Estatal estaria vinculada, não só ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas aos demais fundamentos estatuídos no texto constitucional.

---

[117] Obrad Savic. "Introduction" Obrad Savic (Ed.) **The Politics of Human Rights.** London:Verso p.9.
[118] Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 65-72.
[119] Ingo Wolfgang Sarlet. Op. cit., p. 100-101.
[120] Ingo Wolfgang Sarlet. Op. cit., pp.109-110.

A Constituição da República Federativa do Brasil é pródiga na adoção e proteção dos direitos humanos, bem como em sua fundamentalização. Assim, por exemplo, o artigo 5º da Lei Fundamental brasileira arrola em seus setenta e sete incisos aqueles direitos e garantias[121] individuais considerados como fundamentais.

O mais importante é o fato de que o Poder Constituinte, ao estabelecer aquelas cláusulas constitucionais impossíveis de modificação por via de emenda, as chamadas cláusulas pétreas, impôs que não seriam objeto de deliberação propostas de emenda tendentes a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes ou os direitos e garantias individuais. Logo, a Carta se encarrega de conferir aos direitos humanos uma proteção singular. Disso seria possível concluir que nenhum óbice formal foi colocado à retirada do princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição por meio de emenda constitucional.[122]

Ocorre que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de não se sobrepor aos demais dispositivos constitucionais, informa grande parte, senão todos, os demais direitos e garantias fundamentais, estando, pois, indiretamente protegido[123].

Não poderia ser de outra forma, pois, se o ser humano é o valor base do ente estatal, sendo sua dignidade algo que lhe é inerente e impossível de lhe ser subtraído. Impossível deixar de relevar o fato de que além daqueles direitos, princípios e garantias assegurados pelo artigo 5º, foi conferido *status* constitucional a uma série de outros direitos humanos que, embora não tenham sido tipificados como

---

[121] Lembra Paulo Bonavides que direito e garantia não se confundem, sendo es ta última um meio, um instrumento destinado à garantir a fruição dos direitos *in* BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional.** 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 481-485.

[122] Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.111.

[123] Ingo Wolfgang Sarlet. Ibid., idem.

direitos fundamentais, são essenciais à realização da pessoa humana e ao próprio exercício dos direitos previstos pelos dispositivos do artigo 5º da Constituição brasileira. Os direitos humanos são protegidos por uma série de dispositivos constitucionais, alocados nos diversos capítulos e seções em que foi formulada a Carta de 1988. Por exemplo, o direito à educação, que se encontra também assegurado no artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O artigo 6º e seguintes da Constituição asseguram os direitos sociais, à nacionalidade e políticos, que também são tipificados como sendo direitos fundamentais. Tal repartição reflete posição doutrinária que tem por hábito dividir os direitos humanos em gerações ou dimensões, partilha que fazem de acordo com a época ou o momento histórico em que surgiram, ou melhor, foram reconhecidos pelos governos ou impostos pelo povo, como ensina Paulo Bonavides:

> Enfim, se nos deparam direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade por abalizados juristas.[124]

Tais gerações refletiriam um movimento dialético entre a governabilidade estatal e a liberdade individual.[125] O melhor parece definir estas categorias de direitos de acordo com a dimensão de sua abrangência, haja vista que o processo de reconhecimento dos Direitos Humanos implica no acúmulo e fortalecimento de instrumentos legais de proteção aos indivíduos, e não numa sucessão de direitos que se alternam no tempo. Pelo contrário: A teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito

---

[124] Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.517.

constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno "Direito Internacional dos Direitos Humanos.[126]

3.1.1. Direitos Humanos de Primeira Dimensão

Os direitos fundamentais da primeira dimensão têm suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que defende como finalidade precípua do Estado a realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações da classe burguesa nas primeiras Constituições escritas do ocidente.

Os direitos da primeira dimensão ou direitos da liberdade apresentam como titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e detêm uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, constituem-se em direitos de resistência ou de oposição ao Estado [127].

O direitos humanos de primeira dimensão, consistiriam naquelas liberdades e garantias individuais consagradas pelas Declarações de direitos Humanos, como a Francesa do final do século XVIII, afirmando a proteção da esfera individual contra o abuso do poder do Estado,[128] direitos que são, então, considerados individuais, quer porque são titulados por cada indivíduo, sendo oponíveis ao Estado e a todos os demais, quer porque, via de regra, são exercidos individualmente.[129] Como notável exceção ao exercício individual destes direitos, os direitos individuais exercidos

---

[125] Celso Lafer. **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp.125-126.
[126] Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 49.
[127] Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 516.

coletivamente como: "... a liberdade de associação, reconhecida na Primeira Emenda da Constituição Americana que permitiu o aparecimento dos partidos políticos e dos sindicatos."[130] Uma análise da Carta de 1988, revelaria que tais direitos estarão consagrados pelos dispositivos contidos no seu artigo 5º.

3.1.2. Direitos Humanos de Segunda Dimensão

No século XIX surgem os movimentos reivindicatórios que exigiam do Estado uma atuação efetiva na realização da justiça social. Os direitos de segunda dimensão surgem com base na mesma premissa principal, qual seja, a preponderância do indivíduo, mas aqui o singular é visto como parte de um conjunto de iguais, de uma coletividade que deve não só respeitar sua individualidade, mas lhe conferir os meios para dela participar.

Enquanto a primeira dimensão de direitos consagram à proteção do indivíduo, exigindo uma abstenção do Estado, a segunda geração é constituída pelo dever do Estado em prestar determinados serviços, bem como de assegurar condições de que o indivíduo possa partilhar da riqueza social. O Estado passa a ser um instrumento de promoção dos direitos individuais. Trata-se de garantir, então, acesso ao trabalho, à saúde e à educação, isto é, "... direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos... têm como sujeito passivo o Estado porque na interação entre governantes e governados foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê- los."[131] Mais ainda, estes direitos vêm consagrar "...as assim denominadas 'liberdades sociais', do que dão conta a liberdade de

---

[128] Celso Lafer. **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.126.
[129] Ibid., mesma p.
[130] Celso Lafer, op. cit., p.127.

sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores..." Estes direitos, de cunho social, se encontram firmados não só nos artigos 6º a 11 da Constituição da República Federativa do Brasil,[132] mas em diversos dispositivos veiculados ao longo da Carta.

Nesta categoria estão os direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros que se reportam à pessoa tomada individualmente. Estes direitos fundamentais consagraram-se, sobretudo, nas Constituições do segundo pós-guerra, porquanto constituíam-se em objeto de diversos pactos internacionais.

Com o advento dos direitos fundamentais da segunda geração, descobriu-se o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições. Os direitos sociais originaram o despertar de uma consciência acerca da importância de salvaguardar o indivíduo e de proteger a instituição. Descobria-se, então, um novo conceito dos direitos fundamentais: as garantias institucionais.

Na fase da primeira geração, os direitos fundamentais consistiam basicamente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade; a partir da segunda geração, tais direitos passaram a compreender, além das garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade, tomasse também um novo sentido, deixando de ser mero direito individual que demanda

---

[131] Celso Lafer, op. cit., p. 127.

[132] "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

tratamento igual e uniforme para assumir uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado[133].

3.1.3. Direitos Humanos de Terceira Dimensão

Já os direitos de terceira dimensão têm por titulares não os indivíduos singularmente considerados, mas a coletividade em que estes estão inseridos.

Dotados de alto teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira dimensão tendem a se consolidar enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Dentre suas principais notas distintivas, se encontra a impossibilidade de se individualizar a titularidade do bem tutelado, pois se tratam de bens cuja fruição atinge a todo um grupo de seres humanos. A família, grupos étnicos, minorias, o próprio gênero humano são reconhecidos como titulares de determinados direitos, como a paz, o desenvolvimento social e a proteção ao meio ambiente, cuja efetivação exige esforços, às vezes, em escala mundial.[134] Neste aspecto, se encontram abrangidos não só os direitos reconhecidos às coletividades organizadas e estruturadas, mas principalmente, os que tutelam interesses pertinentes a um universo indeterminado de sujeitos, eis que "... o interesse coletivo resulta do homem

[133] Paulo Bonavides, op. cit., p. 522.
[134] Ingo Wolfgang Sarlet. Op. cit., p.51.

em sua projeção *corporativa*, ao passo que no interesse difuso o homem é considerado simplesmente enquanto *ser humano*..."[135]

Tratam-se de reivindicações fundamentais do ser humano decorrentes do impacto das novas tecnologias, do trauma ocasionado pelas guerras e pelos conflitos, do processo de descolonização pós-guerra, bem como de outros fatores. O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, todavia em relação a estes traduz-se numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada[136].

Os direitos de terceira dimensão são considerados como direitos de solidariedade ou fraternidade em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e porque exigem esforços e responsabilidades em escala até mesmo global para sua efetivação. Grande parte desses direitos, ainda não se encontram reconhecidos pelo direito constitucional dos Estados; por outro lado, pertencem à seara do direito internacional, do que dá conta uma variedade de tratados e outros documentos transnacionais nesse sentido.

A Constituição de 1988 é pródiga no reconhecimento de tais direitos, bem como em oferecer meios para a sua proteção. É o caso, por exemplo, da proteção à cultura, ao meio ambiente e à entidade familiar; previstas, respectivamente, nos artigos 215 a 216, 225 e 226 a 230 da Lei Fundamental. Demais disso, a norma contida no inciso LXXIII, do artigo 5º, da Carta Constitucional que assegura legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Do mesmo modo, a Carta confere especial proteção às minorias étnicas, como é o caso dos índios e quilombos, como se extrai do

---

[135] Rodolfo de Camargo Mancuso. **Interesses Difusos,** Conceito e legitimação para agir. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.68.

parágrafo 5º do artigo 216 e dos artigos 231 e 232 da Constituição, além daquilo que preconiza o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3.1.4. Direitos Humanos de Quarta Dimensão

Há uma tendência de se reconhecer a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, ainda que se aguarde pela sua consagração no plano do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Destaca-se o posicionamento de Paulo Bonavides que sustenta ser a quarta dimensão "o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social"[137].

A quarta dimensão de direitos humanos surge como uma resposta à globalização do neoliberalismo político, apontando como instrumento de dominação supranacional, por meio do enfraquecimento, e até mesmo a dissolução, dos Estados nacionais. A quarta dimensão dos direitos humanos consistiria na consolidação e globalização das demais dimensões de direitos humanos, de forma a garantir aos povos dos países periféricos instrumentos de participação na formação da vontade dos entes detentores do poder internacional e, assim, evitar a dominação política que se aproximaria, é o que propõe Paulo Bonavides,[138] especialmente quando impõe que são direitos da quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade

---

[136] Paulo Bonavides, op. cit., p. 523.
[137] Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 525
[138] Paulo Bonavides, Op. cit., pp. 524-526.

aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.[139]

Não existe então, um limite preciso do que pode ou não ser classificado como direitos humanos. O que a classificação de direitos humanos em dimensões deixa transparecer, na verdade, é que de acordo com a evolução dos valores de uma dada sociedade categorias de interesses até então relegadas a um segundo plano, são reconhecidas como dignas de uma tutela legislativa e judicial mais ampla, por responderem aos anseios fundamentais dos seres humanos.

Arrolam-se aqui os direitos à democracia (direta) e à informação, bem como o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Tratam-se de direitos em processo de formação.

Relevantes os ensinamentos de Paulo Bonavides ao afirmar:

> Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo o vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.[140]

Enfatiza-se, por último, que os direitos da quarta geração compreendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos, e somente com eles será legítima e possível a globalização política.

---

[139] Paulo Bonavides, Op. cit., p. 525.
[140] Ibid., mesma p.

3.2. A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL: CONTROVÉRSIA ANTE A HIERARQUIA NORMATIVA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Além dos dispositivos acima citados, o parágrafo §2º do artigo 5º da Carta de 1988, veio inovar na tradição constitucional brasileira, fazendo referência expressa aos tratados internacionais de direitos humanos:

> Art. 5º...
> (...)
> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Este dispositivo, por sua vez, autorizou a autores a defender que o procedimento de internalização de tratados internacionais seguiria um rito próprio dada a magnitude dos interesses protegidos por esses instrumentos. O principal mentor dessa doutrina, um dos maiores internacionalistas mundiais e juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade[141], teve papel fundamental na elaboração do artigo 5° e, em especial, do respectivo parágrafo 2°, da Constituição da República, assim como na defesa de que, tais dispositivos, ao se referirem expressamente aos tratados internacionais de direitos humanos, têm o condão de assegurar a incorporação automática dos direitos consagrados pelas normas convencionais internacionais de direitos humanos no rol de direitos e garantias assegurados pela Constituição de 1988.[142] Para Cançado Trindade, a incorporação automática dos tratados internacionais dos direitos

---

[141] Antonio Augusto Cançado Trindade. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, p. 513.
[142] Antonio Augusto Cançado Trindade. **A Interação Entre o Direito Internacional e o Direito Interno Na Proteção Dos Direitos Humanos**, *in* Arquivos do Ministério da Justiça 46(182) 27-54, jul./dez. 1993 p. 31

humanos deve prevalecer sobre dualismos fictícios, que exigem a publicação de um tratado internacional de direitos humanos no diário oficial para que seus dispositivos possam encontrar guarida no judiciário nacional, em detrimento do imediato adimplemento da obrigação internacional contraída.[143]

Além disso, dando seqüência ao movimento iniciado no II pós-guerra, na Europa, muita das constituições dos países latino-americanos promulgadas a partir da segunda metade dos anos 80 do século passado, quando esses países deixavam para trás anos de ditadura militar, expressamente incorporaram em seus textos disposições destinadas a conferir a maior efetividade possível às normas internacionais no direito interno. Assim, por exemplo, as Constituições da Nicarágua e de Guatemala consagram as normas internacionais de proteção aos direitos humanos como normas de hierarquia constitucional.[144]

Por seu turno, Flávia Piovesan, defende que referido parágrafo 2°, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte, equipara os tratados internacionais às normas constitucionais. Partindo da doutrina de que toda a norma constitucional é dotada de eficácia e efetividade, bem como que "a nenhuma norma constitucional pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser."[145]

A conclusão de Flávia Piovesan parece se sustentar sobre dois argumentos principais. O primeiro seria que o parágrafo 2° do artigo 5° da Constituição da República deve ser interpretado de forma sistemática e teleológica. Dessa forma, partindo da prioridade conferida aos valores da dignidade humana e dos direitos

[143] Antonio Augusto Cançado Trindade. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, pp.545-546.
[144] Antonio Augusto Cançado Trindade. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, p.510-511.

fundamentais, bem como do princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, todas as normas internacionais de direitos humanos, teriam status constitucional.[146] Em reforço a esse primeiro argumento, a autora sustenta que o próprio processo de globalização impõe uma abertura da Constituição às normas internacionais de direitos humanos que, por sua própria natureza, teriam o caráter de *jus cogens*, internacional.[147] O segundo argumento levantado em reforço a essa tese é o de que, por serem as normas de direitos humanos materialmente constitucionais, estas obrigatoriamente integram o rol de direitos fundamentais, razão pela qual os tratados que veiculam tais normas têm, quando incorporados, natureza de norma constitucional.

Mas não é só. De acordo com referida doutrinadora, o parágrafo 1° do artigo 5°, da Constituição da República Federativa do Brasil, seriam incorporados automaticamente. O dispositivo em questão determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", o que, no entender de Flávia Piovesan, autorizaria a conclusão da desnecessidade de ato de incorporação. Aos tratados de direitos humanos "... aplica-se a sistemática da incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais aplica-se a sistemática da incorporação legislativa."[148]

Outra posição de destaque é a defendida por André de Carvalho Ramos. A fim de assegurar uma maior efetividade ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, este autor pugna pelo entendimento de que entre as normas internacionais de direitos humanos e a Constituição da República existe uma

---

[145] Flávia Piovesan. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 82.
[146] Flávia Piovesan. Op. cit., pp. 90 e 321.
[147] Flávia Piovesan. Op. cit., pp. 90, 91 e 321.
[148] Flávia Piovesan. Op. cit., p. 323.

presunção absoluta de compatibilidade, conclusão que extrai dos termos do § 2° de referido artigo.[149]

A solução estaria em "... encontrar-se uma interpretação da Constituição conforme os tratados de direitos humanos no caso de conflito aparente entre as normas dos tratados e as normas constitucionais."[150]

3.2.1. A internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como lei de conteúdo constitucional e a posição do Supremo Tribunal Federal

O STF (Supremo Tribunal Federal) é unânime no sentido de que a internalização dos tratados internacionais, sejam estes sobre direitos humanos ou não, dependem de um ato destinado a incorporar a convenção ao ordenamento interno. Os opositores desta tese, repita-se, contestam a posição do STF com base no argumento de que, o §2° do artigo, 5° da Carta de 1988, determina que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, e o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Não só as normas convencionais teriam hierarquia constitucional, como seriam incorporadas ao direito interno de forma automática. Formalmente, essa tese se justificaria em função de uma interpretação destinada a dar eficácia máxima aos dispositivos constitucionais, existindo, ainda, um fundamento de direito material, o princípio da dignidade da pessoa humana que, necessariamente impõe a conclusão

---

[149] André de Carvalho Ramos. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *in* Choukr, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 266.

[150] André de Carvalho Ramos. Op. cit., p. 266.

adotada pelos adeptos da incorporação automática das normas internacionais de direitos humanos com status de normas fundamentais.

Para a nossa Corte Suprema, como acima citado, o tratado internacional, qualquer que seja ele, uma vez celebrado em nome do Presidente da República (artigo 84, VIII da CF), referendado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo (artigo 49, I da CF), promulgado e publicado por decreto presidencial, entra no sistema jurídico pátrio com o grau de lei ordinária.

A linha de entendimento do STF tem o aval dos autores mais restritivos que atribuem *status* de lei ordinária a qualquer tratado internacional, seja relativo a direitos humanos ou não.[151]

Firma-se esse posicionamento, principalmente, na interpretação de forte tendência literal do artigo 102, III, *b* da Constituição Federal. Deduzem que, se é cabível recurso extraordinário em caso de decisão que "declarar a inconstitucionalidade de tratado", não especificando o constituinte que tipo de tratado seria, é porque entendeu o Constituinte afirmar a superioridade da Constituição em face a todas as fontes internacionais de direito. É o conhecido entendimento do Min. Moreira Alves: "Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art.102, III, b)". [152]

---

[151] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Direitos Humanos Fundamentais**, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 98-99.

3.2.2. O princípio da dignidade da pessoa humana: princípio absoluto ou relativo e sua interpretação doutrinária na internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A dignidade humana enquanto valor representa aquilo que é considerado como bem maior para o ser humano na medida em que estabelece um parâmetro mínimo tido como essencial à existência e ao desenvolvimento do ser humano. Mesmo que não fosse positivado como princípio, partindo da autonomia individual como posta por Kant, sendo o homem um fim em si mesmo, o direito, enquanto criação humana, não poderia ser utilizado contra ele. O homem é o valor fonte do direito.[153]

Segundo Ingo Sarlet, isto não quer significar que os direitos humanos, ou o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, não estejam sujeitos às restrições, mesmo que eventualmente.[154]

Para Alexy a dignidade da pessoa humana não se trata de um princípio intangível, mas, antes significa que a dignidade da pessoa humana, enquanto direito fundamental, é tratado às vezes como regra e às vezes como princípio.[155] Naqueles casos em que o direito fundamental à dignidade humana aparece como regra, a solução de sua aplicação depende apenas de se constatar se no caso concreto houve ou não lesão à dignidade humana.[156]

Deve-se atentar para o fato de que existe um amplo grupo de condições de precedência que deixam concluir, com um alto grau de certeza, de que o princípio da

---

[152] RHC 79785/RJ, julgado em 29.03.2000, publicado em 22.11.2002, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno.
[153] Celso A. Lafer. **Reconstrução dos Direitos Humanos, Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt.** 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.118.
[154] Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 112.

dignidade da pessoa humana deve prevalecer contra os princípios que lhes são opostos.[157] Mesmo porque a aplicação de um princípio sempre dependerá proporcionalmente das situações fáticas e jurídicas que se apresentam quando de sua aplicação, como veremos posteriormente.

O questionamento se dá se com relação a existência de princípios absolutos como algo inconsistente com os direitos fundamentais. Como aponta Alexy, a existência de princípio absoluto que tutele um direito coletivo implica na impossibilidade deste princípio ser limitado pelas normas de direitos fundamentais.[158] Por outro lado, quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica leva a concluir que, no caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos que fundamentados por este princípio terão de ceder ante o direito de cada indivíduo fundamentado pelo mesmo princípio. [159]

O princípio da dignidade da pessoa humana somente prevaleceria quando a adoção do princípio democrático apresentar uma ameaça concreta a autonomia individual e ao respeito devido a todo o ser humano, bem como que venha a lhe negar as condições mínimas de desenvolvimento pessoal. Em tais situações, para Sarlet, deve preponderar, pois, o aspecto negativo do princípio da dignidade da pessoa humana. A incorporação automática dos tratados internacionais, apresentada em itens anteriores, somente se faz possível como exceção à regra geral, naqueles casos em que qualquer demora na internalização da norma convencional representasse um dano irreparável à dignidade individual.

---

[155] Robert Alexy. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 106.
[156] Ibid., p. 107.
[157] Ibid., p. 106.
[158] Robert Alexy. Op. Cit., p. 106.
[159] Ibid., idem.

Para o referido autor, a dignidade da pessoa humana não prescinde para sua realização do princípio democrático, visto como o aspecto político da autodeterminação. Havendo dois procedimentos distintos estabelecidos na Constituição, um para a internalização de tratados e outro para a reforma constitucional, se impõe que a forma estabelecida para cada um seja seguida sob pena de invalidação da inovação legislativa. Caso contrário, estaria a se negar o aspecto político do princípio da dignidade da pessoa humana. O segundo argumento parte do pressuposto de que, em se tratando de princípios constitucionais positivados, todos os princípios listados nos incisos do artigo 1°, bem como os demais princípios fundamentais consagrados pela Constituição, têm o mesmo grau hierárquico. Aqui, cabe ressalvar que nem todo dispositivo constitucional reconhecido pela doutrina pátria como princípio se enquadra nessa categoria. Para estabelecer a natureza de determinada "... norma jurídica, torna-se necessário, no mais das vezes, transcender o seu texto legal e analisar também a qualidade do bem jurídico protegido pela norma, bem como o domínio empírico sobre o qual ela se projeta."[160] Aqui, explica-se, não se está a negar à dignidade da pessoa humana como um valor fundamental ou como princípio legitimador dos demais, assim como defende a doutrina majoritária,[161] mas, sim, sustentar que por mais relevante que seja, nenhum valor ou princípio pode ser considerado como absoluto.

Disso tudo, é possível estabelecer, que para Sarlet, o entendimento pelo qual os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados automaticamente simplesmente em função do princípio da dignidade da pessoa humana é equivocado. O princípio da dignidade da pessoa humana simplesmente não autoriza

---

[160] Daniel Sarmento. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 48.

tal assertiva. Por não ter o caráter absoluto proposto por boa parte da doutrina brasileira, a dignidade da pessoa humana é antes de tudo, um freio que protege um mínimo essencial à vida humana, admitindo ponderações e nuanças em sua aplicação. Não fosse assim, a Constituição Brasileira não poderia admitir, por exemplo, a pena de morte como o faz no inciso XLVII do seu artigo 5°, ou, radicalizando, não seria possível a prática do aborto naqueles casos em que a gestação causa risco de vida à gestante ou decorre estupro, como permite o artigo 128, I e II do Código Penal Brasileiro.

Entendemos, também, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser compreendido sem a sua dimensão política, que exige a legitimação democrática das normas jurídicas positivadas, por meio do procedimento estabelecido constitucionalmente.

Mas isso significa na visão do citado autor, que o ato de internalização previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil é indispensável como, também, que não sendo o rito de internalização compatível com o previsto constitucionalmente para a modificação da Lei Fundamental, ao menos formalmente, é impossível admitir a possibilidade de que um tratado internacional, mesmo que verse sobre direitos humanos, venha a modificar ou acrescer o texto da Constituição de 1988.

Isso não significa que não possam as normas oriundas de um tratado internacional de direitos humanos vir a ter reconhecido o seu status de norma constitucional.

Estabelecida a referida necessidade da prática de um ato de internalização, ainda se impõe indagar qual o grau ocupado na escala normativa das normas

---

[161] Carlos Roberto de Siqueira Castro. O princípio da dignidade humana nas Constituições abertas e democráticas. *in* Carmargo, Margarida Marial Lacombe (org.) **1988 – 1998 uma década de**

internacionais de direitos humanos uma vez que estas tenham sido internalizadas. O grau hierárquico da norma internacional depende, quase que exclusivamente, da constituição desse Estado e do modelo de incorporação nela adotado. No Brasil, a posição que predomina no STF, já vista, é a de que estas normas são incorporadas com o status de legislação ordinária, independente de seu conteúdo. No que toca às normas internacionais de direitos humanos esta assertiva perde seu caráter absoluto, já que existem fundadas razões a admitir que, uma vez internadas, nos Estados que, como o Brasil, exigem a edição de um ato de incorporação da norma internacional, estes dispositivos podem, em tese, ter caráter de norma constitucional.

3.2.3. A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o novo regime jurídico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Foi publicada no Diário Oficial da União, em 31.12.2004, a Emenda Constitucional nº 45, promulgada no dia 08 do mesmo mês, que procedeu alterações em diversos dispositivos constitucionais.

Entre as inovações, está o surgimento do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O Constituinte Derivado, nesse ponto, veio tratar de tema que parecia resolvido no seio do Supremo Tribunal Federal, mas que continuava não digerido no

---

constituição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, pp. 103-114.

campo doutrinário: o enquadramento hierárquico das normas internacionais de direitos humanos dentre as fontes normativas do sistema jurídico brasileiro. Reaviva, dessa forma, o antigo debate já aqui relatado, devendo sofrer nova análise com base na interpretação imposta pelo novel preceito de nosso Diploma Fundamental.

Ao estabelecer que os "tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, está o Poder Constituinte Derivado a afirmar que os tratados que não passarem por tal procedimento não terão vigor constitucional. Como todas as convenções, inclusive as de direitos humanos, que não passaram até hoje pelo escrutínio descrito, não teriam elas, assim, eficácia de emenda constitucional. Nesse sentido a Emenda em análise veio a expressar a posição abraçada pela visão restritiva do Supremo Tribunal Federal.

Em corolário ao já exposto como argumento pelos doutrinadores que entendem que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como nivelados às normas já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta Fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, portanto, em conflito com a cláusula pétrea do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal.

A leitura do texto incorporado à Lei Fundamental, também, acaba por instituir certa discricionariedade do Congresso Nacional na realização do procedimento de constitucionalização dos tratados de direitos humanos, com a existência duma faculdade e não dever para as nossas Casas Parlamentares, em proceder, ou não, votação que prestigie o diploma internacional com a altura hierárquica constitucional.

Com a interpretação do texto da respectiva Emenda, percebemos que o Constituinte Derivado consentiu com a coexistência de tratados internacionais com valor de emenda constitucional e doutros sem o referido *status*.

Assim, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam – ou no caso, desde que sejam – recepcionados nos termos do processo de aprovação das emendas constitucionais terão o *status* das normas constitucionais; e por outro lado, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos recepcionados segundo o mecanismo usual de recepção terão força de lei ordinária.

Havendo, nesse sentido, duas possibilidades, derivando ao Congresso Nacional a faculdade sobre o tema e, conseqüentemente discricionariedade.

Mas, por outro lado, vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, e nosso plano constitucional foi erigido com base no princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos precípuos, tendo estas Casas Legislativas o dever funcional de atuar em defesa da coletividade que é representada, por uma questão de segurança jurídica e eficácia social dos direitos humanos.

3.3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

3.3.1. Princípios e normas na ordem jurídica

Diante das relações apresentadas entre os direitos humanos instituídos em uma ordem constitucional interna, o capítulo que se inicia tem por objetivo traçar os pontos basilares do sistema de direito ambientados na lei máxima do Estado.

O resgate histórico até então elencado representa o avanço na análise da teoria de direito contemporânea, com a superação da dicotomia existente entre o positivismo e o jusnaturalismo, fazendo-se cada vez mais presente na distinção entre normas e princípios descritos na ordem jurídica, e necessário como fulcro inicial do debate corrente.

Assim, introduzimos que, normas jurídicas são regras, as quais em sua estrutura traz a descrição de uma hipótese fática e a previsão da conseqüência jurídica de sua ocorrência. Princípios não trazem semelhante descrição de situações jurídicas, mas a prescrição de um valor, adquirindo validade jurídica e positividade.

A ordem jurídica, enquanto conjunto de regras e princípios, pode ser concebida como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção. No patamar mais inferior, com o maior grau de concreção, estariam aquelas normas ditas individuais, como a sentença, que incidem sobre situação jurídica determinada, à qual se reporta a decisão judicial. O grau de abstração vai então crescendo até o ponto em que não se tem mais regras, e sim, princípios, dentre os quais, contudo, se pode distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração".[162]

Dessa forma, será o texto constitucional, a ambiência natural dos princípios jurídicos, os quais são previstos simbolicamente no topo da figura geométrica de uma pirâmide, sob o contexto kelseneano.

Segundo José Afonso Silva, a expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição Federal de 1988, exprime a noção de "**mandamento nuclear de um sistema**".[163] (grifo nosso).

---

[162] Willis Santiago Guerra Filho, **O princípio da proporcionalidade na Constituição**, p.1.
[163] José Afonso Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.91.

Princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ou seja, como observa Gomes Canotilho, são "núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais".[164]

Já, normas, para José Afonso Silva:

> (...) são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.[165]

3.3.2. Os princípios constitucionais positivos

A doutrina pátria reconhece a não homogeneidade em relação aos princípios constitucionais, os quais se revestem de naturezas e configurações diferentes, mas no pensamento constitucional dos autores brasileiros, normalmente, não há uma preocupação mais aprofundada em relação a operatividade e a normatividade dos mesmos.

A partir daí, José Afonso Silva, com base em Gomes Canotilho, apresenta os princípios constitucionais dividindo-os, basicamente, em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.

> Princípios político-constitucionais – Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, isto é, manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que traduzem as opções políticas fundamentais da Constituição.

---

[164] J. J. Gomes Canotilho. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p.49.
[165] Ob. cit., p. 91.

Esses princípios fundamentais constituem a matéria dos artigos 1º ao 4º do Título I da Constituição Federal Brasileira de 1988.

> Princípios jurídico-constitucionais – São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais.[166]

Como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o da proteção social dos trabalhadores, o da proteção da família, do ensino e da cultura, os da organização e representação partidária, os chamados princípios-garantias, como o do devido processo legal, do contraditório entre outros, que figuram nos diversos incisos do artigo 5º da constituição Federal.

3.3.3. Conceito e conteúdo dos princípios fundamentais

Para se organizar alguns elementos teóricos, destinados a iluminar uma formulação dogmática constitucionalmente adequada ao conceito de princípios fundamentais, em face aos enunciados normativos integrantes do Título I da nossa Constituição de 1988, faz-se necessário à utilização, mais uma vez, da hermenêutica aplicada ao caso, disposta por Gomes Canotilho.

O autor faz distinção entre o que chama de "princípios fundamentais iniciais" e "princípios fundamentais dispersos".[167]

Os primeiros são aqueles expressamente consagrados em segmento específico da Constituição (os encontrados no Título I da CF de 1988). Por sua vez, os *princípios fundamentais dispersos*, embora não integrando o título específico

---

[166] Op. cit., p.93.
[167] Gomes Canotilho, **Fundamentos da Constituição**, p. 66.

próprio aos *princípios fundamentais iniciais*, e estando dispersos ao longo do texto constitucional, se identificam com os princípios fundamentais, por identidade jurídica. Ou seja, por definirem e caracterizarem a coletividade política e o Estado enumerarem as principais opções político-constitucionais, tal como os princípios fundamentais iniciais.

Assim sendo, explicita Ruy Samuel Espíndola sua conclusão decorrente dessa classificação que "a Constituição, muito embora possua um título específico para os chamados princípios fundamentais, nele não esgota a existência jurídica desses princípios".[168]

Os *princípios fundamentais dispersos* não são considerados como novos ou autônomos relativamente aos *princípios fundamentais iniciais*. Ao contrário, estão em íntima conexão aqueles com esses. Muitos *princípios fundamentais dispersos*, freqüentemente, se apresentam como concretização ou dimensões necessárias dos *princípios fundamentais iniciais*. Desse modo, os dispersos apresentam-se como derivações ou reflexos dos *iniciais*.

Para Gomes Canotilho, os princípios fundamentais, nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam **"o cerne da Constituição"** e consubstanciam a sua **"identidade intrínseca"**.[169] (grifo nosso).

Assim os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais.

Os princípios fundamentais revelam a sua importância capital no contexto da Constituição e observam que os artigos que os consagram constituem a síntese ou a matriz de todas as restantes normas constitucionais.

---

[168] Ruy Samuel Espíndola. **Conceito de princípios constitucionais**, p. 202.
[169] *Ob. cit.*, p.52.

Dessa forma, para Gomes Canotilho, os princípios fundamentais constituem-se:

> Dos "princípios definidores de forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral".[170]

Segundo Ruy Samuel Espindola, em análise do jurista supracitado:

> (...) os princípios fundamentais podem ser considerados de acordo com a *especificidade* e/ou a *conjugação*, ou seja, podem ser tratados de acordo com o conteúdo específico de cada um, conforme a marca distintiva própria a cada um, ou conjugadamente, na inter-relação que se pode estabelecer entre princípios de conteúdos distintos.[171]

Quanto à idéia de *especificidade*, Canotilho explica-os exemplificando com os princípios do Estado de Direito, Estado Social, Democrático, dizendo que esses princípios fundamentais (assim como os demais) não se confundem entre si, tendo cada um esfera normativo-material que lhes são inerentes.

Em termos de *conjugação*, "os princípios atuam conjugadamente, completando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos".[172]

Na verdade, os princípios vão existir autônomos e inter-relacionados, ao considerarmos, por exemplo, o homem como pessoa, como cidadão, e como trabalhador, apontados não apenas para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e da autonomia individual perante o Estado (princípio de Estado de Direito), mas também para a inserção do homem livre num processo democraticamente comunicativo (princípio democrático) e para a garantia existencial do indivíduo nos planos econômicos, social e cultural (princípio do Estado social).

---

[170] **Direito Constitucional**, p.178.
[171] *Ob. cit.*, p.203.
[172] *Ob. cit.*, p.53.

Os princípios fundamentais condicionam-se reciprocamente, ou seja, a força normativa irradiante de um projeta-se sobre a configuração positiva e funções jurídicas de outro, e vice-versa.

Como exemplo, a forma de organização do poder político segundo o padrão da separação de poderes é justificada em termos de Estado de Direito, todavia, esta separação de poderes tem de se justificar em bases democráticas, não podendo nenhum dos órgãos do poder político ser concebido à margem da vontade popular. Assim sendo, vemos a conjugação entre o princípio do Estado de direito e o princípio democrático.

Ainda, os princípios fundamentais podem sofrer modificação na compreensão de seus conteúdos, devido à interação recíproca que pode ocorrer entre eles. Para Canotilho, essas modificações, explicam "*deslocações compreensivas*"[173], na medida em que modificações relativas à compreensão do conteúdo de um princípio são susceptíveis de produzir reflexos no correto entendimento do outro.

Como exemplo, as modificações das tarefas do Estado, que deixa de ser concebido como Estado liberal de direito, para ser considerado Estado de direito social. Da mesma forma, as modificações da tarefa do Estado provocaram uma mudança na concepção de democracia, a qual passou a ser de democracia exclusivamente representativa a uma necessidade de ser completada por uma democracia participativa, mediante a participação de grupos sociais na tomada de decisão ou através da adoção de mecanismos ou instrumentos de democracia direta.

Assim, como já dito, Canotilho anota que os desdobramentos da conjugação dos princípios fundamentais – complementariedade, condicionamento e modificação

recíproca – resulta a necessidade de estabelecer operações de concordância prática, reclamando a harmonização dos princípios, de modo a obter-se a máxima efetividade de todos eles.

Por último, afirma que os princípios fundamentais servem como padrões de legitimação constitucional, pois esses princípios devem ser "compreendidos na sua ligação concreta com uma determinada ordem jurídico-constitucional, historicamente situada".[174]

Como já dissemos, na doutrina pátria, alguns poucos juristas preocuparam-se em encontrar desenvolvimento dogmático sobre os princípios fundamentais constitucionais, mas as linhas dispensadas nessa tematização específica, buscaram em Gomes Canotilho uma aproximação conceitual sobre o assunto.

José Afonso Silva, com base em Gomes Canotilho, associa esses princípios às decisões políticas fundamentais, tratando-os como normas fundamentais, destacando a dimensão declarativa dos princípios estruturantes.

Assim sendo, segundo José Afonso Silva, "a análise dos princípios fundamentais da Constituição de 1988 leva à seguinte discriminação":

a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º);
b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: República e separação dos poderes (arts. 1º e 2º);
c) princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I);
d) princípios relativos ao regime político: princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do pluralismo, princípio da

[173] Idem, p.54.
[174] Ibidem.

soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º, parágrafo único);

e) princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV);

f) princípios relativos à comunidade internacional: princípio da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina (art. 4º)".[175]

3.4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como já assentado, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, trouxe a lume um extenso rol de garantias e direitos destinados à tutela dos interesses fundamentais do ser humano. Assim, logo em seu primeiro artigo a Constituição estabelece:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A dignidade da pessoa humana aparece, pois, desde o início como um dos valores fundamentais do Estado brasileiro. Em reforço ao disposto pelo seu artigo 1º,

---

[175] **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.94-95.

a Constituição brasileira contém outros dispositivos que repisam a importância desse valor, especialmente naquilo que concerne à família, as crianças e os idosos.

Assim, por exemplo, o parágrafo 7º do art. 226, da Carta de 1988, preconiza que compete ao Estado propiciar os recursos para o exercício do planejamento familiar desse direito fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, enquanto que o art. 227 comanda ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, dentre outros bens fundamentais. Acontece que do próprio art. 1º acima, é possível extrair que a dignidade da pessoa humana não aparece como único fundamento da República Federativa do Brasil.

Do *caput* do artigo 1°, decorre que o Brasil é um Estado democrático de direito. Dentre os demais fundamentos da República Federativa do Brasil, isto é, os valores em que sua própria existência se baseia, arrolados pelos incisos de referido artigo constam outros de grande magnitude como, por exemplo, a cidadania e o pluralismo político. Além disso, o parágrafo único, do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece o princípio da soberania popular, determinando expressamente que todo o poder emana do povo e por este, ou em seu nome, é exercido. Além disso, releva notar que, enquanto o art. 2° da Constituição consagra o princípio da separação de poderes, os incisos do subseqüente artigo 3° listam os objetivos a serem perseguidos pela República, podendo se destacar, a título de exemplo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV). A Constituição brasileira, assim como fez a portuguesa, "... respondeu aos problemas da legitimidade-legitimação da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais

e em termos procedimentais..."[176] De fato, a Constituição não só estabeleceu parâmetros valorativos e finalísticos condicionantes do domínio político, cuja observância confere legitimidade à ação política e, por conseguinte, a ação estatal, mas, também, "...vinculou a *legitimação* do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimation durch Verfahren*)."[177] Não basta apenas que a ação vise uma finalidade eleita pela Constituição, mas que siga a fórmula constitucionalmente estabelecida para alcançar o objetivo pretendido. Com efeito, a escolha de um modelo democrático implica na existência de órgãos e instrumentos destinados a controlar e assegurar que o poder estatal não seja exercido de forma arbitrária, quer por poucos, quer pela maioria.

Mais do que isso, o princípio democrático significa não apenas a perseguição de objetivos queridos por todo o povo, mas antes, que este tenha a oportunidade de eleger esses objetivos e participar diretamente da atividade política nessa busca.

> (...) o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processo que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos.[178]

Na medida em que a participação individual no exercício do poder estatal é inerente ao princípio democrático, prestigia a autodeterminação individual, pois, "(...) o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política...."[179] O princípio

---

[176] José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 277.
[177] José Joaquim Gomes Canotilho. Ibid., idem.
[178] José Joaquim Gomes Canotilho. Op. cit., p. 278.
[179] José Joaquim Gomes Canotilho. Ibid., idem.

democrático opera não apenas na vida política, mas produz e estende seus efeitos a toda a vida social, cultural e econômica, promovendo a participação individual na conformação da vontade popular. Nesse sentido como leciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo: "O Estado Democrático de Direito, no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil, passa a exercer importante papel, no sentido de prestar serviços aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, principalmente no que se refere à *apreciação de lesão ou ameaça a direitos*, ou seja, prestar o serviço de apreciar lesões ou ameaça a direitos faz do moderno Estado Democrático de Direito apontado no art. 1º da Carta Magna de nosso País, no século XXI, um *Estado fornecedor, subordinado à Constituição da república Federativa do Brasil*".[180]

O princípio democrático se concretiza pelos princípios da soberania popular e da representação popular, consagrados no parágrafo único do art. 1° da Carta de 1988. O primeiro consiste em não ser o domínio político, isto é, o domínio dos homens sobre os homens, compreendido como algo pressuposto, mas em algo que encontra sua fonte de legitimação na vontade do próprio povo, titular da soberania e do poder estatal.[181]

"O conceito de soberania estaria intimamente ligado ao de poder político, pretendendo ser a *racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito*" (...) "Daí a soberania no plano normativo estar ligada ao patrimônio cultural brasileiro (art. 216 da CF), na medida em que as leis brasileiras (e o próprio Direito em nosso País) são formas de expressão portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores de nossa sociedade". [182]

---

[180] **Princípios do Processo Ambiental**, Editora Saraiva, 2004, p.6.
[181] José Joaquim Gomes Canotilho. Op. cit., p. 281.
[182] Celso Antonio Pacheco Fiorillo, **Princípios do Processo Ambiental**, Ed. Saraiva, 2004, pp. 7 e 8.

Em um Estado onde todos são livres e iguais, nenhum homem pode comandar os outros sem que estes o tenham escolhido para fazê-lo. O exercício do poder pelos representantes populares tem por fundamento a eleição. O princípio da representação popular exige que as funções políticas ou de domínio sejam exercidas por órgãos de soberania do Estado, ocupados por representantes eleitos pelo povo, quando não diretamente pelo próprio povo, mas, de qualquer forma, sempre no interesse deste.[183]

3.4.1. A participação política como aspecto social do princípio da dignidade da pessoa humana

De início, deve-se lembrar que por dignidade da pessoa humana se entende a necessidade de proteção do ser humano, especialmente da sua autonomia individual, em face do caráter único da raça e da igualdade de todos os seus integrantes.[184] "Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a idéia... do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual..." O princípio democrático tem por principal objetivo assegurar a participação política de todos os integrantes da sociedade. O direito à autodeterminação política se concretiza pela participação no processo legislativo democrático o que assegura a igualdade dos membros da comunidade política.

Em uma comunidade política organizada sob os preceitos da democracia, é impossível isolar o princípio democrático do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Daniel Sarmento:

---

[183] José Joaquim Gomes Canotilho. Op. cit., p. 282

> Em suma, em todas as esferas da vida humana, a ausência de democracia produz basicamente um mesmo efeito: ela fortalece quem já é forte e enfraquece quem já é fraco, agravando a assimetria de poder e exponenciando a desigualdade num circulo vicioso.
>
> Portanto, o aprofundamento do projeto democrático exige a ampliação dos espaços em que seja assegurado às pessoas o direito à participação na tomada de decisões que a atingirem.[185]

Dessa forma não há como dissociar participação política do conceito de cidadania, o qual pode ser enunciado no plano do direito positivo brasileiro como o exercício do gozo pleno dos direitos constitucionais abrangidos pelos fundamentos do artigo 1º da Constituição Federal pela pessoa humana, que no caso vinculada ao território brasileiro e o respectivo conceito constitucional de soberania, diz respeito a atributo de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Nesse sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo explicita que o conceito de cidadão deve estar adstrito ao conceito de direito como produto cultural adaptado à realidade brasileira, devendo, assim, também estar "vinculado ao conceito de igual dignidade social independentemente de sua inserção econômica, social, cultural e evidentemente política".[186]

3.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como já dito anteriormente, para o desenvolvimento de um modelo adequado do sistema constitucional, faz-se necessário uma ordem jurídica formada por dois

---

[184] José Joaquim Gomes Canotilho. Op. cit., p. 219.
[185] Daniel Sarmento. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.355.
[186] **Princípios do Processo Ambiental**, Ed. Saraiva, 2004, p. 11.

tipos básicos de normas: regras, reportando-se diretamente a condutas ou situações determinadas, e *princípios*, que positivam juridicamente certos valores.

Daí resulta uma ordenação em que as primeiras (regras) são entendidas e validadas pela sua referência aos últimos (princípios), os quais, por sua vez, possuem diversos graus de relevância para atingir a finalidade maior de um sistema jurídico democrático: legalidade, com respeito à dignidade humana.

> A aplicação das normas jurídicas, especialmente tratando-se dos princípios, por seu turno, requer procedimentos institucionalizados e, também, procedimentos (meramente) cognitivos, realizados no âmbito dos primeiros, onde se dá o confronto de diversas argumentações, a respeito de inúmeras possibilidades de interpretação dessas normas, para aplicá-las, assim, as condições para discussões e decisões cuja racionalidade se pode aferir, na medida em que são objetivamente fundamentadas.[187]

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um "princípio dos princípios", o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma "solução de compromissos",[188] na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar minimamente os demais, e jamais lhes faltando totalmente com o respeito.

O princípio da proporcionalidade insere-se na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infra-constitucionais, não obstante não se encontrar explicitamente delineado.

O mesmo apresenta-se como uma das idéias fundantes da Constituição, com função de complementaridade em relação a outros princípios, como por exemplo, o

---

[187] Willis Santiago Guerra Filho, **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**, p.269.
[188] Ibidem.

da reserva legal (artigo 5º, II), pois a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal, e esta deverá ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, sobretudo quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental.

Dessa forma, conectam-se também ao princípio da proporcionalidade, regendo sua aplicação, o princípio republicano (artigo 1º, *caput*), o princípio da cidadania (artigo 1º, II) e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Ao afirmar que todo homem possui uma esfera intangível de direitos, decorrentes somente de sua existência enquanto ser da espécie humana, a Constituição garantiu devam todos os cidadãos ser tratados de forma eqüitativa, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado buscando adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada um.

O princípio da proporcionalidade tem, portanto, papel indispensável na consecução de um dos principais objetivos do Estado brasileiro, qual seja, "reduzir as desigualdades sociais e regionais", consoante o disposto no artigo 3º, III da Constituição Federal. A proporcionalidade é, por conseguinte, idéia inata à concepção de Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*).

Assim, percebe-se que o princípio da proporcionalidade encontra-se concretizado em diversas normas de nossa Constituição Federal.

A proporcionalidade na aplicação é o que permite a coexistência de princípios divergentes, podendo-se, mesmo, dizer que entre esses (princípios) e ela (proporcionalidade), há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados.

Importante notar, que os direitos fundamentais apresentam-se envoltos por duas dimensões, em uma análise subjetiva de interesses individuais, como também em uma análise objetiva, a qual expressa valores almejados por toda uma comunidade.

Desse modo, apresenta-se três ordens distintas de interesses a serem considerados: interesses individuais, interesses coletivos/difusos e interesses públicos (como será visto posteriormente); notando-se que apenas a coexistência harmônica entre as três ordens de interesses possibilitará o melhor atendimento aos interesses situados em cada uma delas.

E é nesse contexto que se supera, igualmente, a visão clássica dos direitos e garantias fundamentais enquanto direitos e garantias individuais e liberdades públicas voltados exclusivamente contra o Estado, o qual, perante tais direitos, teria o dever de tão-somente abster-se da prática de atos que os ameaçasse ou violasse.

> Atualmente, não apenas se concebe os direitos fundamentais como dotados de um aspecto prestacional, a exigir ações por parte do Estado para implementá-los, mas também, se atribui a tais direitos uma eficácia perante terceiros, tornando-os aptos a proteger seus titulares também contra ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos, individualmente considerados ou coletivamente organizados, de modo especial na forma de 'poderes sociais', representados por grandes organizações da sociedade civil organizada e/ou do setor empresarial.[189]

Aqui, verificamos, mais uma vez, o Estado fornecedor, subordinado à Constituição da República Federativa do Brasil, o qual passa a exercer importante papel, como Estado Democrático de Direito, em prestar serviços aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, principalmente no que se refere a apreciar lesões ou ameaça a direitos, como já explanado em item anterior.

---

[189] Willis Santiago Guerra Filho, **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**, em http:www.mundojuridico.adv.Br.

É nesse sentido que o clássico direito de propriedade deverá ser conformado pelos princípios fundamentais constitutivos do Estado Democrático de Direito no âmbito da Constituição de 1988, dentro os quais figuram, por força do artigo 1º, incisos III e IV, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.

Para resolver dilemas representados pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ocuparem a mesma posição hierárquica normativa, é que se preconiza o princípio da proporcionalidade como uma solução de compromisso, na qual se privilegia o acatamento de um princípio, sem que isso implique no desrespeito completo de outro.

> Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do 'Estado Democrático de Direito', pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.[190]

Dessa forma, entende-se por superado o legalismo do positivismo normativista, pelo qual as normas do direito positivo se reduziriam a subsunção dos fatos por elas regulados com atribuição de sanção cabível.

> Princípios, por sua vez, se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como a pirâmide normativa, e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente colocando regras sob o seu 'raio de abrangência'.[191]

---

[190] Willis Santiago Guerra Filho, **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**, em http:www.mundojuridico.adv.Br.
[191] Willis Santiago Guerra Filho, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2ª edição, São Paulo: IBDC/Celso Bastos Editora, 2001, pp.63 e s., passim.

Assim se torna admissível e necessária a atribuição ao Estado, a fim de tutelar o interesse público, sopesar as esferas de interesses particulares e comunitários, para assegurar a maior e melhor eficácia dos próprios direitos fundamentais, e é nessa dimensão que se destacam os princípios fundamentais, como norteadores do sistema político-constitucional a fim de garantir a preservação de direitos presentes em nosso ordenamento.

Dessa forma, para Willis Santiago Guerra, o emprego do princípio da proporcionalidade:

> (...) não se destina a evitar que absurdos sejam perpetrados na elaboração do Direito, mas sim que este seja interpretado e aplicado atendendo a um princípio de racionalidade, apto a determinar qual a melhor dentre as diversas interpretações possíveis, do ponto de vista da promoção simultânea e equânime do Estado de Direito e da Democracia, com a gama de direitos fundamentais e valores que lhes são inerentes, sendo esse mesmo compromisso com a racionalidade o principal de toda teoria, também no campo do Direito.[192]

[192] Idem, p. 283.

4. INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O interesse surge em toda e qualquer sociedade e, segundo diversos doutrinadores, seria uma interligação entre uma pessoa e um bem da vida, em virtude da valoração que esse bem representa para aquela pessoa, temos sempre a busca de uma situação de vantagem; constitui uma palavra com diversas acepções terminológicas, dentre as quais destacamos o interesse metaindividual ou transindividual, ou coletivo, ou difuso, interesses esses já mencionados no item anterior, apresentados com o reconhecimento das possibilidades da utilização da proporcionalidade para além dos limites do direito público e/ou privado.

Mas antes de adentrar nesta questão cabe esclarecer uma diferença básica existente entre os interesses individuais e os interesses metaindividuais.

O confronto existente entre interesse coletivo e individual remota às origens do Direito, onde este parecia rigidamente dividido entre público e privado. Antigamente os dois únicos pólos de referência eram o indivíduo e o Estado. O próprio Direito Positivo dividiu-se também em dois ramos distintos, sendo o público e o privado.

Numa evolução rápida e com um notável crescimento nos séculos seguintes surgiu o que ficou conhecido como corporativismo, representado pelo anseio dos indivíduos de participar do processo político-econômico; tal anseio veio acompanhado da "consciência do coletivo", ou seja, o indivíduo isolado pouco ou nada pode, mas a coletividade, os indivíduos de mesma condição e mesmas pretensões (categoria) exercem um grande peso junto à sociedade e os centros de decisões.

A ordem coletiva surgida como fruto do corporativismo surge como um ponto intermediário entre o Estado e o indivíduo singular, ou seja, menos do que aquele e mais do que este. Vale dizer que a natureza humana aspira o coletivo, o indivíduo tende ao grupo.

Com efeito, a sociedade, desde o início do século e até nossos dias, vem crescendo assustadoramente neste processo corporativo: sindicatos, associações, trustes, cartéis, conglomerados financeiros, partidos políticos, etc. Observamos que o indivíduo busca o grupo, a coletividade, como forma de assegurar sua realização pessoal, como também, para se proteger, deste modo, o indivíduo singular renuncia a certas vantagens pessoais, em nome dos interesses coletivos sustentados pelo grupo ao qual se filiou.

Atualmente existe uma verdadeira "divisão do trabalho" com base no critério do predominante: os interesses privados para os indivíduos; os interesses coletivos para os grupos; e o interesse público para o Estado.

Podemos verificar que a Constituição de 1988 colaborou com esse reclamo jurídico sociológico, quando acenou para uma democracia participativa e não apenas representativa, permitindo de vez a integração dos modernos corpos intermediários (sindicato, associações, órgãos de classe) na gestão da coisa pública, atuando tanto nas instâncias primárias – arts. 1º, V, e parágrafo único; 205, 216, § 1º, e 225 -, como nas vias judiciais, sendo esta com o alargamento da legitimação ativa para a defesa dos interesses metaindividuais – arts. 5º, XXI e LXX, 103, VII, VIII e IX, 129, III e § 1º.

De acordo com Rodolfo Camargo Mancuso[193], não se torna possível o efetivo exercício de um direito sem que haja um interesse jurídico a ser tutelado. Em uma expressão comum, vulgar, os interesses representam simplesmente a idéia de "vantagem", daí o indivíduo apenas quer, deseja, aspira, sem contudo *exigir* a satisfação de tais anseios. São interesses simples, puros, de fato, caracterizados por frágil projeção econômica ou social, que fica limitada à esfera do pensamento, que, aliás, não conhece limites. Ao tratar deste tema, o citado autor caracteriza-os como anseios, aspirações ou desejos cuja realização não é incentivada, defendida ou protegida pela ordem jurídica.[194]

Desta forma, tais interesses mantém-se separados do conceito jurídico, ficando no plano primário da "existência-utilidade", sem ascender ao plano "ético-normativo". Quando muito o legislador se vale de tais interesses para inovar a ordem jurídica. Sob uma ótica eminentemente psicológica, o interesse normalmente se identifica com um desejo ou a necessidade direcionada para um específico bem da vida. Esse interesse, em linguagem pré-jurídica corresponde a um interesse de fato, pois está situado fora do direito.

Assim, para alguns doutrinadores, o interesse deve ser jurídico para que ocorra a repercussão no Direito, desautorizando-se o interesse de natureza puramente ética à busca da tutela jurisdicional, pois isto conduziria à falta de interesse de agir e, portanto, à carência de ação. Com base em Francesco Carnelutti, a respeito do interesse processual, é possível afirmar que, de uma maneira muito simplista, este é reconhecido, quando o processo se revela útil e necessário à obtenção de certa posição de vantagem, inalcançável de outro modo.

---

[193] Rodolfo Camargo de Mancuso. **Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir**. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, p. 20 e segs.
[194] Op. cit. p. 52.

Aliás, o entendimento do conteúdo de direito subjetivo carrega consigo justamente isto, posições de vantagem, privilégios ou prerrogativas que, integradas ao patrimônio juridicamente tutelado de uma pessoa, passa a receber especial tutela do Estado.

Houve um momento na história em que a noção de "interesse público", estava bastante distanciado do "interesse privado". Esta apartação era perfeitamente cabível naquela fase em que apenas o indivíduo e o Estado estavam definidos. Não existiam os entes intermediários que ao longo da evolução da sociedade surgiram para conter a atividade Estatal. Isto ocorreu por intermédio de várias fontes, pois de início foram os feudos que exigiram a participação nas tomadas de decisão e, conseqüentemente uma parcela do poder (lembramos da Carta Magna de 1215). Depois deles, as corporações de ofícios, a Igreja, modernamente, os sindicatos, as mais variadas espécies de associações, os partidos políticos e etc.

José Carlos Barbosa Moreira[195], há muito tempo já discorria sobre o assunto, explicando que ao tratar das ações coletivas, seria necessário antes distinguir as espécies de litígios, como os essencialmente coletivos, referindo-se aos direitos coletivos e difusos, ou, os acidentalmente coletivos, como no caso dos direitos individuais homogêneos. Acresceu que no pertinente aos sujeitos, estes são perfeitamente identificados ou identificáveis como ocorre nos direitos coletivos *stricto sensu*. Todavia, quando se tutelam direitos individuais homogêneos, não há uma relação jurídica-base que une os sujeitos, mas sim uma situação fática de origem comum.

---

[195] José Carlos Barbosa Moreira. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. Artigo publicado na Revista de Processo nº. 61, 1991, p. 187.

O ponto nodal da diferenciação, então, reside no fato de que os direitos individuais homogêneos, além de ter sujeitos determináveis, não contam com uma relação-base anterior.

É importante ressaltar ainda a divisibilidade dos interesses individuais homogêneos, pois Hugo Nigro Mazzili[196] afirma que "a nota característica e inconfundível, é que o proveito pretendido pelos integrantes do grupo é perfeitamente divisível entre os lesados", o que não ocorre nos difusos.

Kazuo Watanabe, ao comentar a questão acerca da nomenclatura utilizada no estudo das demandas coletivas – interesses ou direitos - faz expressa menção ao transcrito artigo 81 da Lei 8078/1990, aduzindo que:

> Os termos 'interesses' e 'direitos' foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' assumem o mesmo *status* de 'direitos', desaparece qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.[197]

É necessário ressaltar que o mesmo autor, por outro lado, reconheceu que durante muito tempo não se protegeu os *interesses* que tocavam à coletividade, justamente pelo fato de que não havia uma perfeita identificação do titular.

Destarte, com a natural maturação foi possível chegar ao entendimento acerca do *interesse legítimo*, fruto de discussões francesas e italianas a partir da maneira que se dava a distribuição da justiça. Por este motivo, mais do que simples interesses e em um ponto intermédio com relação ao direito subjetivo, entendido como aquele juridicamente protegido, apresentam-se os *interesses legítimos*, dado

---

[196] Hugo Nigro Mazzili. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 71.

[197] Kazuo Watanabe. *in* Ada Pelegrini Grinover *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623.

que nestes existe uma intensidade quanto à proteção estatal, pois conduzem a um benefício que não pode ser ignorado.

Como a vigente Carta Magna, no artigo 5°, inciso XXXV, suprimiu o termo *individual* quando consagrou o direito de ação, os doutrinadores que defendiam a tutela de interesses metaindividuais ganharam campo fértil para suas considerações. Portanto, não deve ser passível de censura quem utilize *direito* ou *interesse* para o trato de ações coletivas, mera opção terminológica.

Por isso mesmo verificamos que o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor não distingue entre interesse e direito, talvez para evitar problemas para a aplicação da norma, ou mesmo por entender que à doutrina dos interesses difusos não interessa travar tal debate. E, é esta terminologia eleita pelo supra citado diploma legal empregada para a transposição das definições necessárias, utilizando o conceito de interesses transindividuais ao invés de meta, pluri ou supra-individuais:

I – interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses, ou direitos coletivos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneoas, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Então, interesse individual homogêneo é todo aquele interesse decorrente de origem comum, isto é, aquele interesse cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é integralmente divisível e cindível.

A principal característica dessa espécie de interesse jurídico é a existência de um vínculo entre os seus titulares, vínculo esse que deve ser identificável de imediato.

A partir da definição legal acima exposta, podemos concluir que nos interesses difusos, ao contrário dos interesses coletivos, inexiste um vínculo jurídico entre os seus titulares, mas, tão somente um liame alicerçado em uma situação de fato, aqui não há possibilidade de determinação dos atingidos pela lesão, sinrtetizando:

a) interesses difusos – de natureza indivisível, transindividuais, em que não há possibilidade de determinação dos atingidos pela lesão;

b) Interesses coletivos – transindividuais, de natureza indivisível, relativos aos integrantes de uma categoria ou grupo de pessoas, e

c) Interesses individuais homogêneos – que têm uma origem comum.

Assim, ao se detectar uma lesão de caráter difuso ou coletivo, haverá sempre alguns lesados efetivamente e uma grande maioria lesada potencialmente, esta última de difícil ou impossível determinação.

4.1. DIREITOS HUMANOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A última década vivenciou o desenvolvimento de duas importantes teorias do Direito, relacionadas à noção comum da coletivização dos conflitos e pela preocupação em proteger interesses pulverizados pela sociedade ou por parcelas sociais. A evolução dos direitos humanos reconheceu sua indivisibilidade, interdependência e complementariedade e criou novos direitos híbridos, originados da superação da distinção absoluta entre direitos civis e políticos e direitos

econômicos, sociais e culturais. Também, novos direitos humanos têm sido reconhecidos, devido à preocupação com a qualidade de vida no planeta, o desenvolvimento sustentado e integrado da espécie humana e a preservação da natureza. Por outro lado, a teoria dos interesses transindividuais, de uma forma jamais imaginada, superou a doutrina individualista do processo, permitindo uma nova categorização de direitos e interesses e sua justiciabilidade.

O teor dessas doutrinas propicia grande enriquecimento e benefícios. No caso dos direitos humanos, a classificação do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, já descrita, permite o reconhecimento de direitos ou interesses transindividuais decorrentes do Direito Internacional, da Constituição Federal ou de normas inferiores, o que reforça a noção da eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos humanos globais e amplia as possibilidades de sua dedução em juízo.

No caso da teoria dos interesses difusos e coletivos, a aproximação apresenta novas possibilidades de sua exploração, em outros ramos que não os já consagrados direitos do consumidor, meio-ambiente (que também integra os direitos humanos) etc. Os direitos humanos sociais sempre foram considerados como pertencentes aos interesses difusos e coletivos.[198]

O capítulo em tela se preocupa em encontrar os pontos de convergência dos dois sistemas, e, para tanto necessita, analisar suas características fundamentais, como se verá a seguir, fazendo-se necessário, para tanto, um resgate do presente

---

[198] Já na década de 70, Mauro Cappelletti, em seu consagrado *Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile* , destacava o caráter difuso de direitos à saúde, à segurança social, a não sofrer discriminação, entre outros encontrados nas Constituições democráticas modernas e em declarações internacionais dos direitos do homem. Tradução o para o português: Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, *Revista de processo*, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

trabalho aos conceitos impressos no Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas respectivas dimensões, já explanadas em capítulos anteriores.

4.2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos, como reconhecido atualmente, pela criação de diversos tratados internacionais e pelo aprimoramento dos mecanismos de monitoramento e promoção, evidenciou características próprias desses direitos, direcionando a interpretação de suas normas, a fim de garantir sua máxima eficácia.

Além das tradicionais características, tais como; inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, existem outras originadas na construção doutrinária e mesmo pela expressa menção em textos normativos.

4.2.1. A inerência como característica dos Direitos Humanos

Inerência: a noção de que os direitos humanos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato da sua existência, de acordo com o fundamento jusnaturalista racional adotado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, encontra-se presente no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo no primeiro parágrafo, o qual reconhece que a "dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Tal inerência é tida como premissa racional para a idéia da noção de direitos humanos, pois a existência do ser humano livre, anterior à criação do Estado, permite a limitação da ação deste ou seu direcionamento para a criação de

condições favoráveis à vida em sociedade. A transposição do pensamento liberal clássico para meados do século XX ocorre na mesma medida em que são criados os documentos contemporâneos de direitos humanos; embora sem a preocupação com o fundamento da inerência, mantém seu papel de pressuposto necessário para o desenvolvimento de um conjunto de regras que têm o objetivo de condicionar a ação do Estado em benefício do interesse individual ou coletivo.

Como resultado da reiteração dos tratados e a especialização dos direitos e dos instrumentos de implementação neles previstos, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, dando-se a consolidação de um sistema positivado de normas de direitos humanos, não mais sujeitas, em sua interpretação e aplicação, à verificação de sua correspondência aos direitos naturais do ser humano.

O reconhecimento do caráter inerente dos direitos humanos tem a função de facilitar adequações no sistema normativo dos direitos humanos, sempre que se renovar o entendimento do que seja a "dignidade inerente a todos os membros da família humana", ou seja, a elaboração de suas normas tem a função de consolidar a noção atualizada da dignidade fundamental do ser humano, base de seus direitos positivados, proporcionando um equilíbrio entre direito natural e positivo.

Conseqüentemente, o caráter não taxativo dos direitos humanos até agora reconhecidos, como sendo inerentes aos seres humanos, em grupo ou individualmente, se apresentam em constante mutação, acompanhando e interferindo na evolução social, regional e global. Mesmo que os tratados internacionais sejam de conteúdo obrigatório, ou mesmo direitos aos seus

beneficiários, nada impede uma nova formulação, seja pela sua inclusão em algum texto legal futuro, seja por via da interpretação das expressões empregadas.[199]

Surgem, então, novos direitos, cuja titularidade ultrapassa os limites individuais, atingindo grupos determinados ou mesmo toda a humanidade.

4.2.2. O caráter universal dos Direitos Humanos

O caráter universal dos direitos humanos provém da idéia de inerência, significando que estes direitos se relacionam a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção de raça, cor, credo ou da posição social que ocupam.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos adotou tal concepção, como exemplifica o artigo 1º da Declaração Universal de 1948, prevendo que: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros".

Evidencia-se o caráter universal das várias dimensões dos direitos humanos, a partir das observações de Norberto Bobbio, para quem, em sua formulação liberal, a universalidade não se aplicaria aos direitos sociais e nem mesmo aos direitos políticos, sendo válida somente no caso das liberdades negativas. Ao se retomar o citado texto legal, nota-se que o modelo com o qual se trabalha é o do liberalismo, para o qual o sentido da igualdade consistia na uniforme abstenção do Estado diante da esfera individual de todo e cada ser humano, aqui desprovido de um sentido concreto de existência, tido como simples formulação racional genérica e abstrata.

---

[199] De acordo com os Pactos Internacionais - artigo 5º e, especialmente, o artigo 29, "c" da Convenção Americana de Direitos Humanos. No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

A universalidade dos direitos sociais pode ser entendida no contexto mais amplo da dignidade humana, a que toda pessoa tem direito. Desta forma, ainda que aqueles direitos digam respeito somente a certos grupos sociais, isso se deve ao fato de se almejar a garantia efetiva, e para todas as pessoas, de um nível de vida condizente com aquele princípio moral universal.[200] Conseqüentemente, a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, com a adoção de políticas voltadas a determinados setores da sociedade - atualmente denominados "grupos vulneráveis" - é condição necessária para o respeito pleno da universalidade dos direitos humanos, os quais não se realizam integralmente sem a adoção das medidas previstas nos documentos que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não há mais como pensar em respeito aos direitos humanos sem que o Estado tome as devidas providências, garantindo a elevação das condições de vida ao que se denominou de padrão mínimo de dignidade humana.

4.2.3. Indivisibilidade e interdependência

Os termos "interdependência" e "indivisibilidade" têm sido muito utilizados por documentos internacionais e outras matérias sobre direitos humanos, devido ao interesse em se limitar a possibilidade dos Estados construírem interpretações restritivas dos direitos enunciados, tendo em vista o cumprimento parcial das normas internacionais sobre o assunto.

---

[200] Proclamada em Teerã, em 13 de maio de 1968. Tradução não oficial de Antônio Augusto Cançado Trindade.

Assim é que a ONU, mesmo tendo editado dois pactos internacionais de direitos humanos[201], aparentemente separando os direitos humanos em duas classes, fez questão de afirmar a concepção unitária já em 1968, na Conferência Internacional de Teerã. A Proclamação resultante do encontro é enfática:

> Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos, sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais torna-se impossível.

A indivisibilidade está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos, a promoção e garantia da dignidade do ser humano. A afirmação de que os direitos humanos são indivisíveis, quer dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais. Trata-se de uma característica do conjunto das normas e não de cada direito individualmente considerado. De acordo com Dalmo de Abreu Dallari:

> (...) Não existe respeito à pessoa humana e ao direito de ser pessoa se não for respeitada, em todos os momentos, em todos os lugares e em todas as situações a integridade física, psíquica e moral da pessoa. E não há qualquer justificativa para que umas pessoas sejam mais respeitadas do que outras.[202]

A interdependência refere-se aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos outros direitos humanos. Essa característica não distingue direitos civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, pois a

---

[201] Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos adotados pela Resolução n. 2.200-A (XXII) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 e ratificados pelo Brasil em 24.1.92.

[202] Dalmo de Abreu Dallari, **Viver em sociedade**. São Paulo: Moderna, 1995, p. 13.

realização de um direito específico pode depender (como geralmente ocorre) do respeito e promoção de diversos outros, independentemente de sua classificação.

Neste sentido, é exemplar a menção contida no preâmbulo dos Pactos Internacionais de 1966, quando menciona que:

> (...) em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria não pode ser realizado, a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais.

Para J.J. Gomes Canotilho, mesmo as liberdades negativas, que surgiram quando da formulação dos direitos humanos de matriz liberal, necessitam da concorrência de direitos econômicos, sociais e culturais para a sua realização máxima. O citado autor critica a "desesperada tentativa" de se fazer sobreviver os arquétipos liberais em face do processo de objetivação e socialização dos direitos fundamentais, promove uma adequação temporal daquela noção, ressaltando os seguintes elementos:

> (i) a efectivação real da liberdade constitucionalmente garantida não é hoje apenas tarefa de iniciativa individual, sendo suficiente notar que, mesmo no campo das liberdades clássicas (para já não falar dos direitos sociais, económicos e culturais) não é possível a garantia da liberdade sem intervenção dos poderes públicos.(...); (ii) 'o homem situado' não abdica de prestações existenciais estritamente necessárias à realização de sua própria liberdade, revelando, neste aspecto, a teoria liberal uma completa 'cegueira' em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e económicos da realização da liberdade.[203]

José Afonso da Silva relaciona tal assunto ao modelo democrático instituído pela Constituição Federal de 1988. Assim, os direitos e garantias previstos no artigo 5º da Carta Magna - de natureza preponderantemente civil e política - "estão contaminados de dimensão social", o que opera a transição...

> (...) de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal, para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo.

E leciona:

> O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como categoria contingente.[204]

Observa-se que os direitos sociais, voltados à criação de condições mais igualitárias de vida, são a condição de verdadeira eficácia das liberdades clássicas e vice-versa.

Paulo Bonavides associa tais direitos ao que chama de globalização dos direitos fundamentais, que se contrapõe à globalização política neoliberal, quando diz:

> A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.[205]

Alejandro Artúcio acrescenta que o caráter interdependente dos direitos humanos implica que se deve conceder aos direitos civis e políticos e aos econômicos, sociais e culturais a mesma atenção.[206] Esta característica salienta a atualidade dos direitos humanos, a despeito de qualquer tentativa de priorização de uma ou outra classe de direitos, o que violaria a lógica do sistema. Assim, as

---

[203] J. J. Gomes Canotilho. Op. cit., p. 517.
[204] José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**, 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 182.
[205] Paulo Bonavides. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 524.

exigências das sociedades atuais implicam a criação de condições mesmo para o exercício das liberdades negativas, caso ainda se vejam estas como hierarquicamente prevalecentes sobre os direitos sociais.

A noção de interdependência foi enriquecida com o advento dos direitos humanos voltados à proteção de bens de interesse de toda a humanidade, como ao desenvolvimento sustentado, ao meio-ambiente sadio, ao patrimônio genético, à paz etc., com o objetivo de criar condições de vida necessárias ao respeito dos demais direitos humanos.

4.2.4. Transnacionalidade

A transnacionalidade é uma característica dos direitos humanos, como leciona Dalmo Dallari:

> Os direitos fundamentais da pessoa humana são reconhecidos e protegidos em todos os Estados, embora existam algumas variações quanto à enumeração desses direitos, bem como quanto à forma de protegê-los. Esses direitos não dependem da nacionalidade ou cidadania, sendo assegurados a qualquer pessoa.[207]

Como visto, a noção de que os direitos humanos acompanham o ser humano onde estiver se origina da concepção jusnaturalista que neles vê tal inerência. Porém, mesmo para quem entende o Direito apenas como fruto do Estado, o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a ratificação crescente dos principais tratados internacionais pela grande maioria dos países leva à mesma conclusão, do respeito aos direitos humanos em todo o planeta.

---

[206] In: SEMINÁRIO SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Genebra: Comissão Internacional de Juristas, 1996, p. 19.
[207] **O que são direitos da pessoa**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984, p. 22.

Contemporaneamente, percebemos que o impacto de violações à direitos humanos transcende a delimitação da esfera estatal, claramente verificada junto às questões ambientais, por exemplo.

4.3. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

O surgimento da teoria dos interesses transindividuais provém da preocupação com a "questão social", devido ao aparecimento da "sociedade de massa", em que a maioria das relações econômicas e políticas é marcada pelo desaparecimento da individualidade do ser humano, diante da padronização dos comportamentos e das regras correspondentes. A relação não mais se estabelece com o indivíduo, mas com grupos mais ou menos imprecisos de pessoas, todas unidas por se encontrarem na mesma situação, jurídica ou fática.[208]

Como reflexo dessa nova realidade social, a concepção de que somente são dedutíveis juridicamente as relações entre dois sujeitos de direitos e obrigações claramente definidos não mais se aplica. Decorre que as relações jurídicas massificadas têm como um dos pólos seres humanos agregados numa mesma categoria, grupo ou classe social, pouco importando os traços que distinguem cada indivíduo, do que decorre a inadequação da fórmula processual individualista, segundo a qual o sujeito de direitos é o titular da relação jurídica material.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, um primeiro aspecto de distinção entre os interesses coletivos e difusos e as relações jurídicas individuais é que o conjunto dos

---

[208] Ada Pellegrini Grinover. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 7, 1978.

interessados é pouco ou nada determinável, estando ligados por uma relação jurídica-base ou mesmo sobre dados de fato[209]. São interesses coletivos aqueles em que o conjunto de pessoas é identificado sob uma relação jurídica de base, entre si ou em face da parte contrária. No tocante aos interesses difusos propriamente ditos, o conjunto humano não apresenta contornos nítidos, eis que o critério de união é uma mera situação de fato.

Nestes casos, a relação entre o bem de vida e a pessoa se estabelece não mais em vista de um indivíduo, mas de uma coletividade, no que definitivamente se afasta do modelo tradicional, em que a titularidade do direito de exigir a prestação equivalia à da relação jurídica material.[210]

Além da indeterminação dos sujeitos, os interesses transindividuais se distinguem pela peculiaridade do objeto, que desde logo não se confunde plenamente com o interesse público, o "bem comum" cujo titular é o Estado . Num sentido amplo, os interesses difusos, os da "coletividade como um todo", identificam-se com o "bem geral".[211] Em regra, porém, dizem respeito a certos grupos sociais, mais ou menos precisos, com o que se assemelham mais aos "corpos intermediários", a parcelas da sociedade que possuem interesses coincidentes ou não com o todo.

Os interesses transindividuais possuem como elemento distintivo a indivisibilidade de seu objeto, de modo que a pretensão não pode ser fragmentada pelos integrantes do grupo que a pleiteia, o qual, da mesma forma, é de difícil determinação. Mas, ainda que assim não fosse, a providência pretendida não

---

[209] Ibid., idem.
[210] Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimidade para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994
[211] Hugo Nigro Mazzilli. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 19.

poderia ser adotada de modo fragmentado, individual. Isso não se confunde com a eventual possibilidade de cada indivíduo ter uma prestação individualizada, pois o interesse é coletivo diante da natureza da correspondente prestação e não do desfrute que cada pessoa vai obter com a proteção do bem de vida.

Finalmente, caracterizam os interesses difusos e coletivos a chamada "litigiosidade intensa", determinada pela eventual existência de diversos valores em conflito, defendidos por grupos sociais diversos e mesmo por indivíduos, decorrendo que o atendimento de um pleito pode atingir o interesse de outro grupo. A intervenção judicial nestes casos é complexa, pois nos interesses difusos, o Judiciário pode ser chamado a compor um litígio com pluralidade de interesses e possibilidades de solução.

A caracterização dos interesses transindividuais é antes de tudo doutrinária, daí decorrendo o reconhecimento de várias modalidades de interesses difusos e coletivos, entre as quais as advindas das relações de consumo.

4.4. RELAÇÕES ENTRE OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E OS DIREITOS HUMANOS

A primeira relação entre as duas teorias ocorre em razão da transição do modelo de Estado liberal clássico pelo Estado social, que advém da substituição do paradigma do ser humano abstrato, em situação de igualdade formal quanto ao gozo das liberdades individuais, pela verificação das condições materiais de vida, que revelam um estado de desigualdade substancial entre as classes e grupos sociais.

No caso dos direitos humanos, isso significou o ingresso, no rol de atribuições da administração pública, do dever de interferir na sociedade, a fim de prover os

recém estabelecidos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja titularidade é coletiva na medida em que as prestações demandadas destinam-se a reparar a situação de iniqüidade de todo um grupo de pessoas, ainda que seja possível a cada uma delas usufruir individualmente das facilidades instituídas.

A preocupação com a desigualdade substancial colide com o conceito de direito subjetivo, pois às novas relações jurídicas não mais se aplica o clássico modelo para o qual o titular do direito material é o legitimado a requerer seu cumprimento.[212]

As demandas de natureza econômica, social e cultural não são necessariamente divisíveis, pois a providência estatal requerida em geral somente pode ser adotada tendo em vista o todo e não o particular.

Diferentemente da violação das liberdades civis, em que se destaca a relação entre o indivíduo e o Estado, no caso dos chamados interesses transindividuais a indevida omissão estatal atinge o grupo desfavorecido como um todo, pois as pessoas que o integram somente possuem alguma demanda como resultante de sua inclusão naquele universo. Se não houvesse o desenvolvimento da doutrina do Estado social, não haveria lugar nem para os direitos econômicos, sociais e culturais, nem para os interesses transindividuais de natureza pública.

Já a relação entre Estado e sociedade, quanto à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, não é unívoca, isto é, não há um único interesse público envolvido, mas uma grande contradição entre os interesses dos diversos grupos sociais e destes com os interesses individuais.[213] Por isso não pode ser aceita a afirmação de que os direitos humanos sociais constituem uma categoria diversa dos direitos difusos e coletivos, como se fosse uma mera ampliação da

---

[212] Ada Pellegrini, op. cit., item 1.

dualidade Estado-indivíduo, própria dos direitos civis e políticos, esta sim de outra natureza.[214] Na realidade, a possibilidade de prestação estatal é múltipla e certamente não tem como alcançar todos os interesses envolvidos seja pela limitação de ordem material, seja pela contradição eventual entre alguns deles, no que coincide a realização dos direitos sociais com a característica da litigiosidade intensa dos interesses transindividuais.

A indeterminação dos sujeitos é comum a grande parte dos direitos humanos, com especial destaque para os ditos "globais", também conhecidos como "direitos de solidariedade". Neste caso, os direitos ao meio ambiente saudável, à paz, ao desenvolvimento sustentado, à livre determinação dos povos, entre outros, possuem o dado comum de pertencerem a um conjunto impreciso de pessoas, se não a toda a humanidade, unidas por uma situação de fato e pelo interesse comum de garantir a qualidade de vida no planeta. Ademais, a indivisibilidade do objeto é evidente, pois ainda que seja do interesse de cada membro do grupo, categoria ou classe social a proteção do interesse, a prestação correspondente não pode ser realizada, senão tendo em vista toda a comunidade, sem possibilidade de sua divisão em fração ou quota.

Os direitos humanos globais são típicos interesses difusos positivados ou direitos difusos.[215] Encaixam-se nas características gerais comuns a todos os interesses transindividuais, que constituem uma nova classificação das relações jurídicas, para além do esquema individualista dual, dentro do qual podem caber inúmeros direitos substantivos, desde que as demandas que regulem possuam os mesmos elementos construídos pela doutrina e referendados pela legislação.

---

[213] Celso Lafer, **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Cia. das Letras, 1988. p. 132

[214] Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 75.

[215] Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 85.

Também aqui podem ser vistos os direitos econômicos, sociais e culturais, cujas demandas possuem, ao lado do sentido individual garantir a segmentos vulneráveis prestações que reduzam ou eliminem situações de desigualdade na sociedade.

A correspondência entre a constante mutabilidade de conteúdo dos interesses difusos e a inerência, típica dos direitos humanos contemporâneos, se dá quando a alteração das situações de fato, ao longo do tempo, conduz ao surgimento de novas pretensões pelos grupos sociais, ou à modificação, ou mesmo extinção, das já existentes. É o que garante a eterna atualização dos interesses transindividuais.

O reconhecimento de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano assegura a possibilidade de surgimento de novos direitos, na medida em que as condições sociais se alteram. Percebe-se, então, a concepção comum a ambas teorias, de encontrar nos seres humanos a fonte dos interesses e direitos humanos, sendo necessário frisar neste ponto que os últimos, ainda que positivados, jamais se desconectaram do jusnaturalismo.

4.4.1. Direitos Humanos difusos

Surgem como direitos humanos difusos, em primeiro lugar, aqueles decorrentes dos tratados referentes aos direitos globais, sempre que for possível identificar com clareza as medidas requeridas.

Como direitos humanos difusos podem ser enquadradas muitas das prescrições relacionadas aos âmbitos econômico, social e cultural. Seguindo a terminologia legal, a titularidade de parte dos direitos de tal natureza não é coletiva,

mas difusa, pois o grupo social que a detém não é plenamente identificável e seus membros estão ligados por circunstâncias de fato.

A interdependência própria dos direitos humanos contemporâneos indica que mesmo direitos de origem liberal atualmente requerem ações estatais para que se tornem efetivos, como no caso do artigo 9º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, concernente aos direitos da pessoa privada de liberdade, cujo inciso IV diz:

> Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

Considerando que o exercício de liberdades fundamentais está condicionada à criação de condições objetivas e subjetivas, nem sempre previstas em direitos econômicos, sociais e culturais, é possível concluir que o sistema de normas criado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos permite ao intérprete a identificação de diversos novos interesses e direitos, eventualmente demandáveis pela via judicial.

A doutrina dos interesses transindividuais costuma identificar a eliminação de toda forma de discriminação social como um interesse difuso.

4.4.2. Direitos Humanos coletivos

Os direitos humanos coletivos têm como característica fundamental o vínculo jurídico entre as pessoas que compõem o grupo, categoria ou classe social, entre si ou perante a parte oposta. Não se confundem com a soma dos interesses individuais, mas são a expressão de um interesse coletivo com natureza própria,

dada pela proximidade entre os membros do grupo social e de sua mínima organização.[216]

Um primeiro traço destes direitos decorre das relações trabalhistas, em que efetivamente pode ser visto um universo definido de pessoas, sendo expressiva a utilização das palavras "classe" e "categoria" pelo inciso II do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Tanto assim é que cada vez mais os conflitos são resolvidos por acordos gerais.

Quanto aos direitos humanos de natureza política, os partidos mostram-se centros de aglutinação de interesses coletivos, como no caso da liberdade de sua existência e de participação no processo eleitoral. E o interesse partidário não se mistura com o de seus membros ou de seus eleitores, merecendo caracterização e proteção próprias.

4.4.3. Os Direitos Humanos individuais homogêneos

Neste campo situam-se especialmente os direitos civis e políticos que, embora em essência individuais, possuem necessidade de exercício coletivo, sem o que não se realizam. Fundamentalmente, são os direitos de associação, como o de fundar sindicato ou de nele ingressar, previsto pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos nos dois Pactos Internacionais de 1966, pela singularidade de constituir um direito civil que se exerce no âmbito das relações trabalhistas.

Também podem ser aqui classificados os direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que de suas previsões decorrerem direitos individualmente exercitáveis, tendo em vista sua caracterização como "direitos-meio" de que é titular

---

[216] Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 44.

o indivíduo, igualmente detentor de liberdades civis cuja materialização pode depender da criação das condições materiais pelo Estado. A possibilidade de se exercer individualmente direitos sociais decorre da análise de Celso Lafer, em que ressalta a inserção dos direitos sociais na ótica liberal, colocando-os não como direitos de um grupo social, mas do próprio indivíduo, eis que são condições de exercício das liberdades clássicas. São, então, duas vertentes de um mesmo direito, que encontra sua identidade na possibilidade do ser humano de demarcar o limite de intervenção estatal, mesmo que isso se dê por meio da ação do Estado. Mas a meta a ser alcançada perpassa a elevação de um grupo social a um nível superior de vida, alcançando o indivíduo, que com isso ganha os meios que permitirão exercer plenamente sua liberdade. Tal ótica se distingue da que vê nos direitos econômicos, sociais e culturais um fim em si mesmos, antes instrumentalizando-os, tendo em vista o ganho pessoal de cada um que, guindados a um padrão de vida mais condigno, deixam de pertencer aos modernamente chamados grupos marginalizados ou excluídos para assumir sua individualidade.

Nesta categoria podem ser observadas pretensões concernentes à ampliação das possibilidades de participação no poder, tradicionalmente restritas às instâncias da democracia representativa. Neste caso, soma-se à situação individual do eleitor a sua eventual aglutinação em torno de um interesse comum, deduzido por meio da iniciativa popular e da gestão compartilhada das decisões estatais, realizada por diversas maneiras, como as audiências públicas ou orçamento participativo, por exemplo. Tais ações vão ao encontro da primeira maneira de proteger os interesses difusos e coletivos, a via legislativa, em que ao Legislador é dado criar normas substanciais correspondentes aos seus diversos ramos.[217]

---

[217] Mauro Cappelletti. **Tutela dos interesses difusos** (conferência proferida na Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul em 27.11.84). Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. *AJURIS, Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 33, p. 169-182, mar. 1985.

As formas de democracia participativa, porém, ampliam essa possibilidade, ao permitir que o próprio processo legislativo sofra a influência dos grupos interessados, que passam de meros pacientes a atores no cenário estatal, capacitados tanto a criar as normas que positivem seus interesses, como a demandar seu cumprimento, mesmo judicialmente. Enfatiza, portanto, uma nova conformação dos chamados "corpos intermediários", como maneira do cidadão fazer valer seus interesses, que a rigor não se individualizam, mas comungam com os de outras pessoas que integram um grupo social, pelo mais variado motivo de fato ou de direito. Nada mais são que as conhecidas "organizações não-governamentais", verdadeiras associações de pessoas reunidas para demandar prestações estatais na proteção de interesses e, em alguns casos, participar da tomada das decisões e na implantação da política pública.

4.5. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS TRANSINDIVIDUAIS

A possibilidade de exigir o cumprimento de direitos humanos econômicos, sociais e culturais pela via judicial é a principal conseqüência de sua caracterização como interesses transindividuais, como decorrência da superação do paradigma do direito subjetivo individual, incompatível com novos direitos humanos que têm como característica a pluralidade dos interessados.

Assim, na medida em que as normas de direitos sociais contenham uma tal especialidade que permita com clareza identificar a obrigação estatal, nada impede que seja acolhido pleito neste sentido, bastando que se ordene ao Estado que

realize a atividade a que, afinal, se comprometeu juridicamente, como decorrência da própria vontade popular, manifestada pelas instâncias democráticas de poder.

A justiciabilidade dos direitos sociais se dá, num primeiro momento, diante da perspectiva liberal daqueles direitos, como meios de realização das liberdades fundamentais.

Aqui a demanda pode se fundar na negativa do Estado em cumprir uma obrigação social, cuja natureza e divisibilidade da prestação estejam perfeitamente delineadas, como, por exemplo, a de prover ensino básico gratuito a todos.

O direito então é individual e pode ser demandado isoladamente ou com cumulação de sujeitos, pois muitas vezes tais direitos são do tipo individual homogêneo. A demanda pode ainda se basear no direito social como condição de ocorrência de uma liberdade civil, cujo gozo se mostra impedido pela inércia estatal. Tal decorre da já elencada interdependência, característica fundamental dos direitos humanos contemporâneos.

Os direitos econômicos, sociais e culturais contêm interesses transindividuais, podendo ser demandados pelas vias processuais próprias; dessa forma, não são simples aspirações populares, mas contêm um efetivo caráter cogente, na medida máxima das possibilidades técnicas e financeiras do Estado, como prevêem as normas internacionais.

É necessário, porém, atentar para a natureza específica da universalidade dos direitos em questão, distinta da consagrada aos civis e políticos. Para os direitos econômicos, sociais e culturais o pressuposto é outro, o dos seres humanos contingentes, em desigualdade de condições materiais, a requererem prestações positivas e distintas do ente estatal. Então não é possível a simples extensão da universalidade liberal para este campo, diante do sentido diverso da igualdade.

CONCLUSÃO

O Direito, enquanto ciência social, sofre os reflexos decorrentes das diversas transformações da sociedade ocorridas ao longo do tempo. No mesmo sentido, os direitos humanos evoluem e conquistam um lugar cada vez mais considerável na consciência política e jurídica contemporânea.

O presente trabalho apresentou como análise a relação entre a proteção dos direitos humanos e sua positivação em direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana como valor-chave de toda a ordem jurídica, constitucional, infraconstitucional, bem como a influência e a interação existentes, tendo como cenário a ordem constitucional brasileira.

A partir do estudo da pessoa humana, tomada em sua igualdade e liberdade, bem como em sua essência histórica, pretendeu-se desenvolver uma análise sobre os direitos humanos e sua evolução histórica frente aos acontecimentos tidos como marcos ao longo dos séculos de História.

A idéia sobre direitos que sejam próprios da razão humana e de sua essência remontam à Antigüidade, tendo como paralelo as chamadas leis não escritas percebidas pelos filósofos gregos e, posteriormente, com o *ius gentium* averbados pelos jurisconsultos romanos.

A idéia do direito natural, nesse sentido, como conceito acerca da natureza do direito fez-se necessário em todo desencadeamento da história do pensamento ocidental à luz dos direitos humanos como direitos históricos.

A objetivação histórica do valor da pessoa humana, na relação político-jurídica exprimiu-se mediante o reconhecimento do direito positivo dos direitos

humanos. Essa positivação afirma um processo histórico de integração de valores percebidos como fundamentais para a coexistência coletiva, que provém de legados históricos, irradiadores de vetores axiológicos, configuradores de um sentido de direção. Entre eles foi destacado ao longo do presente trabalho: a) o legado da Grécia antiga (a liberdade de pensar como a pluralidade do pensar); b) o de Roma (a consciência dos valores autônomos do Direito); c) o cristianismo (o reconhecimento da igualdade da natureza humana, independentemente dos invólucros políticos e sociais das relações humanas, e aqui, inclui-se, também, as concepções advindas do estoicismo e posteriormente dos ensinos referentes à escolástica), e d) o racionalismo (com o direito como obra da razão como seu único guia).

Dentre os vetores históricos acima apontados, faz-se necessário citar, também como fundantes do processo histórico de positivação normativa: o liberalismo, o qual prepôs que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo é para o governo, significando liberdade entendida como distribuição de poder político, econômico, cultural entre os governados e limitação pelo Direito do poder dos governantes, com base no pressuposto que todo indivíduo apresenta liberdade como total garantia à propriedade privada e obtenção de lucros; e o socialismo, que, sinteticamente, apresenta a exigência da igualdade perante a vida e a cultura, concebida como um direito de crédito reconhecido a cada ser humano de participar daquilo que a coletividade vai acumulando no decorrer do tempo.

É, dessa forma, que o processo histórico em relação à positivação desses valores, a partir da Independência Americana e da Revolução Francesa, explica a evolução, no plano interno dos Estados, da abrangência do reconhecimento do valor da pessoa humana. Apontando o significado dos caminhos políticos, jurídicos,

econômicos e sociais que definiram às, assim chamadas, gerações/dimensões de direitos apontadas no presente trabalho.

Há que se ressaltar, ainda no plano internacional, que o século XX assistiu a um processo de expansão e universalização da proteção internacional dos direitos humanos, que passaram a ser reconhecidos como tema de legítimo interesse internacional, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

Assim sendo, o período pós-guerra impulsionou a emergência do movimento de internacionalização dos direitos humanos, criando uma sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, mediante um sistema de monitoramento e fiscalização internacional, que elevam o tema dos direitos humanos à condição de legítimo interesse da comunidade internacional.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada de forma unânime pela Assembléia Geral das Nações Unidas objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, que, para a Declaração Universal, a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Concomitantemente à universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 traça a indivisibilidade destes direitos, dispondo sobre a categoria dos direitos civis e políticos ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais. Destarte, define o sentido e o alcance da expressão "direitos humanos e liberdades fundamentais",

conjugando o discurso liberal e discurso social da cidadania, bem como o valor da liberdade e o valor da igualdade, constituindo-se, assim, numa inovação.

Daí decorre como inferência lógica não ser possível se cogitar da liberdade desvinculada da justiça social. Ou seja, todos os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana, e compõem um complexo integral, único e indivisível, em que os direitos coexistem de forma dependente e inter-relacionada.

Como valor jurídico, a Declaração Universal de 1948 não é um tratado, tampouco possui força de lei; foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas como uma resolução que consagra o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais mencionados na Carta da ONU. Assim sendo, os Estados-membros das Nações Unidas têm a obrigação de assegurar o respeito e a observância universal dos direitos constantes da Declaração.

O trabalho, também apontou que, no âmbito interno dos Estados nacionais, verificamos em seus ordenamentos constitucionais e doutrinários as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos", algumas vezes utilizadas como se sinônimas fossem, mas que, contudo, fez-se necessária a percepção de diferença presente, segundo a origem e significado, distinguindo-se como direitos do homem, em uma concepção jusnaturalista-universalista, os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, e direitos fundamentais, os direitos do homem garantidos institucionalmente em uma ordem jurídica concreta vigente.

Assim, a compreensão do que sejam os direitos humanos dá-se pelo seu conteúdo: a tutela dos interesses comuns de todos os seres humanos e que deve abranger todos eles. Já os direitos fundamentais são conhecidos pela sua forma positivada, com a qual o Estado protege posições jurídicas especialmente entendendo serem essenciais ao homem e à coletividade.

No plano interno, o presente trabalho em sua segunda parte, desenvolveu a identificação da presença dos direitos humanos no sistema constitucional pátrio, iniciando-se no resgate do tema nos diversos ordenamentos jurídicos na história brasileira, pontuados desde 1824 a 1967.

O terceiro capítulo desta dissertação preocupou-se em delimitar na Constituição Federal de 1988 a positivação dos direitos humanos para a plena realização da cidadania.

A Carta Magna de 1988 demarca, no plano jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, propondo avanços no tocante à institucionalização dos direitos e garantias fundamentais e na proteção de setores mais vulneráveis da sociedade, a partir da ruptura com o regime autoritário militar. É a partir dela que os direitos humanos ganham destaque no cenário jurídico, situando-se a Constituição Brasileira de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos até então adotado no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 inova, em relação às Constituições anteriores, por, também, conter princípios a reger a República Federativa do Brasil no cenário internacional (verificamos o artigo 4º da CF). A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País alterou, por sua vez, profundamente a política brasileira de direitos humanos, desencadeando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais neste campo. As relevantes transformações internas do cenário brasileiro geraram repercussões na esfera internacional, o que significa dizer que o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna figurou como estratégia de reforço para que a questão dos direitos humanos entrasse definitivamente na agenda internacional do país.

Tem-se que as repercussões decorrentes dessa nova agenda internacional causaram alterações no plano interno e no próprio ordenamento jurídico do país. Essas mudanças implicaram um novo constitucionalismo, bem como, para muitos doutrinadores, uma abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos.

Em uma interpretação sistemática do texto contido no parágrafo 2º do artigo 5º muitos doutrinadores entenderam o mesmo como uma espécie de cláusula geral aberta de recepção dos tratados internacionais que contenham direitos e garantias fundamentais pela Constituição da República – sendo que tais disposições, por força da norma contida no parágrafo 1º, têm aplicação imediata.

Reforçam, ainda, tal entendimento, equiparando os referidos instrumentos internacionais às normas constitucionais, com natureza materialmente constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue o entendimento que o tratado internacional, seja qual for a sua matéria, inclusive direitos humanos, ingressa no Direito brasileiro com hierarquia de lei ordinária, e como um dos argumentos está que, a maioria requerida para a aprovação do decreto legislativo que recepciona o tratado é a mesma exigida para a aprovação de uma lei ordinária: a maioria simples.

O intenso debate também provocou alterações no texto original, trazendo ao mesmo a mais nova Emenda Constitucional (nº 45 de 8 de dezembro de 2004) e o acréscimo do parágrafo 3º junto ao artigo 5º em matéria de direitos humanos, que dispõe que os tratados e convenções internacionais que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, a doutrina ainda recente nesta análise, começa a despontar posicionamentos de interpretação do texto legal que exprimem a convivência das duas vias de recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, podendo ser este recepcionado no sistema jurídico pátrio por meio de decreto legislativo com força de lei ordinária, quanto com força de emenda constitucional se aprovados com o quorum definido pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Importante notar, que a Constituição democrática ratificada em 1988 ampliou consideravelmente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se dentre as Constituições mais avançadas da atualidade no que diz respeito à matéria. Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 propugna pela consolidação do Estado Democrático de Direito, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)" . Em seus três primeiros artigos, o texto constitucional apresenta princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito.

É dessa forma que o presente trabalho estendeu em sua terceira parte ao explicitar que o artigo 1º da Carta Magna define quais os fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, está que não poderá haver qualquer norma no sistema constitucional ou infraconstitucional que possa colidir com os aspectos fundamentais que caracterizariam a idéia de Kelsen a respeito da estruturação do Direito positivo, a partir de uma pirâmide.

Aqui, a idéia de Kelsen se estabelece em concreto mediante a visualização dos cinco princípios descritos no artigo 1º da Constituição de 1988, quando um destes aponta como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, destacando, dessa forma, quem é o destinatário do Direito positivo: a pessoa humana.

Ainda sob a luz do mesmo artigo, percebemos que a pessoa humana apontada, não é qualquer pessoa humana, pois como destinatária da norma constitucional, é uma pessoa humana adaptada aos critérios que fundamenta a República Federativa do Brasil, dentre eles o critério cultural explicitado pela soberania – vista como organização cultural dos povos na medida em que as leis brasileiras são formas de expressão portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores de nossa sociedade.

Assim, sob o ponto de vista que o País tem autodeterminação, e, portanto, soberano se apresenta, apontará, com isso, para quem as normas de Direito Constitucional como de Direitos Fundamentais se declinam, ou seja, a pessoa humana, definida no artigo 1º supra citado, adaptada aos conceitos de soberania, sendo então, no caso em tela, os brasileiros e os estrangeiros residentes no País.

Ainda entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito indicados nos incisos do artigo 1º de nossa Carta Maior, está a dignidade da pessoa humana, vista como o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional vigente e como fim último dos direitos individuais em face de toda interpretação do Direito Constitucional pátrio.

Nesse sentido, reiteramos no presente momento, que diante do princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizado como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, toda e qualquer política de desenvolvimento deverá

estar adstrita a sua consagração, devendo ser assegurado ao titular de todo o sistema de direito positivo pátrio, uma vida com dignidade, haja vista a satisfação dos valores mínimos fundamentais descritos no âmbito da Carta Magna em seu artigo 6º, sendo estes, direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à proteção à infância, como à assistência aos desamparados.

Percebemos, nesse sentido, que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu sistema jurídico, elencou alguns propósitos estabelecidos em seus primeiros artigos, principalmente em seu artigo 3º, deixando claro, por exemplo, a necessidade de erradicar a pobreza, a marginalização e procurar reduzir as desigualdades sociais e regionais. Definindo, aqui também, dessa forma, a ordem jurídica do capitalismo como sistema econômico adotado, notando-se que o diploma legal se refere à necessidade de reduzir – e não eliminar – as desigualdades sociais e regionais do País.

A ordem econômica referida acima também se manifesta no próprio texto do artigo 1º ao elencar em um dos seus incisos como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assim a nossa Constituição Federal entendeu por bem adotar um liberalismo econômico redefinido apresentando a intervenção do Estado na economia, adotando, por via de conseqüência a necessidade de defender o sistema dos efeitos de crises cíclicas, organizando limites à livre iniciativa com a definição de valores sociais adstritos a ela, com a adoção, portanto, de um dirigismo estatal junto a nossa economia capitalista, estabelecendo como um dos fundamentos da ordem econômica e financeira do Brasil, elencado pela Carta Magna.

Nestes termos, ao salientarmos, que em decorrência dos fundamentos apontados no artigo 1º, a Constituição Federal de 1988 adotou a instituição de resguardar basicamente a vida da pessoa humana não só enquanto direito material constitucional fundamental, mas também como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, que a estabelece como destinatária de todas as normas constitucionais.

Assim, verificamos que o texto constitucional se apresenta de forma inovadora ao organizar os direitos materiais de forma individual e coletiva, tendo os últimos apresentados de forma diferenciada, tanto pela sua tutela, quanto pela sua estrutura instrumental direcionada a dirimir os novos conflitos presentes na sociedade contemporânea de massa.

Neste ponto, como tratado na última parte do presente trabalho, é que se prevê nesse novo contexto o surgimento na Constituição de 1988 e nas disposições infracontitucionais (como na Lei 8078/90), a proteção dos denominados interesses difusos e coletivos, retratados pelo artigo 129, inciso III, fruto da nova estrutura de direitos e garantias fundamentais estabelecidos a partir do artigo 5º da Carta Magna, que indica a possibilidade da tutela constitucional da vida em face de direitos materiais individuais e coletivos.

Dessa forma, a dissertação ora apresentada, também estabeleceu a correlação das normas definidoras de direitos humanos e os interesses transindividuais ou metaindividuais, seja em face do desenvolvimento doutrinário de ambos ramos do Direito, seja diante da classificação trazida pelo artigo 81 da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. E como corolário, percebemos que é possível, da aproximação de ambas teorias, identificar direitos humanos transindividuais, divididos em direitos humanos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

De todo o exposto, notamos, ao final, que o caminho mais adequado para a compreensão das normas de direitos humanos parece-nos ser o que as define como aquelas necessárias à garantia da vivência digna, do desenvolvimento e da continuidade existencial dos seres humanos e da humanidade. Pela proteção desta, entende-se a tutela das gerações futuras e a garantia de perpetuidade dos valores, dos conhecimentos das obras e das culturas humanas.

Percebemos, assim, os direitos humanos como os de interesse comum de todos os seres e que representam os fins legitimadores não só do Estado, mas de toda a organização humana: a busca da coexistência entre os homens, da liberdade dos indivíduos, do desenvolvimento pessoal e coletivo, do respeito à dignidade da pessoa humana e da perpetuação da espécie.

Sem dúvida, difícil é, nesse campo, escapar de definições que dependem de valoração moral, a qual está sempre condicionada à bagagem cultural de quem valora. Conquanto sejam tais expressões abertas em significado, deve-se tomar um padrão mínimo que seja globalmente (ou quase) aceito, a fim de que se atenda aos requisitos da universalidade, apesar das diferenças culturais entre os povos, e da indivisibilidade, apesar da relativização dos direitos sociais, econômicos e culturais, dos direitos humanos.

Enfim, a noção de direitos humanos deve ser necessariamente aberta para que possa acompanhar o desenvolvimento das demandas históricas, mas não deve ser indeterminada, para que não perca em objetividade, eficácia e segurança jurídica. Não se limita, pois, as três ou quatro dimensões de direitos conhecidas (as liberdades públicas; os direitos econômicos e sociais; os direitos de solidariedade: meio ambiente, paz, desenvolvimento; o direito à democracia, informação e pluralismo, etc.).

Assim, a partir do momento em que o homem e a humanidade vêm-se diante de novas carências básicas e comuns a todos, devem elas ser encaradas como direitos humanos; podendo, atualmente, estarem exemplificadas pelo direito à diversidade do patrimônio genético humano e o direito à diversidade cultural dos povos, ambos de interesse não propriamente do homem singularmente considerado, mas sim da humanidade; na esfera individual, pode-se citar o direito à livre determinação não só da orientação sexual, mas do próprio sexo fenotípico.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALVES, Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**, São Paulo: Perspectivas, 1994, Estudos.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; Perrone-Moisés, Cláudia (orgs.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Edusp, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**, tradução do grego para português, introdução e notas de Mário da Gama Kury, 3ª ed., Brasília, Ed. UNB, 1999.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 221, julho/setembro 2000.

BIELEFELDT, Heiner. **Direitos Humanos - Filosofia dos Direitos Humanos**. Coleção Focus. Editora Unisinos, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

_____. **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional.** 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BORIS, Fausto, **História do Brasil**, 9.ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política**. 6ª edição, reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, Tomo I, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional.** 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CAMARGO, Margarida Marial Lacombe (org.) **1988 – 1998 uma década de constituição.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da dignidade humana nas Constituições abertas e democráticas.** *in* Carmargo, Margarida Marial Lacombe (org.) **1988 – 1998 uma década de constituição.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

CHALITA, Gabriel. **Vivendo a Filosofia**. São Paulo: Atual, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 7ª ed., 1990.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994 (1ª edição), 2002 (2ª tiragem).

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIÁZ, Elías. **Sociología y filosofía del derecho**, Madrid: Taurus, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ÉSQUILO. **As Suplicantes e Prometeu Acorrentado (Tragédias).** Editora: Vozes.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Editora Nacional, 10ª edição, 13ª reimpressão, 1987.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, s.d 5.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Princípios do Processo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRONTINI, Paulo Salvador, MILARÉ, Édis e FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, in Ministério Público, **Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos**, Justitia 131/263, 1985.

GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental Brasileiro.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HART, Herbert L.A., **O Conceito de Direito**, tradução de A. Ri beiro Mendes, 3ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HERKENHOFF, João Baptista, **Curso de Direitos Humanos - Curso de Direitos Humanos** – Gênese dos **Direitos Humanos**. Volume 1. São Paulo : Ed. Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2ª edición, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon, 1992.

HOBSBAWN, Eric. **A Revolução Francesa**, excerto de **A Era das Revoluções**, São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HÖFFE, Ottfried. **Justiça Política.** 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAUVAUX, Philippe **Parlamentarismo – Fundamentos Históricos e Constitucionais,** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LESSA, Renato, **A Invenção Republicana – Campos Sales, as bases e a decadência da Primeira República brasileira**, Co-edição Vértice (São Paulo) e IUPERJ (Rio de Janeiro), 1988.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, José Reinaldo Lima, **O Direito na História – Lições Introdutórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUÑO, Antonio E. Pérez, **Los Derechos Fundamentales**, 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos, Conceito e legitimação para agir.** 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. Artigo publicado na Revista de Processo nº. 61, 1991.

PEIXINHO, Manuel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho (Orgs.) **Os Princípios na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor.

RAMOS, André de Carvalho. **O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**. *in* Choukr, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 4ª edição São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: EDIPRO, 2003.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional.** 6ª edición, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A.,1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**, em *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, CEDEC, n. 39, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SAVIC, Obrad. "Introduction" Obrad Savic (Ed.) **The Politics of Human Rights.** London:Verso p.9.

SERRA, Antonio Truyol y . **Los derechos humanos**, Madrid: Tecnos, 1977

SHAW, Malcolm Nathan Shaw. **International Law.** 4th edition, Cambridge: Ca mbridge University Press, 1997.

SILVA, José Afonso da, **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: Evolução Histórica e Direito Atual,** www.dhnet.org.br/direitos/ brasil/leisbr/1988/jafonso_const.html. Acesso em 02.02.2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Ação Civil Pública**, Ronaldo Cunha Campos, 1ª edição (2ª tiragem), Ed. Aidê, 1995

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado e. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação** (Ensaios, 1976-2001). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. **A Interação Entre o Direito Internacional e o Direito Interno Na Proteção Dos Direitos Humanos**, *in* Arquivos do Ministério da Justiça 46(182) 27-54, jul./dez. 1993.

_____. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª edição Coimbra Armênio Amado – Editor, Sucessor.

VERDU, Pablo Lucas Verdu. **Teoría de La Constitucíon Como Ciência Cultural.** 2ª edición, Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 1998.

VIGLIAR, Marcelo Menezes, **Ação Civil Pública**, 2 ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de defesa do consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 4ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

WOLFGANG, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

Tombo T01869
Valor
Proc Nice H. N. Sobreira
Data 07.10.05
Encad

AC. 161202
Ex. 124741

FIEO-BIBLIOTECA
T01869