

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.**

**IONILTON PEREIRA DO VALE**

**FORTALEZA-CE**

**2003**

**Universidade Federal do Ceará**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

341.27  
V149d  
(S765)  
(T993)  
oc.1

**Direitos Humanos Fundamentais**

**Ionilton Pereira do Vale**

Dissertação de mestrado apresentada ao curso de mestrado da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.

**FORTALEZA-CE**  
**2003**

“No Governo Constitucional, as leis positivas destinam-se a erigir fronteiras e a estabelecer canais de comunicação entre os homens , cuja comunidade é continuamente posta em perigo pelos novos homens que nela nascem. A cada nascimento, um novo começo, surge para o mundo, um novo mundo em potencial, passa a existir. A estabilidade das leis corresponde ao constante movimento de todas as coisas humanas , um movimento que jamais pode cessar enquanto os homens nasçam e morram”

Hannah Arendt

## **AGRADECIMENTOS:**

Ao Professor José de Albuquerque Rocha, que me honrou com a orientação deste trabalho.

À minha namorada Célia Nobre, que me incentivou e estimulou na pesquisa jurídica.

À minha irmã Jane Eire, fiel colaboradora, que nunca desacreditou na possibilidade de conclusão deste trabalho.

Esta Dissertação é dedicada em primeiro lugar a Deus, que sempre aprovou em sua infinita misericórdia, guiar-me por pastos verdejantes e tranquilos.

Aos meus pais Hamilton e Ione, por me fazer compreender ainda cedo o sentido da vida.

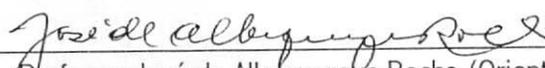
# “DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS”

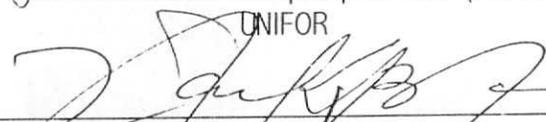
IONILTON PEREIRA DO VALE

Dissertação apresentada em 13 / 05 / 2003, às 09:00 horas, com menção :

APROVADO

BANCA EXAMINADORA :

  
\_\_\_\_\_  
Professor José de Albuquerque Rocha (Orientador) – Doutor

  
\_\_\_\_\_  
Professor Idevaldo Barbosa da Silva – Mestre  
UNIFOR  
UFC

  
\_\_\_\_\_  
Professor Raimundo Bezerra Falcão – Livre Docente  
UFC

- MAIO / 2003 -

## SUMÁRIO

1. Breve esboço histórico dos Direitos Humanos Fundamentais .	14
2. A questão da terminologia .....	39
3. Da positivação dos Direitos Fundamentais: o Estado Democrático de Direito .....	44
3.1 Os ciclos Constitucionais .....	47
3.12 Ciclo Constitucional Inglês .....	48
3.13 Ciclo Constitucional norte americano .....	51
3.14 Ciclo Constitucional Francês: a revolução de 1789 .....	51
3.15 Ciclo Constitucional Alemão: Instituição da social democracia .....	52
3.16 Ciclo Constitucional Soviético: Declaração de direito do povo trabalhador e explorado (1923) .....	53
3.2 Do Estado Liberal ao Estado do Bem Estar Social (Welfare State) .....	54
4. Da positivação dos Direitos Fundamentais: O Estado Democrático de Direito .....	61
4.1 Controle da Administração Pública .....	64
4.2 Controle Legislativo .....	71
4.2.1 Controle Político .....	71
4.2.2 Controle Financeiro .....	73
4.3 Controle Judicial .....	76
4.4 Limitações e interferências recíprocas entre os poderes .....	78
4.5 Limitações do Poder Legislativo no Poder Executivo .....	79

4.6	Limitações do Poder Legislativo no Poder Judiciário .....	81
4.7	Limitações do Poder Executivo no Poder Legislativo .....	82
4.8	limitações do Poder Judiciário no Poder Legislativo .....	83
4.9	Separação de Poderes e Ministério Público .....	85
5.	Fundamento dos Direitos Humanos Fundamentais: A dignidade do homem .....	89
6.	Direitos Fundamentais e as Garantias Constitucionais Qualificadas : as Clausulas Pétreas .....	107
7.	Proteção dos Direitos Fundamentais frente aos poderes do Estado .....	120
7.1.	Proteção contra o Legislador .....	120
7.2.	Proteção contra o Poder Executivo .....	124
7.2.1	Direito à informação .....	126
7.2.2	Direito de Petição .....	127
7.2.3	Direito de Certidão .....	129
7.2.4.	Habeas Corpus .....	129
7.2.5	Mandado de Segurança .....	131
7.2.6	Mandado de Injunção .....	132
7.2.7	Habeas Data .....	134
7.3	Proteção contra o Poder Judiciário .....	136
8.	Da Fundamentalidade das normas Fundamentais: suas características e limites .....	143
8.1	Da Fundamentalidade das normas Fundamentais	143
8.2	Características dos Direitos Fundamentais .....	144
8.3	Limites e Colisão de Direitos Fundamentais .....	149
9.	Hierarquização dos direitos fundamentais: a possibilidade de sua suspensão .....	154
9.1	Hierarquização dos Direitos Fundamentais .....	154

9.2	Suspensão temporária dos Direitos Fundamentais: O Estado de Defesa e o Estado de Sítio .....	157
10.	Aplicação imediata dos direitos fundamentais: A sua plena eficácia dentro do ordenamento jurídico .....	160
11.	Os direitos de Primeira geração: O direito à liberdade, igualdade, vida e propriedade .....	171
11.1	Da Liberdade .....	171
11.2	Do Direito à Igualdade .....	195
11.3	Direito à propriedade: A sua função social .....	204
11.4	Direito à vida .....	218
11.4.1	Direito À Existência .....	220
11.4.2	Direito Á Integridade Física .....	220
11.4.3	Direito À Integridade Moral .....	221
11.4.4	Pena de Morte .....	221
11.4.5	Eutanásia .....	222
11.4.6	Tortura .....	222
12.	Direitos de segunda geração: Os direitos sociais econômicos e culturais .....	224
13.	Direitos de Terceira Geração: Direitos de Solidariedade, Transindividuais ou Difusos e Coletivos .....	232
13.1	Direito e Interesse. Distinção .....	235
14.	Direitos de Quarta Geração: Direitos do homem frente à globalização .....	241
14.1	Os Direitos Fundamentais e a globalização .....	245
	Conclusão .....	250
	Bibliografia consultada .....	252

## RESUMO

O presente projeto tem como finalidade examinar, até onde possível, dentro dos limites de uma monografia em tese de mestrado, o fenômeno do aparecimento dos Direitos Humanos Fundamentais, para tanto indagando das fontes de pesquisa acerca, de todo o conjunto de dados, que justificam o seu aparecimento nas sociedades modernas. Reveste-se a importância do tema, face ao nítido predomínio das forças econômicas no mundo globalizado, frente aos direitos fundamentais, que de resto, ficaram enfraquecidos, ante a nova ordem econômica, social e política. A importância do tema, se justifica, até pela própria denominação, utilizada para definir tais direitos, ora chamados de humanos (em uma dimensão jusnaturalista) ora fundamentais (em uma dimensão positiva), o que os identifica com os anseios e ideais do próprio homem, e sua busca por justiça, vida plena, e demais atributos inerentes à sua dignidade.

A pesquisa científica, tem como objetivo, contribuir com o estudo dos direitos fundamentais, através do estudo de diversas posições de autores, quer na doutrina pátria, quer na doutrina estrangeira, bem como inquirir acerca da plena validade e eficácia de tais direitos, frente ao ordenamento jurídico.

Reportamo-nos, igualmente acerca das dimensões ou gerações dos direitos humanos fundamentais e seu atual estágio nas sociedades contemporâneas.

Espera-se da identificação dos direitos fundamentais, a demonstração de sua parcial inaplicabilidade no Estado brasileiro, que tem

como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, esperando-se contribuir com a sua efetiva aplicabilidade no Brasil, ante a detecção dos graves problemas sociais e políticos, que impedem a sua efetiva aplicação, inobstante o artigo 5º parágrafo segundo da constituição de 1998, que consagra a sua imediata aplicabilidade.

Procurou-se enfim fazer uma concatenação entre os diversos institutos que gravitam em torno dos direitos fundamentais, de molde a demonstrar, a sua efetiva proteção, proteção esta que vai enfraquecendo à medida que o mundo caminha a passos largos em direção à economia globalizada.

## ABSTRACT

The present study has as purpose to examine, up to where possible, within of the limits of a monograph in master's degree thesis, the phenomenon of the emergence of the Fundamental Human Rights, for so much questioning near of the research sources, of the whole group of data, that justify its emergence in the modern societies. The importance of the theme, face to the clear prevalence of the economical forces in the global world, under to the fundamental rights, that at least, they were weak, under the new economical, social and political order. The importance of the theme is justified, even for the own denomination, used to define such rights, in some moments called humans (in a jusnaturalista dimension) in another moments called fundamentals (in a positive dimension), what identifies them with the longings and feelings of the man, and your search for justice, full life, and other inherent attributes to your dignity.

A scientific search has as objective, to contribute with the study of the fundamental rights, through the study of several positions of authors, in yours homeland doctrine or in the foreign doctrine, as well as to inquire about the full validity and effectiveness of such rights, face to the juridical order.

Reference, equally is made about the dimensions or generations of the fundamental human rights and your current stage in the contemporary societies.

It is expected from the identification of the fundamental rights, the demonstration of its partial inapplicability in Brazilian State, that has as main principle the human dignity, hoping to contribute with its real applicability in Brazil, in the face of the knowledge of the serious social and political problems, that avoid its effective application, even the article 5<sup>th</sup>, second paragraph of the constitution of 1998, that consecrates your immediate applicability.

It was tried finally to do a concatenation among the several institutes that gravitates around the fundamental rights, demonstrating, your effective protection, that goes weakening as the world walks with wide steps in direction of the global economy.

qualidade de vida, de tratamento não discriminatório.

Os direitos fundamentais do homem representam, na verdade, situações reconhecidas juridicamente sem as quais o homem é incapaz de alcançar sua própria realização e desenvolvimento em sua plenitude. Resume-se no resultado da luta dos homens por um direito ideal, justo e humano, foram e vão-se aperfeiçoando e estendidos ao longo do tempo.

É em função desta sua qualidade evolutiva na busca por um direito ideal, que se pode afirmar que tais conceitos indicam e exprimem a necessidade de verificar a solidariedade entre os homens, a cooperação em cada e em todos os relacionamentos humanos, que são expressões da vida em comunidade.

Assim considerados, sob a luz do entendimento da cooperação e da solidariedade entre os homens, os Direitos Fundamentais designam, portanto, direitos que se erguem constantemente diante do poder estatal, limitando a ação do Estado. Por isso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais têm como fonte a vontade soberana de cada povo.

Os princípios do direito universal e natural, a que acedem os direitos humanos fundamentais, pertencem a uma ética de vida, a uma ordem ética de vida entre os homens, que os descobrem, aperfeiçoam, e nesta ética os transformam, dando-lhes convicção de acordo com a sua própria experiência em busca do ideal. Os direitos humanos fundamentais estabelecem faculdades da pessoa humana que permitem sua breve classificação do seguinte modo: 1) os direitos de primeira geração, tais como liberdade (a liberdade de consciência, de propriedade, de manifestação do pensamento

de associação, etc); os direitos de igualdade (substancial e formal), de propriedade, os direitos de participação política, tais como a igualdade de sufrágio, o direito de voto e de elegibilidade, o direito de petição entre outros; 3) os direitos de segunda geração, os direitos sociais, que abrangem os direitos de natureza econômica, e culturais, como por exemplo, o direito ao trabalho, de assistência à saúde, à educação, bem como os econômicos e culturais 4) os direitos chamados de terceira geração (direitos de solidariedade), por exemplo, o direito à preservação do meio ambiente e à qualidade de vida, e por fim os direitos de quarta geração, tais como o direito à informação, à comunicação e à democracia direta.

Podemos destacar três etapas de elaboração e positivação dos direitos humanos fundamentais: a) Uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) Uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos do homem; c) a fase de constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos estados americanos.

Na fase inaugurada pelo jusnaturalismo moderno, os direitos humanos formulados pelos filósofos eram universais em seu conteúdo, porquanto baseados numa natureza humana ideal, mas limitados em relação à sua eficácia. Esta universalidade abstrata foi superada quando as Revoluções Americana e Francesa permitiram a passagem da teoria à prática ao declararem os direitos naturais como fundamentos da nova ordem, dotando-os de uma particularidade concreta em que os direitos do homem foram positivados como direitos dos cidadãos de um determinado Estado. Por fim, com a Declaração de 1948 teve início o período da universalidade concreta no qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva,

abrangendo todos os seres humanos e buscando sua efetividade até mesmo contra os Estados que os violam.

Contudo, é de se observar, que estamos apenas no início do processo de realização da universalidade concreta daqueles direitos. Entre os obstáculos que a ela se opõem encontra-se o subdesenvolvimento que atinge a maioria das nações do globo, nas quais os direitos humanos permanecem em grande parte uma aspiração. Dentre eles, são os direitos sociais e econômicos, que também chamaremos de direitos coletivos, que mais carecem de efetiva proteção. Constituindo um conjunto de prestações que devem contar com a ação do Estado para seu gozo, tais direitos defrontam-se com o desaparecimento dos poderes públicos para cumprirem com este papel, tanto pelas insuficiências de sua organização institucional quanto pela ausência e má destinação de recursos.

A origem dos direitos humanos fundamentais, explicam a maioria dos autores, encontra-se umbilicalmente ligada aos movimentos revolucionários e sociais que dominaram o mundo, especialmente a Europa Continental, a partir do ano de 1215, quando surgiram as primícias do constitucionalismo na Inglaterra.

De acordo com a teoria dos “ciclos constitucionais”, o primeiro ciclo constitucional a surgir é o ciclo constitucional inglês. Esta teoria explora a existência de Constituições-tipo ou Constituições-modelo, que posteriormente serviram de arquétipo ou ideal para outras constituições.

Estas constituições-tipo, bem como documentos esparsos como o *Habeas corpus act* e o *Pettion of right* entre outros, explicam em parte a evolução e gênese dos direitos humanos fundamentais.

Os direitos humanos fundamentais são, a base piramidal do arcabouço jurídico, pois sem eles (daí a característica de “fundamentais”), inexistem condições para o exercício da própria existência de forma condigna. Surgem inicialmente em um momento de luta contra o Estado absolutista Monárquico, confundindo-se com as lutas sociais e políticas da sociedade, frente ao Estado, inaugurando uma nova fase nas relações entre governantes e governados.

Assinalam, portanto, os direitos humanos fundamentais, uma ruptura nas relações entre o Estado e o indivíduo, visto que o cidadão a quem era atribuídos somente deveres, adquire direitos, cabendo aos governantes o dever de garanti-los, invertendo as prioridades e o modo de encarar a relação política, não mais do ponto de vista do Estado, do soberano, do rei, mas já, do cidadão, do súdito, do indivíduo.

Têm os Direitos Fundamentais duas funções básicas: Em primeiro lugar, servem como freio e limite ao poder estatal, impedindo que o Estado invada áreas destinadas à proteção ao indivíduo, enquanto que em um plano positivo, implica na faculdade de exigir o indivíduo o cumprimento das normas fundamentais.

Consoante a lição de CANOTILLO a função dos direitos humanos fundamentais tem por objetivo, a efetividade do cumprimento dos direitos que os asseguram:

*“a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva constituem num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico subjectivo o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas dos mesmos (liberdade negativa)”.*<sup>1</sup>

No plano individual os direitos fundamentais podem ser divididos em direitos do homem e direitos do cidadão. Por direitos do homem, temos os direitos supra-positivos inseridos no plano constitucional, cujo exercício cabe a um número indeterminado de pessoas (ex. art. 5º da C.F). Os Direitos dos cidadãos são cabíveis aos nacionais, isto é, a todos aqueles que são cidadãos na forma da lei, no caso os brasileiros e estrangeiros residentes no país, que nesse passo gozam de todos os direitos outorgados aos nacionais, com as exceções estabelecidas na própria constituição.

Os direitos Fundamentais também podem ser estendidos às pessoas jurídicas nacionais, dado o seu carácter amplo e abrangente. Podem, de igual forma, serem estendidos a grupos de pessoas sem personalidade jurídica, bem como aos partidos políticos, organizações, associações e sociedades comerciais.

A liberdade propiciada pelos direitos humanos fundamentais implica não só a possibilidade de uma prestação “positiva”, como manifestar uma opinião ou participar de uma associação etc, mas também a manifestação de uma liberdade “negativa”, tais como se abster de emitir uma opinião, associar-se a um sindicato etc.

---

<sup>1</sup> CANOTILLO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 1989, p. 541.

Os direitos positivos e negativos, são exercidos em contrapartida, ante a determinação de competências positivas e negativas do poder estatal. O poder estatal, como poder juridicamente determinado e constituído, é limitado por determinações de competência ora explicitados na carta magna.

Além da limitação do poder estatal, os direitos humanos fundamentais determinam conteúdos fundamentais, ordenando o Estado de Direito e garantido as bases do Estado Democrático. Observe-se, outrossim, que existem garantias que circundam tais direitos e os protegem, não se confundindo garantias e direitos. Tome-se por exemplo o direito à vida. Em torno deste, gravitam diversas garantias como a vedação ao aborto, à pena de morte, ao genocídio etc.

Os direitos fundamentais podem ser passíveis de limitações, enquanto liberdades jurídicas, e integrados no ordenamento jurídico nacional e supra-nacional, quer sob aspecto formal, quer sob aspecto material. Como postulados básicos, e inseridos em um contexto superior do ordenamento jurídico, os limites dos direitos humanos fundamentais, somente podem encontrar sua base, na Constituição.

É o que se verifica, por exemplo, com a inviolabilidade do domicílio, com a invocação de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, do direito à propriedade previsto no art. 5º, incisos VIII, XI e XVI da C.F., cujos limites são definidos pela própria norma que os assegura.

Referidos direitos, contudo, não podem ser restringidos pelo poderes executivo e legislativo ou mesmo pelo poder judiciário. O primeiro através das medidas normativas, emanados com força de lei (medidas provisórias), ou até mesmo por outros instrumentos normativos ou quase normativos, como é o caso do decreto, do

regulamento etc. O segundo através da elaboração de normas que afrontem os direitos humanos fundamentais. Finalmente o terceiro, por meio de suas decisões simples ou colegiadas.

Tais limitações como se pode observar, foram instituídas pelo poder constituinte originário, o único poder capaz de impor restrições ou limitações aos direitos humanos fundamentais.

A antiguidade não conheceu o modelo de direitos humanos fundamentais, como idealizado modernamente.

Nos primeiros pensadores gregos a evocação do sentido inaudito da verdade é também um dirigir-se à totalidade das coisas, à subordinação da multiplicidade ao elemento unificador, ao todo único. Dirigir-se ao todo significa percorrer o confim extremo, para lá do qual nada existe e conseguir vislumbrar a reunião em conjunto das coisas mais diferentes e mais antitéticas a sua reunião numa suprema unidade.

Aristóteles designava os primeiros pensadores gregos por “*físicos*” ou “*fisiólogos*”. Na sua linguagem, a física (isto é a ciência estudada pelos físicos) tem por objeto aquela parte do todo que é a realidade em devir, para lá, da qual existe a realidade imutável de Deus.

Seu ilustre antecessor, Platão, por exemplo, foi infenso ao individualismo visto que pregava a superioridade do Estado sobre o indivíduo, elaborando uma teoria de absoluta supremacia do Estado.

Para Platão, o Estado é como uma espécie de Leviatã, dominando de modo absoluto a tudo e a todos. Em seu estado ideal e utópico (A República), Platão propôs

um modelo totalitarista e igualitarista, inclusive com a divisão de bens e mulheres, o que foi rejeitado posteriormente por seu discípulo mais famoso, Aristóteles.

Contudo, na antiguidade, três filósofos destacaram-se, entre pré-socráticos e sofistas, por elaborar teorias acerca do justo: Pitágoras, Parmênides e Protágoras.

Do primeiro temos, a idéia de castigo e recompensa na reencarnação de uma vida anterior, que chegou a influenciar Platão e cuja divulgação da essência da justiça se deduz no conceito de recompensa, retribuição e troca.

Com a chegada dos sofistas, ocorre a primeira ruptura do universo com o homem. É Parmênides que traça um novo rumo para considerações epistemológicas, retirando o universo do centro dos estudos metafísicos e colocando em seu lugar o próprio homem.

Com Parmênides o método para compreensão ontológica é através da inteligência e do espírito. Desta forma a filosofia passa da cosmologia para a metafísica do ser. O ser somente pode ser conhecido pela verdade e não pela opinião. As coisas do mundo físico com sua mutabilidade e multiplicidade pertencem ao mundo dos sentidos sendo, portanto, aparente. Com a adequação do ser e pensamento, surge para Parmênides a filosofia do direito, que somente pode ser compreendida, como a lei voltada para si mesma, ou seja sua concepção voltada para a significação do justo, elaborando uma concepção de direito natural voltada à lei anterior e eterna e ligada a um Deus legislador.

Para os sofistas que antecederam o pensamento socrático, cujo maior representante, é Protágoras, que antecedeu a corrente humanista e até os ideais

iluministas o homem é a medida de todas as qualidades e valoração, sendo ainda “*a medida de todas as coisas, das que são enquanto são, e das que não são enquanto não são*”, não o homem isolado, mas o socialmente integrado. A justiça não depende do arbítrio humano e a formação das regras jurídicas tem sempre como escopo a realização do justo. Para Protágoras, a lei positiva é mera convenção, variando conforme os lugares e as épocas, sendo precursor do relativismo jurídico moderado.

Os sofistas foram precursores de Aristóteles, Sócrates e Platão, tendo colocado em cheque valores tradicionais, como o Estado, a Justiça e a religião.

Com os sofistas nasce o problema filosófico do direito, de saber se o que é justo segundo a lei, é justo por natureza, visto que os pensadores itinerantes fizeram a antítese entre o justo por lei e o justo por natureza.

É o oposto do que virá a seguir com a teoria conservadora, cuja doutrina entrelaça o direito positivo com o direito natural, sendo este último fundamentado em pressupostos metafísico.

Contudo em Protágoras, tal problema é mitigado, visto que a oposição entre direito natural e positivo, problema capital da filosofia do direito, toma uma proporção relativa moderada.

O Estado para Protágoras tem fins mais pedagógicos como instituição civilizadora e educadora, tendo sua origem no próprio poder divino. Para Protágoras o Direito é progressivo, desde o começo dos tempos.

Registre-se que sem essa filosofia de unidade, e sem a concepção do homem como medida de todas as coisas, dificilmente a humanidade teria presenciado “*a posteriori*” o nascimento da democracia grega, e em especial a democracia ateniense.

Em Sócrates vê-se renovada a crise do Estado e do Direito, crise esta que já preocupava os sofistas. Sócrates é o precursor da corrente que reage ao jusnaturalismo conservador, apregoando um direito natural com fundamentos ontológicos e teológicos.

Contrapõe à polis, a natureza ética do homem. O Espírito grego não o perdoou por isto condenando-o à morte por pregar a revolta contra os Deuses e o Estado. O jusnaturalismo apregoado por Sócrates tem suas bases na possibilidade da revolta do indivíduo contra o Estado, sempre que este faltar com a observância de preceitos invioláveis ao indivíduo. É o que hoje poderia chamar-se direito à resistência à opressão.

São Tomás de Aquino idealizou as bases do Direito natural, como sendo aquele derivado da vontade de Deus, tal como expressado na natureza como fundamento do Direito.

Após a eclosão do espírito grego, veio o florescimento em Roma, de seu notável direito, que serviu de base a muitas codificações posteriores, entre elas, o código napoleônico sendo ainda hoje fonte de normas de direito, como por exemplo algumas normas do Código Civil Brasileiro.

Uma das grandes conquistas efetivada nesse período, foi a extensão das prerrogativas dos cidadãos romanos para os estrangeiros através do “*jus gentium*”, bem como o delineamento do instituto do *habeas corpus* em sua concepção primária.

È o que se poderia extrair, por exemplo, das ações “*De homine Libero exhibendo*”, que na realidade era um interdito, e onde já se fazia distinção entre o dolo mau e o dolo bom, ou seja, entre a legitimidade ou ilegitimidade da prisão. Se o agente tivesse a guarda legal do prisioneiro (por dividas, o *pater familias* em relação aos seus dependentes, o Estado nos crimes comuns etc), a detenção seria legítima, caso contrário, caberia a ação para tornar livre o sujeito que se encontrava ilegitimamente detido.

Com a chegada do feudalismo, o mundo, mais precisamente a Europa, mergulhou em um modo de organização da sociedade e da produção social que grassou durante um período imenso da história. Sua primeira característica a que convém chamar a atenção é que se baseava numa rígida estratificação social fundada no princípio do privilégio de nascimento. Daí derivavam amarras sobre todas as atividades, e sobre toda a vida das pessoas.

O “feudo”, domínio territorial de um “senhor” (geralmente barão ou bispo), consistia quase sempre de uma pequena aldeia de camponeses e suas áreas circundantes, às vezes muito vastas. Seus pastos e florestas eram de uso comum, mas as terras aráveis estavam divididas entre aquelas cujos produtos e rendimentos pertenciam ao senhor (geralmente um terço do total) e as restantes, que os senhores permitiam aos camponeses usarem para sua sobrevivência. Uma economia assim organizada conseguia produzir muito poucos excedentes para a troca externa ao feudo,

limitando-se praticamente à subsistência. Não existia mobilidade ou estratificação social.

Contudo essa imobilidade era subvertida por várias rebeliões de servos e camponeses, onde muitas vezes, nada conseguiam em termos de conquistas sociais e eram massacrados.

Além dos camponeses periodicamente rebelados, uma outra força social há tempos vinha, lentamente, ganhando fôlego. Essa força, como a história iria demonstrar, foi a causa do desaparecimento do feudalismo: a burguesia.

“*Burgueses*”, inicialmente, era a denominação genérica dos habitantes dos “*burgos*”, pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo dessas rotas, às vezes fortificadas para proteger as caravanas contra os inúmeros bandos de salteadores que proliferavam nas estradas naquele tempo.

Com o tempo, aos poucos, uma parte desses cidadãos conseguiu acumular algum capital nas práticas do comércio, da usura e da exploração de força de trabalho alheia, empreitando a produção de artefatos de uso corrente, artigos de luxo para consumo da nobreza ou equipamentos para as guerras intermitentes, vindo a constituir uma pequena elite economicamente independente, por não se ocupar de trabalhos braçais e ostentar um padrão de vida superior. Eram comerciantes e profissionais liberais que lutavam silenciosamente para romper os grilhões da nobreza e do clero.

Estas duas forças em conjunto e separadamente romperam com o modelo feudal, e estabeleceu uma nova força econômica: O capitalismo.

As navegações intercontinentais, a descoberta do Novo Mundo, os avanços da mecânica, do conhecimento científico e da tecnologia, o crescimento da população e da demanda, a Reforma, o Renascimento, o triunfo do absolutismo, toda atmosfera medieval seguiu se transformando incessantemente, em compasso com as transformações econômicas que se processavam e que minavam as bases de existência do modo de produção feudal e do correspondente modo de se organizar a sociedade.

Era essa a situação em que ainda se encontrava a maioria dos países da Europa no final do século XVIII, com exceção da Inglaterra e, talvez, da Holanda. As relações capitalistas fervilhavam por quase toda parte do continente. Contudo, por mais obsoletos que parecessem face à economia existente, muitos dos laços políticos, jurídicos, culturais e ideológicos do velho feudalismo persistiam como fator de atraso.

Formaram-se algures, três estamentos sociais (chamados, à época, de “estados”): primeiro estado (clero), segundo estado (nobreza) e terceiro estado (plebeus livres em geral). Pode-se afirmar com clareza, que a situação de cada estado era profundamente desigual. Em primeiro lugar o tributo não era devido aos dois primeiros estados, que desfrutavam de privilégios inconfessáveis, e de um poder e prestígio ante o diminuto poderio do terceiro estado.

Essa tensa conformação estrutural da sociedade, em especial da sociedade francesa portava ainda um fator adicional de agravamento: a persistência anacrônica do absolutismo monárquico. Na França, a absorção de poderes *absolutos* pela figura do rei havia atingido seu ápice no início do século XVIII, durante o reinado do “rei sol”, Luís XIV.

Assim, a França sob Luís XVI era

privilegiados, os cargos superiores seriam infinitamente melhor preenchidos. (...) Se se suprimissem as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros. (...) O Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como da nação. (...) Não há, no total, duzentos mil privilegiados das duas primeiras ordens. Comparem este número com o de 25 a 26 milhões de almas (...). Mas é difícil convencer as pessoas que só enxergam seus próprios interesses. (...) A nobreza deixou de ser esta monstruosa realidade feudal que podia oprimir impunemente; hoje ela não passa de uma sombra que, em vão, tenta assustar toda a nação. (...) É tempo de tomar um partido e dizer, com toda força, o que é verdadeiro e justo. (...) Então é por espírito de igualdade que se pronunciou contra o Terceiro Estado a exclusão mais desonrosa de todos os postos, de todos os lugares melhores? (...) As leis que, pelo menos, deveriam estar livres de parcialidade, também se mostram cúmplices dos privilegiados. Para quem parecem ter sido feitas? Para os privilegiados. Contra quem? Contra o povo. (...) Só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la. (...) Então, é o Terceiro Estado que deve fazer os maiores esforços e dar os primeiros passos para a restauração nacional. (...) As circunstâncias não permitem que se seja covarde. Trata-se de avançar ou de recuar. (...) Vão dizer que o Terceiro Estado sozinho não pode formar os Estados gerais. Ainda bem ! Ele comporá uma Assembléia Nacional. (...) Os representantes do Terceiro Estado terão, incontestavelmente, a procuração dos 25 ou 26 milhões de

*indivíduos que compõem a nação, excetuando-se cerca de 200 mil nobres ou padres. Isso já basta para que tenham o título de Assembléia Nacional. Vão deliberar, pois, sem nenhuma dificuldade, pela nação inteira (...).<sup>3</sup>*

Foi esse quadro desolador e o morticínio causado pela revolução Francesa, que propiciou o surgimento de um importante documento de defesa dos direitos do Homem e propiciou a queda do “*ancien regime*”, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A declaração demarca a concepção moderna e contemporânea dos direitos humanos, visto que somente a unidade conceitual e indivisível desses direitos, pode efetivamente garanti-los.

Muitos dos preceitos da Declaração de 1789 foram incorporados a outros tratados internacionais como o Pacto Internacional de Direitos civis e políticos e o pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, ambos de 1966.

Observe-se ainda no plano internacional o surgimento de inúmeras declarações e tratados internacionais, com a finalidade de proteger os direitos humanos fundamentais.

Foi portanto, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que permitiu o surgimento das várias gerações de Direitos, conforme se observa do exame de seus artigos:

*“Os homens nascem e são livres e iguais em direitos” (art. 1º) e “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais*

---

<sup>3</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph in: *Que é o Terceiro Estado? (A Constituinte Burguesa)*, 1988, p. 63-69, 89-93, 103-104, 113, 132-133 e 135.

*e imprescindíveis do homem” (art. 2º). Quais são esses direitos? São quatro: ‘a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão’ (art. 2º). A soberania foi atribuída, no artigo 3º, à ‘Nação’ (fórmula unificadora) e não ao povo (expressão rejeitada, pelo que podia conter de reconhecimento das diferenças sociais). A liberdade (art. 4º: ‘poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem’) só pode ser limitada pela lei, que deve proibir as ‘ações prejudiciais à sociedade’ (art. 5º). A lei ‘deve ser a mesma para todos’ (art. 6º). Não haverá acusação ou prisão ‘senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita’, devendo então o cidadão submeter-se, ‘senão torna-se culpado de resistência’ (art. 7º). Os princípios da necessária anterioridade da lei face ao delito e da presunção de inocência dos acusados foram estabelecidos nos artigos 8º e 9º. A liberdade de opinião, inclusive religiosa, foi enunciada no artigo 10º e a de expressão no artigo 11º. A necessidade de uma “força pública” para garantia dos direitos do homem e do cidadão foi incluída no artigo 12º. O artigo 13º instituía a igualdade fiscal. Os artigos 14º e 15º estabeleciam o direito de fiscalização dos cidadãos sobre a arrecadação e os gastos públicos. O artigo 16º enunciava a necessidade de garantia dos direitos e de ‘separação dos poderes’. Por fim, o artigo 17º reiterava que ‘a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização’”.*

É óbvia a inspiração jusnaturalista, conforme aponta BOBBIO:

*“...o núcleo doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do*

*estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à Nação”.*<sup>4</sup>

O Prof. Paulo Bonavides situa a revolução Francesa como o marco para as transformações políticas que assinalaram o advento do Estado Burguês.

Para tanto recorre à figura imponente de Rousseau e de seu Contrato Social, na inspiração da revolução, mãe dos direitos fundamentais do homem e símbolo da luta contra a tirania e o despotismo:

*“Com Rosseau o século XVIII amadurece em França para as transformações políticas que derrubam a monarquia absoluta e assinalam o advento do Estado Burguês. Com a obra desse pensador chega o clima revolucionário ao mais elevado grau”*<sup>5</sup>

A revolução francesa atuou como verdadeiro divisor de águas na problemática dos direitos fundamentais do homem. Pela primeira vez, talvez na história inverte-se o binômio Sociedade-Estado, ou melhor, Indivíduo-Estado.

O art. 2º da Declaração de 1789 é enfático em afirmar que a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem é o objetivo de toda associação política. Inverte-se não só a relação indivíduo-Estado, o primeiro antecedendo o segundo, mas também a relação Direito-dever em relação ao Estado. Para o indivíduo, primeiro estão colocados os direitos e secundariamente os deveres, enquanto que o inverso se dá em relação ao Estado.

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992, p. 93.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. Reflexões, política e direito, p. 177.

Tirou-se da ascensão e preponderância do indivíduo perante a sociedade duas assertivas básicas: 1) que a sociedade é uma unidade, a qual sucede conter indivíduos como suas parcelas componentes 2) que são os indivíduos que criam a sociedade mediante sua agregação. Antes dessa concepção o mundo não concebia o indivíduo separado do Estado. O espírito grego concebia o homem como *politês* (membro da polis). O individualismo foi sustentado por filósofos importantes como Hobbes e Lock.

A filosofia de J.J. Rousseau foi a inspiração direta dos ideólogos da revolução. A filosofia de Rousseau, longe de ser uma filosofia “conformista” é sobretudo uma filosofia de combate.

Embora não fosse nova a idéia do contratualismo (presente já em São Tomás de Aquino e Hobbes) a roupagem apresentada por Rousseau de uma idéia universal, seduz justamente por vir de encontro à solução do problema político, da crise do poder político à liberdade máxima individual.

Com efeito, Rousseau legitima o poder, declarado expressamente como domínio do povo, e por este exercido através da renúncia da parcela soberana, em favor da maioria. Assim se expressa Rousseau acerca do tema:

*“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos ainda cada membro como parte indivisível do todo”.*<sup>6</sup>

Daí se parte o fundamento do poder e das decisões políticas do Estado, do conceito de soberania, que nada mais é que a multidão corporificada exercendo o poder através do consentimento.

---

<sup>6</sup> ROUSSEAU, J.J. Do Contrato Social., p. 241

A concepção do Estado advinda de Rousseau e da revolução Francesa é por excelência, a de um Estado plural e democrático. Por pluralidade entenda-se a contraposição ao totalitário, a soma de todas as forças válidas para a construção do Estado de liberdade e igualdade.

*“Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela”<sup>7</sup>*

Da herança da revolução surge a democracia moderna, a liberdade pessoal e posteriormente os direitos fundamentais.

Não é de se ignorar que as conquistas sociais obedecem a um galgar contínuo, através da interminável oposição de forças dialéticas históricas.

Assim se em um primeiro momento, o da revolução francesa, resultou o individualismo liberal, em um segundo momento, a coletividade pleiteou a elevação das liberdades a um status social, erigindo-as como direitos sociais, políticos, culturais etc.

Outro efeito da revolução foi desmistificar a posição intangível e transcendente dos governantes. Não obstante a repulsa de Kant pelo regicídio, o recado do povo francês foi claro. Não se admite que o Estado seja um poder transcendente reunindo em si toda a autoridade e imposto de cima para baixo sobre a vida humana.

---

<sup>7</sup> ROUSSEAU, J.J. Ob. Cit. p. 66

Paralelamente à revolução Francesa, marco ideológico dos Direitos Humanos, desenvolvia-se uma outra cultura, baseada na liberdade individual e coletiva.

Sob o ponto de vista dos europeus dominantes havia realmente, há muito tempo, desde antes da independência, mais liberdade individual na América do Norte. Uma razão bastante antiga para isso consistia na circunstância de o feudalismo, a não ser por algumas manifestações ideológicas tardias e diluídas, nunca ter sido transplantado para lá enquanto modo de organização da sociedade e da economia, mesmo porque, além de outros motivos históricos, a imensidão de territórios vazios (isto é, não ocupados por europeus) e a população rarefeita tornavam isso completamente desnecessário e impraticável.

No início do século XVIII, quando a população inglesa na costa atlântica da América do Norte já adquirira certa importância, ela não estava submetida a qualquer coisa que se assemelhasse a feudos ou a privilégios civis decorrentes do nascimento. Mesmo o governador e os funcionários administrativos de cada colônia sendo nomeados pelo rei, os habitantes que não fossem escravos, índios ou pessoas muito pobres já contavam com prerrogativas que os europeus continentais só muito depois iriam conquistar mediante revoluções e guerras. A sociedade colonial tornava-se mais complexa e fortalecia-se uma classe dominante local que se interessava cada vez mais pela vida política:

*“Os prósperos grandes negociantes, advogados, proprietários de terras e fazendeiros, que ocupavam elevada posição na sociedade colonial, vinham buscando, há muito tempo, exercer influência nas instituições políticas que se haviam estabelecido em cada colônia, tais como o conselho do governador e, especialmente, a assembleia. As assembleias eram eleitas*

*pelos próprios colonos, pelo menos por aqueles que tinham patrimônio suficiente para votar, os quais eram comumente em número muito grande, e com o correr dos anos, as assembleias iam obtendo mais poder, à medida que tomavam por modelo a Câmara dos Comuns. Embora desejando manter-se leais ao rei, os colonos buscavam naturalmente certo grau de autonomia, e as elites que tinham assento nas assembleias procuravam transformá-las em miniparlamentos, recorrendo amplamente à tradição parlamentar inglesa para justificar suas reivindicações” 104)<sup>8</sup>*

O incessante crescimento dessa autonomia levou a que,

*“...quando o Parlamento de Londres, a partir de 1764, pretendeu instituir taxas sem o prévio consentimento dos colonos subjugados, estes as sentiram como uma violação de seus direitos. A agitação e a revolta que se seguiram, foram, no fim das contas, a expressão de um civismo britânico. Tratava-se de manter, contra o governo e o rei inglês, as liberdades...da Inglaterra “<sup>9</sup>*

Duas tentativas do governo inglês de aplicar novos tributos às suas possessões americanas acirraram os ânimos dos fazendeiros, comerciantes e profissionais liberais lá estabelecidos: em 1764, uma taxa alfandegária denominada *Sugar Act* (Lei do Açúcar) ou *Plantation Act* (Lei das Fazendas); em 1765, o *Stamp Act* (Lei do Selo), que seria o primeiro imposto interno das colônias.

Foram, então, proclamadas as famosas “*Declarações*” americanas de direitos: a “*Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*” (12/01/1776) e a “*Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*” (4/7/1776).

---

<sup>8</sup> HEALE, M. J. A Revolução Norte-Americana, São Paulo, Ática, 1991, p. 26.

<sup>9</sup> GUSDORF, Georges As Revoluções da França e da América, 1993, p. 169.

A “*Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*”, considerada a primeira declaração de direitos dos tempos modernos, enunciava em suas dezesseis seções princípios e garantias assim sintetizados: igualdade natural de todos os homens e existência de direitos inatos de que não podem ser privados, “nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança” (seção I); soberania popular (seção II); governo para o bem comum, sob pena de mudança e substituição (seção III); proibição de proventos ou privilégios que não resultem de função pública (seção IV); separação de poderes (seção V); sufrágio masculino limitado aos que tiverem “*consciência suficiente do permanente interesse comum e dedicação à comunidade*” e proibição de tributação ou privação arbitrária da propriedade (seção VI); proibição do descumprimento arbitrário de leis pelo governo (seção VII); vedação à prisão ilegal e garantia dos direitos de defesa e de julgamento pelo júri popular, tanto em causas criminais (seção VIII) como em litígios sobre a propriedade (seção XI); proporcionalidade entre delitos e penas e proscricção de penas cruéis (seção IX); vedação de ordens de busca ou de prisão sem acusação específica e baseada em fatos (seção X); liberdade de imprensa (seção XII); policiamento por milícias civis e subordinação do exército à autoridade civil (seção XIII); vedação de existência de governo paralelo dentro do território de Virgínia (seção XIV); “*firme sentimento de justiça, moderação, temperança, frugalidade e virtude*” e respeito aos “*princípios fundamentais*” para garantir a liberdade e o governo livre (seção XV); e garantia de liberdade religiosa (seção XVI).(108) Já a “*Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*”, adotada na Convenção de Filadélfia de julho de 1776, proclamava e justificava o desligamento da Grã-Bretanha.

Completando a Trilogia dos Países que tiveram a primazia de romper com o modelo político absolutista, e incorporaram documentos no ordenamento jurídico nacional, protegendo os direitos humanos, temos a República Federal da Alemanha , cuja “*Lex Fundamentalis*”, agasalhou um núcleo intocável de direitos fundamentais e humanos: Eles são garantidos pela Constituição. É o que preleciona o artigo primeiro:

*“A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação de todo poder Público”.*

As transformações sociais e políticas, em pouco mais de dois séculos, causaram grandes mudanças nos países mencionados, e irradiaram-se para o resto do mundo.

## 2. A QUESTÃO DA TERMINOLOGIA

Discute-se na doutrina qual a terminologia correta a ser utilizada, para denominar os direitos cuja esfera protetiva foi alçada ao grau de cláusula pétrea na atual Constituição. São os direitos humanos idênticos aos direitos Fundamentais? Podem ser utilizados de forma indistinta, visto que os seus conteúdos em nada diferem, e ambos visam à defesa do ser humano e seus valores supremos, servindo de paradigma ao próprio homem individual e à sociedade, na consecução do bem estar individual e coletivo?

O Prof. Guerra Filho, estudioso do tema, ensina que existem diferentes graus de abordagem ou dimensões no estudo dos direitos fundamentais. Pela abordagem analítica temos a distinção dos diversos institutos e figuras existentes. Uma Segunda dimensão, a denominada empírica vem a ser o estudo das manifestações concretas do direito, e por fim temos a dimensão normativa, que vem a ser o estudo das manifestações do saber, como por exemplo a doutrina.<sup>10</sup>

Preleciona, ainda o festejado Professor, que existe uma distinção básica entre direitos humanos e direitos fundamentais, aquele como sendo pautas ético-políticas situados em uma dimensão supra positiva, enquanto os segundos frutos de uma manifestação positiva do direito com aptidão para produzir efeitos no plano jurídico.

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, 1989, p. 33.

Esta também é a lição de Canottilho para quem os direitos do homem são universais, válidos em todo o tempo e lugar, enquanto os direitos fundamentais são direitos institucionalizados, limitados temporalmente e em razão do lugar.

*“As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado podemos distingui-la da seguinte maneira : direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos(dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço temporalmente”<sup>11</sup>.*

Idêntica opinião tem o Prof. Paulo Bonavides que assim leciona:

*“Podem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto neste tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães”<sup>12</sup>*

Ainda acerca da problemática da delimitação conceitual, temos a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os Direitos Humanos estão erigidos a nível Internacional, enquanto os Direitos Fundamentais nascem e acabam com a constituição de cada país.

---

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paul. Curso de Direito Constitucional. 1996, p. 46

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 1985, p. 514.

*“Em que pese ambos os termos, direitos humanos e direitos fundamentais comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional”<sup>13</sup>*

Os direitos humanos, portanto, são mais amplos que os direitos fundamentais, podem ser escritos, ou não, constar de uma declaração de direitos ou não, pois estão ligados à dimensão jusnaturalista. Pairam sobre o ordenamento jurídico, não necessitando de codificação ou positivação para serem reconhecidos.

Os direitos fundamentais estão geralmente expressos em forma de declarações, enunciados e postulados básicos, que podem variar de lugar, ou mesmo de acordo com os costumes e o juízo valorativo que é exercido em torno deles.

Não podem, porém, haver confusão entre os termos direitos fundamentais e direitos políticos, visto que estes últimos, são aqueles atribuídos aos cidadãos ativos, ou seja, aqueles no gozo dos direitos políticos, com direito ao voto em qualquer de suas modalidades.

As liberdades individuais são justamente aquelas, que uma vez despojadas dos direitos políticos, passam a vigorar na esfera de “*direitos civis*”, na filosofia individualista de escola liberal, referentes principalmente à proteção da propriedade e de segurança individual, como o direito à vida, à igualdade, à liberdade etc.

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos humanos fundamentais, 2001, p. 33

De igual forma inexistente verossimilhança entre direitos civis (terminologia originária do Direito Constitucional Americano), direitos políticos, liberdades individuais, liberdades públicas e garantias, ou direitos subjetivos.

Os direitos civis, também chamados de “*civil right*” são os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão, tendo nascido dos movimentos sociais que tiveram início a partir dos anos 60, especialmente, a luta dos negros, pela igualdade e participação da vida política norte-americana.

Já as liberdades públicas são associadas aos direitos políticos ou “*Status positivos*” do cidadão. Tais direitos estão ligados à participação do cidadão como elemento ativo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos, liberdades de participação etc).

Novamente citando Canotillo, distinguimos os direitos e garantias. Os direitos, são a fruição de bens divisíveis ou indivisíveis. As garantias circundam os direitos assegurando-lhes a plena eficácia e cumprimento pelos órgãos estatais. Observa-se ainda, que muitos dos direitos fundamentais também são direitos de personalidade, visto que os direitos de personalidade englobam os direitos de estado, direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à privacidade etc), e com estes não se confundem.

Não obstante a divisão terminológica, alguns juristas como Alexandre de Moraes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Afonso da Silva, não fazem distinção entre os dois temas, tendo os dois primeiros lançado obras cujo título é “*Direitos Humanos Fundamentais*”.

Ora, não existe, primacialmente, diferença substancial entre direitos humanos e fundamentais, como acertadamente vem a doutrina brasileira, colocando por terra, uma doutrina transplantada do direito alemão e transformada em dogma por seus seguidores.

Como bem observou o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*“É verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu repúdio da mesma, acusando-a de “Machista”. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação”<sup>14</sup>*

Alexandre de Moraes repudiando a dicotomia existente entre direitos humanos e fundamentais, assim se manifesta:

*“Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana”<sup>15</sup>*

Direitos humanos e direitos fundamentais são, portanto institutos com igual natureza jurídica, separados apenas pela barreira do tempo. Contudo, como bem observou Norberto Bobbio<sup>16</sup>, o maior problema dos direitos humanos hoje, não é fundamentá-los, e sim protegê-los, de forma a que consigam o máximo grau de eficácia e efetividade em prol do bem comum.

<sup>14</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 1989, p. 36.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais, 2000, p. 20

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos, 1992, p. 25.

### 3. DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

#### O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não bastaria, contudo, que as transformações históricas e religiosas, fomentassem o aparecimento dos direitos fundamentais. Necessário se fez que estes fossem reconhecidos, e não simplesmente garantidos pelo Direito natural ou pela tradição. Temos, portanto, de partir do caráter positivado das constituições modernas, para se compreender o âmbito desta proteção. Esta positivação foi uma das idéias que corporificam o movimento constitucionalista a partir do século XIX. Um dos traços centrais do Estado de Direito foi, assim, a fixação de uma ordem estatal livre, na forma de normas positivas, sujeitas às formalidades garantidas de certeza e de segurança. Desta forma protegia-se a liberdade conforme a lei.

Esse processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, nasce com a ruptura da concepção individualista do homem advindo do Estado liberal, e passa a compreendê-lo a partir de um contexto social, econômico e cultural garantindo o seu reconhecimento, enquanto direitos fundamentais, facilitando a sua proteção e a sua defesa perante o Poder Judiciário.

Para Niklas Luhman, o surgimento do conceito dos direitos humanos individuais mantém estreita relação com a doutrina do contrato social original, sendo destarte originário da decadência do antigo Direito natural Europeu. Os direitos humanos são os direitos que passaram do estado de Natureza para o estado civil.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas O paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento, in re vista Themis, 2000, p. 153.

Durante a segunda metade do século XVII, perde o conceito de contrato social, seu poder de convencimento, passando a ceder passo a uma ideologia burguesa ascendente. Esta falta de poder de convencimento em torno do contrato social, fará que de imediato, encontre os direitos humanos, solução e fundamentação na textualização e posituação deste direito pré-positivo.

Tornou-se portanto usual, incluir textos e declarações em torno dos direitos humanos nas constituições e normatizá-los juridicamente.

Esse reconhecimento dos direitos fundamentais, remonta ao século XVIII, quando pelo direito positivo foram recepcionadas valiosas regras referentes às liberdades e direitos individuais.

Três importantes acontecimentos contribuem para a posituação dos direitos humanos fundamentais.

Em primeiro lugar o movimento da reforma protestante, visto que foi um movimento que visava, sobretudo, a liberdade de crença, consciência e religião.

O período entre a reforma e iluminismo permeou trezentos anos.

Nesse período de tempo o mundo assistiu a diversos conflitos visando a estabelecer a liberdade de religião, tanto no âmbito interno, como no âmbito externo, como foi o caso da noite de São Lourenço, na França e as Schmalkádicos na Germânia em 1552, findando com a paz de Augsburg em 1555, dando igualdade legal entre o luteranismo e o catolicismo na América.

À época da reforma protestante, trouxe importantes invocações, e dentre elas inovações na literatura, pintura e arquitetura, naquilo que se convencionou chamar renascença.

Karl Barth, citado por BROW, assevera que o processo de mudança do pensamento, fruto da reforma, revelou-se nas declarações de independência dos Estados Unidos da América de 1776 e na declaração dos direitos humanos e civis homologado pela Assembléia nacional francesa em agosto de 1789.

*“O documento francês fala de ser supremo em seu preâmbulo e o americano reconhece o criador. Nem um nem outro tem tempo para ele. Os dois se ocupam com o homem e com aquilo que parece tão obviamente certo em si mesmo. Acredita-se que são naturais os direitos que asseveram (os franceses estavam preocupados com a liberdade, as posses, a segurança e o direito de proteger-se contra a violência, os americanos, com a vida, a liberdade e a busca da felicidade) Não há questão de obrigações para com Deus, a não ser nos termos mais gerais. A lei é a expressão, não da mente de Deus, mas da vontade do povo. Os governos derivam sua autoridade, não do onipotente, mas sim do consentimento daqueles que são governados”.*<sup>18</sup>

Observa-se que o protestantismo em sua acepção básica secularizou a religião e santificou o lucro, dogma superior para o catolicismo romano, fatos que propiciou o aparecimento dos Estados absolutistas, e ensejou o aparecimento das revoluções sociais, paradigma dos direitos fundamentais

A segunda etapa da positivação dos direitos fundamental residiu nas declarações dos direitos ingleses, seguidos pelas declarações americana, francesa,

---

<sup>18</sup> BROW. Filosofia e fé cristã. sociedade religiosa, 1983, p. 32

alemã e russa, naquilo que a doutrina denomina de ciclos constitucionais, marcado pelo aparecimento de diversos documentos de direitos humanos.

As declarações de direitos são as primeiras manifestações dos direitos humanos, que evoluem até chegar à afirmação dos direitos humanos fundamentais, que adquirem valor jurídico constitucional.

São frutos, de longa evolução e reconhecimento, até sua posterior constitucionalização.

Como direitos históricos, eles nascem com a era moderna, juntamente com a concepção liberal de direito, e torna-se um dos principais indicadores do progresso social da humanidade, constituindo a base sobre o qual se assenta o ordenamento jurídico.

### **3.1 Os Ciclos Constitucionais**

A teoria dos ciclos constitucionais tem profunda importância teórica para o direito público, visando explicar as tendências evolutivas das constituições. O ciclo constitucional define-se pelo seu traço de originalidade e pela sua expressão no mundo das formas políticas, que tem servido de figurino ou modelo a outras nações.

Os ciclos constitucionais apresentam constituições – tipos, modelos ou padrões institucionais, reduzindo a multiplicidade ambiente das diversas formas constitucionais vigentes.

### 3.1.2 Ciclo constitucional inglês – Magna Carta(1215)(Petition of rights 1629), instrumento of government(1652), Habeas Corpus act(1679) e Bill of Rights(1688) O *Act of Seattlemente, 1701*

A Magna Carta Libertatum, de 12-6-1215, entre outras garantias, previa: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção -a multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito será proporcional a gravidade do delito, e pela prática de um crime, será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator — item 20); previsão do devido processo legal.

(Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país —item 39); livre acesso à Justiça (Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça — item 40), liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

O Petition of Right, de 1629, previa expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los. Previa, ainda, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.

O Habeas Corpus Act, de 1652, regulamentou esse instituto que, porém, já existia na *common law*. A lei previa que por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto se tratar de traição ou felonía, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tivesse negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal *competente*. Além de outras previsões complementares, o *Habeas Corpus Act* previa multa de 500 libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura.

O *Bill of Rights*, de 1689, decorrente da abdicação do rei Jaime II e outorgada pelo Príncipe de Orange, no dia 13 de fevereiro, significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: *fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento, imunidades parlamentares, vedação à aplicação de penas cruéis; convocação freqüente do Parlamento*. Saliente-se, porém, que apesar do

avanço em termos de declaração de direitos, o *Bill of Rights* expressamente negava a liberdade e igualdade religiosa, ao prever em seu item IX que

*“considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar, possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder, autoridade ou jurisdição régia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o poro destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes”.*

O Act of Seattlemente, de 12-6-1701, basicamente, configurou-se em um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade (E considerando que as leis de Inglaterra constituem direitos naturais do seu povo, e que todos os reis e rainhas que subirem ao trono deste reino deverão governá-lo, em obediência às ditas leis, e que todos os seus oficiais e ministros deverão servi-los também de acordo com as mesmas leis...) e da responsabilização política dos agentes públicos, prevendo-se a possibilidade, inclusive, de impeachment de magistrados.

### **3.1.3 Ciclo constitucional norte americano: constituições de Virgínia(1776) e Massachutes(1780) – direitos naturais, soberania popular, freios e contrapesos. Declaração dos direitos de honras(1789/ Bill of rights) e Declaração da Independência dos Estados Unidos da América**

Na Declaração de Direitos de Virgínia, a Seção 1 já proclama o *direito à vida, à liberdade e à propriedade*. Outros direitos humanos fundamentais foram expressamente previstos, tais quais, o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal de Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, liberdade de imprensa e a liberdade religiosa :

Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791, pretenderam limitar o poder estatal, estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: *liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes*.

### **3.1.4 Ciclo Constitucional Francês: a revolução de 1789.**

A declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789), teve influência universal, e serviu de protótipo a todas as constituições que repousam sobre um princípio democrático.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, portanto, coube à França, quando, em 26-8-1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: *princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.*

### **3.1.5 Ciclo Constitucional Alemão: Instituição da social democracia**

A Constituição de Weimar previu em sua Parte II os direitos e deveres fundamentais. Os tradicionais direitos e garantias individuais eram previstos na Seção I, enquanto a Seção II trazia os direitos relacionados à vida social, a Seção III os direitos relacionados à religião e às Igrejas, a Seção IV os direitos relacionados à educação e ensino e a Seção V os direitos referentes a vida econômica. Entre outros proclamou os seguintes direitos:

*invioláveis o segredo da correspondência, dos correios, do telégrafo e do telefone, liberdade de expressão, a igualdade de direitos dos dois sexos, igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos.. Contudo forte foi a defesa que esta constituição fez dos trabalhadores, e da defesa dos direitos sociais, prevendo ainda entre outros direitos: a Proteção especial do Império em relação ao trabalho (art. 157), a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida (art. 159), a obrigatoriedade de existência de tempo livre para os empregados e operários poderem*

*exercer seus direitos cívicos e funções públicas gratuitas (art. 160), sistema de seguridade social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida (art. 161).*

### **3.1.6 Ciclo Constitucional Soviético: Declaração de direito do povo trabalhador e explorado(1923)**

O Ciclo Constitucional Soviético, começa com a Declaração de direito do povo trabalhador e explorado(1923) e institui o regime socialista com a idéia de planificação econômico Social.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, pelas próprias circunstâncias em que idealizou a revolução de 1917, visava, como previsto em seu Capítulo II, *suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países.* Com base nesses preceitos, foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto.

Por fim podemos citar dois grandes acontecimentos que levaram a sedimentação dos direitos fundamentais, a primeira e a segunda grande guerra.

Como bem acentuado por Luhmann, a existência de um elemento posto (tese) vem fazer existir um contraste, propiciando posteriormente uma antítese e uma síntese, desencadeando a formação dos acontecimentos históricos..

Ora se em um primeiro momento o absolutismo vigorou, como a negação dos direitos fundamentais servindo involuntariamente para o seu aparecimento, as grandes hecatombes, despertaram os povos para a necessidade de uma proteção internacional dos direitos humanos, surgindo diversos tratados e declarações tais como, a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1948.

Após a Segunda Guerra Mundial, observou-se o fenômeno da multiplicação dos direitos, na apropriada expressão de BOBBIO.<sup>19</sup>

A multiplicação desses direitos deveu-se sobretudo ao aumento de bens suscetíveis de tutela, tais como direitos sociais, culturais e econômicos, bem como o alargamento da titularidade desses direitos, passando a constar como partes legítimas para postulá-los, entes coletivos como sindicatos e associações de classes, dentre outros.

### **3.2 Do Estado Liberal ao Estado do Bem Estar Social( Welfare State).**

Registre-se o aparecimento dos Estados social e do Estado liberal, intimamente ligados à constitucionalização dos direitos humanos.

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 1992, pp. 68-69.

Se inicialmente a natureza dos direitos do homem se identificava com determinada liberdade do indivíduo face ao Estado, posteriormente transmudou-se em direitos de crédito frente ao Estado.

O nascimento desse conjunto de créditos frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação, etc), exigiram por parte do Estado, uma proteção positiva, ou seja, a disposição de medidas públicas tendentes à concretização de tais direitos, e não simplesmente prestações negativas de poder público.

A passagem do Estado liberal para o Estado Social de Direito, explica em parte a evolução e a constitucionalização dos direitos fundamentais.

Com o advento do Estado de direito, subordinado à Constituição e as leis, a vontade do governante só tem valor jurídico quando atribuídos ao Estado, isto é, quando conformes as leis e a Constituição.

O Estado absolutista, caracterizado por forte ímpeto intervencionista e policial, teve como premissa básica, a função de oferecer segurança e promover o desenvolvimento social.

Centrado sob a Administração Pública colocou-se acima das leis, cerceando a liberdade dos cidadãos em nome do interesse público, sem condições de proteger os cidadãos em face do poder político estatal.

O Estado de direito veio de encontro à necessidade de submeter o poder político as regras do direito, impondo limites para atuação do poder público.

Caracterizou-se, portanto, o Estado de direito pela existência de uma ordem jurídica definindo os direitos do cidadão, e limitando o poder político do Estado, bem como pela existência de um controle judicial acerca dos atos decisórios dos governantes.

Formou-se uma antinomia dualista entre o Estado Liberal e o Estado Social, ambos ocupando pólos distintos de atuação estatal.

O Estado de direito liberal trouxe ínsita, a noção de separação de poderes com a tripartição de funções, bem como o conhecimento dos direitos individuais inseridos no texto constitucional, passíveis de proteção e do controle de constitucionalidade das leis.

O Estado social parte do pressuposto de que a não intervenção do Estado nas relações entre particulares, traria uma desigualdade entre os indivíduos, tendo em vista o poder econômico, social e político das classes mais favorecidas.

Almejava o Estado Social suprir as carências da sociedade e do indivíduo em particular, mas cujas deficiências levaram a uma reformulação desse Estado, tendo em vista o crescimento desmesurado dos poderes executivo e legislativo.

Como resultado imediato do crescimento desmesurado das funções de administrar e legislar, pode-se citar o abuso do poder contra os cidadãos, e o efeito contraproducente dos benefícios prometidos por este mesmo Estado social, e jamais convertidos em realidade concreta. É o que diz CAPPELLETTI:

*“O tipo de Estado que, com expressão aproximativa, chamamos welfare state, foi principalmente o resultado da atividade legislativa. Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social; mas gradualmente as intervenções estenderam à esfera da economia, mediante leis de caráter antimonopolístico, sobre a concorrência, transportes e agricultura; e, finalmente, chegamos à presente situação, com a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do estado sobre a economia, a assunção da responsabilidade do Estado em questões de emprego, a elaboração de planos de assistência social e o financiamento de atividade sem fins lucrativos, como, por exemplo, no campo das artes, obras públicas e renovação dos centros urbanos em decadência”.*<sup>20</sup>

Com o Estado Social assistimos ao advento dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional, superando o primeiro momento imprimido pelo liberalismo de liberdade puramente negativa, ou de abstenção por parte do Estado.

O Estado Liberal insurgiu-se contra o intervencionismo Estatal, e caracterizou-se por uma busca constante pela não intervenção do Estado nas relações entre particulares, buscando conter ou limitar os poderes estatais.

Se analisarmos a problemática do Estado Liberal e sua evolução ao Estado Social e democrático observar-se-á, a lenta transformação do Estado *gendarme* ao Estado guardião das liberdades individuais.

---

<sup>20</sup> CAPELETTI, Mauro. Juizes Legisladores, 1999, p. 47.

Impende afirmar, que em um primeiro momento (o liberalismo), operou-se a liberdade do homem frente ao Estado, em um segundo momento (Democracia), avançou-se para uma melhor participação de todos na vontade estatal.

Daf as palavras do Prof. Paulo Bonavides que com propriedade assinala:

*“Da liberdade do homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para as idéias mais democráticas de participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade Estatal. Do princípio liberal chegou-se ao princípio democrático”<sup>21</sup>*

O Brasil através da Constituição de 1988 adotou o Estado democrático de direito, sobressaindo o princípio democrático, de qualquer modelo de Estado porventura adotado.

O Estado Democrático, assenta-se sobre princípios estatuídos na própria constituição e na essência do regime Democrático; a saber, a principio da separação de poderes, da autodeterminação dos povos , limitação do poder estatal , concretização dos Direitos Fundamentais e pluralismo de idéias, culturas e etnias.

È curial que o regime democrático é anterior aos Direitos Fundamentais, cujo surgimento é até recente na história da humanidade, visto que a sua existência se confunde com o surgimento do constitucionalismo.

Contudo a afinidade entre Direitos fundamentais e Democracia, decorre da natureza essencial em que estas categorias integram o ordenamento jurídico , de acordo com suas peculiaridades e repartições.

---

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social , 1996, p. 6.

Pode-se dizer então, que os Direitos fundamentais são “*conditio sine qua non*” para a existência do Estado Democrático.

Nesse ponto convém fazer uma diferenciação lógica entre Estado Democrático e Estado de Direito, sintetizados pelo legislador constituinte como Estado democrático de Direito (art. 1º da C.F.).

Por ordem Democrática entende-se a participação livre e igualitária de todos na construção do Estado, é formação da vontade geral, através de eleições livres, e de um processo político determinado pela constituição e pelas leis.

Por Estado de Direito, entende-se que a ordem social e jurídica é submetida continuamente ao império das leis e da constituição, sem interferências ou arbítrios de quaisquer poderes constituídos ou instituídos.

É de se observar, que a expressão Estado de Direito, inicialmente englobou um conceito tipicamente liberal cujas certas características repousavam na submissão do império da lei, divisão de poderes, enunciados e garantias individuais.

Posteriormente os reclamos da sociedade, premente de justiça social, proporcionaram o aparecimento do chamado Estado Social de Direito (Welfare State), que pretende conciliar o capitalismo como forma de produção, e a consecução do bem estar social.

Contudo o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre pode ser considerado Estado democrático.

O primeiro pela crítica não velada de juristas do porte de Carl Smith, para quem a palavra direito, pode ter significado tão diversos, quanto à própria ideologia que encerram.

O segundo pela própria degeneração (no sentido Aristotélico) da função social Estatal, ora representada por grupos reacionários e totalitários como o nazismo e o Fascismo.

O Estado Democrático, contudo, se funda no princípio da soberania Popular, que consoante José Afonso da Silva visa realizar o princípio democrático como garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 1999, p 107.

#### **4.DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES**

Com o aparecimento dos modernos Estados, e o surgimento dos direitos humanos fundamentais, surgiu um princípio sem o qual é impossível pensar em limitação do poder Estatal, ou garantia de liberdades públicas: O princípio da separação de poderes.

Esta teoria foi acolhida e consagrada em uma época em que se buscava meios de enfraquecer o Estado, vez que não se admitia a sua interferência na vida social.

Sua primeira idealização, contudo, foi com o fim exclusivo de proteção das liberdades individuais.

A experiência demonstra, que a inexistência do sistema de “*checks and balances*”, através da tripartição de poderes resulta muitas vezes, no aparecimento de tiranias abomináveis e Sociedades absolutistas.

Importante ressaltar que os poderes devem ser harmônicos, independentes e inseridos em uma sociedade livre e democrática, de forma a cumprir seu mister.

A separação dos poderes, como garantias de liberdades públicas, tem como cerne e princípio básico a limitação do poder Estatal.

Visou em um primeiro momento, evitar a distribuição do poder de forma desigual, concentrando-se as decisões nas mãos do príncipe absoluto ou da classe dominante.

ROSSEAU já advertia sobre a indivisibilidade da soberania, tendo em vista que o poder Estatal é uno e individual em sua essência, e apenas se divide em suas manifestações exteriores, em funções tripartidas.

Isto advém da especialização dos órgãos estatais através da divisão de trabalho, e especialmente como forma de frear o impacto do poder Estatal.

A acumulação ou concentração das funções governamentais impede a especialização. Legislar, administrar e julgar são funções tão diferentes, quanto complexas em seu desiderato.

A função executiva por exemplo, exige rapidez de decisões, visto que trabalha com situações concretas da vida real.

A função legislativa exige ponderação, amadurecimento, espírito de grupo, pode suportar intermitências e intervalos de ação.

Já a função judiciária, exige de seus agentes e operadores alta competência técnica, independência e elevado senso de justiça.

Como então poderia, de forma eficiente, um só indivíduo enfeixar em suas mãos, três funções estatais, tão especializadas, com especificidades opostas e muitas vezes inconciliáveis?

Aristóteles já se reportava sobre os males do absolutismo, quando considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder.<sup>23</sup>

Contudo, o primeiro instrumento legal a acolher o princípio da separação de poderes foi o “instrument of government” de Cronwel (1653), princípio este desenvolvido por Locke, cabendo a Montesquieu dar-lhe a formulação acolhida pelo constitucionalismo moderno, sendo que as primeiras proclamações solenes do princípio de separação dos poderes, como dogma político fundamental constitucional, foram das colônias americanas, sendo a primeira, a de Massachusetts em 1780.

A revolução francesa o acolheu, assim como o federalismo Norte Americano, como princípio não escrito, constituindo-se no fundamento do seu sistema constitucional.

Na Inglaterra, a distribuição do poder político, verificou-se entre as duas câmaras do parlamento, a coroa e a magistratura visando o controle recíproco destes órgãos de molde a garantir o regime de liberdades públicas.

Consoante J.H Meirelles Teixeira, o princípio da separação dos poderes (divisão ou distribuição conforme a terminologia adotada) significa, portanto, entrosamento, coordenação, elaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder) do lado de suas respectivas funções e princípios correspondentes á sua natureza em caráter secundário, colabora com os

---

<sup>23</sup> Aristóteles, A Política, livro III cap.XI)

demais órgãos de diferentes natureza ou pratica certos atos que, tecnicamente, não pertenciam á sua esfera de sua competência.<sup>24</sup>

Dáí, deriva a assertiva, que os poderes não se excluem ou encontram-se em oposição e atrito uns com os outros, mas sim, em relação de auxilio, de correção e de interação continua.

Isto porque as constituições brasileiras desde a constituição de 1891 até a atual, conceberam os poderes como “independentes e harmônicos entre si” (art.2º da C.F.)

De outra sorte, além do mecanismo de freios e contra-pesos, também se adota o sistema de controle dos poderes, de molde a assegurar a efetividade dos direitos e garantias individuais. Desta forma temos, o controle da Administração Pública pelos demais poderes, e o controle do poder legislativo pelo voto direto, secreto, universal e periódico. Já o Poder Judiciário é fiscalizado pelas instituições, sociedade civil e no âmbito interno pelas corregedorias dos Tribunais. Por ser mais amplo nos reportaremos ao controle do Poder Executivo.

#### **4.1 Controle da Administração Pública.**

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos.

Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os de demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo.

---

<sup>24</sup> TEIXEIRA, José Horacio Meirelles, Curso de Direito Cosntitucional, 1991, p. 585.

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; e em determinadas circunstâncias, também o controle chamado de mérito, e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele na medida em que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva: ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos.

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Os doutrinadores enumeram vários controles por parte da administração:

Quanto ao órgão que exerce o controle, pode ser administrativo, legislativo e judiciário.

Quanto ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitantemente, ou posterior. O controle prévio é um controle preventivo que é exercido pela própria administração ou poder legislativo, em qualquer de suas casas.

O controle concomitante acompanha a atuação administrativa, no momento em que é realizado o ato administrativo, enquanto o controle posterior, tem como objetivo rever os atos já praticados.

O controle ainda pode ser externo ou interno, consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura do órgão controlado. É interno, portanto o controle da administração sobre seus próprios agentes, sendo externo o controle exercido pelos dois outros poderes, legislativo e judiciário.

Um exemplo de controle externo, é o que pertine à fiscalização contábil financeira e orçamentária, que é realizada pelo congresso nacional, com o auxílio dos Tribunais de contas(art. 71 da Constituição Federal).

O controle ainda pode ser de legalidade ou de mérito, conforme o aspecto da atividade administrativa a ser controlada . O primeiro pode ser exercido pelos três poderes, enquanto que o segundo apenas pela própria administração.

Passemos agora a examinar o controle administrativo.

Pode-se definir controle administrativo como:

“É o poder de fiscalização e correção que a administração (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação , sob os aspectos de legalidade emérito , por iniciativa própria ou mediante provocação”<sup>25</sup>

Para Hely Lopes Meirelles controle administrativo é :

“a faculdade de vigilância ,orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”<sup>26</sup>

O conceito de controle da administração em seu âmbito envolve o conceito de subordinação hierárquica e vinculação administrativa, sendo o primeiro amplo e ilimitado, enquanto que o segundo resulta sempre de um controle finalístico, sendo limitado portanto.

Segundo José Crettella Junior, o conceito de hierarquia no Brasil, envolve a relação de subordinação dos órgãos do poder executivo.

“Tal escalonamento mostra em primeiro lugar, que os órgãos do aparelhamento administrativo, estão permanentemente vinculados e que, pelo instituto da hierarquia , fica firmada e graduada a competência de cada autoridade.

Por outro lado, cumpre frisar, a hierarquia é peculiar ao poder executivo, não existindo no âmbito do poder judiciário, nem do poder legislativo”<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> DI PIETRO, MARIA Sylvia Zannella, Direito administr

<sup>26</sup> Direito administrativo pg574.

<sup>27</sup> CRETELLA JÚNIOR, José Tratado de direito administrativo pg204

No âmbito do poder judiciário, foram editadas as súmulas 346 e 473 pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o poder de autotutela por parte da administração pública:

“Súmula 346: “A administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos”

“Súmula 473:”A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial”

Conforme se infere no direito sumular, a administração pública pode rever seus próprios atos, e anulá-los a seu talante, respeitados os direitos adquiridos, e também a decisão, que transitou em julgado sem recurso por parte da administração.

Quanto ao ato jurídico perfeito, que envolve a plena capacidade das partes, e objeto lícito ou não defeso em lei, pensamos que pode ser revogado pela administração, se entendê-lo prejudicial à administração Pública, ressalvados as indenizações que porventura possa existir.

O poder de controle da administração, conhecido também como poder de autotutela, encontra seu fundamento nos princípios que se submete a administração pública, especialmente o princípio da legalidade e da predominância do interesse público, do qual decorrem todos os demais.

Através do controle administrativo a administração pode anular, revogar ou alterar seus próprios atos e punir seus agentes com penalidades estatutárias. A

administração só anula o ato ilegal e revoga o ato legal, mas ineficiente ou inconveniente, ou ainda inoportuno, e se ainda passível de modificação.

Este controle sobre os próprios atos pode ser exercido ex officio, quando a autoridade competente constatar a legalidade de seu próprio ato, ou de seus subordinados e pode ser provocado pelos administrados por meio de recursos administrativos.

Temos no âmbito dos recursos administrativos, o direito de petição (right of petition), que vai envolver as inúmeras modalidades de representação, como a representação, a reclamação administrativa, o pedido de reconsideração, a revisão e os recursos hierárquicos. Vejamos a disciplina de cada uma delas.

A representação é a denúncia de irregularidades feita perante a própria administração.

Consoante Hely Lopes Meirelles, a representação vale como "informação de ilegalidades, a serem conhecidas e corrigidas pelos meios que a administração reputar convenientes"<sup>28</sup>

A lei orgânica do Ministério Público (lei 8.625/93), dispõe representações dirigidas ao ministério público, devem ser distribuídas entre os membros da instituição que tenham atribuições para apreciá-la(art. 26 § 5º) que promoverá se for o caso, as medidas necessárias para o resguardo do patrimônio artístico, histórico e paisagístico, e todos os atos lesivos ao erário público e ao patrimônio Público(art25,IV,b).

---

<sup>28</sup> op.cit. pág 256

A reclamação administrativa está prevista no decreto nº 20.910/32, que dispõe sobre a prescrição nas esferas administrativas e judiciais em favor da administração pública. A reclamação tem um sentido amplo que abrange várias modalidades de recursos administrativos, que tenham por objeto a dívida passiva da União, Estados e Municípios, bem como qualquer ação ou direito contra a Fazenda Federal, estadual e municipal (art.1º).

O pedido de reconsideração é aquele pelo qual o interessado requer o reexame do ato à própria autoridade que o emitiu. Está previsto no art. 106 da lei 8.112/90.

O recurso hierárquico é o pedido de reexame do ato dirigido à autoridade superior à que proferiu o ato.

A revisão é o recurso que se utiliza o servidor público punido pela administração, para reexame da decisão, em caso de surgirem fatos novos suscetíveis de demonstrarem sua inocência.

Pode ser utilizado nas seguintes hipóteses:

a) Quando a decisão for contrária a texto expresso de lei e à evidência dos autos.

b) Quando a decisão se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou errados

Quando após a decisão, se descobrirem novas provas da inocência do punido, ou de circunstância que autorize uma pena mais branda.

## 4.2 Controle Legislativo.

Ao lado do controle administrativo temos o controle legislativo.

Por controle legislativo podemos entender, como o que é exercido pelos órgãos legislativos (congresso nacional, Assembleias legislativas e câmaras de vereadores), ou ainda por comissões parlamentares, sobre determinados atos do executivo na dupla linha da legalidade e da conveniência pública.

O controle que o poder judiciário exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional.

Basicamente, são dois os tipos de controle: o **político** e o **financeiro**.

### 4.2.1 Controle Político:

O controle abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito, apresentando-se, por isso mesmo, como de natureza política, já que vai apreciar as decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público. Alguns exemplos a seguir.

a)A competência exclusiva do Congresso Nacional e do Senado para apreciar a priori ou a posteriori dos atos do Poder Executivo(arts.49, incisos I,II,III,IV,XII,XIV,XVI,XVII, e 52, incisos II,IV,V, e XI); a decisão, nesses casos, expressa-se por meio de autorização ou aprovação contida em decreto-legislativo ou resolução;

b)A convocação de Ministro do Estado, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado, bem como por qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre o assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência, sem justificacão adequada (art.50);

c)O encaminhamento de pedidos escritos de informacão, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, dirigidos aos Ministros de Estado, que deverão responder no prazo de trinta dias, sob pena de crime de responsabilidade (art.50,§2º);

d)A apuracão de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais têm poderes de investigacão próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos Regimentos das Casas do Congresso; as suas conclusões, se for o caso, será encaminhada ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores(art.58,§3º); as Comissões não tem poder sancionatório; eles se limitam a investigar a irregularidade e a encaminhar as suas conclusões, acompanhadas dos elementos comprobatórios, ao Ministério Público;

e)A competência do Senado Federal, para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza; a competência para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da

União nos crimes de responsabilidade (art.52, incisos I e II); nesses casos, funciona como Presidente o do STF, limitando-se a condenação, que somente poderá ser proferida por 2/3 dos votos do Senado, à perda do cargo, com inabilitação, por 8 anos, para o exercício da função pública, sem prejuízo das sanções públicas e sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis (art.52, parágrafo único).

#### **4.2.2 Controle Financeiro:**

A Constituição Federal disciplina, nos artigos 70 a 75, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, determinando, no último dispositivo, que essas normas se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como os Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

O artigo 70 permite inferir algumas normas básicas:

1)quanto à atividade controlada, a fiscalização abrange a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial; isto permite a verificação da contabilidade, das receitas e despesas, da execução do orçamento, dos resultados e dos acréscimos ou diminuições patrimoniais;

2)quanto aos aspectos controlados, compreende:

I- controle de legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

- II- controle da legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridade, estabelecida no plano plurianual;
- III- controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício;
- IV- controle de fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos;
- V- controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas, expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviço.(cf. José Afonso da Silva, Direito constitucional positivo pg 625);

Quanto às pessoas controladas, abrange União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Direta e Indireta, bem como qualquer pessoa física ou entidade pública, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

A fiscalização compreende os sistemas de controle externo, que compete ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, e de controle interno exercido por cada um dos Poderes.

O controle externo foi consideravelmente ampliado na atual Constituição, conforme se verifica por seu artigo 71. Compreende as funções de:

a) fiscalização financeira propriamente dita, quando faz ou recusa o registro de atos de admissão pessoal (excetuadas as nomeações para cargo em comissão) ou de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão; quando faz inquéritos, inspeções, quando fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassados para a União, o Estado ou Município.

b) de consulta, quando emite parecer prévio sobre as contas prestadas pelo presidente da república

c) de informação quando as presta o congresso nacional por qualquer de suas casas.

O congresso nacional também pode “julgar” (função atípica do congresso) as contas dos administradores dos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro público, através do Tribunal de Contas. Não se trata de função jurisdicional, pois o Tribunal apenas examina as contas tecnicamente, visto que a atribuição do julgamento e jurisdicional, é exclusiva do poder judiciário.

Também pode o Congresso Nacional, propor medidas sancionatórias, quando aplica aos responsáveis nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá entre outras coisas, multa proporcional ao dano causado ao erário.

### 4.3 Controle Judicial.

O controle judicial, constitui juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional; ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, possam existir órgãos do contencioso administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade(arts.5º, inciso LXXIII, e 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de “mérito”(oportunidade e conveniência).

Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Os atos normativos do Poder Executivo, como Regulamentos, Resoluções, Portarias, não podem ser invalidados pelo Judiciário a não ser por via de ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento é de competência do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual que contrarie a Constituição Federal(art.102, I, “a”); é do Tribunal de Justiça, quando se tratar de lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrarie a Constituição do Estado.

Nos casos concretos, poderá o Poder Judiciário apreciar a legalidade ou a constitucionalidade dos atos normativos do Poder Executivos, mas a decisão produzirá efeitos apenas entre as partes, devendo ser observada a norma do artigo 97 da Constituição Federal, que exige maioria absoluta dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Com relação aos atos políticos é possível a sua apreciação pelo poder judiciário, desde que causem lesão aos direitos individuais e coletivos.

É por demais evidente que o ato político pode causar danos, e também lesão aos direitos individuais, sendo que nessas hipóteses, cabe ao poder judiciário resguardá-los.

A constituição , em seu art. 5º inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, não distinguindo se é individual ou coletivo, prevendo a ação popular , entre outras medidas judiciais cabíveis para a defesa dos direitos e interesses coletivos , como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Em relação aos atos interna corporis em regra não são apreciados pelo poder judiciário, porque se limitam a estabelecer normas sobre o funcionamento internos destes órgãos, podem no entanto serem examinados pelo poder judiciário sobre o aspecto de legalidade, nunca porém de conveniência, e caso firam os direitos fundamentais do cidadão.

#### **4.4 Limitações e interferências recíprocas entre os poderes.**

Os poderes são harmônicos e independentes, visto que entre eles inexistem hostilidade, bem como seu normal funcionamento interfere no funcionamento dos outros poderes.

São as chamadas interferências e limitações recíprocas.

A separação dos poderes tal como foi idealizado pelo poder constituinte originário não é absoluta, mas relativa, quer pelas influências e limitações recíprocas entre os órgãos estatais, visando a limitação do próprio poder como forma de resguardar a liberdade individual quer pelo exercício das funções chamadas atípicas, quer pelo exercício das atividades típicas pelos poderes constituídos.

Nesse contexto, vislumbra-se que na organização da República Federativa, observou o legislador, o seguinte delineamento, visando o resguardo dos direitos individuais e limites dos poderes:

- a) os excessos do governo federal são refreados pelos Estados e vice-versa;
- b) os da Câmara dos Deputados pelo Senado reciprocamente;
- c) os do poder legislativo pelo veto do Executivo;
- d) os do poder executivo pelo poder legislativo através do impeachment;
- e) os do poder judiciário pelo poder legislativo que estabelece regras para o procedimento dos tribunais;
- f) o poder legislativo tem a faculdade de declarar inconstitucionais, e por conseguinte, inaplicáveis, as leis que contrariam a constituição.

#### **4.5 Limitações do Poder Legislativo no Poder Executivo.**

Dentre os sistemas de frenagem existentes na constituição podemos citar a título de exemplo as intervenções realizadas pelo poder legislativo, no âmbito do poder executivo, os quais citamos como exemplos:

- a) aprova intervenção federal decretada pelo Presidente da República (art.49, IV da Constituição Federal);

- b) fiscaliza, com auxílio do Tribunal de Contas, a administração financeira e a execução do orçamento (Const. Federal, arts. 49, IX e 71);
- c) o Senado aprova a nomeação do Procurador-Geral da República, Ministros do Tribunal de Contas, chefes de missão diplomática em caráter permanente, presidente e diretores do Banco Central (art 52, III, d, e e IV), dos Ministros do Supremo Tribunal (art. 101 parágrafo único) dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104 parágrafo único) elege membros do Conselho da República, ( art. 52, XIV);
- d) delibera sobre o veto, susta os atos normativos do poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art 49 V) (art. 66 parágrafo 4º da Constituição Federal);
- e) recebe o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República (art. 78);
- f) cria comissões de inquérito sobre fato determinado (art 58§ 3º);
- g) declara, pela Câmara dos Deputados, procedente a acusação contra o Presidente da República e contra os Ministros de Estado, nos crimes conexos com os do primeiro (art 52 I);
- h) a Câmara dos Deputados assume a iniciativa da tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 51, II), e julga tais contas (art. 71 I) convoca os Ministros de Estado para prestarem informações

sobre assunto determinado (art 58 III);

- i) autoriza empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios(art.52 VII );
- j) autoriza o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar (art 49 II);
- k) autoriza o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;(49 III).

E ainda em outros sistemas constitucionais:

- a) elege o chefe de Estado e propõe a revogação do seu mandato (*recall!*);
- b) influi na formação do Gabinete e na sua destituição (parlamentarismo).

#### **4.6 Limitações do Poder Legislativo no Poder Judiciário.**

Vejamos agora como o *Poder Legislativo* pode influir na organização do Poder Judiciário ou, de qualquer modo, interfere na esfera teoricamente de competência deste, ou limita a ação:

- a) dispõe sobre organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal; (48 IX)

- b) concedendo anistia (arts. 48VIII);
- c) aprovando nomeações de juizes (arts. . 52, III, "a");
- d) julgando o Presidente e o Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal e o Procurador-Geral da República (juízo político) (arts. ;52, , III )
- e) organizando comissões de inquérito com funções e faculdades judiciais. (art 58 §3º)

Como se observa, são muito numerosas e importantes as intervenções do Poder Legislativo na esfera teoricamente pertencente ao judiciário, bem como os meios de fiscalização e controle da administração, que constituem outras tantas modalidades e aspectos do sistema de "freios e contrapesos", visando a racionalização da administração pública, maiores garantias de liberdade e de respeito à Constituição e às leis.

#### **4.7 Limitações do Poder Executivo no Poder Legislativo.**

Passemos, agora, ao exame das várias intervenções do *Executivo* na esfera teoricamente exclusiva dos demais poderes, a começar pelo Legislativo. Assim, o Executivo exerce funções de caráter legislativo, ou limita a ação do Poder Legislativo, quando:

- a) convoca o Congresso Nacional (Constituição Federal. (art 57 § 6º, II );
- b) colabora na obra legislativa, pelo *direito de iniciativa* das leis. (art 61) , bem

como pelo veto ao projeto de lei;

- c) nomeia os ministros do Tribunal de Contas (art. 84 XV)
- d) expede decretos e regulamentos para execução das leis (art. 84 IV)
- e) celebra tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;(84 VIII)

Também na esfera de competência teoricamente do Poder Judiciário, o Executivo intervém quando:

- a) nomeia juizes e magistrados (Const Federal, arts: 84 XIV);
- b) indulta ou comuta penas (art. 84 XII).

#### **4.8 limitações do Poder Judiciário no Poder Legislativo.**

Vejamos, finalmente, as intervenções do Poder Judiciário nas esferas teoricamente competente dos demais poderes, a começar pelo Legislativo. Pratica o Judiciário, atos de natureza legislativa, ou exerce controle sobre as atividades do Legislativo, quando:

- a) elabora seus próprios regulamentos e regimentos internos e organiza os seus serviços (art.96 ,I a);
- b) julga a constitucionalidade de leis (102 ,I a)
- c) emite decisões com força normativa ( art 102 §2º)

E, igualmente, intervém o Judiciário na esfera executiva quando:

- a) os tribunais efetuam o provimento dos cargos de suas secretarias, concedendo licença e férias aos seus funcionários (96 I f);
- b) propõe ao Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos (art. 96, II, "b");
- c) exerce o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Executivo e dos seus órgãos e agentes (art. 102 I a)

Vislumbra-se que a separação dos poderes como garantia constitucional, tornando efetiva a proteção dos direitos fundamentais foi erigida á categoria de clausula pétrea, sendo insuscetível a sua reforma pelo poder constituinte derivado.

De igual sorte, a repartição das competências de cada uma das esferas do poder e ditadas pelo próprio povo, através do poder constituinte originário, erigem-se como garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista a impossibilidade de usurpação de funções de um poder pelo outro, sendo seu exercício conferido constitucionalmente para quem detém legitimidade para exercê-lo.

A este respeito é inadmissível a qualquer dos poderes delegar atribuições, salvo as ressalvas feitas pela própria constituição.

Este é um corolário lógico de rigidez constitucional, tal como é classificada a atual Constituição Federal . Modificar a competência das funções estatais equivaleria a modificar as competências constitucionalmente fixadas para cada um.

Com efeito como se reporta o próprio Montesquieu ao afirmar que, “quando no mesmo corpo da magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois o que se pode esperar é que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente” .<sup>29</sup>

#### **4.9 Separação de Poderes e Ministério Público.**

No contexto político brasileiro a instituição do Ministério Público, apesar de não ser constitucionalmente, um poder, surgiu revigorado, após a constituição de 1988, com importante papel constitucional na consecução dos fins colimados à independência e harmonia entre os poderes, visto que se tornou o defensor do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais indispensáveis, zelando pela independência e harmonia entre os poderes.<sup>30</sup>

Hoje a instituição é vista como autentico ombudman da sociedade, exercendo a função de ouvir a sociedade e propor ao poder judiciário as ações concernentes à defesa do interesse público. São muitas portanto as atribuições do Ministério Público, e diversas suas atuações perante outros poderes.

---

<sup>29</sup> Montesquieu, O Espírito das leis, livro XI, cap.VI.

<sup>30</sup> Lei complementar n. 75/93 art. 5º, I letra “c”.

O Ministério Público é, no sistema jurídico constitucional brasileiro, uma instituição destinada à defesa do interesse social, isto é, dos interesses da sociedade como um todo, ou de grupos sociais a ele pertencentes.

Sendo instituição de tutela do interesse social, cabe ao Ministério Público aproximar-se da coletividade, de organismos e entidades de representação social, mantendo-se aberto e acessível à população, lutando para assegurar o respeito a seus direitos, de modo dinâmico e, preponderantemente, como órgão promovente.

A instituição não se encontra vinculada, administrativa, funcional ou hierarquicamente a nenhum dos três Poderes do Estado, mas exerce perante eles, com isenção, autonomia e independência, suas atribuições constitucionais de defesa dos interesses sociais.

Procura, o Ministério Público sustentação política para sua atuação, fundamentalmente, no reconhecimento social de seu trabalho em defesa dos interesses da população e, subsidiariamente, de forma necessariamente fracionada e equilibrada, nos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Perante o Judiciário, cumpre o Ministério Público o papel de instrumento ou canal por meio do qual serão levadas àquele as mais altas e relevantes questões de interesse social.

Perante o Executivo, funciona o Ministério Público como órgão de controle e de estímulo ao aprimoramento da Administração Pública, zelando pelo patrimônio público e pelo respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos.

Ao Legislativo, o Ministério Público leva, sua experiência prática na aplicação da Constituição e das leis (penais e civis) em defesa do interesse social, bem como a fiscalização das leis no âmbito dos outros poderes.

A Constituição Federal define o Ministério Público como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado que tem por função a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Entende-se por funções institucionais do Ministério Público as incumbências que o ordenamento jurídico lhe prescreve, segundo a finalidade da Instituição, sintetizada na norma constitucional acima referida, contida no *caput* do art.127 da Constituição Federal.

Nem sempre o ordenamento jurídico é fiel a esse diretriz. A própria Constituição Federal, ao pretender arrolar as funções institucionais do Ministério Público, no seu art.129, acaba por incluir no seu rol, juntamente com algumas funções institucionais(p.ex., a ação penal pública), algumas atribuições que não passam de instrumento ou meios para o exercício daquelas(p. ex., expedir notificações).

O Ministério Público, até muito recentemente, era visto como órgão de atuação exclusiva perante o Poder Judiciário: ali ajuizava a ação penal e ali intervinha em processos cíveis, na qualidade de *custos legis*, em causas relativas a questões de estado, incapazes, registros públicos, falências e concordatas, acidentes do trabalho, mandados de segurança e ações populares, disposições de última vontade.

Foi com a ampliação do âmbito de sua atuação na órbita civil, para abarcar a defesa do ambiente e do consumidor, em primeiro lugar, e, depois, de outros interesses

difusos e coletivos, que se assistiu ao desabrochar e ao florescer da verdadeira personalidade e identidade do Ministério Público. Assume ele, então, e finalmente, o papel, que lhe é próprio, de órgão agente, de defensor ativo e espontâneo do interesse social, promovendo as medidas para tanto necessárias. A Constituição de 1988, consolida e cristaliza essa evolução, conferindo-lhe primacialmente a defesa dos direitos sócias econômicos e culturais, bem como os interesses difusos e indisponíveis.

A este respeito já decidiu a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança nº 5.895 - DF, (6) Rel. Mn. Assis Toledo, In DJ de 5.2.1996. Seção 1, pág. 1.410 assim ementado:

Mandado de segurança. Mandado de segurança individual Legitimação do Ministério Público para defesa, através do writ, de direitos públicos subjetivos. Precedentes jurisprudenciais. Ato do Tribunal de Justiça declarando vitaliciedade de juiz, recusada por maioria de votos, sem atingir o quorum, contra o qual se insurge o Ministério Público. Acórdão declarando o autor carecedor de ação de segurança por ilegitimidade de parte (inexistência de relação entre a declaração de vitaliciedade do magistrado e os predicados constitucionais do Ministério Público). Tese que se rejeita. O caráter limitado do conceito de direitos individuais subjetivos não constitui obstáculos à admissibilidade do writ para proteção dos denominados "direitos públicos subjetivos". Na sua função essencial de defesa da ordem jurídica, cabe ao Ministério Público fiscalizar a regularidade da investidura e da vitaliciedade dos juízes perante os quais irrecusavelmente deverá atuar Recurso ordinário conhecido e provido para, afastada a carência de ação, determinar-se o julgamento de mérito do pedido".

## 5. FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: A DIGNIDADE DO HOMEM

Os Direitos Humanos não foram dependentes em sua origem, apenas de fatos econômicos e Políticos, mas também de fatores filosóficos, religiosos e morais. Para tanto mister, se faz o conhecimento de seu fundamento, ou seja a razão justificativa e lógica que sustenta a existência desses direitos.

Como bem apontado por Fábio Konder Comparato a noção de fundamento na antiguidade e na filosofia clássica, traduziu-se como noção de princípio (arquê)<sup>31</sup>, visto que não se preocupou o homem com o homem nos primórdios da civilização. Sua vista encontrava-se equidistante, mais precisamente nos astros e estrelas, nos elementos formadores da matéria, na explicação dos fenômenos naturais.

Para Tales de Mileto(624 a 546 a. C.), esse princípio é a água. Anaximandro(610- 547 a. C.) o deduziu como o infinito, o indeterminado, o *apeíron*. Anaximenes(588-524 a.C) o identifica como o ar, Pitágoras(580-500 a.C.) como o número, Xenófanes como o Uno, Empedócles (495 a 435) a água, o ar a terra e o fogo, Anaxágoras (500-428 a.C.), o espírito (*Nous*), Heráclito(535-475 a.C.), o Logos e Demócrito de Abedera (460-370 a.C), o átomo.

Posteriormente esta noção de princípio encontrada no pensamento antigo, desenvolveu-se, passando em Kant, a buscar uma justificativa ética ou um

---

<sup>31</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos, In: Revista Consulex nº 48. p. 52.

fundamento, para explicação do mundo sensível, como fez, em relação à lei moral, a qual atribuiu como fundamento, a liberdade.

Pois bem, esta noção de fundamento em tema de direitos fundamentais, veio trazer profundas indagações acerca da razão justificadora da existência desses direitos, e que pairam acima do ordenamento jurídico.

O primeiro fundamento encontrado para justificar o direito foi encontrado na concepção de direito natural, quer na antiguidade, quer na idade média, com o suporte ético-religioso.

Miguel Reale, em obra clássica, ao discorrer sobre o fundamento do direito chega à conclusão que

*“o problema do fundamento do direito está, pois, ligado ao Direito Natural, visto como, com esta expressão, se admite a existência de algo irreduzível ao Direito historicamente positivado”<sup>32</sup>*

Observa-se no entanto, que o jusnaturalismo sofreu rude golpe com a positivação e historicização do direito, mas foi o grande inspirador dos Direitos humanos.

O Direito Natural, em sua ampla acepção norteia-se por algumas idéias básicas, dentre elas a noção de imutabilidade, universalidade, e crença.

O Direito Natural não só pode ser “posto” coincidindo com o direito positivo, mas também pode ser “intuído” ou “sentido” quer pela razão, quer através da intuição

---

<sup>32</sup> REALI, Miguel. Filosofia do Direito, 1998, p. 590.

ou revelação. Essa qualificação ou vocação do Direito natural promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e moral.

Celso Lafer analisando a problemática da gênese dos direitos fundamentais é taxativo no sentido que:

*“No Jusnaturalismo que inspirou o constitucionalismo, os direitos do homem surgem como medida desse tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem, e não mais o comando de Deus ou os costumes”*<sup>33</sup>. Cedo, contudo, descobriu-se a multiversidade de crença, insuscetível de tornar a revelação divina, fundamento absoluto da ética.

Coube a Hugo Grócio a laicização do direito natural, que foram identificados, não mais pela iluminação e revelação divina, mas pela “reta razão”, ou conveniência dos mesmos em face da natureza humana.<sup>34</sup>

Com Hobbes, Locke e Rosseau, o pensamento antinaturalista e fulcrado no contrato social, foi o ponto de partida para a concepção da teoria positiva, cujo pressuposto advém do fato de só as leis válidas e produzidas por processo regular devem ser obedecidas, assim como autoridade deve ser aquela que é indicada legitimamente por essas leis.

“Lei da natureza e lei civil, uma contém a outra e são de igual extensão, pois as leis da natureza, que consistem em equidade, justiça, gratidão e outras virtudes morais dependem destas, no estado de simples natureza, não são

<sup>33</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos, 1991, p. 123.

<sup>34</sup> FARIA, Anacleto de Oliveira. Textos Clássicos de Filosofia do Direito (Paz e da Guerra), 1981, p. 47.

propriamente leis, mas qualidades que predispõe os homens para a paz e a obediência”.<sup>35</sup>

Norberto Bobbio insurgiu-se contra esta fundamentação dos direitos fundamentais, assegurando que os direitos fundamentais são frutos não da natureza, mas sim da civilização.<sup>36</sup>

Esta contradição dialética, cujo binômio, importou em apaixonadas e fecundas discussões, acerca do fundamento dos valores éticos e superiores do homem, consistiu em uma síntese, ou seja o próprio homem e sua dignidade, que é “*a medida de todas as coisas, das que são enquanto são, e das que não são enquanto não são*”.

A dignidade do homem, reza a constituição é o principio norteador e basilar dos direitos fundamentais, constituindo assim o seu fundamento.

Observa-se, portanto, em inúmeros documentos consagradores de direitos fundamentais a elegia à dignidade do homem, no que foi seguido pela atual constituição em seu art. 1º, inciso III.

Não somente a dignidade do homem foi um dos fatores em tema de Direitos fundamentais, a superar a clássica contraposição dialética Direito natural versus Direito positivo, mas também da distinção entre normas jurídicas (regras) dos princípios (prescrição de um valor)

Como bem acentuado por Guerra Filho os princípios contêm um maior grau de abstração e generalidade, o que os tornam em estado de constante rota de colisão,

---

<sup>35</sup> FARIA, Anacleto de Oliveira. *Textos Clássicos de Filosofia do Direito*, (O Leviatã), 1981, p. 30.

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*, 1992, p. 32.

como é o caso dos Direitos Fundamentais, que não são simples regras, mas princípios.<sup>37</sup>

Note-se, que na antiguidade - à exceção da civilização grega - não existia a idéia de dignidade que pertence a todos os seres humanos.

Na Antiguidade um homem tinha dignidade unicamente em função de sua posição social ou virtude especial, tendo direitos tão somente como cidadão da "Polis".

A primeira idéia de dignidade humana, repousou na noção deísta do Antigo Testamento. Nesta perspectiva a dignidade do homem enquanto homem, se encontra na imagem de Deus e do homem, ambos semelhantes, visto que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança (Gênesis 1:26). No Novo Testamento as idéias de igualdade e de unidade entre os homens se complementam, pela idéia da salvação do homem em Cristo. Deus encarnado em Cristo, torna-se irmão de todos os homens, conforme preleciona o Apóstolo Paulo na Epístola aos Gálatas: "*Não há judeu nem Grego, não há escravo nem, livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo*" (Gal. 3.28).

Alguns autores como João Baptista Herkenhoff, explicam como algumas religiões estão intimamente ligadas à questão dos direitos Humanos, e também como contribuíram para o aparecimento de tais direitos. O Judaísmo por exemplo, foi o primeiro a anunciar que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, elevando a dignidade do homem a um patamar superior.

---

<sup>37</sup> GUERRA FILHO. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 53.

Foi sem dúvida um importante passo, pois como já demonstrado por Hannah Arendt<sup>38</sup>, o primeiro passo para o extermínio de uma raça, é a pregação de uma ideologia que não a favoreça ou a descrimine.

È de observar contudo que o fenômeno do judaísmo, foi um fenômeno local, circunscrito à Judéia ao próprio povo judeu. Raros são os casos de proselitismo registrados. Na realidade o judeu preferia viver como um povo separado por Deus, para cumprir determinada missão a si confiada. Repugnava-lhe ritos, costumes e até a comida de outros povos. Conservavam a pureza de sua civilização e lutaram heroicamente contra a assimilação das culturas dos povos que gradativamente os foram dominando, como foi o caso da civilização helênica. È o que relata Paul Johnson: “Entretanto, qualquer possibilidade de os gregos e judeus conviverem em razoável comunidade foi destruída com a ascensão de um partido de reforma judaico que desejava coagir a marcha de helenização. Em um extremo a chegada dos gregos arremeteu os mais fundamentalistas para o deserto, para se unirem aos grupos absolutistas que conservavam as tradições rechabitas e nazaritas e que consideravam Jerusalém como já irremediavelmente corrupta”<sup>39</sup>.

A grandeza do judaísmo advém do cristianismo que com sua idéia universal de liberdade e fraternidade entre os homens, obteve a primazia de ser a base onde repousam os direitos humanos fundamentais. As idéias fundamentais do cristianismo são o amor ao próximo e o amor a Deus. Outras premissas podem ser extraídas desta importante doutrina, em especial as cláusulas de não violência contidas

---

<sup>38</sup> ARENDT, Hannah. A origem do totalitarismo p.54

<sup>39</sup> JOHNSON, Paul, História dos Judeus, p. 103.

nos evangelhos, a idéia de que todos os homens são livres, a idéia de que todos os homens são iguais, os sentimentos de redenção e salvação que posteriormente nortearam os povos revolucionários.

Celso Lafer, com muita propriedade afirma ser o ensinamento cristão um dos formadores da consciência coletiva, que tornou possível a existência dos direitos humanos.

O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não *“há distinção entre judeu e grego”*<sup>40</sup>, pois *“não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus”*.<sup>41</sup>

Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.<sup>42</sup>

Não deve ser desprezado que o cristianismo dominou o mundo desde o ano I até meados do século XVIII, quando Nietzche anunciou a morte de Deus.

Nenhuma outra religião influenciou e teve contribuição decisiva nos negócios do Estado como o cristianismo, em suas várias modalidades.

---

<sup>40</sup> São Paulo, Epístola aos Romanos, 1.0, 12.

<sup>41</sup> São Paulo, Epístola aos Gálatas, 3, 28.

<sup>42</sup> ob cit p. 119.

No cristianismo, o homem libertou-se de seu invólucro político-social para adquirir um significado original pelo simples fato de ser homem. O valor da criatura, como diz Pascal resulta do fato de que mesmo na sua mais dolorosa miséria, tem consciência de sua miséria.

Na tradição grega, diferentemente a dignidade do homem emana dele próprio sem derivar de entidade superior e divina.

Profundo conhecedor do espírito grego, Nietzsche ao comentar acerca do consolo metafísico daquele povo assim se expressa:

*“Com esse coro consola-se o heleno profundo, e apto unicamente ao mais brando e ao mais pesado sofrimento, que penetrou com olhar afiado até o fundo da terrível tendência ao aniquilamento que move a assim chamada histeria universal, assim como viu o horror da natureza, e está em perigo de aspirar por uma negação budista da existência. Salva-o a arte, e pela arte salva-o para si...a vida”.*<sup>43</sup>

Contudo esta concepção teológica não foi capaz de gerar uma concepção de Direitos Humanos tal como o conhecemos hoje, ou de ao menos fundamentá-los. Nem a religião judaica ou o cristianismo da Antiguidade, e muito menos a filosofia, se chocavam com a existência da escravidão.

Na realidade, o evoluir das lutas sociais, contra o arbítrio do soberano, foram historicamente, desenvolvendo o conceito de dignidade humana, e juntamente com este, os conceitos de igualdade, liberdade e fraternidade.

---

<sup>43</sup> O nascimento da Tragédia no Espírito da Música, Os pensadores p. 18.

A longa evolução histórica, de transformações sociais e religiosas, contribuiu para o reconhecimento da dignidade do homem, e de sua positivação em diversos documentos espaçados pelo tempo e espaço.

Infere-se, portanto, na história, em inúmeros documentos consagradores de direitos fundamentais a elegia à dignidade do homem, no que foi seguido pela atual constituição em seu art. 1º, inciso III.

O primeiro documento desta natureza, foi uma lista de direitos que o Rei Afonso IX concedeu em 1188, às cortes parlamentares de Representação corporativa do reino de Espanha. Nesse documento se encontram, por exemplo, o direito do acusado ao ordenamento regular do Processo, o direito à integridade da vida, honra, casa e propriedade.<sup>44</sup>

Posteriormente o princípio da dignidade humana foi se incorporando às diversas constituições, constituindo-se em clausula Pétreia e fundamento dos Estados Democráticos.

A primeira nação a incorporar o princípio foi a República Federal da Alemanha, cuja “Lex Fundamentalis”, agasalhou um núcleo intocável de direitos fundamentais e humanos: Eles são garantidos pela Constituição. É o que preleciona o artigo primeiro:

*“A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação de todo poder Público”.*

---

<sup>44</sup> Maluschke, Günter, Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos.

Na atualidade , pauta a tendência dos ordenamentos, ao reconhecimento do ser humano como centro e o fim do direito. Esta inclinação foi reforçada após a segunda Guerra Mundial, ante as atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, encontrando-se plasmada a título de valor, nos Estados que adotam o modelo Democrático de Direito.

A Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947 deu guarida ao principio em seu artigo 3º, quando afirmou: *“Todos os cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”*

Nessa linha a Constituição Portuguesa, promulgada em 1976, acentua em seu artigo 1º, principio inerente aos direitos fundamentais: *“Portugal é uma República soberana , baseada entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre”*. Da mesma forma a constituição da Espanha, advinda da derrocada do franquismo, assim a expressa: *“A dignidade da pessoa humana ,os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”*.

A carta das nações unidas de 1945 traz em seu preâmbulo a referencia a dignidade da pessoa humana, assim como a declaração dos direitos do homem elaborado pela ONU em 1948 .

O artigo 1º daquela declaração dispõe no sentido que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”*.

A Constituição brasileira de 1988 no rol dos direitos individuais no seu art. 5º trouxe à lume importantes exigências que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, há de observar sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, podemos descortinar, no referido dispositivo garantias inerentes à: vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (inciso III). Assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); observância ao devido processo legal (inciso LIV) com todos os seus consectários entre os quais o contraditório e a ampla defesa (inciso LVX) julgamento por autoridade competente (inciso LIII), a não admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI) a proscrição de juízos ou tribunais de exceção (inciso XXXVII) e..a consideração de que ninguém será reputado culpado senão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVTI). importando esta última em pressupor que a segregação do acusado, antes da sentença irrecorrível, somente se legitima em situações proporcionais e excepcionais, previstas em lei; legitimidade material do direito de punir, tais como a reserva legal da definição de crimes e cominação de penas (inciso XXXIX); individualização destas na medida da culpabilidade do infrator (incisos XLV e XLVI), a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (inciso XLVII) movimentação da competência prisional (incisos LXI a LXVI e LXVIII), e execução da pena (incisos XLVIII e LI).

Em Kant, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Desta forma, "o

*homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade*".<sup>45</sup>

Conseqüentemente, cada homem é fim em si mesmo, e se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando-se que cada pessoa é tomada como um fim em si mesmo e não como instrumento ou como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e "um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro".

No entanto, tomar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana, ou seja, que num conflito indivíduo *versus* Estado, privilegie-se sempre aquele. Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a inter-relação entre os valores individuais e coletivos; inexistente, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que

---

<sup>45</sup> (SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade pg 47).

pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito o que, como vimos, não implica um conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o "homo clausus", ou o "antropologicun fixo". Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma "integração pragmática".

Saliente-se, ainda, que, pelo caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, defendido por W. Maihofer, citado por Pérez Luño, na elaboração de seu significado parte-se da situação básica (*Grundsituation*) do homem em sua relação com os demais, isto é, da situação do ser com os outros (*Mitsein*), em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual (*selbstein*). O que, ressaltamos nós, tem particular importância na fixação, em caso de colisão entre direitos fundamentais de dois indivíduos, do *minimum* invulnerável, além de, como destacou Pérez Luño, contribuir no estabelecimento dos limites e alcance dos direitos fundamentais.<sup>46</sup>

Enfim quase todas as constituições de países civilizados integraram em seus ordenamentos jurídicos, em especial no capítulo destinados aos direitos fundamentais, o princípio referente á dignidade do homem.

---

<sup>46</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E. - Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, p. 294.

Porém, em que consiste o princípio da dignidade do homem, tal como expressado na constituição?

Etmologicamente, dignidade vem do latim "*dignitas*", adotado desde o século XI significando cargo, honra, honraria ou título, podendo ser considerado em seu sentido, de postura socialmente conveniente diante de determinada situação.

A partir do século XVIII, contudo a dignidade da pessoa humana passa a ser objeto de reivindicação política, referindo-se a uma condição que é essencialmente própria da pessoa humana.

O acolhimento do princípio da dignidade humana nos sistemas constitucionais positivos, tem como fundamento a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana.

Karl Larenz, instado a pronunciar-se sobre o personalismo ético da pessoa no Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio<sup>47</sup>.

Na doutrina Pátria, Alexandre de Moraes nos oferece uma conceituação:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais,

---

<sup>47</sup> Derecho Civil, parte General. Madri : Editoriales de Derecho Reunidas 1978 p. 46.

mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>48</sup>

Alguns autores como Carmem Lúcia Antunes Rocha asseveram que “*a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da igualdade jurídica, sem que haja absorção de um pelo outro*”<sup>49</sup>.

Isto porque inexistem nas relações humanas qualquer espécie de vassalagem de uns pelos outros, ou quaisquer superioridade por motivo de raça, sexo, idade, origem, ou qualquer outra forma de discriminação.

A consagração da dignidade da pessoa humana, portanto, implica em considerar o homem, com exclusão dos demais seres, como centro do universo. Esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange a todos os seres humanos, e cada um deles individualmente considerados.

Deflue-se quatro importantes conseqüências, com os respectivos corolários.

A primeira é que todos os homens são iguais, sem distinção de raça, credo, etnia, pensamento etc. São independentes e autônomos de forma a impedir qualquer coação ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique em sua degradação. Esta dignidade deve ser objeto de observância e proteção, e finalmente deve, tanto o Estado, como os particulares, fornecerem os meios para o desenvolvimento da pessoa humana, sendo vedado a imposição de condições subumanas de vida.

---

<sup>48</sup> Direitos Humanos Fundamentais p. 60.

<sup>49</sup> Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.

Destes quatro princípios extraem-se dois importantes corolários ou sub-princípios:

- a) em primeiro lugar, observa-se que a igualdade entre os homens, representa uma obrigação imposta aos poderes públicos, tanto mais, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, II da C.F.), quer no que tange à elaboração da lei (igualdade na lei), quer na aplicação da norma jurídica (igualdade perante a lei);
- b) em segundo lugar, emerge da condição humana, o conceito de universalidade, tendo os cidadãos, na forma da lei, a prerrogativa de utilização dos direitos inerentes à cidadania, sendo vedado qualquer forma de discriminação.

A dignidade do homem encontra-se, destarte ligada à noção de valor, em cuja expressão máxima vamos encontrar a liberdade, a unicidade do homem, sua autoconsciência, sociabilidade, historicidade e autonomia.

Por liberdade, entenda-se não só a impossibilidade de determinação, mas também o de fazer ou não fazer aquilo que determinam as leis dentro de um critério discricionário.

A autoconsciência do homem é o poder de auto-reflexão, que o faz evoluir continuamente para si mesmo.

Sua sociabilidade deriva de sua própria natureza, como já assinalou Aristóteles. O homem isolado jamais é auto-suficiente.

O homem não é fruto dele mesmo sendo o conjunto de heranças recebidas por seus ancestrais, cuja herança é continuamente aperfeiçoada.

A unicidade do homem, vem a representar o mundo individual que cada um vive, sem supedâneo em outro ser humano.

Por fim a autonomia do homem vem a ser aquela característica dignitária, em que o homem formula suas próprias regras de vida.

O princípio da Dignidade é pois, o princípio norteador do sistema constitucional, estado na base piramidal do ordenamento jurídico figurando como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art 1º, III da Constituição Federal)

Este princípio, vincula e obriga todas as ações políticas visto que, o homem constitui o próprio fundamento do Estado expressado em sua maior lei, a Constituição.

Destarte, o núcleo essencial da hermenêutica, é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois além de configurar um mínimo necessário para a interpretação constitucional, serve para dirimir conflitos entre interpretações.

Não é outra lição de Pedro Neto, para quem “o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser tido como núcleo essencial da hermenêutica.”<sup>50</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal, reconhece a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais como se pode observar de apreciação da seguinte emenda.

---

<sup>50</sup> A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais RT. SP, 2002.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, inclusive aquelas portadora do vírus HIV/AIDS, da efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º) e representa, na do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço a vida e a saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. precedentes do STF.

Como bem observado por Arendt:

“O homem pode perder todos os chamados Direitos do homem, sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é o que o expulsa da Humanidade”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Op. cit pg 331.

## 6. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS QUALIFICADAS : AS CLAUSULAS PÉTREAS.

Meireles Teixeira define as garantias constitucionais chamando-as de direitos institucionais:

*“Os Direitos institucionais - já vimos em que consistem esses direitos, também denominados 'princípios constitucionais ou garantias institucionais. Preferimos, todavia, a denominação direitos institucionais porque eles configuram verdadeiros direitos subjetivos, e ainda para não confundi-los com as garantias gerais ou específicas da liberdade (garantias constitucionais”<sup>52</sup>.*

Tais direitos se configuram quando a Constituição garante a existência de instituições, de institutos, de princípios jurídicos, ou ainda a permanência de certas situações de fato, não podendo, portanto, confundirmos nem com os direitos fundamentais, nem com os direitos sociais, nem finalmente, com os direitos políticos ou subjetivos dos indivíduos.

Como características desses direitos, ou garantias institucionais, como os denomina, aponta Schmitt os seguintes:

---

<sup>52</sup>Teixeira, J. H. Meirelles Curso de Direito Constitucional, p. 696.

- a) são, por sua essência, limitados, isto é, somente existem dentro do Estado, afetando uma instituição juridicamente reconhecida, que como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada, de serviços, de certas tarefas e de certos fins, ainda quando essas tarefas não estejam particularmente designadas e seja admissível uma “universalidade de seu círculo de atuação;
- b) a proteção Jurídico constitucional visa justamente esse círculo de relações, ou de fins;
- c) existem dentro do Estado, não antes ou acima dele, pois o Estado moderno é uma unidade política cerrada, é o status por essência, um Status total, que relativiza em seu seio todos os demais status. Não pode, portanto, reconhecer em seu seio nenhum status de direito público, ou ente intermediário, dado antes dele, sobre ele, que se lhe sobreponham, ou se lhe equiparem, como independentes de sua esfera;
- d) além de limitados, são relativos, isto é, existem e são garantidos apenas nos limites da lei, ou de acordo com as leis. Enquanto o conteúdo dos Direitos fundamentais considera-se anterior á lei, resultante da própria ordem natural das coisas, da natureza e dos atributos da pessoa humana, e as restrições legais a este conteúdo apresentam-se como excepcionais, já em relação aos direitos institucionais o conteúdo destes é dado pela própria lei, que lhe fixa soberanamente a extensão e os limites.

Rui Barbosa citado por Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional declara que:

*“O direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”.*<sup>53</sup>

Observe-se que a separação de poderes, ao lado do voto secreto universal e periódico e dos direitos e garantias individuais elencam o rol das chamadas clausulas pétreas.

Se a separação de poderes e o voto secreto universal e periódico e a federação se constituem em clausula pétrea, com mais razão também se constituem os direitos humanos fundamentais, visto situarem-se no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, dando-lhe suporte e legitimidade

É que conforme prelecioná de forma acertada o Prof. Paulo Bonavides os direitos fundamentais estão erígidos em garantias constitucionais qualificadas ou garantias constitucionais de primeiro grau.

*“A garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte, este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a*

---

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional p. 484.

*matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma".<sup>54</sup>*

O termo garantia, desvinculado de qualquer acepção política, deriva de garant, do alemão gewahren-gewahr-leistung, cujo significado é o de sicherstellung, a saber, de uma posição consolidadora da segurança e que põe cobro à incerteza e à fragilidade<sup>55</sup>. "A garantia - meio de defesa - se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias (...) tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa os dois institutos".<sup>56</sup>

Desta forma os direitos e garantias fundamentais, estão protegidos do poder reformador derivado, não podendo seu alcance ser restringido por meio de emenda constitucional, visando a proteção de seu núcleo básico, de forma a não se desfigurar; o seu perfil original. A esfera protetiva dos direitos e garantias fundamentais foi consideravelmente ampliada à condição de "cláusula pétrea", que por seu turno reveste-se de imodificabilidade absoluta do teor essencial dos dispositivos ali contidos. Esta garantia constitucional qualificada encontra sua expressão máxima no art.60§4º, que declara ser que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Os direitos fundamentais desfrutam portanto, de garantias advindas de própria constituição, visando a proteção de seu núcleo básico, de forma a evitar a sua supressão pelo poder constituinte derivado.

---

<sup>54</sup> Direito Constitucional p. 503.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 481.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Op. Cit. p. 482.

São, garantias constitucionais de primeiro grau, distinguindo-se das garantias constitucionais simples ou de segundo grau, cuja intangibilidade, não alcança a proteção máxima alcançada pelos primeiros.

Enquanto as cláusulas pétreas ou garantias qualificadas visam proteger os direitos fundamentais, da ação do poder constituinte derivado, as garantias simples recaem contra a ação do legislador ordinário.

Intensa, tem sido a discussão acerca da aplicação das chamadas cláusulas pétreas.

Alguns afirmam a imutabilidade das normas constitucionais, protegidas pelas cláusulas pétreas. Outros, alicerçados na idéia da soberania popular, admitem que a constituição pode a qualquer tempo ser modificada tendo em vista que o próprio meio social é composto de mecanismos as quais Lhumán denomina de entradas (inputs) e saídas (outputs) de sinais, estímulos e informações.

Em não sendo o meio social e imutável, imutável, mas sempre em estado de constante mutação e ebulição, não se justificaria a admissão de normas constitucionais, que perdurassem no tempo indefinidamente, inobstante a sua notória ineficácia e evidente inaplicabilidade.

Tal entendimento, levaria a uma instabilidade da constituição, evidenciando uma permanente contradição entre o poder constituinte originário, que outorga ao povo o direito de alterar a constituição e a vocação da permanência desta, que repugna mudanças substanciais.

Napoleão Nunes Maia Filho, tratando do tema e comentando o citado dispositivo indica os motivos que levou o poder constituinte a erigir a máxima proteção aos Direitos Fundamentais:

*“Diz-se que a imodificabilidade dessas disposições atende também a uma finalidade estratégica de ordem constitucional, conferindo-lhe rigorosa rigidez, em prol da consolidação e da preservação das conquistas individuais, sociais e ideológicas, que nelas estão cristalizados”.*<sup>57</sup>

As cláusulas pétreas portanto, traduzem a idéia de perenização do direito, embora tal idéia soe de modo estranho e seja combatida por alguns juristas, que como Kelsen, não concebem uma norma, embora constitucional e relativa aos direitos de liberdade dos indivíduos, como acima das mutações e revoluções sociais.

“ Não se deve confundir a idéia de cláusula pétreas, e garantia qualificada, com a noção de “cláusula de eternidade”, advogada por alguns juristas em crítica a este instituto tão caro ao regime das liberdades e direitos do cidadão.

Por conseguinte , vemos a transcrição desse entendimento na lição de Inocêncio Mártires Coelho, que assim trata acerca do tema ora sob análise:

*“Igualmente, e por via de consequência pode-se dizer que sobre esta concepção, que é de um pragmatismo político Admirável, não existem constitucionais intocáveis -cristalizadas - em cláusulas pétreas ou protegidas por garantias de eternidade-, mas tão somente conteúdos normativos de maior significação jurídico-política, em relação aos quais*

---

<sup>57</sup> Estudos Temáticos de Direito Constitucional p. 212.

constitui a essência, acrescido daqueles traços ou características a fixadas desde logo pela constituição; plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos. Observando esse mínimo, a lei ordinária é de quem dá o instituto o restante do seu conteúdo e da sua organização, podendo, por exemplo, retirar da sua competência o julgamento de todos aqueles crimes que não sejam os dolosos contra a vida, aumentar ou diminuir o número de seus membros, etc.

A garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (CF/88, art5º, inciso LV), acarreta uma série de garantias implícitas, dela decorrentes, tais como a) a entrega da nota de culpa em vinte e quatro horas ao preso; b) a proibição da prisão sem mandado expedido pela autoridade judiciária competente, a não ser em caso flagrante delito; c) a proibição da conservação na prisão sem culpa formada; d) a suspensão da prisão pela fiança, nos casos em que a mesma é admitida; e) as cautelas para assegurar a inviolabilidade do domicílio; que é complemento da liberdade individual; f) a competência da autoridade e a forma processual; g) a proibição de júzós ou tribunais de exceção; h) a proibição de prisão civil por dividas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário fiel.

Trata-se no dizer de Paulino Jacques, de direitos implícitos das pessoas, verdadeiras contra-partidas dos poderes implícitos do Estado, reconhecidos em todas as democracias representativas do mundo, pelo que urge reconhecer que, tanto no âmbito do direito penal, como no âmbito do direito processual penal, existem garantias explícitas e garantias implícitas. As chamadas garantias explícitas são aquelas previstas, de forma expressa, nas constituições, como acontece em todas as

constituições brasileiras até hoje editadas. E as garantias implícitas são decorrentes de normas da constituição, semelhantes ao art. 144 da Constituição Federal de 1946, ao art. 153§ 36, da constituição de 1969, e ao art. 5º § 2º, da Constituição de 1988. São implícitas exatamente porque tudo aquilo que vier favorecer o réu deve ser levado em consideração, seja princípio geral do direito, seja decorrência do emprego da analogia ou da equidade, como aliás recomendam a constituição de 1891(art. 78), a constituição de 1934(art.114) e a lei de Introdução ao código Civil- decreto lei nº 4657, de 04/09/1942(art.4º). Sendo norma de sobredireito, na interpretação do direito sancionador os princípios civis não podem ser postergados. .<sup>59</sup>

Diante do teor expresso da norma ínsita no art. 60 § 4º da Constituição Federal, que declara ser insuscetível de modificação os direitos e garantias individuais, surge a pergunta inevitável. Estão outros direitos como os sociais , os direitos políticos e de nacionalidade, dentre outros excluídos da proteção máxima outorgada pelo poder constituinte originário?

Entendemos que sim, não obstante opiniões em contrário, que consagra a proteção qualificada apenas para os direitos individuais de primeira geração.

Não se pode permitir, no caso de clausulas pétreas, uma interpretação restritiva, visto que no próprio rol elencado no art. 5º, existem direitos de fruição coletiva , que tratam os incisos XVI,XVII e XIII, liberdade de reunião e de associação, embora taxados de individuais.

---

<sup>59</sup> In: Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, 1991, p.696.

Outrossim o parágrafo 2º do art. 5º dispõe que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Ora, os princípios fundamentais, de forma clara consagram a idéia de que o Brasil constitui-se em Estado Democrático e social de direito.

Por seu turno a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, cerne e núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Desta forma, tendo em vista a consecução e finalidade do estado Brasileiro, bem como a adoção do regime democrático e social, verifica-se que também os direitos sociais e políticos, dentre outros estão abrangidos pela proteção máxima das clausulas pétreas

Quanto aos Direitos Políticos, referentes à nacionalidade e cidadania, não é de se olvidar, que são autênticos direitos que originam direitos ou o direito a ter direitos, razão pelo qual estão incluídos na ampla proteção das clausulas pétreas, tendo em vista a sua proteção contra o Estado.

Observe-se finalmente inexistir diferença de conteúdo entre os direitos individuais e coletivos, os sociais e os direitos políticos. A diferença aqui vem a ser apenas de perspectiva, bem como da localização topográfica de tais direitos.

As clausulas pétreas, portanto, não só abrangem os direitos e garantias individuais catalogados no art. 5º, mas também os direitos sociais, direitos de

nacionalidade, direitos políticos, e outros direitos cujo teor essencial, se reporte para tais garantias, como por exemplo o direito de ter uma meio ambiente saudável.<sup>60</sup>

Daí as palavras de Ingo Sarlet Wolfgang: “Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60§ 4º, inciso,IV da nossa lei fundamental, incluem, portanto os direitos sociais e os direitos de nacionalidade e cidadania (direitos políticos)”.<sup>61</sup>

Os direitos humanos fundamentais, guardam, portanto, dentro do ordenamento jurídica brasileiro, íntima conexão com o instituto das cláusulas pétreas.

Para se compreender esta conexão mista, necessário se faz compreender o significado e o alcance das cláusulas pétreas.

Preliminarmente é de observar-se que o fundamento das cláusulas pétreas é o poder constituinte originário, que por seu turno, tem o seu poder e competência emanada do povo.

Ao elaborar a teoria do poder constituinte Sieyés, indicou o modelo lógico e democrático a ser observado pelas constituições vindouras, baseadas na existência do pacto social.

O modelo ideal proposto por Sieyés é o estabelecimento da constituição por uma Assembléia de representantes especiais.

---

<sup>60</sup> art.225.

<sup>61</sup> ob cit. pg 367

Este modelo contudo não se apresenta único. O poder constituinte pode manifestar-se de várias formas, e como bem lhe pareça: uma revolução, outorga, a reforma constitucional etc.

Este princípio obedece em parte o que preceitua o art. 28 parte final da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 24 de junho de 1793, onde está escrito.

*“Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e modificar a sua constituição”.*

Observa-se , que o legislador constituinte dotou a constituição de mecanismos capazes de impedir a erosão dos direitos fundamentais, pelo poder constituinte derivado, ou o legislador ordinário.

São os limites materiais e formais, impostos pela Constituição de 1988, classificada como rígida, de molde a impedir a evasão de vontade normativa do constituinte originário. A constituição de 1988, sendo uma constituição rígida, inibe a sua modificação por meios que não estejam previstos na própria constituição, ainda que o único meio ora admitido para sua reforma, é a emenda à constituição (art. 60 de C.R), visto que o processo de revisão constitucional previsto no art. 3º dos atos das disposições transitórias, já se encontra encerrado.

Estes limites estão expressos no art. 60 do C.R., estabelecendo os limites formais (iniciativa discussão , quorum de votação e promulgação) e materiais (forma federativa de Estado, voto direto secreto e universal e periódico, separação de poderes e o direito e garantias individuais) , limites circunstanciais que consistem na proibição

do funcionamento do poder de revisão ou de emenda na vigência de Estado de Sitio, Estado de Defesa e Intervenção Federal e limites temporais, que no nosso texto constitucional aplicou somente ao poder de revisão e consistiu na proibição de realização da revisão antes de completados cinco anos da promulgação da Constituição.

## **7. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AOS PODERES DO ESTADO**

Os direitos humanos fundamentais gozam de mecanismo de proteção frente aos demais poderes do estado: Executivo, legislativo e judiciário.

### **7.1 Proteção contra o legislador**

Como já se observou o constitucionalismo teve como objetivo principal assegurar os direitos fundamentais contra o poder absoluto, consoante se infere com precisão no art.16 da declaração de 1789.

Uma das proteções do indivíduo contra o Estado foi à tripartição das funções no âmbito do poder, ante o princípio da separação dos poderes, do qual decorre o sistema de freios e contrapesos.

A experiência demonstrou que a unicidade do poder, desemboca para o arbítrio e o absolutismo.

Daí, terem os direitos fundamentais, proteção específica contra cada um dos poderes do Estado.

No âmbito do poder legislativo a proteção consiste na exigência da constitucionalidade dos atos e do processo legislativo, impondo limites ao legislador quer formais, quer materiais.

Sobre o aspecto material, o ato legislativo deve ser compatível com a Constituição Federal. Observa-se que os direitos fundamentais não podem existir fora da Constituição vistos que são normas substancialmente constitucionais.

Os requisitos formais a serem observados devem obedecer ao princípio da legalidade, e encontrar-se em conformidade com as regras do processo legislativo constitucional.<sup>62</sup>

Impende registrar que o art. 60§4º da Constituição Federal/88, traduzido em clausulas pétrea impede ao legislador constituinte derivado, de sequer deliberar, acerca de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

No direito constitucional brasileiro foi adotada a regra do controle repressivo de constitucionalidade pelo poder judiciário, que realiza o controle de lei ou de ato normativo já editado perante a Constituição Federal para retirá-las do ordenamento jurídico.

Contudo, em se tratando de proteção às clausulas pétreas, o Poder Judiciário pode realizar o controle prévio ou preventivo de constitucionalidade.

Este controle pode ser realizado de duas formas.

Através do sistema americano também conhecido como controle difuso aberto, cujas características são as seguintes:

- a) trata-se de um controle judicial, no sentido de que é o juiz quem o exerce com exclusão de qualquer outra autoridade;

---

<sup>62</sup> art.59 a 69 da Constituição Federal

- b) é difuso porque todo e qualquer juízo ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo;
- c) tem caráter incidental visto que é preliminar para a decisão concreta em uma lide;
- d) seus efeitos são apenas para o caso concreto em que houver a declaração e entre as partes envolvidas no processo;
- e) o ato inconstitucional é considerado nulo não produzindo efeitos validos;
- f) seus efeitos são extensos visto que se desfez desde a origem o ato declarado inconstitucional.

Referido modelo foi integrante recepcionado pelo o direito brasileiro.

A outra forma de controle de constitucionalidade adveio do modelo europeu tal como consagrado na Constituição da Áustria por influência de Hans Kelsen. Trata-se do controle concentrado ou na de ação direta cujas características são as seguintes:

- a) trata-se a exemplo do controle difuso de um controle eminentemente jurisdicional;
- b) apenas, uma corte, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, pode exercer o controle;
- c) seus integrantes fazem parte do poder judiciário diferenciando-se dos cortes constitucionais européias em que seus membros não são integrantes do judiciário;

- d) o controle que exerce é repressivo;
- e) é concentrado porque só a corte constitucional pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou normativo;
- f) tem caráter principal já que o objetivo da decisão é, principalmente, apreciação da Constituição ou da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo;
- g) seus efeitos são *erga omnes* não podendo mais a lei ser aplicada;
- h) seus efeitos são, "*ex tunc*", ou seja, a decisão tem caráter retroativo, salvo na hipótese de concessão de liminar, que terá efeito "*ex nunc*", consoante e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente consoante preleciona o Prof. José de Albuquerque Rocha:

"outra garantia dos direitos fundamentais face ao legislador é constituída pelos instrumentos configuradores da chamada Democracia direta (...). A constituição na esteira de outras constituições prevê, alguns mecanismo de democracia direta, podendo-se mencionar o plebiscito, o referedum, e a iniciativa popular, todos aptos a serem utilizados como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, frente aos atos lesivos do poder legislativo.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Estudos sobre o Poder Judiciário p. 65

## **7.2 Proteção contra o poder Executivo**

Os direitos fundamentais surgiram basicamente como reação aos abusos do poder executivo no Estado absolutista.

Mas não só nos Estados absolutistas o poder executivo tende a violar o regime de liberdade pública, a desrespeitar os direitos sociais entre outros, mormente nas democracias ingêntes e por vezes enfraquecidas do terceiro mundo.

Não sem razão, a constituição consagrou a garantia constitucional de amplo acesso ao poder judiciário conforme se observa do art. 5º XXXV (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional): “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça ao direito.”

Igual princípio encontra-se no art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde se explicita, que todos tem direito à igual proteção da lei.

Na realidade, o direito constitucional brasileiro adotou alguns remédios jurídicos, de forma a proteger os cidadãos dos abusos do poder executivo: o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo entre outros.

Como se observa cabe ao poder judiciário a proteção dos direitos fundamentais. Contudo, é curial que o poder deve ser provocado, quer pelo Ministério Público, quer pela classe dos advogados.

No que tange á primeira instituição à constituição de 1988, deu-lhe autênticos poderes de proteção em prol dos direitos fundamentais tais como os interesses difusos e coletivos, dentre outros.

É o que resulta do art. 129, I e III da C.F. O primeiro desses incisos atribui-lhe a função de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, bem como os direitos assegurados pela constituição, promovendo, as medidas necessárias á sua garantia, o segundo, pela competência de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Como já referido, o Sistema da Constituição 1988, visando conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direitos e garantias fundamentais e sociais, introduziu novos remédios constitucionais em seu texto. Dentre estes instrumentos temos, o mandando de segurança coletivo e o mandado de injunção.

Tratam esses mecanismos constitucionais de preservar os direitos assegurados na Carta Magna, para que se instaure um governo legítimo e uma sociedade mais justa, sem o recurso do terror, da tirania e da confrontação violenta.

Essas inovações constitucionais vieram consolidar a democracia no Brasil, pois têm como escopo, proteger os direitos públicos subjetivos, as liberdades públicas, os direitos fundamentais do homem, para que se previna a violação desses direitos, ou se restabeçam os direitos fundamentais violados.

Esses instrumentos constitucionais tutelam ainda o interesse da coletividade no respeito da ordem jurídica, isso para a efetiva aplicação prática das garantias previstas na lei maior.

São os chamados remédios jurídicos, para sanar a ilegalidade ou abuso do poder, ou simplesmente a omissão dos poderes públicos, pois previnem, sanam e corrigem a ilegalidade, o abuso de poder, a arbitrariedade e a intervenção desnecessária.

A Carta de 1988, além de introduzir esses mecanismos já citados e amplamente conhecidos, criou também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Esses institutos visam a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Deste modo, a partir do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, toda e qualquer norma definidora desses direitos há de alcançar aplicação imediata, devendo os poderes públicos serem orientados nesse sentido, pois a eles cabe conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental.

### **7.2.1 Direito à Informação**

O direito à informação é aquele que *“todos têm, a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, sendo ressalvados os casos*

de cujo sigilo das informações sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, inc. XXXIII).

### 7.2.2 Direito de Petição

O direito de petição, preconizado no art. 5º, inc. XXXIV, letra “a”, assegura a todos o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de seus direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, isso independente de pagamento de taxas.

Pelo teor do inciso supra mencionado vislumbra-se que não existe restrição quanto a esse direito, posto que segundo texto constitucional é extensivo a todos.

O renomado jurista José Afonso da Silva o define como:

*“o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma questão ou uma situação”, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade”.*<sup>64</sup>

Preleciona, outrossim, que o direito de petição pode ser utilizado por pessoa física ou jurídica; por indivíduo ou por grupos de indivíduos; por nacionais ou estrangeiros, porém não pode ser interposto pelas forças militares, como tal, o que não inviabiliza reconhecer os membros das forças armadas ou das polícias militares o direito individual de petição, desde que sejam observadas as regras de hierarquia e disciplina.

---

<sup>64</sup> In: Curso de Direito Constitucional Positivo 9ª Ed. Pg 78.

É oportuno salientar que a postulação pode ser dirigida a qualquer autoridade do Poder Legislativo, Executivo ou do Judiciário.

Esse direito não pode ser destituído de eficácia, não podendo destarte a autoridade a quem é dirigido deixar de pronunciar-se quer para acolhê-la quer para negá-la, com a devida motivação.

As Constituições da Colômbia, Venezuela e Equador contemplam explicitamente o dever de resposta.

À guisa de esclarecimento, o direito de petição é de origem remota, nasceu na Inglaterra, na idade média, cuja denominação, *right of petition*, resultou especialmente das revoluções inglesas de 1628, mas que já se havia inserido na Constituição de 1215.

Consolidou-se porém, com a revolução de 1689, com a declaração dos direitos (*Bill of Rights*). Consistindo, de início, em simples direito do Grande Conselho do Reino, depois do Parlamento, em pedir ao rei sanção das leis. Não foi amparado na declaração francesa de 1789, sendo consagrado porém nas Constituição francesa de 1791 (§ 3º da Tit.I): (*La liberté d'a oesser any autorité constitués des pétitions signés individuellement*) e de 1793 (declaração de direitos, cânone 32, *Le droit de présenter des pétitions aux. depositaire de L'autorité publique ne peut, en aucun cas, être interdit, suspendur ni limité*).

### **7.2.3 Direito de Certidão**

Contemplado no inciso XXXIV, letra “b”, do já referido art. 5º, é o direito que todos têm de, independentemente do pagamento de taxas, obter certidões em repartições públicas, para defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Está consagrado no inciso supramencionado, letra “b” citados, o direito independentemente do pagamento de taxas a obtenção de certidões e esclarecimento de interesse pessoal.

Saliente-se, por oportuno, que não se exige à exemplo das Constituições anteriores, lei que regulamente a expedição de certidões para os fins indicados, tendo-se, nesse caso, a lei como desnecessária.

O entendimento jurisprudencial é que desde os primeiros momentos de aplicação da Constituição do ano de 1946, já existiam todos os pressupostos da eficácia plena e aplicabilidade imediata do texto que consagrava o direito a certidões como meio de obter informações e elementos para instruir a defesa de direitos, o que reveste o seu caráter de garantia constitucional e para esclarecimento de situações.

### **7.2.4 Habeas Corpus**

É o instituto previsto na Carta Magna, no inciso LXIII, do art. 5º, que deverá ser impetrado, “*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação, em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade, ou abuso de poder*”.

O Habeas Corpus foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais, cuja presença foi sentida na Inglaterra, antes mesmo da Magna Carta de 1215, que lhe deu a primeira formulação escrita.

Inicialmente não era vinculado à idéia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do “due process of law”. Era utilizado também em matéria cível, mais tarde, ainda na Inglaterra, adquiriu várias modalidades, quais sejam: Habeas corpus ad prosequendum”, “habeas corpus ad satisfaciendum”, “habeas corpus ad deliberandum”, “habeas corpus ad Faciendum et recipiendum”, “habeas corpus ad Subjiciendum”. Era, desta feita meio de levar alguém perante o tribunal.

Foi o “ Habeas Corpus amendment act “ , de 1679, que o configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar.

No Brasil, não foi recepcionado pela Constituição do Império preconizando o ilustre mestre Pontes de Miranda que estava implicitamente consagrado. Foi instituído formalmente no Código de Processo Criminal de 1832, no seu art. 340.

O Habeas Corpus foi constitucionalizado por meio do art. 72 § 22 da Constituição de 1891, em termos amplos, que deu margem a doutrina brasileira do Habeas Corpus, que o concebia como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza conforme lições de Rui Barbosa que reza :

*“Habeas Corpus hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o Habeas corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado,*

*impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”.*

Assim, as violações a direito civis estavam também sujeitas à correção pelo remédio heróico. Somente, através de Emenda Constitucional de 1926 é que foi limitado a sua pertinência à proteção da liberdade de locomoção, com um enunciado idêntico ao que consta no art. 5º, inciso LXVIII da vigente constituição.

### **7.2.5Mandado de Segurança**

É o remédio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam.

O Mandado de Segurança Individual está previsto no art. 5º, inciso LXIX, para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

O Mandado de Segurança Coletivo, assegurado no inciso LXX, do mencionado art. 5º, poderá ser impetrado por Partido Político com representação no Congresso Nacional, e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa do interesse de seus membros ou associados.

Objetiva o mandamus conforme se depreende do texto constitucional a amparar direito pessoal líquido e certo, cujo titular é quem tem legitimidade para impetrar o remédio, oponível contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de suas atribuições públicas, visando corrigir ato ou omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder.

O Mandado de Segurança é, pois, constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato ou omissão de Autoridade Pública ou Agente de Pessoa Jurídica no exercício de atribuições do Poder Público<sup>65</sup>.

O insigne jurista Hely Lopes Meirelles conceitua direito líquido e certo como sendo “*o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração*”.<sup>66</sup>

#### **7.2.6 Mandado de Injunção**

Recepcionado no inciso LXXI, do art. 5º, do texto constitucional, posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O objetivo desse remédio é conferir a imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em razão da inexistência de regulamentação.

---

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. In: Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 59.

<sup>66</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo Brasileiro, 1996, p. 145.

Prende-se, pois a assegurar o exercício de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social), não regulamentado; de liberdade constitucional, não regulamentada. As liberdades são estabelecidas em normas constitucionais comumente de aplicabilidade imediata, portanto independentemente de regulamentação; ou seja incidem diretamente, de forma que, dificilmente oportunizará o remédio nessa matéria. Há que ser destacado o caso da liberdade de cultos religiosos, prevista no art. 5º, inciso VI, que de certo modo ficou dependente, quando reza: *“garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias e por último as prerrogativa inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania, quando não regulamentada”*.

Saliente-se que a soberania de que trata o cânone em comento, não é a soberania estatal, mas sim a soberania popular, segundo disposto no art. 14.

Os requisitos para a aferição dos benefícios são dois, quais sejam: 1. A falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; 2. Ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em Juízo. O interesse de agir, mediante Mandado de Injunção, decorre da titularidade do bem reclamado, para que a sentença que o confira tenha direta utilidade para o demandante.

A norma regulamentadora segundo disposto no art. 103, § 2º da Lei Maior é *“medida para tornar efetiva norma constitucional”*. Destarte, a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora, caso não ocorra, o direito previsto não se concretizará.

Assim, faz-se necessário a interposição do mandado de injunção para fazer com que a norma seja aplicada em favor do impetrante, por não ter sido regulamentada, pois caso contrário, o remédio será incabível, posto que o direito a liberdade ou as prerrogativa estabelecidas em normas constitucionais regulamentadas, quando não satisfeitos, só podem ser reclamados por outro meio jurídico.

Como já fora mencionado, o mandado de injunção tem por fito realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade de prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentar torne inviável o seu exercício.

A competência para processar e julgar o mandado de injunção encontra-se elencada nos arts. 102, I, letra “q” e II, “a” e 105, I, letra “h”

### **7.2.7 Habeas Data**

É o instrumento constitucional que visa assegurar à pessoa física ou jurídica, o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Está previsto no art. 5º, inciso LXXII.

O direito de interpor o remédio, bem como de conhecer e retificar os dados, não prestados espontaneamente é privativo do titular dos dados, ou seja é personalíssimo, podendo o impetrante ser brasileiro ou estrangeiro.

O Habeas Data objetiva assegurar ao impetrante o direito de ter acesso e conhecimento de informações atinentes a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidade de caráter público; bem como, o direito à retificação desses dados, que poderão ser atualizados, corrigidos e até suprimidos, quando estiverem incorretos.

Vislumbra-se que o dispositivo constitucional faculta ao impetrante, no tocante ao direito de retificação o processo sigiloso, judicial ou administrativo, fazendo crer que, em sendo sigiloso, não está sujeito ao habeas data, mas a outra ação, o que é veementemente contestado pelo mestre José Afonso da Silva, que aduz não ter qualquer sentido essa afirmativa, vislumbrando também a possibilidade da interposição de dois habeas data, para que uma mesma pessoa tome conhecimento dos fatos e proponha a retificação do mesmo.

A competência dos Órgãos Judiciais Federais para processar e julgar o Habeas Data está prevista nos arts. 102, I “d”, II letra “a”; 105, I, “b”; 108, I, “c”; 109, VIII e 121 §4º, V. da Constituição Federal.

Segundo o Professor José de Albuquerque Rocha, existe um princípio capaz de proteger os direitos fundamentais, face ao poder executivo: O princípio da reserva da lei.

Por princípio da reserva da lei :

*“traduz-se na exigência de que a regulamentação dos direitos fundamentais, quando requerida, é da competência do legislativo, através da lei. Veda-se, pois, ao executivo a possibilidade de fazê-lo por meio dos instrumentos que*

*lhes são próprios, eliminando-se assim, o risco de violar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a pretexto de regulá-los, como costuma acontecer nos regimes autoritários”.*<sup>67</sup>

### **7.3 Proteção contra o poder judiciário**

Segundo a doutrina mais autorizada, o poder judiciário, é o guardião da constituição, sendo que a tarefa precípua de protegê-los encontra-se destinada a uma corte superior, o Supremo Tribunal Federal. Não se encontra contudo, o poder judiciário, imune ao controle, principalmente em se tratando de direitos humanos fundamentais.

Embora, não seja uma corte constitucional, nos moldes do que já existe nos países europeus, o Supremo Tribunal Federal é o órgão judiciário que tem o poder de declarar a inconstitucionalidade da lei “em tese”, e juntamente com o Senado retirar-lhe a eficácia expulsando-a do ordenamento jurídico.

Nos juízos inferiores a declaração de inconstitucionalidade é realizada entre as próprias partes, gerando a coisa julgada apenas entre estas partes, não sendo possível a extensão de seus efeitos “*erga omnes*”

Consoante preleciona Alexandre de Moraes, a idéia modernamente defendida, portanto é de necessidade das instituições independentes, paralelas aos tradicionais poderes do Estado e com a missão de tutelar os direitos fundamentais, fiscalizando o

---

<sup>67</sup> Op. cit. p. 66.

comprimento por parte do poder estatal das previsões constitucionais e legais, e exigindo a cassação e reparação de eventuais ilegalidades ou abuso de poder.<sup>68</sup>

Daí alguns países terem criado no âmbito da sua normatividade, órgãos estatais, com previsão constitucional, e independência semelhante a dos juizes.

Assim foi na Suécia, com a figura do “*ombudsman*,” o mediateur na França, o comissário parlamentar na Inglaterra, o provedor de justiça em Portugal, o prokuratura na Rússia e o defensor do povo na Espanha.

No Brasil, temos a partir de 1988 um Ministério Público, cujo perfil constitucional foi revigorado, saindo cada vez mais de suas funções perante o poder Judiciário, para proteger a sociedade como um todo. Neste sentido a instituição é defensora da ordem jurídica e do regime democrático.

Outras importantes garantias de índole material podem ser encontradas elencadas no próprio rol dos direitos fundamentais, quer referentes aos sujeitos processuais (juiz natural, promotor natural e tribunal do júri), quer em relação ao próprio processo (devido processo legal, o contraditório e o amplo direito de defesa e recurso de ação)

O devido processo legal é um corolário importante do principio da legalidade, que vem a ser a obrigatoriedade de todos os atos processuais e obedecem ao que se encontra prescrito na lei em especial na constituição.

---

<sup>68</sup> Direitos humanos fundamentais, p. 53.

Dáí inexistir processo sem a efetiva observância aos princípios legais que o informam, tais como o contraditório e a ampla defesa.

O devido processo legal (*due process of law*) vem a ser um princípio fundamental do processo, e é uma autentica garantia do cidadão, frente ao poder judiciário.

Conforme o ensinamento de Nelson Junior:

*“O conceito processo foi-se modificado no tempo, sendo que doutrina e jurisprudências alargaram o âmbito de abrangência da clausula e permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão”.*<sup>69</sup>

Encontramos na doutrina duas acepções do devido processo legal: devido processo legal em sentido material (substantivo *due process*), e devido processo em sentido processual (“*procedural due process*”).

Em sentido material o *due process of law* é amplo, abrangendo todos os ramos do direito, sempre sobre o signo do princípio da legalidade.

Em sentido processual, o devido processo legal visa propiciar vários instrumentos postos á sua disposição pela lei, tais como, o direito a uma sentença fundamentada, direito de produzir provas, de julgamento pelo juiz natural, dentre outros igualmente importantes.

---

<sup>69</sup> Princípios do Processo Civil na CF p.32.

A real consecução do acesso á justiça e do direito ao processo, exige o respeito às normas processuais portadoras de garantias, e de tratamento isonômico dos sujeitos parciais do processo. Ao estabelecer a ordem de atos a serem praticados lógica e cronologicamente, com a observância de todos os requisitos inerentes a cada um deles e a exigência da realização de todos, a lei pretende atingir um resultado de modo a tutelar o direito abstrato e subjetivo de cada um.

Como já se assinalou quatro são as manifestações do *due process of law*: a) igualdade das partes, b) garantia do “jus actionis”, c) respeito ao direito de defesa, d) contraditório

Dentre as garantias processuais derivadas do devido processo legal, podemos citar: o principio da isonomia, o principio do juiz e do promotor, o principio do direito de ação, o principio do contraditório, principio da publicidade dos atos processuais e o principio da dupla grande jurisdição.

Pelo primeiro principio, temos o que denomina com propriedade, ou seja, as partes não só tem que estar em pé de igualdade, como também receber o mesmo tratamento isonômico, observando as desigualdades naturais, como é o caso dos hipossuficientes, como o trabalhador e o consumidor.

O art. 5, XXXVI, estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, e que ninguém pode ser sentenciado senão pela autoridade competente

O juiz natural é o que preexiste á ação, sendo verdade a sua designação aleatória para atuar em tribunais de exceção.

Ele é determinado, pré-constituído, dispõe de garantias (independência e imparcialidade), e a sua competência é determinada pelas leis de organização judiciária.

O princípio do promotor natural, obedece aos mesmos princípios e conceitos acima expandidos acerca do juiz natural, sendo vendido a figura do acusador da exceção.

Registre-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a existência do referido princípio, como se verifica do seguinte julgado:

“O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados (sic), estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável.” (STF — HC n~ 67.759/Ri, Rei. Mi Celso de Melo, RTJ 150/123, RTJ 148/181). No mesmo sentido: HC 74.052-Ri, Rel. Mm. Marco Aurélio, 20-8-1996, Informativo STF, Brasília, n~ 41, 28 ago. 1996”.

Segundo o art. 5º XXXV da C.F. e lá não excluirá da apreciação do poder judiciário em ameaça ao direito, consagrando assim o princípio de inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

O direito de ação é um direito publico, individual e objetivo, sendo categorizado como um direito político do cidadão, visto que implica participação no poder estatal.

Como bem observado por Luiz Guilherme “*o principio de inafastabilidade garante a tutela adequada á realidade do direito material, ou seja, garante o procedimento, á espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados ás peculiaridades da situação do direito substancial.*”<sup>70</sup>

A constituição de 1988 inovou sobremodo o principio visto que este agora alcança tanto o processo civil, como o administrativo a de art. 5º LV da C.F.

Por contraditório deve-se entender a bilateralidade do processo, sendo que a cada ato da parte deve necessariamente corresponder a uma ação ou reação da outra parte, de molde que ambos estejam em equivalência de situações perante o juízo.

Tão importante é este principio, que sem a sua efetiva produção, não pôde o réu ser condenado no processo penal, mesmo em se tratando de processos ao procedimento de júri, nos crimes contra a vida.

O principio da publicidade dos atos, encontra-se descrito no art.5º LX e 93 da C.F.

Por este principio, a lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais, quando a defesa dos atos processuais o exigirem.

Ele veda quaisquer reuniões ou sessões secretas, com o escopo de dar transparência aos atos jurídicos evitar obscuridade ou desvios de qualquer espécie.

---

<sup>70</sup> Novas linhas do processo civil p.113.

Pelo duplo grau de jurisdição impede-se que haja exame de causa por apenas um juiz, sendo que este exame se verifique em uma entrância superior, em geral formada por magistrados experientes, e através de um órgão colegiado.

## **8. DA FUNDAMENTALIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS:**

### **SUAS CARACTERÍSTICAS E LIMITES**

#### **8.1 Da Fundamentalidade das normas Fundamentais**

Observa-se ainda, que tais direitos são “Fundamentais”. Mais em que consiste referida fundamentalidade? A questão não se reveste apenas de caráter tautológico, como pode parecer à primeira vista, mas reveste-se da diferenciação clássica das normas constitucionais materiais e das normas constitucionais em sentido formal.

A fundamentalidade das normas referente aos direitos humanos e Fundamentais decorre não só de sua plenitude, face ao ordenamento jurídico, mas principalmente por seu conteúdo axiológico, revelando os valores supremos do ser humano com a promoção de sua dignidade

Revela-se esta fundamentalidade de duas formas: material e formal.

Diante da primeira expressão de fundamentalidade, a fundamentalidade material, as normas relativas aos direitos fundamentais, como já explicitado, detém a primazia e exclusividade de serem normas de defesa do ser humano, e seus valores intrínsecos, servindo de paradigma ao homem individual e coletivo na consecução do bem estar individual e social.

No que pertine a fundamentalidade formal os direitos fundamentais encontram a sua expressão , tão somente na Constituição, consistindo naquilo que se convencionou

denominar constituição em sentido formal, isto é, o conjunto de matérias que só podem constar do elenco de uma constituição.

Embora sejam normas constitucionais por natureza, diante de uma interpretação extensiva, verifica-se outros direitos fundamentais fora do catálogo expresso na constituição, como é o caso dos tratados internacionais, e outras que sequer estão expressamente positivadas, como o direito de resistência à opressão, e o direito à duração razoável do processo.

## **8.2 Características dos Direitos Fundamentais.**

Além da tônica da fundamentalidade que informa a “*ratio essência*” dos direitos fundamentais, outras características igualmente essenciais e ontológicas, também derivam de tais direitos, como a sua universalidade, internacionalização, inalienabilidade, indivisibilidade, historicidade, interdependência, efetividade, harmonização, eficácia e abertura.

Convém nos determos em tais características para melhor se entender, a natureza de tais direitos.

Em primeiro lugar, diz-se que os direitos humanos são universais, ou seja, abrangentes a todo o gênero humano.

A declaração de Viena adotada por ocasião da conferencia mundial dos direitos humanos consignou expressamente em seu item 5º a universalidade como característica dos direitos humanos, ao lado de outras características igualmente importantes, como a indivisibilidade, interdependência e inter-relação

A universalidade decorre do fato de que tais direitos são universais porque inerentes à condição humana. Peculiaridades locais ou ocasionais não teriam o condão de afastar o dever de respeito e promoção dos direitos fundamentais.

O princípio da universalidade implica em interpretação normativa e hermenêutica, dentro do ordenamento jurídico inserido em cada nação, em face de suas realidades e costumes, não significando necessariamente a absoluta uniformidade.

Na realidade como veremos, tal característica não é absoluta; assim como outras características dos direitos fundamentais, visto que variam de acordo com o espaço e o tempo, bem como do grau de desenvolvimento dos países que adotaram os direitos humanos e fundamentais em suas constituições.

Ao lado da universalidade, temos de forma cada vez mais ampliada e abrangente a sua internacionalização, seja através do reconhecimento conjunto de tais direitos pelas comunidades de Estado (apenas para citar alguns documentos, a Declaração Universal dos Direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, e convenção Européia dos Direitos do Homem, dentre outros), seja por meios de proteção de tais direitos, por meios de tribunais internacionais, como é o caso do Tribunal de Haia, e a Corte de Estrasburgo.

O Brasil atualmente é signatário de inúmeros tratados internacionais, como o Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos em vigor desde 23 de março de 1932, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração sobre a

concessão da independência aos países e povos coloniais, Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da Paz e em benefício da Humanidade, Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de novembro de 1975 , Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento Adotada pela Assembléia Geral em sua resolução 39/11, de 12 de novembro de 1984, Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986,. Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento . (Rio de Janeiro, 1992).

Foram ainda ratificados pelo Brasil, tratados específicos para proteção da mulher, do idoso, do trabalhador e do menor entre outros, tais como as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, a Convenção relativa à luta contra as discriminações na esfera do ensino, adotada em 14 de dezembro de 1960 pela Conferência Geral da organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura que entrou em vigor em 22 de maio de 1962, em conformidade com o artigo 14 ,a Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem- estar das crianças, com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 3 de dezembro de 1986, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude- Regras de Beijing, Convenção sobre os Direitos da Criança Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da

Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, Declaração dos Direitos da Criança, Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil e Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher

Atente-se que os direitos fundamentais vêm transcendendo a soberania dos Estados, tendo seus pares, sido julgados por estas cortes de justiça, formados por juristas (juizes, promotores e advogados), recrutados em diferentes Países.

Nos Países americanos, no plano Internacional, vige o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, onde o Brasil, a despeito de sua atual constituição, não logrou ainda, submeter-se integralmente aos mecanismos de supervisão e controle internacional, para atestar o cumprimento das obrigações contraídas, a nível internacional, para proteção dos direitos humanos.

Do conceito de inalienabilidade, surge o da imprescritibilidade, determinando a irrenunciabilidade de tais direitos, embora o sujeito ativo possa deixar de exercê-lo na prática voluntariamente.

De igual forma a característica de indivisibilidade indica a unidade incindível no contexto de tais direitos, não se podendo fracioná-los para sua ampla aplicação.

A indivisibilidade dos direitos fundamentais, implica a sua inter-relação e interdependência, o que vai de encontro a uma idéia de um sistema em torno dos direitos fundamentais positivos.

Esta inter-relação e interdependência indicam, a vinculação dos direitos fundamentais uns com os outros. Apenas como exemplo podemos citar a liberdade de consciência (art. 5º VI), a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º IV) e a liberdade de expressão (art. 5º IX), que se complementam e mantêm entre si uma relação sistêmica de mútua dependência.

Na busca da efetividade, tem-se em vista que em sede de interpretação dos direitos fundamentais, deve o interprete dar à norma o máximo de efetividade, não podendo a interpretação, subtrair o objetivo prático de realização de bem protegido, ou restringir o alcance de tais normas para meio de hermenêutica constitucional.

Pela harmonização ou concordância prática, verifica-se a possibilidade de concorrência, ou colidência dos direitos fundamentais. Nesse sentido não se pode sacrificar um, em detrimento do outro, aplicando-se o princípio de proporcionalidade, e da equidade, para resolver os conflitos, buscando-se ao máximo a aplicação de um mínimo de tais direitos.

Pela eficácia dos direitos fundamentais, temos, o fato que os direitos fundamentais não só são os passíveis de defesa contra o Estado (eficácia vertical), mas de igual forma entra os particulares (eficácia horizontal) mormente, aqueles dotados de grande poder, político, econômico ou social.

Para realização da eficácia dos direitos fundamentais, e exatamente para concretizar a efetivação desses direitos, e não esvaziá-los, são estes dotados de uma proteção positiva, ou seja, reclamam uma ação do poder público, no sentido de propiciar condições para sua realização de maneira efetiva.

Desta forma se o individuo tem direito à assistência jurídica gratuita, deve o Estado propiciar as condições e os meios, para o acesso à justiça, como o recrutamento e aparelhamento da defensoria pública.

Desfrutam presentemente os direitos fundamentais de uma dimensão transindividual, visto que aos direitos de cunho predominantemente individual (direitos de primeira e segunda geração), veio somar-se os direitos metaindividuais, os direitos de solidariedade.

Finalmente, a última particularidade dos direitos fundamentais é que são estes dotados de abertura, ou seja, são passíveis de expansão, podendo seu alcance ser ampliado. Seu catálogo não é exaustivo, podendo ser acrescidos de novos direitos fundamentais.

### **8.3 Limites e Colisão de Direitos Fundamentais.**

Os limites referentes aos direitos fundamentais encontram-se relativados dentro da própria sistemática, em que estes direitos estão inseridos. Em outras palavras, um direito fundamental, apenas encontra seu limite ou restrição em seu uso, gozo e fruição, em outro direito fundamental.

Isto porque, os direitos fundamentais gozam de um maior grau de abstratividade, que os colocam muitas vezes, em rota de franca colisão. Desta forma, temos diversos direitos igualmente fundamentais, que por vezes não podem ser exercidos conjuntamente, do qual é exemplo clássico, o direito à intimidade e o direito à informação.

No tocante à colisão de regras, a solução há de ser fornecida pelo próprio ordenamento jurídico, seja pelo critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), seja pelo hierárquico (*lex superior derogat lex inferior*), seja pelo da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Contudo em matéria de Direitos Fundamentais, há que se distinguir os direitos fundamentais com reserva expressa, e os direitos fundamentais sem reserva legal expressa.

Os direitos fundamentais com reserva legal expressa, podem ser restringidos, através do legislador infraconstitucional, desde que as normas ali encerradas sejam de eficácia contida, dependentes de lei regulamentar, observado o núcleo essencial (limites dos limites) da norma fundamental.

Os direitos fundamentais sem reserva legal expressa, devem ser interpretados, no caso de colisão, consoante os princípios interpretativos da unidade da constituição, da concordância prática, da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma que possam efetivamente serem exercidos com sacrifício mínimo de sua carga valorativa.

Observa-se, que diante da colidência entre os diversos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, bem como da razoabilidade, devem ser postos em prática pelo interprete, de molde a retirar do caso concreto o máximo de eficácia dos direitos dos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade salta aos olhos, no contexto da Constituição Federal de 1988. Lembremos o conceito de propriedade quando esta deve obedecer sua

função social. Outro exemplo claro do princípio de proporcionalidade na Constituição Federal de 1988, vislumbra-se quando ela admite a entrada na casa durante o dia em virtude de ordem judicial. Isto indica que deve ser obedecido em matéria penal, o referido princípio, vez que os tribunais sobre qualquer fundamento podem admitir a entrada de qualquer pessoa na casa, ainda que por ordem judicial, durante o período noturno.

Idêntica versão vale para o princípio da igualdade, visto que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 fixa regras semelhantes para os direitos de igualdade.

Ocorre que o STF já decidiu que em matéria de direito de igualdade que todos são iguais na medida de sua desigualdade. Por exemplo, pobres e ricos não pagam o mesmo imposto.

Na realidade o princípio de proporcionalidade como instrumento de operação do direito subjetivo, subsume na nova ordem jurídica e da escolha política por parte do poder constituinte do Estado democrático de direito, em que a proteção dos direitos fundamentais se desloca para o centro da ordem jurídica.

Não se confundem, porém, doutrinamente os princípios de proporcionalidade e da razoabilidade, embora tenham pontos nevrálgicos que os identificam.

Contudo, doutrina recente, defende que em linhas gerais há uma relação de fungibilidade, entre um e outro princípio, podendo ser utilizados indiretamente.

Impede, porém observar que o princípio da razoabilidade, de origem norte americano, tem uma acepção quase sempre reduzida á noção de racionalidade,

somada a uma idéia de equidade enquanto, o princípio da proporcionalidade de origem germânica galgue uma conotação mais objetiva, graças á construção jurisprudencial . podemos citar-se três subprincípios que emanam do princípio de proporcionalidade, são eles:

- a) adequação(pertinência ou aptidão): entre os meios e os fins, ou seja, existência da relação adequada entre um ou vários fins determinado e os meios com que são levados a cabo;
- b) necessidade (escolha do meio mais suave): entre as soluções possíveis deve se optar pelo menos gravoso;
- c) proporcionalidade em sentido restrito – cuida-se aqui de uma verificação de relação custo-benefício da medida, é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos;
- d) o princípio de proporcionalidade, tem a função primeira de preservar os direitos fundamentais;
- e) sabe-se que os direitos fundamentais, dada a imensa carga axiológica em que são dotados vivem em estado de tensão permanente, muitas vezes conflitando entre si, e aparentemente;
- f) este estado de tensão existente entre as normas constitucionais é conseqüência do própria carga valorativa inserta na constituição, frente uma sociedade pluralista e de democracia participativa;

- g) desta forma não há que se cogitar na existência de direitos fundamentais absolutos, ou seja direitos que sempre prevalecem em detrimento de outros.

A este respeito já se manifestou o Pretório Excelso:

*há no sistema constitucional brasileiro direitos ou garantias que se revistem de caráter absoluto mesmo porque razões de relevante interesse publico ou exigências derivadas do principio de convivência da liberdade legitimem, ainda que excepcionalmente a adoção, por parte de órgão estatais de medidor restritivo das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria constituição O Estatuto constitucional das liberdades pu“Não blicas, a delinear o regime jurídico a que estes estão sujeitos e considerando o substrato ético que os informe, permite que sobre elas incidem limitações de ordem jurídica destinados de um lado a proteger a integridade do interesse social e de outro, a assegurar a coexistência das liberdades. pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem publica ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (MS 23.452-RJ Celso Melo).*

## 9. HIERARQUIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A POSSIBILIDADE DE SUA SUSPENSÃO

### 9.1 Hierarquização dos Direitos Fundamentais.

As normas de direitos fundamentais, dentro da estrutura lógico-normativa guardam entre si uma hierarquia, ante o conteúdo axiológico que encerram, ou inexistente qualquer espécie de hierarquia, diante de normas constitucionais que encerram os chamados “direitos fundamentais”?

Grandes declarações de direitos como a declaração universal dos direitos humanos, bem como outros pactos universais de direitos humanos, como os aprovados na proclamação de Teerã em 1968, e em Viena, afirmam constituir os direitos humanos em bloco indivisível e interdependente de direitos.

Com isto parte da doutrina rejeita veemente qualquer hierarquização de direitos humanos e fundamentais, bem como sobreposição entre normas constitucionais, nem mesmo em relação às chamadas Clausulas pétreas, visto que todas as normas emanadas da Constituição são normas de igual hierarquia .

Se por um lado as normas constitucionais situam-se no mesmo nível hierárquico, por outro os direitos consubstanciados nos mesmos não são iguais, pois representam valores diferentes.

O jusnaturalismo axiológico sofreu sérias objeções, tendo em vista que questiona os critérios utilizados para estabelecer qualquer ordem hierárquica de valores.

Verifica-se a diferença entre o jusnaturalismo axiológico e o jusnaturalismo ontológico, visto que o primeiro afirma a existência de direitos naturais deduzidos a partir do que os homens considerem bom e justo para o homem, enquanto o segundo cogita que o Direito Natural decorre da própria natureza humana.

Na atualidade defende-se uma dimensão axiológica sem, contudo, estabelecer uma prévia escala de valores, cujo fundamento deve ser buscado nas próprias necessidades do homem.

Contudo, a partir do desenvolvimento do jusnaturalismo axiológico e de sua difusão, parte-se para uma teoria defensora de hierarquização dos direitos fundamentais.

Esta teoria, em termos de direitos humanos a fundamentais recorre ao conceito de essencialidade, estabelecendo uma ordem de prioridade, frente os valores últimos do homem.

Alguns valores antes tidos como absolutos, como o direito de propriedade, hoje são relativos, enquanto direitos, que sequer constavam de quaisquer declarações, como os direitos difusos e coletivos, direitos dos idosos, dos índios e de minorias hipossuficientes, hoje são plenamente reconhecidos.

Diante destes fatos, elaborou a doutrina o conceito de direitos suspendíveis e direitos irrevogáveis.

O direito à vida, a não ser torturado, não sofrer castigos cruéis, ou pena de banimento, são mais fundamentais, que outros direitos fundamentais, declarados ou anunciados na Constituição. Como, por exemplo, o direito de associar-se e permanecer associado. Em suma, existe uma hierarquização de direitos fundamentais, alguns mais básicos e “*fundamentais*” que outros.

Exemplo claro desta classificação, encontramos no Pacto de São José da Costa Rica, em cujo art. 271 encontramos preceito que autoriza a suspensão de alguns direitos fundamentais, desde que “*tais dispositivos não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião ou classe social*”.

Só o art. 272 da mesma convenção, enumera os direitos que não podem ser suspensos, mesmo em caso de emergência calamidade ou guerra tais como o direito ao reconhecimento de personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, liberdade de religião, direito de nacionalidade, Direitos políticos, direito ao nome etc.

## 9.2 Suspensão temporária dos Direitos Fundamentais: O Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

A Constituição brasileira adotou implicitamente a teoria de hierarquização dos direitos fundamentais, tendo em vista, uma série de mecanismos e medidas excepcionais adotados em casos do estado de defesa e do estado de sítio.

A Constituição Federal reconhece em situações excepcionais e gravíssimas, a possibilidade de *restrição ou supressão temporária* de direitos e garantias fundamentais, prevendo-se sempre, porém, responsabilização do agente público em caso de utilização dessas medidas de forma injustificada e arbitrária.

Analisando o assunto, no âmbito do direito pátrio, Pimenta Bueno apontava a excepcionalidade dessas medidas, afirmando que

*“a suspensão das garantias constitucionais é sem dúvida um dos atos de maior importância do sistema representativo, e tanto que em tese não deve ser admitido e nem mesmo tolerado. É um ato anormal, que atesta que a sociedade se acha em posição extraordinária, e tal que demanda meios fora dos comuns ou regulares”.*<sup>71</sup>

Trata-se de medidas de cunho extraordinário, somente possível, quando inevitável para a defesa da ordem e do interesse público, dentro da normalidade social.

---

<sup>71</sup> Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 131).

O *Estado de defesa* é uma modalidade mais branda de Estado de sítio e corresponde às antigas *medidas de emergência* do direito constitucional anterior e não exige, para sua decretação por parte do Presidente da República, de autorização do Congresso Nacional. O decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração; especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais.

Nessa hipótese poderão ser restringidos os seguintes direitos e garantias individuais: (art. 5º, XII) sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas, (XVI) direito de reunião e (LXI) exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente.

O Estado de sítio corresponde a suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de defesa visto que obrigatoriamente, o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo.

No caso de decretação de Estado de sítio em virtude de comoção nacional (art. 137, 1, da CF) poderão ser restringidos os seguintes direitos e garantias individuais:

(art. 5º, XI) “inviolabilidade domiciliar, (XII) sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas, (XVI) direito de reunião, (XXV) direito de propriedade, (LXI) exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente e (art. 220) a liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação”.

Observe-se que a supressão total dos direitos e garantias fundamentais, mesmo nos casos supra- apontados é impossível, visto que consoante já explicitado, existem direitos tão fundamentais, que sua supressão, significa eliminar o próprio homem (como por exemplo o direito á vida).

## **10. APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A SUA PLENA EFICÁCIA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Consoante dispõe o art. 5º da C.F. As normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ficou evidente a preocupação da constituinte de emprestar aos direitos humanos fundamentais, o máximo de aplicabilidade, efetividade e eficácia:

Importa distinguir eficácia de aplicabilidade e da efetividade, tendo em vista que são distintos, produzindo efeitos jurídicos em relação á norma jurídica.

A aplicabilidade vem a ser a aptidão de regra jurídica e incidir sobre o conceito de um fato, sendo ligado ao conceito de realizabilidade, ou da norma em produzir efeito no plano social.

A eficácia vem a ser a aptidão da regra jurídica, hábil a produzir efeitos jurídicos, sendo que seu conceito encontra-se ligado ao conceito de potencialidade.

Já a efetividade distingue-se da eficácia, conquanto esta é a aptidão formal da regra jurídica para produzir efeitos próprios, enquanto aquela é a aptidão da regra jurídica a ser cumprida pela coletividade, havendo correlação entre a conduta prescrita e o comportamento social.

A doutrina clássica preconizada por Rui Barbosa, e inspirada no constitucionalismo Norte Americano, distingue regras constitucionais auto-aplicáveis (self-executing) de regras constitucionais não auto-aplicáveis (not self-executing)

A doutrina moderna oferece tipologias, dos quais a mais aceita é a preconizada por José Afonso da Silva, que divide as regras constitucionais, quanto á eficácia e aplicabilidade, e em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada.

A primeira dispõe de aplicabilidade direta, imediata e integral, já que não carecem de regulamentação para tornarem-se aplicáveis (art. 1º e 2º da C.F.)

As segundas não são dotadas de aplicabilidade integral visto que há possibilidade do alcance do preceito ser restringido por lei complementar como, por exemplo, os inseridos no art. 5, X e 93, IX da C.F.

Por fim as últimas não são providas de aplicabilidade direta e imediata, visto que carecem de regulamentação para tornarem-se aplicáveis.

Observa-se que referida classificação foi acolhida pelo STF, como se observa do RE nº 159.694 publicado 02.03.92.

Feitas às devidas distinções convêm registrar que grande parte da doutrina (José Afonso da Silva e Guilherme Pena de Moraes, Celso Bastos, Manuel Gonçalves Ferreira Filho entre outros), sustentam serem os direitos fundamentais normas constitucionais de eficácia contida e aplicação imediata.

A este respeito a lição de José Afonso da Silva:

*“Por regra as normas que os direitos fundamentais e democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto os que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na*

*constituição vigente, mas algumas, especialmente os que mencionam uma lei integrada, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e aplicabilidade indireta".<sup>72</sup>*

Como se observa o 1º do art. 5º exige do interprete uma exegese constitucional, visto que inúmeras são as posições da doutrina pátria acerca da aplicabilidade do referido dispositivo.

Em primeiro lugar há que se observar que o texto constitucional refere-se a direitos fundamentais e não tão somente a direitos individuais e coletivos.

Observa-se ainda que o dispositivo constitucional, não só abrange aos direitos fundamentais, mas igualmente as garantias constitucionais.

Emerge do texto constitucional, a noção que o legislador constituinte procurou proporcionar aos direitos fundamentais um privilégio que não desfruta outras normas constitucionais.

Para a plena interpretação e exegese do art.5º em questão devemos recorrer a uma hermenêutica jurídica vinculada exclusivamente a doutrina dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar observa-se que as normas referentes aos direitos fundamentais são normas que se encontram no ápice da pirâmide constitucional. Elas informam e atuam como elemento interpretativo de outras normas constitucionais.

---

<sup>72</sup> ob cit. p. 165.

Em tema de direitos fundamentais não se pode restringir seu alcance, e a sua interpretação sempre deve ser ampliativa.

Embora o texto constitucional refira-se apenas a aplicabilidade deve-se diante da natureza de tais direitos conferir-lhes o máximo de eficácia e efetividade visto que o escopo do legislador não foi esvaziar-los do seu conteúdo, mais lhes dotar de plena correlação com o meio social.

Como bem posto por Lassalle a vida da constituição depende da sua submissão aos fatores e tensões existentes na sociedade sob pena da constituição se tornar uma mera “folha de papel.”

A partir da interpretação teleológica do texto, independentemente da topografia constitucional, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos ou garantias constitucionais, há de se expandir por todo texto constitucional.<sup>73</sup>

Desta forma há que se interpretar a constituição conforme a própria constituição, escolhendo uma interpretação que mantenha harmonia com a própria constituição.

Não há, portanto, como se negar a máxima aplicabilidade, efetividade e eficácia das normas constitucionais, porquanto permeiam estas por toda a constituição e não somente o art. 5º, mas igualmente aos direitos políticos, cidadania, as limitações do Estado na ordem tributaria, na economia e na ordem social, enfim na constituição encontra-se a profusão dos direitos fundamentais do cidadão.

---

<sup>73</sup> PIOVISAM, Flavia C. Proteção judicial contra omissões legislativas., 1995 pp.89/90.

Por outro lado é importante ressaltar que o núcleo fundamental dos direitos humanos conforme já ressaltado consiste na dignidade da pessoa humana, e sua própria transcendentalidade, meio e fim de todas as coisas.

Como bem observado por Gilmar Ferreira Mendes:

*“Porque se trata de uma metade de ponderação de bens no caso concreto, é intuitivo que, pelo menos sob esse prisma não existe uma hierarquia fixa, abstrata apriorística ante os diversos valores e ou princípios constitucionais, ressalvada porque axiologicamente fora de cotejar a dignidade da pessoa humana fonte de todos os valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferimos, como princípio e fim de toda ordem jurídica.”<sup>74</sup>*

Como bem observado por Carraza:

*“Sem outras considerações, que não vêm para aqui, a interpretação é uma atividade cognoscitiva que visa a precisar o significado e o alcance das normas jurídicas, possibilitando-lhes uma correta aplicação. Esta tarefa, voltada, precipuamente, à descoberta da mênse legis (da vontade do estado contida nas normas jurídicas), exige a constante invocação dos grandes princípios, mormente em face das disposições incertas e das palavras equívocas e polissêmicas que costumam recamarnos textos legislativos. Afinal, a procura pela*

---

<sup>74</sup> Hermenêutica constitucionais e direitos fundamentais, p.49.

*verdade científica não pode terminar na simples leitura de um texto legislativo.*<sup>75</sup>

Gilmar Ferreira Mendes ainda, em lapidar expressão assim se manifesta:

*“Noutras palavras impõe-se interpretar esse velho dogma para adapta-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos parlamentos, ou pelo intervencionalismo igualitarista do poder executivo, mas também pela atuação do poder judiciário e das cortes constitucionais, politicamente engajados no alargamento da cidadania e na realização dos direitos fundamentais.”*

Vislumbra-se ante o atento exame do texto constitucional, que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, e sua inobservância deve necessariamente conduzir ao cumprimento forçado do comando abstrato da norma.

É de se registrar que o Brasil é um autentico Estado democrático de direito, razão porque deve os poderes constituídos, extrair dos preceitos fundamentais o máximo de sua efetividade.

No que pertine a aplicação imediata dos direitos fundamentais, veio o legislador constituinte abeberar-se da constituição portuguesa mais precisamente em seu art. 18, I que por seu turno foi buscar fonte de inspiração na constituição espanhola e alemã.

---

<sup>75</sup> CARRAZA, Antonio Roque, Curso de Direito Constitucional tributário pg 36.

Nesses países os direitos fundamentais encontram-se singularmente vinculados aos poderes constituídos, de molde que o legislador não pode aprovar leis nem o executivo aditar ato administrativo, nem o juiz emitir decisões que sejam incompatíveis com os direitos fundamentais.

Estabelece a lei fundamental de Bonn em seu art. 1º, III *“Os direitos fundamentais aqui enunciados constitui preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”*.

O constituinte espanhol adotou regra análoga na constituição alemã, nisto que impõe igualmente a vinculação dos poderes públicos em se tratando de direitos fundamentais.

De igual forma a mencionada constituição portuguesa que serviu de fonte para o legislador constituinte, também vincula a aplicabilidade dos direitos fundamentais não só a entidades públicas como também privadas, conforme se observa do supracitado art. 18. I, que in verbis diz:

“os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”

Como se observa, tímida foi a iniciativa do legislador, que deixou para o Poder Judiciário o papel de revisão das omissões legislativa através do mandado de injunção, tendo em vista que não vinculou os poderes públicos à plena realização e aplicabilidade das normas fundamentais.

Dentre os diversos tipos de interpretação das normas constitucionais (segundo o método tradicional, supremacia da constituição, presunção da constitucionalidade das leis, interpretação conforme a constituição, razoabilidade, proporcionabilidade etc.), o que mais se é consentâneo à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, é a interpretação que procura dar norma a máxima efetividade possível.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, analisando preceito análogo catalogado na Constituição Portuguesa assinalam que os direitos, liberdades e garantias têm aplicabilidade direta, o que significa a rejeição da idéia criacionista, conducente ao desprezo dos direitos fundamentais, quando não foram positivados a nível legal.

Nesse sentido escreveu sugestivamente K. Krüger, que na época atual se assistia á deslocação da doutrina dos direitos fundamentais dentro da reserva da lei, para a doutrina da reserva da lei dentro dos direitos fundamentais. Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa . Significa também que eles “*valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição* (cf. Constituição da República Portuguesa, art. 18)”.<sup>76</sup>

Este é, sem duvida a melhor interpretação que se pode fazer do art. 5º§2º da Constituição Federal de 1988. Negar-se aos direitos fundamentais, a sua plena eficácia, significa em ultima instância negar-lhes a relevância que estes possuem na constituição, e no ordenamento jurídico, visto que em certo sentido referidos direitos,

---

<sup>76</sup> CANOTILHO J.J.G ob. cit. p.1652.

lhes o máximo de eficácia. Para tanto são os magistrados dotados de independência e imparcialidade. A este respeito ensina Eros Grau para quem:

“o processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele aliás é um processo de plena recriação e mesmo de renovação do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que o direito com a aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa executável se devesse o poder judiciário. Caso por caso nas decisões que tomar, não apenas reproduzir direito aplicável pelos princípios jurídicos”.<sup>77</sup>

Por certo a tarefa concretizadora dos direitos fundamentais não apenas é conferida ao Poder Judiciário, mas igualmente aos poderes Legislativo, Executivo, e ao Ministério Público.

Este último legitimado pela própria constituição que em seu art.127 lhe incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, individuais, indisponíveis, neste diapasão preleciona Luiz Roberto Barbosa:

*“por certa a competência para aplica-las se descumpridas por seus destinatários a de ser do poder judiciário é mais, ausência da lei integradora, quando não inviabiliza integralmente aplicação do preceito constitucional, não é impedimento a sua concretização pelo juiz mesmo a luz do direito positivo vigente consoante se extrai do art. 4º da LICC.”<sup>78</sup>*

Repele-se por certo, o dogma jurídico brasileiro em que a omissão legislativa, que tornou inviável o exercício de direitos, não pode ser suprido pelo poder judiciário,

---

<sup>77</sup> Eros Grau a ordem econômica, na constituição de 1988 p.330.

<sup>78</sup> Luiz Roberto Barbosa o direito constitucional e a efetivação de suas normas: limitar a possibilidade da constituição brasileira, 3ª edição RJ renovar 1996

representando, em invasão de competência, contrariando o princípio da separação dos poderes.

Com o esvaziamento do mandado de injunção pela jurisprudência do STF, restou ao titular do direito subjetivo ferido, o apelo ao poder judiciário por força do art. 5º XXXV.

Atente-se ainda para o fato de que os direitos da primeira geração (direito de liberdade, igualdade, direito a vida e à propriedade), por serem direitos de defesa e plenamente oponíveis ao Estado, são dotados plenamente de aplicabilidade e revestidos de eficácia e efetividade.

O problema surge com os direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), os de terceira geração (direitos de solidariedade ou fraternidade) e os direitos de quarta geração (direito à informação; à democracia e direitos frente ao mundo globalizado).

Mesmo nestas dimensões de direitos fundamentais pode e deve o juiz suprir as omissões do legislador (sem que para isso se torne legislador) tornando realidade as liberdades públicas e os direitos e garantias fundamentais.

## **11. OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO:**

### **O DIREITO À LIBERDADE, IGUALDADE, VIDA E PROPRIEDADE**

Por conceito de direitos de primeira geração, vigora o conceito clássico aceito pelos estudiosos do tema, como sendo os direitos de liberdade, igualdade, propriedade, vida etc. São direitos que corresponderam em um primeiro momento à fase inaugural do constitucionalismo no ocidente. São vários os aspectos que envolvem a liberdade, podendo afirmar-se que tem o indivíduo, o direito à liberdade política, à liberdade social, a liberdade civil e a liberdade criminal entre outras, todas oponíveis ao Estado.

Do ponto de vista filosófico, é de observar a cisão dos termos valor, liberdade e transcendência. Do conceito valor, retira a liberdade a noção de que ser livre significa o domínio do homem sobre sua consciência segundo uma lei, cujo valor é por ele próprio reconhecido. Do conceito transcendência, retira o homem o caráter de supra-consciência e auto-determinação, e finalmente o conteúdo valor, representa a escala axiológica e o juízo de valoração exercido pelo homem pelo fato de ser livre.

#### **11.1 Da Liberdade.**

A liberdade como bem supremo do homem, se confunde com a história da humanidade, e as suas lutas e expectativas, e é em última análise a luta pela liberdade. A liberdade de pensar, de agir, de locomover-se, de decidir o próprio destino, individual e coletivamente. É da essência humana, ser dotado de livre arbítrio (concepção de Santo Agostinho), procurar a liberdade e mover-se nela.

Mas o que é a liberdade? Como pode ser definida? Existem uma ou várias concepções de liberdade? O que é a liberdade jurídica?

Para a resposta a essas perguntas deve-se lançar em primeiro lugar um olhar pela história. Os povos sempre lutaram pelo princípio da autodeterminação, e ainda hoje estão lutando como pode ser visto nos exemplos de Timor-Leste, Taiwan, Vietnã, Tibete, entre outros.

Nenhuma outra palavra tem atingido tantos significados, nem atingiu tantos espíritos de diversos modos. Alguns entendem por liberdade, e a pretexto de exercê-la, praticar a violência contra o povo. Outros tomam o conceito de liberdade o exercer determinada forma de governo, ou depor o tirano, ou ainda exercer determinados costumes.

Para os filósofos cristãos a liberdade consiste em servir a Deus abandonando as coisas do mundo. Célebre a frase de Agostinho: *“Criaste-nos para ti e não teremos descanso enquanto não repousarmos em ti”*.

Para os gregos a liberdade consistia em se sobrepor aos vícios, eliminando as paixões tornando-se o homem apto para o pensamento e as coisas do espírito.

Spinoza entendia que a liberdade é o objetivo do Estado, porque a função do Estado é promover o crescimento e o crescimento depende da liberdade:

*“O objetivo do Estado não é dominar os homens nem contê-los pelo medo, e sim, livrar cada um deles do medo, permitindo-lhe viver e agir em plena segurança e sem prejuízo para si ou seu vizinho. O objetivo do Estado,*

*repito, não é transformar seres racionais em feras e máquinas. É fazer com que seus corpos e suas mentes funcionem em segurança. É levar os homens a viverem segundo uma razão livre e a exercitá-la; para que não desperdicem suas forças com o ódio, a raiva e a perfídia, nem atuem uns contra os outros de maneira injusta. Assim, o objetivo do Estado, é realmente a liberdade".<sup>79</sup>*

Os Filósofos existencialistas conceberam a liberdade como imanente ao homem. Este estaria "condenado" a ser livre, visto que a existência precede a essência. Essa liberdade individual e única transcende o sentimento coletivo e opõe-se à massificação do homem.

Marx e seus seguidores conceberam a liberdade como a ausência de opressão da classe trabalhadora, como o fim da exploração. O homem atingiria o crepúsculo da escravidão com o predomínio do trabalho sobre o capital.

O festejado jurista-filósofo Miguel Reale conduz historicamente a noção de liberdade a de valor, encontrando nas bases da filosofia do século passado, em nomes como Nietzsche e Kierkegaard, a superação para o problema da transcendência da liberdade do homem. O primeiro por negar as contingências humanas, quando da idealização do super-homem, enquanto o segundo como valor intrínseco da subjetividade.

A liberdade jurídica consoante a definição de Montesquieu, consiste não em fazer o que se quer ou o que se deseja, e nem ser obrigado a fazer o que não se quer,

---

<sup>79</sup> DURANT, História da Filosofia ,p. 191

mas o direito de fazer tudo o que as leis permitem, e, por conseguinte, não fazer o que elas não permitem.

Segundo o mesmo pensador, apenas em uma espécie de governo pode-se com amplitude exercer a liberdade, sendo essa espécie de governo, a democracia.

Analisando o problema dos governos, Montesquieu chega à conclusão de que embora seja a democracia a que mais se apresenta consentânea com a idéia de liberdade, esta liberdade só existirá se não houver o abuso de poder.

*“É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em fazer aquilo que se deseja. Num Estado, quer dizer numa sociedade onde haja leis, a liberdade não pode consistir em se fazer aquilo que se deseja, e não ser obrigado a fazer o que não se quer”. É preciso gravar no Espírito o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não haveria mais liberdade, porque todos teriam o mesmo poder”<sup>80</sup>*

Aqui por evidente cabe a reflexão acerca do agigantamento das funções executivas em um Estado democrático, comprometendo a unicidade do poder, e a tripartição das funções, como sói acontecer nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

A contribuição de Montesquieu ao problema da liberdade não consiste unicamente na sua doutrina da tripartição dos poderes, e sim aos efeitos dessa doutrina, que em última análise traduz-se no sistema de checks and balances( sistema de freios e

---

<sup>80</sup> FARIA, Anacleto de Oliveira, Textos Clássicos de Filosofia do Direito, p. 87.

contrapesos), invalidando o domínio do poder(que é uno), nas mãos de qualquer das manifestações desse poder.

Milton Friedman, citado por CAPPELLETTI leciona a este respeito que :

*“A principal ameaça à liberdade é a concentração do poder de coerção, seja nas mãos do monarca, de um ditador, de uma oligarquia, ou de uma maioria momentânea. A preservação da liberdade exige, na maior medida possível, a eliminação de tal concentração de poder e a diluição e distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, ou seja, um sistema de checks and balances”<sup>81</sup>*

Kant por seu turno entendia como liberdade a compatibilidade com a liberdade dos outros. Concebia a dialética da História, em um esforço contínuo no aperfeiçoamento dos povos, na evolução do Estado de beligerância para o Estado de paz Social. Em uma passagem de sua Paz Perpétua, definiu a liberdade jurídica como: *“A liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais pude dar meu assentimento”<sup>82</sup>*

O filósofo de Königsberg, inverte o esquema do moral antigo: “o homem deve porque é livre”, com o novo modelo, “o homem é livre porque deve”. O fundamento da lei moral como razão consciente da lei moral. De qualquer modo, é a vontade pura ou razão pura pratica que cria a lei moral, e isto é o que se entende por liberdade como autonomia.

---

<sup>81</sup> CAPPELLETTI, Mauro, Juízes Legisladores? p..54.

<sup>82</sup> FARIA, Anacleto, ob cit. p. 12.

Esta idéia de autonomia envolve a idéia de igualdade, visto que a liberdade, fundamento moral da filosofia kantiana, consiste na distribuição da justiça, igualmente entre todos. Constituindo-se como elementos essenciais do conceito de justiça em Kant, a liberdade e a igualdade aparecem como princípio basilar da sociedade civil.

O primeiro constituindo-se em verdadeiro pacto social, limitando reciprocamente o direito e o poder de cada um. A liberdade é a condição de toda vida moral, e portanto também do direito. Nenhum direito e nenhum dever tem sua origem noutra coisa, senão na liberdade.

Do conceito de liberdade emerge para Kant, duas noções distintas. A liberdade interna e a liberdade externa.

A liberdade externa pode ser identificada como livre arbítrio, que constitui a base do direito. A liberdade interna, se define como autolegislação, como a faculdade de agir pela razão numa sociedade de seres livres.

Como Rousseau, o filósofo de Königsberg, recusa o dilema Hobbesiano: liberdade sem paz ou paz mediante submissão ao Estado. Prefere compatibilizar liberdade e Estado, mediante o conceito de autonomia. Na verdade as leis que são dadas pelo soberano, são leis que exprimem a vontade da maioria. Contudo ao declarar que a liberdade é a liberdade de agir segundo as leis, Kant enumera um conceito negativo de liberdade, que vai de encontro à própria autonomia do ser humano.

Após o exame e enfoque acerca dos diversos significados da palavra liberdade, convém situar historicamente o divisor de águas do regime constitucional das liberdades públicas.

Não se pode ignorar, que o berço da democracia foi a Grécia e suas contribuições para a evolução da liberdade foram significativas, mesmo para a época atual. Os gregos ao contrário dos romanos viam no pensamento, a liberdade e a destinação do homem.

Arnaldo Vasconcelos é categórico em afirmar que o nascimento da democracia deu-se na Grécia, asseverando ter sua gênese nas cidades de Megara e Kios. Contudo o seu florescimento deu-se tempos depois.

*“A construção das instituições democráticas, porém, começa efetivamente com Sólon, sob cuja obra guardaram-se registros históricos inquestionáveis”.*<sup>83</sup> Na oportunidade, o ilustre professor, comenta os valores básicos da democracia ateniense, asseverando que tais valores correspondem ao ideal da revolução francesa correspondendo respectivamente à Liberdade, igualdade e fraternidade. São eles: A integração do homem na vida da cidade, o nivelamento social pelo fortalecimento da classe média e a solidariedade entre as classes sociais.

Tal afirmativa é de fácil constatação nas histórias de Heródoto e Tucídides, nos dramas de Êsquilo, Sofócles e Eurípedes; nas comedias satíricas de Aristófanes; nas filosofias de Sócrates, Platão e Aristóteles, e ainda nos edifícios, obras de arte, moedas e inscrições, que a retratam em seu valor primitivo.

---

<sup>83</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. Direito, humanismo e democracia p. 66.

Heródoto é talvez o primeiro intelectual grego a fazer apologia das democracias nas Histórias, assim se expressando:

*“Quando a multidão governa, em primeiro lugar, comporta o mais excelente de todos os nomes: a igualdade das leis. Segundo, não pratica nenhum daqueles atos que um monarca geralmente comete. A multidão distribui os cargos por sorte, torna seus funcionários responsáveis e conduz suas deliberações onde todos possam tomar parte”.*<sup>84</sup>

Contudo a democracia ateniense tinha suas falhas e apresentava algumas limitações.

Em primeiro lugar, nem todos podiam participar dos debates da Assembléia apenas os que possuíam direitos de cidadania. Essa discriminação excluía das resoluções políticas a maior parte dos habitantes da *polis*: as mulheres, os estrangeiros, os escravos. Em conseqüência, constituía uma minoria o *demos* (povo) que assumira o poder em Atenas.

A preocupação em preservar a pureza das instituições democráticas, defendendo-as das facções adversárias, levou os democratas a estabelecer inclusive uma duração limitada para o exercício das funções públicas. Para que nenhum magistrado se acostumassem ao poder e nele quisesse se perpetuar, as funções públicas duravam apenas um ano. Além disso adotou-se a tiragem de sorte para a escolha dos ocupantes daquelas funções, com exceção dos comandos militares, dos ocupantes de cargos financeiros e dos que exerciam comissões técnicas que exigissem competência

---

<sup>84</sup> LIPSON Leslie, A civilização Democrática pg 112.

especial.

Não resta dúvida, não obstante suas falhas, que a democracia na Grécia foi um passo importante dado na consolidação dos direitos humanos fundamentais.

É inegável, que os gregos atingiram um alto grau de liberdade, não uma liberdade individual tal como hoje conhecemos, mas uma liberdade coletiva, com a participação de todos no poder, com as ressalvas já anteriormente admitidas.

Na sociedade hodierna, o socialismo chamou a atenção do mundo para as injustiças sociais, para a exploração do trabalhador, para a concentração do capital em número reduzido de indivíduos, ocasionando o caos social.

Teve o mérito o socialismo de não reclamar igualdade perante a lei, mas sim a igualdade perante a vida, a cultura, o trabalho etc. de forma que o trabalho na expressão socialista é símbolo de libertação do homem, e motivo de sua dignidade

Do exposto até aqui se compreende como o primeiro obstáculo à liberdade do homem, o totalitarismo.

Por totalitarismo, entenda-se um regime de governo que anula total ou parcialmente as iniciativas e liberdades particulares, e que apenas admite como formas de participação, às decisões de parte do poder político.

O mundo até hoje não esqueceu os horrores do totalitarismo. Os horrores do stalinismo, os horrores do nazismo, do fascismo, os horrores praticados na china comunista e em países da América Latina, a partir dos anos 60.

No Estado totalitário não há hierarquia de poder ou competências definidas com base na lei, e este amorfismo é o mecanismo para instrumentalizar a realização do princípio da liderança.

O objetivo, pois do totalitarismo, é a dominação do indivíduo, começando pelo aniquilamento da personalidade individual, e reprimindo a liberdade de pensamento. Traduz, pois uma ruptura com a dignidade e a liberdade humana.

Como posto por ARENDT:

*“Mesmo antes de galgar o poder, o movimento dispõe de polícia secreta, e de serviço de espionagem com ramificações em vários países, mais tarde os seus agentes recebem mais dinheiro e autoridade que o serviço de espionagem militar convencional, e tornam-se muitas vezes chefes secretos de embaixadas e de consulados no exterior”.*<sup>85</sup>

Citam-se como características dos países totalitários, a descentralização política, a concentração do poder nas mãos de um só indivíduo. São também inspirados por uma forte ideologia, onde há uma hierarquia do poder (interna e de fato); e não raro um forte aparato militar.

A par disso alguns autores identificam países que em determinados períodos, assumiram uma política de repressão às liberdades individuais, sem que contudo chegassem a ser totalitários. São os países de regimes autoritários, cujas características assemelham-se aos de regime totalitário, mas não chegaram contudo ao extremo do

---

<sup>85</sup> ARENDT, Hannah, A origem do totalitarismo pg 471.

totalitarismo. São exemplos a Itália, em fase anterior à influência alemã, Portugal no período de Salazar, a Espanha no regime Franquista e o Brasil do Estado Novo.

Do que se desprende daquilo que já foi dito, é que inexiste liberdade, sem o correspondente direito, ou seja, o direito é a afirmação da liberdade, a sua proteção, onde aquela encontra um lugar seguro, um albergue.

Não se confunde porém direito com liberdade, visto que são conceitos distintos, o primeiro segundo Gustav Radbruch é o *“complexo de normas gerais, visando a vida de relação que é a vida dos homens”*<sup>86</sup>, enquanto o segundo conforme define Erich Fromm, seria a *“existência humana como tal e, outrossim, que seu significado muda de acordo com o grau com que o homem se percebe e concebe a si mesmo como um ser independente e separado”*.<sup>87</sup>

Não se confundem ainda os conceitos de liberdade e garantias, nem estas com o direito e vice versa.

As liberdades são universais, as garantias individuais. O direito é o gozo e fruição de bens indispensáveis à existência humana. Rui Barbosa citado por Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional declara que:

*“O direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de*

---

<sup>86</sup> RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito p.93.

<sup>87</sup> Fromm, Erich o medo à liberdade pg86

*legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”.*<sup>88</sup>

A liberdade, porém é imanente e inerente à natureza do homem, transcendendo os direitos e as garantias.

Por liberdade contudo, não se deve entender o arbítrio gerado pela própria vontade na busca da consecução de seus fins, pois esta deverá cessar, na medida em que esbarra na liberdade de outrem.

Direito e Liberdade, são concepções próximas entre si, mas que necessariamente não se equivalem, pois pode muito bem existir o primeiro sem que exista o segundo.

Tomemos como exemplo o direito “posto” nos países totalitários. Existe um ordenamento jurídico, podendo existir, inclusive uma constituição, garantindo alguns direitos fundamentais, mas contudo, não existirá a liberdade. Não existirá a liberdade de pensamento ou de opinião, de imprensa, de ir e vir, de religião etc.

Trata-se, portanto, não só ligar direito à liberdade, mas também ligar o direito, à legitimidade e à eficácia. Os direitos fundamentais do homem, declarados como tais pelas diversas constituições, não podem se sustentar somente no plano teórico.

Como conciliar a compartição das liberdades, com leis, e mesmo com uma constituição, que nega ao homem os direitos básicos e fundamentais, instalando o medo, a repressão e o terror?

---

<sup>88</sup> Rui Barbosa citado por Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, p. 85.

Algumas respostas podem ser dadas ao problema. A primeira delas identificaria a liberdade como direito inato ao homem, como um autêntico direito natural., visto que é próprio da natureza humana, pugnar por liberdade.

A segunda seria, como quer Rousseau, apenas seria legítimo, o poder que estabelece regras garantidas pela maioria. Em suma, as formas de organização da sociedade, as formas de organização política, as leis, o ordenamento jurídico, têm que repousar na vontade de todos. Como preelciona Paulo Bonavides:

*"Criou o homem a sociedade, mas criou-a com o propósito de reaver a liberdade que possuía durante o estado de natureza. Não criou a sociedade para desfazer-se da mínima parte dessa liberdade".<sup>89</sup>*

A liberdade, portanto, é a vontade coletiva, poder apoiado na vontade geral , e por conseqüência vontade popular e democrática . Só é legítimo o poder outorgado por todos.

Por último teríamos o fato, que o direito que garante leis injustas e repressivas seria afinal de contas o próprio direito, visto sob um aspecto negativo, mas nem por isso deixaria de ser direito.

Kelsen ao analisar o problema faz uma separação entre direito e justiça e entre direito e ordem jurídica, mas condiciona a existência do direito, a um mínimo de liberdade pessoal e propriedade privada e ética pública e privada. Para Kelsen pouco importa que a ordem jurídica seja justa ou injusta, seja esta ordem jurídica ligada ao bolchevismo, ao nacional-socialismo alemão ou ao fascismo.A ordem jurídica

---

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional pg484.

existente, necessariamente corresponderá ao direito positivo, porque direito e Justiça são conceitos diferentes, não havendo, necessária identificação entre direito e moral. Senão vejamos:

*“O conceito de direito, neste caso é elaborado a corresponder a um ideal específico de justiça, isto é. a da democracia e o do liberalismo. Do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a democracia e o liberalismo são dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia, e o socialismo. Não há nenhuma razão científica pela qual o conceito de direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos”.*<sup>90</sup>

Para Del Vecchio, no entanto, a ordem jurídica, o direito secundado pelo Estado deve reconhecer primordialmente a espiritualidade imanente ao ser humano, os direitos naturais emanados devem ser objetos de constante tutela por parte do Estado.

A lei não deve ser por conseguinte objeto de arbitrariedade do Estado, mas tão somente instrumento destinado a fincar as liberdades individuais.

*“A lei racionalmente concebida, não é comando arbitrário de quem detenha um poder preponderante, mas sim a expressão de igual liberdade de todos os que fazem parte da mesma ordem jurídica, e que, por conseguinte, estão obrigados a observá-la, justamente por ela ser o registro das vontades de todos eles.”*<sup>91</sup>

Desta forma teremos que o direito em sua essência, é compartimento para as chamadas liberdades individuais e coletivas. A ordem jurídica legítima, é aquela que

<sup>90</sup> KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado p. 13.

<sup>91</sup> VECCHIO, DelGiorgio, Teoria do Estado p.102.

prevê um mínimo de liberdade, igualdade e direitos fundamentais para o cidadão. Os regimes de Países que negam a liberdade, têm sua ordem jurídica contestada, por não atender ao consenso da maioria.

Os direitos emanados dessa ordem coletiva vêm em suma, garantir esta liberdade que se manifesta das mais diversas formas, seja no direito de ir e vir, até o direito ao trabalho, ou a livre manifestação do pensamento.

Somente a democracia pode transformar a liberdade natural (a liberdade de viver fora da ordem social) em liberdade política (a liberdade possível dentro da sociedade).

É, pois o princípio da maioria que assegura o grau mais alto de liberdade política dentro do Estado, garantindo o máximo de autodeterminação possível, dentro da ordem social.

Os direitos à liberdade política encontram-se enunciados em quase todas as constituições democráticas. Nasceram com a revolução Francesa, e aperfeiçoaram-se por ocasião das constituições de Virginia (1760) e Massachutes (1780). São dentre outros, o direito de opinião (convicção filosófica, religiosa e política), liberdade de comunicação (manifestação do pensamento, liberdade de informação jornalística, liberdade de expressão intelectual, artística científica e direitos conexos).

Denomina-se tais liberdades, como liberdades políticas, tendo em vista o cunho ideológico em que constantemente vêm associadas, sendo que nos regimes ditatoriais e totalitários, são os primeiros direitos a serem censurados.

São caracterizados por uma posição absenteísta do Estado, e não como atitudes positivas por parte dos poderes públicos, sendo neste sentido direitos de assistência ou de oposição frente ao Estado.

São direitos individuais, por natureza, sendo por acepção direitos civis e políticos.

Podemos identificá-los na constituição como as liberdades publicas, o direito á vida, á propriedade e á igualdade perante a lei.

Também podem ser identificados os direitos conexos como a liberdade de expressão coletiva (liberdade de crença, reunião, pensamento imprensa, associação etc), bem como o direito á igualdade e as garantias constitucionais, referente à defesa desses direitos (habeas corpus, direito de petição e processo legal)

Estes direitos foram exigência direta do Estado revolucionário, como forma de criar as considerações ideais á consolidação do modo de produção capitalista.

São, portanto, direitos que valorizam o homem singular, o homem das liberdades abstratas e por conseguinte são oponíveis ao Estado em toda a sua extensão.

Acentua-se com o advento dos direitos de primeira geração, a inexistência do dever de obediência á opressão, mas antes, o direito á resistência.

Como bem assinalado por Aldy Mello de Araújo Filho.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> A Evolução dos direitos humanos. Avanços e perspectivas, 1998.

“O Estado liberal, e posteriormente democrático caracterizou-se por um processo de acolhimento e regulamentação de várias exigências provenientes da burguesia em ascensão com a finalidade de conter e delimitar o poder tradicional. A partir daí, deu-se então o processo de constitucionalização e de revolução”.

Esta constitucionalização dos remédios contra os abusos do poder prevalecentes nos Estados absolutistas, deu-se por meio da separação dos poderes e da subordinação de todo poder estatal ao direito.

Para Jorge Miranda a evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retracção ou de obnubilação, acompanhou o processo histórico, as lutas sociais e as de regime político, bem como o progresso científico, técnico e econômico.

Do Estado liberal ao Estado social de direito, o desenvolvimento dos direitos fundamentais, faz-se no interior das instituições representativas e processando, de maneiras bastante variadas, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos e sociais.

A liberdade natural em seu mais amplo sentido, é a opção por este ou aquele comportamento, que identifica a máxima expansão física e moral do ser humano. É o que se pode denominar de autodeterminação.

Esta liberdade natural (ou de natureza como caracterizou Rosseau), vem encontrar seus limites na liberdade de outros indivíduos, bem como na coletividade.

Consoante Gilberto Haddad Jabur “*o direito á liberdade manifesta-se imediatamente á vida, sendo-lhe assim conseguinte*”.<sup>93</sup>

O art. 4º da declaração dos direitos do homem e do cidadão assim definiu liberdade.

“A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo, assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

Na constituição de 1988, iremos encontrar diversas formas de liberdades, tais como a liberdade da pessoa física e a liberdade de ação de modo geral.

A liberdade de locomoção constitui o direito de ir e vir da pessoa física e contrapõe-se á detenção e a escravidão.

É o que se define do art. 5º, XV que declara livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa nos termos da lei, nele entrar, permanecer, ou dele sair com seus bens.

Observa-se dois tipos de locomoção: a) liberdade de locomoção no território nacional e b) a liberdade de entrar em território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens.

---

<sup>93</sup> Liberdade de pensamento e direito à vida privada p.145.

Apenas em tempo de guerra, pode haver restrições ao direito de locomoção, bem como no Estado de sitio, onde a pessoa poderá ser obrigado a permanecer em determinada localidade.<sup>94</sup>

Por direito á circulação, consoante a lição de Afonso da Silva<sup>95</sup>, consiste na faculdade de deslocar-se de um a outro através de uma via publica ou afetado ao uso publico, bem como através de veículos automotivos, e sem que para tanto vir a ser perturbado ou impedido de livre transito por via publica.

A segurança pessoal, dentro do conceito de liberdade de locomoção, vem a ser aquela liberdade política, em que um cidadão desfruta, sem que necessite temer seu semelhante, tendo em vista as garantias existentes contra a detenção arbitrária.

Finalmente a liberdade de ação, consiste na liberdade de fazer, atuar ou agir, dentro dos limites da lei.

A liberdade de pensamento, talvez seja a mais ampla das espécies de liberdade ora retratadas, pois envolve, a liberdade de expressão em todas as suas formas, tais como, a liberdade de opinião, a liberdade de consciência, a liberdade de crença, a liberdade de comunicação, a liberdade de manifestação do pensamento, e a liberdade de informação em geral, e liberdade de informação jornalística, a liberdade de expressão intelectual, artística, científica, a liberdade de expressão cultural, a liberdade de transmissão e recepção do conhecimento.

---

<sup>94</sup> Art. 139, I da C.F.

<sup>95</sup> op. cit. pg. 217)

A liberdade de opinião encontra-se intimamente ligada ao conceito de liberdade interna, isto é, a possibilidade do indivíduo expressar suas convicções éticas, políticas e religiosas, enfim o que ele pensa ser verdadeiro, sem para isto haja prévia ou posterior censura.

A liberdade de consciência, diz respeito á crença ou manifestação de uma ideologia.

Esta liberdade, muitas vezes adquire cunho puramente negativo, pois da liberdade de consciência, pode advir da consciência, ou seja, o direito de prestar determinados deveres frente ao Estado.

A liberdade de crença ou culto a livre convicção de fé religiosa, pode ser manifestada ou não.

É de se registrar que sem a liberdade religiosa em todas as suas dimensões, compatível com diversos tipos jurídicos das relações religiosas e das confissões religiosas, não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política.

Por liberdade de expressão ou comunicação deve-se entender, a exteriorização do pensamento humano, através da linguagem.

São opiniões diversas acerca dos mais variados temas, traduzindo o pluralismo político e ideológico, elementos inseparáveis da democracia.

Diversos meios de proteção existem na constituição para garantir, o direito à liberdade de expressão: a) proibição de censura de natureza política, ideológica ou

artística. b) a lei não poderá constituir embaraço á liberdade de expressão. c) os meios de comunicação não podem ser objeto de monopólio.

A constituição dispõe em seu art. 5º IV, é livre a manifestação de pensamento sendo vedado o anonimato, enquanto o art. 220 dispõe que a manifestação de pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição, vedado qualquer forma de censura de natureza política, ideológica ou artística.

Na abalizada opinião de Pontes de Miranda:

“a livre manifestação do pensamento ou reunião do pensamento é o direito de liberdade do indivíduo em suas relações com os outros, no que distingue da liberdade do pensamento que é direito do indivíduo sozinho (...).<sup>96</sup>

A liberdade de opinião, contudo, tem o seu ônus, pois pode atingir situações jurídicas adversas, podendo assegurar o direito de resposta, proporcional ao agravo, bem como indenização por danos material e moral.

A liberdade de informação é a liberdade aprimorada e difundida especialmente pela imprensa escrita ou falada.

A liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem prévia censura estabelecida.

---

<sup>96</sup> Comentários a constituição de 1967 RS pág.139

O legislador constituinte reconhece na liberdade de expressão e na liberdade de comunicação, o caráter institucional que realiza no plano de informação, do pluralismo político e ideológico. É a liberdade a ser informado.

A liberdade de imprensa não é absoluta como quaisquer outras liberdades, mas sofre restrições, como o dever de fornecer a informação verdadeira e o dever de controle do informador.

Pelo dever de fornecer a informação verdadeira, verifica-se que a imprensa deve zelar pela correta informação, que reproduza os fatos, de forma fidedigna. Trata-se de uma correlação entre o informante e o informador, onde a primeira tem o dever de informar corretamente, e o segundo o de receber a informação verdadeira.

O código de ética, aprovado pela Federação Nacional dos Jornalistas esclarece em seu art.2º que:

- a) A divulgação da informação precisa e correta, é dever dos meios de comunicação pública, independente da natureza de sua propriedade.
- b) O direito a informação verdadeira é um dos pontos brasileiros da democracia.
- c) O dever de cautela do informador, indica que o jornalista deve antes checar a autenticidade da fonte, aprofundando-se nos fatos, para evitar quaisquer prejuízos á honra e á imagens de terceiros.

Não é de se admirar que no Brasil, nos últimos tempos, muitas imagens têm sido destruídas por causa do comportamento, por vezes temerários, de alguns segmentos da imprensa.

Hoje com o “*status quo*” de quarto poder, deve agir como tal, evitando a pressa e a premência do fechamento das edições, que não permite a reflexão e o desenvolvimento das idéias.

A liberdade religiosa aparece como corolário da liberdade de consciência. Contudo, a liberdade de consciência por ser mais amplo, abrange a manifestação de ter ou não ter religião.

Manifesta-se a liberdade religiosa de várias formas.

Em primeiro lugar pela liberdade da crença que assegura aos crentes o exercício dos atos religiosos.

A liberdade de crença envolve a escolha de qualquer religião, desde que estas não contrariem a moral e os bons costumes, como foi o caso da seita fundada por Mason nos Estados Unidos, ou aquela fundada por Jim Jones, na Guiana francesa, e que levou a morte milhares de pessoas por envenenamento.

A liberdade de culto, encontra-se prevista no art.5º,VI que informa ser assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantido, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.

Esta liberdade deve ser protegida pelos poderes públicos, compreendendo-se a liberdade de orar, promover reuniões e manifestações em casa ou em publico.

Em relação à liberdade de organização religiosa, esta diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas, bem como suas relações com o Estado.

O Brasil optou pela separação entre a igreja e o Estado consoante diz de forma clara o art.19, I do C.F., com a ressalva contudo de na forma da lei, haver colaboração Estatal, com as igrejas para o bem publico.

A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica, vem a ser assegurada no art. 5º, IX da vigente constituição, é a liberdade que envolve a atividade criadora do individuo, manifestada através da musica, artes plásticas, poesia etc

A liberdade de transmissão e recepção do conhecimento, conceitua a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o saber, o pensamento e a arte.

A liberdade de ensino pode ser considerada, como a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de acesso á escola, e a liberdade na escola.

De todo o exposto, extrai-se quão difícil é situar a liberdade no âmbito do direito, sabendo-se no entanto, que a essência dos direitos humanos fundamentais, visa a proteção da liberdade.

É possível ao indivíduo encontrar a liberdade, fora do “estado natural”, ou seja, dentro da ordem social, através da vontade da maioria, transformando a liberdade natural em liberdade política .( liberdade do homem dentro do sistema político).

Esta liberdade só é possível alcançar através da democracia, que em última análise, é a participação do indivíduo na criação da ordem política e social.

A democracia exige, não só a existência dos três poderes, mas a independência e harmonia entre eles, para que não se crie um sistema artificial, assegurando a existência dos poderes, quando na realidade apenas um deles existe de fato, em detrimento dos outros dois.

Urge contudo realizar, sob pena de malograr-se o princípio democrático, a efetiva democracia, não bastando, como é curial, apenas eleições diretas para se obter o resultado final e acabado de um modelo de liberdade. Para isso é necessário intervir na ordem social e política, retirar os privilégios, e promover a verdadeira liberdade a que alude os movimentos sociais.

### **11.2Do direito à igualdade**

A idéia de igualdade como elemento definidor da justiça, aparece desde a Grécia clássica, como elemento puramente formal, e por conseguinte, sobreviveu a mais diferente estrutura social.

O pensamento platônico sobre a justiça alicerça-se a partir de sua idéia de justiça como igualdade.

A justiça em Platão é traduzida como a igualdade, mas não meramente numérica, e sim geométrica, na medida em que se garante a cada um no Estado, um papel de acordo com suas aptidões.

É o que com muita propriedade afirmam os doutrinadores modernos e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Talvez o primeiro pensador a manifestar-se acerca da igualdade foi Aristóteles que na política propôs uma igualdade numérica (partes iguais para todos).

O conceito de igualdade proposto por Aristóteles, ainda permanece atual, visto que não nivela todos os homens, levando em conta, as desigualdades entre eles, uma vez que, para que haja igualdade faz-se necessário, que os indivíduos sejam iguais e identicamente tratados no número e volume de coisas recebidas.<sup>97</sup>

¶Para Aristóteles que elaborou uma noção de ética, baseada na igualdade, a justiça seria dividida em duas classes: a universal e a particular.

A justiça em sentido amplo (universal) se define como a conduta de acordo com a lei, e em sentido estrito (particular), como o árbitro que realiza a igualdade.

A justiça é uma virtude, que só pode ser praticada de forma bilateral, i é, em relação ao outro, para a realização do seu elemento fundamental, a igualdade, ou a conformidade com a lei, cujo objetivo é alcançar o bem comum da coletividade.

Esta conformidade ocorre não só no que diz respeito á justiça particular, mas no também no que se refere á equidade.

O justo não é, para Aristóteles, algo diferente da equidade. Justo é na concepção aristotélica “o que observa a lei e a igualdade”<sup>98</sup>

Justo é o gênero, de que são espécies o justo legal e a equidade.

---

<sup>97</sup> Aristóteles, A Política, Tecnoprint, p. 56.

<sup>98</sup> Ética a nicômaco p.1129 a

Ambos, porém, procuram realizar uma só coisa: a realização da essência da virtude na igualdade. O primeiro no momento da elaboração da lei, enquanto que o segundo no momento da aplicação da lei.

É ainda da concepção de Aristóteles, as duas espécies de justiça segundo os tipos de igualdade conhecida: A justiça comutativa que exprime uma igualdade aritmética, e a justiça distributiva que expressa uma igualdade proporcional.

A justiça distributiva refere-se á repartição de bens em partes iguais, enquanto a justiça comutativa, traduz uma igualdade de relações.

Para o estagirita, existe também a igualdade proporcional, vez que, nas relações de troca, o justo exige a retribuição, não segundo a igualdade, mas segundo a proporcionalidade. Graças a esse obrar recíproco e proporcional, mantém o Estado a sua coesão.<sup>99</sup>

Contudo o conceito de igualdade em Aristóteles permanece vago, porquanto admitia a escravidão como um direito natural, visto que o escravo é inferior ao senhor: aquele que sendo um ser humano pertence por natureza não a si mesmo, mas a outros, é por natureza um escravo (política 1554<sup>a</sup>)

Contudo, foi o estoicismo que deu um grande passo para a concepção de justiça como critério formal, de tratamento igualitário de todos perante a lei.

---

<sup>99</sup> Ética o nicômaco 1132 b

O estoicismo considerou cada ser humano como diametralmente igual ao outro, visto que tornou o homem centro de todas as coisas, conferindo-lhe um “*status dignitae*” próprio.

A patristica concebeu de forma diferente conceito de igualdade.

Para Agostinho, esta só se realizaria na cidade idealizada, em sua concepção metafísica e religiosa, a cidade de Deus. A justiça perfeita, como igualdade de todos, só se opera plenamente na cidade de Deus.

Em Santo Tomás de Aquino, a justiça contém três elementos essenciais em que consiste toda a virtude: o hábito, o agir e o bem, sendo que o bem é a igualdade para o outro. Para o Tomista, a igualdade deve operar-se, no que é devido ao outro, segundo essa regra de quantidade (aritmética) ou de proporcionalidade (geométrica)

A escala jusnaturalista clássica, cujos maiores representantes são Hugo Grotius, Leibniz, Locke e Hobbes, conceberam a liberdade, como sendo frutos da natureza.

Como já assinalado Grotius efetuou a ruptura entre o direito natural (jusnaturalismo) de fundamentação religiosa, para o direito natural com fundamentação na natureza e no homem.

Em Grotius a justiça se realiza por força dos membros da comunidade, antecipando assim a doutrina clássica do contrato social.

Leibniz retoma o tema de justiça universal, já presente em Ulpiano operando a fusão da ética, com o direito, aquele como sendo a parte sempre jurídica identificada com o direito natural.

Porém foi com Locke e Hobbes, que o elemento igualdade, aparece como pressuposto de toda a ordem normativa, e do direito positivo.

O primeiro quando descreve o Estado de direito, como o Estado de liberdade e de igualdade.

Estado de igualdade no qual é recíproco qualquer poder ou jurisdição, ninguém tendo mais do que qualquer outro, nada havendo de mais evidente que criaturas de mesma espécie, da mesma ordem, terão de ser também iguais aos outros sem subordinação ou sujeição.<sup>100</sup>

Hobbes é tanto mais objetivo, quanto preciso em relação ao princípio de igualdade.

“A natureza fez os homens tão iguais quanto às igualdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nele reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele”

101

É de se observar portanto, que para Hobbes, apenas a existência de um pacto original, garantido por um poder coercitivo, é capaz, de obrigar a todos, o cumprimento da ordem social.

---

<sup>100</sup> Locke, segundo tratado sobre o governo p.41

<sup>101</sup> Hobbes Leviantá p.78.

Em Kant, a idéia de igualdade parte do conceito do imperativo categórico, como princípio supremo da moralidade.

È de se registrar, que dentro do princípio constitucional de igualdade, resulta atrações que implicam muitas vezes em discriminações e falta de igualação, visto que a própria constituição assevera em art. 5º, I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações , *nos termos desta constituição*.(grifo nosso)

Para Celso Antonio Bandeira de Melo, as leis nada mais fazem senão discriminar situações, para submetê-las á regência de tais ou quais regras, sendo esta mesma, sua característica funcional. Portanto, é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis (Rev. Dir. publico 18/106)

O problema do reconhecimento das distinções que ofendem ao princípio da isonomia, se biparte em dois elementos : o fator da desigualação e a correlação entre o fator exigido em critério de discriminação, e a disparidade do tratamento que se resume em uma frase. Quando é possível a lei desigualar situações?

Para Canotilho, o princípio de igualdade é violado, quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária, ou seja, quando estabelece diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.<sup>102</sup>

Em um sentido neutro e originário, observa-se que o vocábulo discriminação, significa uma distinção prejudicial e injusta contra um individuo ou grupo, em razão de suas características pessoais.

---

<sup>102</sup> Direito constitucional Canotilho J. Gomes, Coimbra Almadina 1991 p. 1577 .

Nesse caso o termo discriminação apresenta uma nota pejorativa, que viola a igualdade de tratamento, vez que a distinção carece de uma justificação objetiva e razoável.

Dentro deste contexto é de se observar que o conceito de igualdade não é absoluto. É relativo, pois deriva da diversidade entre os homens, sendo ainda um conceito relacional, visto que traça parâmetros e elementos de comparação entre as relações em que se encontram os respectivos sujeitos passivos.

José Afonso da Silva reporta-se ao conceito de igualdade da desigualdade, declarando que são relativos, visto que impõe a confratação e o contraste entre duas ou várias situações.

O Supremo Tribunal Federal vem acertadamente decidindo acerca do princípio da igualdade.

Inexiste contrariedade ao princípio de igualdade que se apure em face da lei, quando dessemelhantes ao fato relativamente ao autor e outros.<sup>103</sup>

Duas são as regras atinentes ao princípio da igualdade: as regras de distribuição e as regras de nivelamento.

As regras de distribuição dizem respeito à partilha de bens da sociedade, enquanto as regras de nivelamento têm à preocupação não só em distribuir, mas também em promover uma distribuição de bens, de forma equânime entre todos os

---

<sup>103</sup> Pleno AR 121-51-STF, rel. Célio Borja DJU 18.08 1989, P.13.228 Seção I.

cidadãos. Tais regras atinentes ao princípio da igualdade, visam efetivar a igualdade formal e material.

Outra regra de distribuição diz respeito à doação de partes iguais aos que forem iguais em alguma característica específica.

Contudo, a fragilidade de tal concepção deixa claro, que todos os benefícios só seriam outorgados para os absolutamente iguais.

Outra regra referente à distribuição é a de igualdade proporcional ou igualdade das relações, onde a distribuição é feita tendo em vista as desigualdades existentes entre os indivíduos.

A igualdade proporcional ao mérito, leva em conta o grau de merecimento das partes envolvidas. Quanto maior for o merecimento maior será a recompensa.

A fragilidade também se revela no arbítrio e na escala de valores, do que pode ser considerada meritória ou não.

Cogita-se de igual forma como regra de distribuição, distribuições desiguais correspondentes a diferenças relevantes, ou seja, características pessoais, capaz de ensejar uma maior ou menos distribuição.

O mesmo raciocínio referente ao mérito pode ser aplicado em relação a diferenças relevantes, que é critério avaliativo, e não descritivo de distribuição.

Promovendo-se a distribuição de bens para um grupo relativamente grande de pessoas, estar-se-ia promovendo a igualdade. Quanto maior o número de pessoas a

receber o benefício, tanto maior a promoção de igualdade e menor o número de excluídos.

Este critério também é falível, pois não leva em consideração as diversas necessidades dos indivíduos do grupo beneficiado.

Ao lado das regras de distribuição, temos as regras de nivelamento, que visa reduzir as diferenças entre as quantidades de bens reservados a cada indivíduo.

Podem ser igualdade de oportunidades, igual satisfação das necessidades fundamentais e igualdade segundo a própria capacidade.

A igualdade de oportunidades sempre foi o grande sonho das Sociedades Civilizadas, ideal ainda utópico e não concretizado.

Por esta regra, observa-se que todas as pessoas inseridas no meio social, podem ascender hierarquicamente e alcançar poder, prestígio e remuneração, de acordo com o seu próprio valor e esforço.

Esta regra advinda do Liberalismo Clássico, torna todos iguais, independente de raça, credo, cor, religião, etc, sendo a todos assegurado os direitos fundamentais referente à vida, igualdade, propriedade, liberdade etc.

Para além do nivelamento das oportunidades, contudo, há que se obter satisfação das necessidades fundamentais, que são substancialmente idênticas para todos.

Pela capacidade de cada indivíduo, todos têm igualdade de oportunidades. A posição ocupada por cada um ao final, será determinada única e exclusivamente pela habilidade, i é, a capacidade para desenvolver tarefas específicas.

### **11.3 Direito à propriedade: A sua função social**

O Estado liberal, que vigorava no fim do século XVIII e no XIX, cedeu lugar ao Estado intervencionista. Não há negar-se que foi sob a corrente dominante do pensamento liberal, tanto em política quanto em economia, que se deu a formação do Estado Moderno.

O liberalismo tinha por nota caracterizadora o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado. No campo político, pela adoção das liberdades individuais, que se traduziam em autênticas áreas de proteção da esfera de atuação do indivíduo.; no econômico, pelo alijamento do Estado da tarefa de prestação da atividade econômica e social.

É claro que esta submissão do econômico ao político, não deixava de expressar os interesses de uma classe dominante, qual seja a burguesia, que se sentia em condições de livremente produzir e prestar os serviços, desde que o Estado não lhe estorvasse a atividade. Traduz-se, portanto, numa das modalidades passíveis de organização política da economia. Entretanto, é importante notar que a diretriz fundamental que importava cumprir era a da exclusão do Estado do campo econômico, vale dizer, interditava-se-lhe por completo a ingerência nessa área.

Adam Smith, certamente a maior expressão do liberalismo econômico, expressava, em 1776, qual a sua visão dos fins fundamentais da comunidade política:

- a) o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão;
- b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; e
- c) o dever de erigir e manter certas obras públicas, e certas instituições públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles.

O próprio século XIX assistiu aos primeiros golpes desfechados contra essa doutrina absenteísta do Estado. O manifesto comunista de Karl Marx alça-se como a peça teórica que vai embasar o movimento obreiro, que gradativamente ganha corpo no correr daquele século, embora seja certo que as conseqüências práticas daquela ideologia só se materializem plenamente no século XX com a Revolução Russa. Há ainda que se fazer referencia ao cartismo na Inglaterra e à Comuna de 1871 na França, assim como a própria revolução de 1948 que a precedera. É o surgimento de um povo real, que se faz representar nos parlamentos da democracia burguesa.

Só no século XX, no entanto, é que o Estado liberal perde o seu primado. Em primeiro lugar pela já referida Revolução Marxista; em segundo lugar em razão da gradativa adoção de políticas intervencionistas, mesmo pelos Estados, que, na sua ausência, mantêm-se liberais.

Entre esses dois extremos, que de resto nunca se concretizaram de forma absoluta, é que se vão posicionar os diversos Estados do século XX. Mesmo sem jamais se ter realizado plenamente, o Estado liberal foi o verdadeiro propulsor da civilização moderna. A ele deve-se a estrondosa revolução produzida na tecnologia e o engrandecimento sem par na história da quantidade de bens produzidos. Foi, portanto, sob as leis de mercado que se deu o mais formidável surto econômico de todos os tempos.

É certo que todos esses êxitos não eliminaram a eclosão de uma política obreira e de aspirações de cunho social, que forçaram o intervencionismo do poder público. Este, contudo, atingiu nas suas diversas modalidades um nível que a tendência moderna é de reverter ao menos em parte essa situação. Tanto no mundo comunista como no capitalista, assiste-se a um revigoramento do mercado como instrumento regulador por excelência da economia. A procura de uma eficiência sempre maior conduz ao banimento dos processos de planejamento econômico, que, pelos altos custos de uma burocracia em parte ociosa, obstaculizam qualquer tentativa séria no sentido de vencer os desafios do desenvolvimento pós-industrial.

O nosso regime filia-se de forma desenganada ao primado da propriedade. Contudo a sua fruição tem de compatibilizar-se com fins sociais mais amplos. Não é simples estabelecer-se qual a aptidão que um determinado bem possui para a prossecução de interesses sociais. De qualquer sorte o interesse coletivo passa desse modo a fazer integrante do regime da propriedade individual. Veja-se a respeito a opinião de Luis de Moncada:

*"No conteúdo respectivo enxerta-se o interesse coletivo, bem longe das execuções que ligavam a proteção da propriedade ao desenvolvimento da personalidade individual, perante a qual a lei constitucional só admita limites externos tipificados, alheios porém ao seu regime liberal normal. Naturalmente que o peso dos interesses coletivos não é o mesmo para todos os bens sobre que a propriedade incide, mais intenso pois nuns casos do que noutros como se verá".<sup>104</sup>*

José Celso de Mello Filho, ao comentar preceito análogo a este inserto na Constituição, faz um paralelismo entre a função social da propriedade e o usucapião. Diz ele:

*"O usucapião constitui modo originário da aquisição da propriedade. É um instrumento que viabiliza, em bases legítimas, o acesso do mero possuidor à propriedade da terra. É um dos meios de concreção e de atuação da cláusula constitucional, que subordina o direito de propriedade e o modo de seu exercício a uma função estritamente social. O reconhecimento do usucapião, pelo ordenamento estatal, nada mais significa que a preocupação do Poder Público em acentuar a necessária preponderância do interesse social, inerente à coletividade, sobre aquele de caráter meramente individual e particular. A inércia, omissão e desinteresse do proprietário são sancionados pela perda do domínio, em favor, precisamente, daquele que, possuindo o bem, "pro suo", vem a dar-lhe a destinação e a utilização reclamadas pelo interesse social. A "ratio" do usucapião, inegavelmente, é a promoção do bem comum. Sua função social inerente a propriedade*

<sup>104</sup> Direito econômico, 2. ed., Coimbra Ed., p. 153.

*justifica a perda do domínio, em favor do possuidor, por via do usucapião".<sup>105</sup>*

Os Estados sociais , como referido acima, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condiciona o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas ao bem-estar social (CF, art.170).

Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular. Nessa intervenção estatal o Poder Público chega a retirar a propriedade privada para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social, através de desapropriação; ou para acudir a uma situação de iminente perigo público, mediante requisição; em outros casos, contenta-se em ordenar socialmente o seu uso, por meio de limitações e servidões administrativas; ou em utilizar transitoriamente o bem particular, numa ocupação temporária. Na ordem econômica o Estado atua para cobrir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através da repressão ao abuso do poder econômico, do controle dos mercados e do tabelamento de preços.

Essa intervenção, entretanto, não se faz arbitrariamente, por critérios pessoais das autoridades. É instituída pela Constituição e regulada por leis federais que disciplinam as medidas interventivas e estabelecem o modo e forma de sua execução,

---

<sup>105</sup> Constituição Federal anotada, Saraiva, 1986, p.500

sempre condicionada ao atendimento do interesse público, ao respeito dos direitos individuais garantidos pela mesma Constituição.

Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o direito do maior número e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria, que é a base do regime democrático e do Direito Civil moderno.

A nossa Constituição assegura o direito de propriedade, mesmo porque é um direito individual por excelência, no qual resulta a prosperidade dos povos livres. Mas a propriedade de há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário para se transformar na função social do detentor da riqueza, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade. Diante dessa realidade, a Constituição da República garante a propriedade(art.5º), mas permite a desapropriação, mediante prévia e justa indenização(arts.5º, XXV, e 22, III), e lhe atribui função social(arts.5º, XXV, e 22, III), e lhe atribui função social (arts.5º, XXIII, e 170,III).

No domínio econômico - conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas - a Constituição assegura a liberdade de iniciativa, mas, no interesse do

desenvolvimento nacional e da justiça social, impõe a valorização do trabalho, a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e a expansão das oportunidades de emprego produtivo(art.170), admitindo que a União intervenha nesse domínio para reprimir o abuso do poder econômico.

Evidencia-se, portanto, que o nosso ordenamento jurídico - constitucional distingue as duas formas de intervenção: na propriedade e no domínio econômico. A intervenção na propriedade incide sobre os bens; a intervenção no domínio econômico incide sobre a atividade lucrativa, exercida pela empresa, como instrumento da iniciativa privada. Desde que o uso dos bens seja feito de maneira anti-social ou a atividade da empresa se realize com abuso do poder econômico, rendem ensejo à intervenção estatal na propriedade em si mesma, ou na atividade empresarial. Pode, ainda, o Estado conjugar essas duas modalidades de intervenção, realizando-as concomitantemente nos bens e na empresa, tal como ocorre quando intervém numa indústria controlando sua administração e requisitando seus produtos ou serviços e, subseqüentemente, desapropriando seu acervo. Em qualquer caso, porém, o fundamento da intervenção há de ser o interesse público; e seu objetivo final, o bem estar social.

O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias. Nele se incluem as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados; são as necessidades vitais da comunidade, dos grupos, das classes que compõe a sociedade. O bem-estar social é o escopo da justiça social a que se refere nossa Constituição(art.170) e só pode ser alcançado através do desenvolvimento nacional.

Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode interferir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída a cada uma das entidades estatais, através de normas legais e atos administrativos adequados aos objetivos da intervenção. O que se exige é que essa intervenção se contenha nos lindes constitucionais e legais que ampararam o interesse público e garantem os direitos individuais.,

A competência para intervir na propriedade e atuar no domínio econômico não se atribui igualmente entre as entidades estatais. A legislação sobre direito de propriedade e intervenção no domínio econômico é privativa da União (arts.22,II e III, e 173). Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de policia administrativa, de condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites das normas federais. A intervenção no domínio econômico pelos Estados e Municípios só poderá ser feita por delegação do Governo federal, que é o detentor de todo o poder nesse setor.

Não se confunda, porém, a legislação sobre o direito de propriedade e sobre os atos de intervenção no domínio econômico (privativos da União) com as normas administrativas e as medidas regulamentares de condicionamento do uso da propriedade e de ordenamento das atividades econômicas, que são da competência concorrente dos três níveis de governo. Tais normas e tais atos administrativos decorrem do poder de policia, inerente a todas as entidades estatais, para a regulamentação das atividades que se realizam em seus territórios e sob sua fiscalização.

O Poder Federal regula materialmente o direito de propriedade e dispõe sobre a intervenção no domínio econômico; os Poderes estadual e municipal apenas exercem o policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares, segundo as normas substantivas editadas pela união. Nem por isso fica excluída da competência do Estado e do Município a regulamentação adjetiva do uso da propriedade e das atividades econômicas que se realizam em seu território, afetando o bem-estar da comunidade regional ou local. Essa regulamentação é tanto mais necessária quanto maior for a implicação do uso da propriedade e do exercício das atividades econômicas com a higiene e a saúde pública, com a segurança e a ordem públicas, e especialmente com o abastecimento da população local.

A multiplicidade das exigências sociais e a variedade das necessidades coletivas impõem ao Poder Público a diversificação dos meios de intervenção na propriedade e de atuação no domínio econômico, variando desde o apoderamento de bens e serviços particulares através da desapropriação ou da requisição até as medidas mais atenuadas da servidão administrativa, da limitação administrativa e da ocupação temporária, além da repressão ao abuso do poder econômico e das medidas de controle de abastecimento e de fixação de preços.

A intervenção na propriedade privada, é pois, todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público.

A intervenção na propriedade particular pode ter fundamento na necessidade ou na utilidade pública, ou no interesse social, mas esse fundamento há de vir expresso

em lei federal para autorizar o ato interventivo, que tanto pode ser praticado pela União como pelos Estados-membros e Municípios. Não há de confundir, portanto, a competência para elaborar a norma autorizadora da intervenção com a competência para praticar o ato de intervenção, ou a medida simplesmente condicionadora do uso da propriedade ao bem estar social, já autorizado pelo art.170, III, da CF. As normas de intervenção na propriedade são privativas da União; os atos executivos ou regulamentares do uso da propriedade podem ser do Estado-membro ou do Município, nos limites de sua competência territorial e institucional.

Antes de aparecer expressamente mencionada na Constituição de 1967, o princípio da função social da propriedade já servira de inspiração para a inclusão de nova modalidade de desapropriação (por interesse social) na Constituição de 1946.

Se alguma dúvida houvesse a esse respeito, seria ela dissipada pela justificativa apresentada pelo autor da emenda de que resultou essa inovação. Ele reconhece como lógico que o homem possua *"como seu, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à de sua família, mesmo os que constituem economias para o futuro. Mas além desse mínimo, a propriedade tem uma função social de modo que ou o seu proprietário a explora e a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica. A emenda não se chega ao extremo de negar a propriedade, mas, superpondo o bem-comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujos domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens."* Em outra oportunidade, ao justificar a Emenda perante a Comissão Constitucional, ele diz que *"devemos estabelecer também a possibilidade de*

*uma desapropriação que não seja nem por necessidade do Estado, em si, como órgão diretor da sociedade em geral, nem por utilidade pública, para qualquer serviço do Estado. Mas devemos também possibilitar a desapropriação sempre que necessária à ordem social, à vida social". E cita dois casos: "na sociedade puramente individualista, que compreende a propriedade como direito absoluto, admite-se a propriedade dos bens que não produzem e recebem valorização do próprio Estado e do trabalho coletivo. Evidentemente, essa propriedade improdutiva, que o proprietário não explora no sentido de transformá-la numa utilidade geral, criando riqueza para a coletividade, é um peso para a sociedade. O proprietário tem em seu favor toda a proteção da lei e da autoridade, recebe as conseqüências do enriquecimento resultante do trabalho geral e da própria ação do Estado e nada lhe dá em virtude desse mesmo direito. Deve ser possível ao Estado, em casos especiais, desapropriá-la a fim de tornar a propriedade uma utilidade, uma riqueza social. Seja porque vá dividi-la entre os que pretendem cultivá-la, seja para outro fim de ordem coletiva".*

A Constituição de 1967 incluiu a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e social(art.160, III), que coexiste com o da propriedade como direito individual consagrado no art.153,§22. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

*"isto significa que a propriedade não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto do art.160, III, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual está é o*

*direito de usar, gozar e tirar proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só”<sup>106</sup>.*

Não há dúvida, no entanto, que a inspiração mais próxima do princípio é a doutrina social da Igreja, tal como exposta nas Encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, de 1961, e *Populorum Progressio*, do Papa João Paulo II, nas quais se associa a propriedade a uma função social, ou seja, à função de servir de instrumento para a criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade.

Segundo José Afonso da Silva(1989:251), a função social da propriedade pode manifestar-se, “conforme as hipóteses, seja como condição de exercício das faculdades atribuídas, seja como obrigação de executar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas”. No entanto, o princípio não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma garantia do respectivo direito.

A vigência da Constituição de 1967, o princípio da função social teve aplicação restrita à desapropriação para reforma agrária, fundamentada no art.161.

Na Constituição de 1988, o art.5º, inciso XXII, garante o direito da propriedade,

---

<sup>106</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 1989, v.3:166

mas no inciso XXIII, determina que a 'propriedade atenderá 'à sua função social; além disso, ela volta a ser incluída entre os princípios da ordem econômica, que tem por fim "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"(art.170,III); porém, tem seu alcance delimitado.

Quanto à propriedade urbana, o art.182,§2º, diz que ela "cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano-diretor"; este é obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, sendo considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento e da expansão urbana(§2º).

A norma se completa com a do § 4º, que faculta ao Poder Municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano-diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que prova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:parcelamento ou edificações compulsórios;imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial urbana progressivo no tempo;desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Vale dizer que, em se tratando de propriedade urbana, o poder público municipal pode exigir do proprietário, que não esteja usando adequadamente o seu imóvel dentro das condições previstas no Plano-diretor, que faça o seu parcelamento ou edificação compulsória.

Quanto à propriedade rural, o art. 186 estabelece que a sua função social “é cumprida quanto a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidas na lei, os seguintes requisitos:

- a) aproveitamento racional e adequado;
- b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Não cumprindo a sua função social, o proprietário fica sujeito à desapropriação para fins de reforma agrária, prevista no artigo 184; se tornar produtiva a sua propriedade- assegurando-lhe, pois, função social- o seu titular escapa à possibilidade de desapropriação sob essa modalidade(art.185,II). A matéria está hoje disciplinada pela Lei nº8.629, de 25-2—93, e pela Lei Complementar nº76, de 6-7-99993.

A Constituição delimitou, portanto, o campo de aplicação do princípio da função social da propriedade: na área urbana, significa adequação ao Plano Diretor do Município; especialmente, visa obrigar o proprietário de terreno não construído a nele edificar ou proceder ao seu parcelamento.

Na zona rural, corresponde à idéia, já assente na doutrina jurídico- agrária, de “correta utilização econômica da terra e sua justa distribuição, de modo a tender ao bem-estar social da coletividade, mediante o aumento da produtividade e da promoção da justiça social”.(cf. Telga de Araújo, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v.39:9).

A desapropriação apresenta-se como um instrumento de que se utiliza o poder público para assegurar o acesso à propriedade rural àqueles que a cultivam sem serem os donos. Para evitar o desvirtuamento dos objetivos da reforma agrária, o artigo 189 da Constituição determina que “os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo dez anos.

Observa-se, contudo, que tais objetivos não foram cumpridos pelo governo, incapaz de uma política de reforma agrária, motivando a mobilização social de milhares de “sem terra” em busca de terras produtivas para assentamento. É o movimento mais popular mais aguerrido, e que continuamente tem feito pressões junto ao governo para liberações de terra.

A função social da propriedade é um instrumento democrático, posto à disposição do Estado de direito, para regular o uso da propriedade e evitar distorções e o seu uso inadequado .

Passou, pois a propriedade, a um direito relativo, não mas absoluto, como vigorava no direito anterior às grandes conquistas sociais como já assinalado, estabelecendo o primado do interesse individual para o interesse público e social.

#### **11.4 Direito à vida**

A constituição protege à vida em todos os seus aspectos , zelando, quer pela integridade física, quer pela integridade moral.

Vida no texto constitucional, não pode ser considerado apenas no seu sentido biológico, em razão da autoincessante atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas deve-se interpretar, em sentido racional de compreensão da constituição, vislumbrando-se que esta é mais uma manifestação da dignidade inerente ao ser humano.

O ponto final da vida é a ausência de respiração, mas para efeitos de transplante, tem parâmetros diferenciados (morte cerebral comprovada)

O início da vida é considerado desde a concepção – o nascituro tem expectativa de direito

O aborto é a morte provocada do feto, só permitido quando há risco de vida para a mãe ou em casos especiais de estupro, com autorização judicial. (e qual o momento que a criança já é feto, já tem vida no útero? – indagação que para efeitos legais, é o momento da concepção, segundo Heleno Fragoso, e Mirabete.

No Brasil o chamado homicídio privilegiado é o causado por relevante valor moral ou social.

A vida é o bem jurídico da maior relevância para o estado brasileiro. Deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável.

A constituição consagrou o direito á vida em seu art. 5º caput, como pode se observar:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

De nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

#### **11.4.1 direito à existência**

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.

#### **11.4.2 direito À Integridade Física**

A constituição foi expressa em assegurar o respeito à integridade física dos presos (art. 5º, XLIX), e dos cidadãos. Além de garantir o respeito à integridade física (e moral), declara que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). A fim de dotar essas normas de eficácia, além de cominação de penas, a atual Carta Magna preordena várias garantias penais apropriadas, como o dever de comunicar, imediatamente, ao juiz competente e à família ou pessoa indicada, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre; o dever também da autoridade

policial de informar ao preso seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado; e o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial.

#### **11.4.3 DIREITO À INTEGRIDADE MORAL**

A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV), realçando o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. No plano penal, a lesão à honra e dignidade, pode acarretar a abertura de Ação Criminal de natureza privada.

#### **11.4.4 PENA DE MORTE**

O direito à vida contrapõe-se à pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedar a pena de morte, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, "a"), justificando-se ante a necessidade de proteger a coletividade, em detrimento do indivíduo. Dentre os principais argumentos que justificam a sua contrariedade em nosso ordenamento jurídico:

- a) não reduz a criminalidade;

- b) não causa medo aos criminosos
- c) erro judiciário

#### **11.4.5 EUTANÁSIA**

O vocábulo eutanásia deriva do grego— eu= bom — thanatus= morte, significando boa morte, ou homicídio piedoso. Contudo, a vida é um bem jurídico que não importa proteger só do ponto de vista individual; tem importância para a comunidade. O desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui a esta da tutela penal. O estado continua a protegê-la como valor social e este interesse superior torna inválido o consentimento do particular para o que dela o privem. Nem sequer quando ocorrem as circunstâncias que incluíram o fato na categoria da eutanásia, ou homicídio piedoso. Já a Ortotanásia é a morte justa — eutanásia passiva — de relevante valor para o médico que deixa de praticar atos que competem para prolongamento da vida do paciente.

#### **11.4.6 TORTURA**

Trata-se de um conjunto de procedimentos destinados a forçar, com todos os tipos de coerção física e moral, a vontade de um imputado ou de outro sujeito, para admitir, mediante confissão ou depoimento, assim extorquidos, a verdade da acusação. Houve até o século dezoito sistemas jurídicos da tortura, nos quais essa consistia num meio lícito e válido de obtenção de provas contra o imputado. O sistema foi combatido

## **12. DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO:**

### **OS DIREITOS SOCIAIS ECONÔMICOS E CULTURAIS**

No final do século XIX, após a revolução industrial, foram surgindo graves problemas sociais e econômicos, demonstrando assim que o sistema de liberdades públicas, advindo das grandes revoluções e declarações já não alcançava a efetiva garantia para o cidadão.

A isto se se somou, as reivindicações socialistas contidas na doutrina marxista, que pregava a igualdade absoluta entre o proletariado e os patrões, criando na Rússia um regime baseado na erradicação do capitalismo nos moldes da época.

Foram surgindo diversos movimentos sociais como forma de reivindicar do Estado, um papel mais ativo na conservação do bem estar social.

Ainda na esfera dos direitos sociais foram-se somando a chamada liberdade social, tais como liberdade de sindicalização, direito de greve, direito a férias, limitação da jornada de trabalho, repouso semanal remunerado entre outros.

Os direitos fundamentais da segunda geração ou dimensão, são os direitos sociais, econômicos e culturais postos em destaque pela social democracia européia nos fins do século XIX, e constitucionalizados pelas nações industriais e semi-industriais no começo do século passado.

Como já se observou algures a passagem da sociedade feudal para o tipo de sociedade burguesa, sobretudo em virtude das transformações dos métodos de produção importou, dentre outras conseqüências a supressão das corporações de ofício.

O aparato legal do estado liberal passou a funcionar a partir da concepção da existência de corpos intermediários entre o individuo e estado , visto que o homem , para ser livre, não poderia estar subordinado a grupos.

Surge o modelo capitalista, apregoando a liberdade e a igualdade entre os indivíduos.

O desenvolvimento do modelo capitalista resultou no aparecimento de intrincados e complexos problemas sociais, tais como a explosão demográfica, as desigualdades sociais, o êxodo rural, a favelização etc.

Como a massificação questões como falta de moradia, educação, consumo alimentar, etc. passa a fazer parte de uma pauta de reivindicações, onde a coletividade, não mais exige do Estado a sua abstenção, mais a efetiva prestação ou direito a ter proteção.

Surge o Estado de bem estar social, o welfare state, que emerge definitivamente como conseqüência das políticas definidas, a partir das grandes guerras e da formulação constitucional da segunda década do século XX.

Dois fatores propiciaram o surgimento do estado social. O fator político que se expressa através da luta pela a consagração legislativa e efetivação pratica dos direitos

individuais, dos direitos políticos e finalmente dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Os fatores econômicos na transformação da sociedade agrária foram de importância vital.

Consoante Jose Rubens deve-se ter presente :

“ ainda o fato, de que, na verdade não se deve apenas a teoria constitucional e institucional desses direitos sociais. O estado de direito em seu aspecto social encontra-se no espírito na consolidação de um poder político de caráter intervencionista , Como e o Estado de providencia ou do bem estar social”<sup>107</sup>

O estado social, incorporou novos direitos tais como os direitos sociais das crianças, dos trabalhadores, do consumidor, do meio ambiente etc.

São os direitos metaindividuais ou transindividuais. São direitos que pertencem uma categoria inteira de indivíduos exigindo uma intervenção ativa por parte do Estado e não tão somente uma atitude absentéista.

Frutos da industrialização, os conflitos passam de meramente individuais para assumir proporções coletivas.

Tais conflitos, subtraem o âmbito meramente privado e o modelo jurídico liberal, passando para uma amplitude não só jurídica, mas sobretudo social e econômica .

---

<sup>107</sup> Os direitos individuais e coletivos no Brasil revista de informação legislativa Brasília vol 26 nº 104 1989

Os estado liberal passa a reorganizar seus instrumentos de política econômica, a parti de seu expansionismo e de forma contraditória, ao modelo seguido no passado, de intervenção e regulação dos meios inerentes à produção, e das relações econômicas e sociais.

Com o intervencionismo surgem as crises, com a evidente falta de manutenção ou prestação de políticas publicas sociais, ante a falta de tutela do Estado, face aos interesses transindividuais.

Esta crise é resumida por Pierre Rosenthalom ( Rosenthalom, Pierre. La crise de l'etate providence Paris sevil 1981), como uma crise do modelo de um sistema e de relação social, como crises sobre as fronteiras e as relações entre Estado e a sociedade, e com a Implantação de novos métodos sociais, complementares do Welfare State

No Brasil, tais direitos foram assimilados pela constituição de 1824 e recepcionados e ampliados pela carta de 1988.

A nota distintiva é o seu conteúdo “positivo”, constando com os direitos de primeira geração, que em geral são oponíveis ao Estado, sendo direito de defesa por excelência.

São direitos típicos do Estado social, tendo em vista o direito do individuo a ter por parte do Estado, “prestações” sociais, tais como assistência social, educação, saúde, segurança etc.

Conforme preleciona Paulo Bonavides são direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no

constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão deste século, nasceram abraçados ao princípio de igualdade da qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula<sup>108</sup>

A doutrina já remanescente com amparo no ensinamento de Norberto Bobbio,<sup>109</sup> declarava serem antinômicos, os direitos da segunda geração, em confronto com os da primeira geração, em face da heterogeneidade dos mesmos.

Os direitos de primeira geração visam restringir o poder do Estado, enquanto, os de segunda geração teria como escopo à ampliação dos poderes do Estado, visto que este teria necessariamente que intervir na ordem social econômica e cultural para garantir tais direitos.

Saliente-se, que os direitos sociais são dirigidos não à coletividade, mas ao homem individual, não podendo destarte, ser confundidos com os direitos difusos da terceira geração.

Como bem acentuado por Paulo Bonavides<sup>110</sup>:

“a conseqüência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de processo de desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida, trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karl Vosak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção dos direitos individuais ou coletivos Contudo

---

<sup>108</sup> BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**. Os caminhos da democracia pg518

<sup>109</sup> (ob. cit. pág.43),

<sup>110</sup> op. Cit. Pg 522

verifica-se, em especial nas democracias a plena viabilidade e possibilidade das duas gerações de direitos coexistirem, visto que as ultimas tornam reais as primeiras, cuja tendência é de permanecerem apenas como direitos formais”.

Conforme ensina José Afonso da Silva, os direitos sociais:

“valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais ao criarem as condições materiais mais propicias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, propicia as condições mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.<sup>111</sup>

Jorge Miranda declara existir, direitos da pessoa situada na sociedade civil (chamada assim em contraste com o Estado). São os direitos correspondentes á teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar sua vida em todas as suas potencialidades. São os direitos advenientes da insêrção do homem em sociedade ou talvez melhor, nas múltiplas sociedades, sem os quais não poderia alcançar e auferir os bens econômicos, culturais e sociais stricto sensu destinados á satisfação das suas necessidades.<sup>112</sup>

Observe-se que os titulares dos direitos econômicos, sociais e culturais, são aprioristicamente classes ou grupos despidos de poder econômico ou político, daí a necessidade maior de sua proteção.

Na doutrina brasileira, formou-se um consenso, no sentido que os direitos sociais econômicos e culturais têm eficácia limitada, em relação aos direitos individuais.

---

<sup>111</sup> op cit. pg 46

<sup>112</sup> op cit. pg 145

Esvaziou-se desta forma a eficácia de tais direitos, não obstante o teor do pacto internacional de 1966, sobre Direitos econômicos culturais e sociais.

**Artigo 2º – 1.** Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Com fundamento no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, os doutrinadores brasileiros mais progressistas têm defendido a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos. O preceito constitucional invocado estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A aplicação imediata às normas dos direitos humanos internacionais se justificaria, na medida em que os Tratados internacionais de direitos humanos nada mais são do que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Não obstante o caráter diferenciador dos Tratados de direitos humanos dos demais Tratados, o Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente acolhido a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e lei ordinária federal. Com efeito, desde 1977, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, o Supremo Tribunal Federal firmou este entendimento, concluindo pela aplicabilidade do princípio de que norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível.

A tese da paridade entre tratado e lei federal foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento ocorrido após a promulgação da Constituição Federal

e a ratificação de importantes tratados de direitos humanos pelo Brasil. Em 1995, ao enfrentar a questão concernente ao impacto do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe a prisão civil por dívidas, salvo no caso de alimentos, no direito interno brasileiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

(...) inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se sobrepõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. (...) Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil - à semelhança do que hoje estabelece a Constituição Argentina (artigo 75, 22) - houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos". (...).

De qualquer forma, os Tratados têm força vigorante e ingressam no ordenamento jurídico, devendo, os poderes públicos, em especial o Ministério Público, velarem pela sua efetiva aplicação.

### **13. DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO:**

#### **DIREITOS DE SOLIDARIEDADE ,TRANSINDIVIDUAIS OU DIFUSOS E COLETIVOS.**

Com o advento da modernidade, vários acontecimentos vieram a dar lugar as antigas reivindicações sociais visando à instauração de um estado social.

O surgimento do totalitarismo e do nacionalismo exacerbado, provocou a assunção de novas ideologias, de cunho marcadamente autoritário, o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália, o bolchevismo na Rússia, e no Japão o imperialismo

Estas nações em especial a Alemanha, tinham por objetivo a expansão territorial, o que gradualmente foi alcançado com a invasão da Polônia, seguida da Europa oriental e Áustria.

A reação do restante das nações civilizadas foi quase imediata, tendo os EUA, Inglaterra e Rússia, se unindo em um pacto denominado aliança que imediatamente declarou guerra ao chamado Eixo, composto por Alemanha, Itália e Japão.

Os Estados Unidos entraram no conflito após a declaração de guerra do Japão, com a destruição de Pearl Harbou , mas a sua participação na guerra foi fundamental para o seu termino.

Antes do termino do conflito porém, o que se viu foi uma carnificina sem precedentes, com os chamados grande crimes contra a humanidade.

Somente na Alemanha foram massacrados seis milhões de judeus, barbárie baseada no predomínio da raça ariana sobre as chamadas raças impuras, dos quais os judeus eram os principais representantes.

O próximo passo foi a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, causando a morte de milhares de pessoas, afora os que tombaram em campo de batalha.

Após estes lamentáveis fatos, surgiu a declaração dos direitos do homem e do cidadão, (1948) inaugurando uma nova geração de direitos: os direitos de fraternidade ou solidariedade.

Tais direitos trazem como nota distintiva o fato de protegerem não o homem individual, mas a coletividade socialmente considerada.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 preocupou-se, fundamentalmente, com quatro ordens de direitos individuais, conforme assevera Celso Ribeiro Bastos:

"Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de

consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação".<sup>113</sup>

São os chamados direitos transindividuais difusos, visto que a sua titularidade é muitas vezes indefinida e indeterminável, como, por exemplo, o direito a paz, á autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito a conservação e utilização do patrimônio histórico, artístico e cultural.

São direitos gerados pelo impacto da tecnologia, do surgimento das grandes corporações, pelo processo de descolonização e dos conflitos surgidos após a segunda guerra, em especial a chamada guerra fria.

Os direitos da terceira geração são o mais aberto das gerações de direitos fundamentais, visto que em seu catálogo, somam-se grandes números de direitos, alguns não positivados, mas em franca fase de internacionalização.

Mas não somente podem esses direitos serem exercidos no âmbito transnacional, visto que alguns direitos difusos, como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente saudável, ao consumidor, podem e devem ser exercidos e protegidos no âmbito do próprio Estado. Outros como a autodeterminação dos povos, podem ser objeto de proteção internacional, como já dispõe o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)

---

<sup>113</sup> BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 174-175.

Artigo 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

### **13.1 DIREITO E INTERESSE. DISTINÇÃO.**

É necessário antes de se definir acerca dos direitos de terceira geração adentrar-se acerca do debate que envolve parte da doutrina sobre a distinção entre direito e interesse.

O interesse na definição de Mancuso, vem a ser o que *“interliga uma pessoa ao um bem de vida em virtude de um determinado que esse bem possa representar para aquela pessoa”*<sup>114</sup>. São caracterizados por:

- a) não terem projeção externa ao indivíduo, permanecendo em seu campo psíquico;
- b) seus efeitos, da mesma forma, restringem-se ao campo individual;
- c) são neutros, indiferentes perante o Estado ou terceiros.

---

<sup>114</sup> Mancuso, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*- SP-RT. 1991 p. 131

Outras características próprias dos interesses, que os distinguem objetivos e subjetivos, podem ser assim enumeradas:

a) O interesse encontra-se na base dos princípios e conceitos jurídicos, têm caráter universal, aparecendo além das pretensões asseguradas pela ordem jurídica.

b) Esta universalidade se caracteriza por uma imprecisão no seu significado.

c) Os interesses estão vinculados a valores novos especificados.

d) O interesse abriga uma relativização de direitos tradicionais, como é o caso do direito de propriedade, que agora assume uma função social.

Já o direito sempre é determinado, e tem a sua titularidade, ligada ao indivíduo, com um objeto igualmente definido.

O interesse individual, contudo, é aquele que diz respeito ao ser humano, individualmente considerado, cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário.

Caio Mário da Silva da Silva Pereira, após esposar várias opiniões e conceitos, distingue três elementos essenciais:

a) Sujeito: é o titular do direito, ao qual a ordem jurídica, assegura a faculdade de agir.

b) Objeto identificado como sendo o bem jurídico sobre o titular do direito a ser exercido

c) Relação jurídica : vínculo que submete o objeto ao sujeito

O interesse público vem a ser aquele interesse transindividual, identificado com os interesses da sociedade

Por seu turno, o interesse público, subdivide-se em interesse social, interesse geral da coletividade e interesse difusos.

O interesse social pode ser entendido por um duplice sentido, ora referindo-se ao um conteúdo coletivo, ora dizendo respeito à pretensão de uma pessoa jurídica refletindo um interesse individual do ente que o titularizam.

Por interesse geral da coletividade entenda-se uma pretensão individual, que tenha interesse por todos os indivíduos, ou um interesse comum a todos.

Os interesses difusos, são os interesses indivisíveis de grupos menos determinados de pessoas, entre os quais inexistente vínculo jurídico ou fático menos precisos. São como feixes de interesses individuais com pontos em comuns.

Roberto Aléxis citado por Mazzilli identifica o interesse público, como interesse primário que vem a ser identificado como interesse do bem geral, contrastando com o interesse secundário, que vem a ser o modo pelo qual os órgãos da administração vêm e protegem o interesse público.

Interesses individuais homogêneos são aqueles interesses individuais com causa comum, que afetam um número específicos de pessoas, embora de forma e com conseqüências diversas para cada uma delas.

Os direitos individuais homogêneos distinguem-se dos direitos individuais, face a origem comum, que atinge diversas afetações particulares, originárias de uma mesma causa, de uma gênese comum.

São aqueles interesses, em que seus integrantes são determinados ou determináveis, dentro de um grupo social.

Os interesses coletivos são direitos cujos integrantes também são determináveis, contudo, são mais abrangentes que os interesses individuais homogêneos, sendo o gênero, do qual primeiro é espécie.

Três conotações diversas podem assumir a idéia de interesse coletivo:

- a) a primeira idéia ou aceção, vem a corresponder a um interesse pessoal do grupo ou categoria, contrastando com um interesse individual de cada um de seus componentes.
- b) a segunda vem a identificar o interesse coletivo, a soma dos interesses pessoais dos membros do grupo, categoria ou classe.
- c) a última apresenta o interesse coletivo, como sendo a síntese dos diversos interesses individuais despersonalizando os diversos grupos individuais.

Os interesses difusos e coletivos, portanto, são os direitos transindividuais de terceira geração

MANCUSO, dissertando acerca dos direitos difusos assevera que estes

*“excedem a um interesse publico em geral, configurando-se no terceiro e ultimo grau daquela ordem escalonada, notabilizando-se por um alto índice de desagregação ou de “atomização” que lhes permitem se referirem a um contingente indefinido de individuo e a cada qual deles ao mesmo tempo”.*<sup>115</sup>

Observe-se ainda, que os interesses difusos , apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, intensa conflituosidade, duração efêmera ou contingencial .

Tais interesses contudo podem estar circunscritos, ao âmbito de uma nação ou território ou extrapolá-los. Como bem assinalados por BONAVIDES os direitos de terceira geração, são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século, enquanto os direitos que não se destinam especificamente a proteção dos interesses de um individuo de um grupo de um determinado estado.<sup>116</sup>

O renomado jurista enumera pelo menos cinco direitos de solidariedade ou terceira geração: O direito ao desenvolvimento, o direito a paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito a comunicação.

SARLET situa os direitos de terceira geração em âmbito menos universalista prelecionando que:

---

<sup>115</sup> ob.cit. p. 79.

<sup>116</sup> ob.cit pág 523

*“Os direitos fundamentais de terceira geração também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintivas o fato de desprenderem em principio da figura do homem individuo , como seu titular destinando a proteção de grupos humanos ( família, povo, nação). e caracterizando-se, conseqüentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa.”<sup>117</sup>*

Reconhecidos esses direitos de terceira geração, tendo seu gênero como sendo a solidariedade (ou fraternidade), seu desenvolvimento conforme ensina Etienne-R. Mbaya (MBAYA, Etienne-R. *A Menschenrechte im Nord-Sued Verhaeltnis. Apud, BONAVIDES, Paulo. Op. cit., nota 10, p. 523-524*), se exprime de três maneiras:

- a) o dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
- b) ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive co auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
- c) uma coordenação sistemática de política econômica.

---

<sup>117</sup> ob cit. pag52

#### **14.DIREITOS DE QUARTA GERAÇÃO: Direitos do homem frente à globalização.**

A civilização moderna constitui-se, no que se convencionou denominar sociedade pós-moderna ou pós-industrial.

Nosso planeta transformou-se em uma aldeia global, invadido por tecnologias avançadas e sofisticadas, obrigando-nos a fazer uma releitura acerca de velhos conceitos, envolvendo as ciências naturais e as ciências humanas.

No tocante aos direitos humanos as transformações ocorridas no âmbito mundial, encerram uma nova releitura, dentro do âmbito dos diversos sistemas sociais.

Em primeiro lugar, observa-se que no mundo globalizado, os direitos individuais cedem passo a direitos transindividuais, que transcendem as especificidades culturais, tendo uma dimensão abstrata e universal.

Uma segunda dimensão, vem a ser dado, pela teoria dos sistemas, tal como idealizado por Max Weber, entre outros, que talvez seja a melhor forma de explicitar as tendências atuais de sociedade, quer no âmbito mundial, quer no âmbito regional.

A teoria sistêmica ensina que na evolução social, em longo prazo as mudanças no sistema cultural, constituem as principais etapas da evolução social.

Por fim, dentro deste amplo contexto sistemático e globalizado, observa-se cada vez mais a predominância dos chamados direitos difusos e coletivos, a qual defendemos que são direitos de terceira e quarta geração.

È de se registrar que os direitos fundamentais surgiram como valores europeus e americanos, em primeiro momento histórico, transformando-se em valores universais

após a segunda guerra mundial, bem como se multiplicando ante as necessidades sociais.

Desta forma e com aumento dos bens a serem tutelados, foram surgindo paulatinamente diversos direitos, visando principalmente à proteção dos hipossuficientes, tais como as declarações de direitos de criança, de mulher, do deficiente mental, dos idosos, etc.

Não há que se negar, que a globalização trouxe profundo impacto, para os direitos fundamentais.

Preliminarmente, e citando José Eduardo Faria<sup>118</sup>, observa-se a lenta substituição da democracia representativa, ou qualquer outra espécie de democracia, por aquilo, que o pensador brasileiro denomina de Democracia “organizacional”, ou seja, o modo de organização do Estado, dominado por cadeias produtivas, controladas na escala mundial, por instituições financeiras internacionais e conglomerados empresariais e companhias globais.

Entre as características ou processo da globalização, podemos citar as seguintes: crescente autonomia da economia em relação à política, novas estruturas decisórias com alcance mundial, “desnacionalização” dos direitos, conexão dos sistemas financeiros a nível global, mudanças ocorridas na organização do trabalho e novas formas de resolução de conflitos e cooperação entre as nações.

Contemporaneamente observa-se que as sociedades e os países estão passando por transformações sociais velozes e profundas, trazendo como conseqüências, rápidas mudanças em teorias, conceitos, modelos e soluções que por

---

<sup>118</sup> O direito na Economia Globalizada pg 219

muito tempo foram considerados satisfatórios na resolução das crises sociais. Tais transformações causadas pelo que se convencionou chamar de globalização, tornaram os Estados soberanos de hoje incapazes de utilizar o instrumental teórico tradicional na solução de seus problemas.

Tentam, por isso, os Estados, levar adiante um processo de integração profundo, irreversível e abrangente não só para formação de um mercado comum com o rompimento de barreiras alfandegárias e obstáculos históricos, como também para a busca de uma integração cultural entre os povos, incluindo-se aí a harmonização dos sistemas jurídicos e político, no sentido de uma maior garantia dos direitos fundamentais.

Essa harmonização não tem sido possível pela substituição pura e simples das Constituições internas de cada Estado por um documento supranacional, mas de compatibilização dos diversos textos constitucionais, principalmente no tocante à proteção dos direitos fundamentais, bem como da criação de órgãos representativos e de tribunais com jurisdição internacional.

Segundo, Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo<sup>119</sup>, essa idéia é tão antiga quanto a humanidade. Iniciou-se com as guerras de conquista (persas e romanos, na Antigüidade; bárbaros e maometanos, na Idade Média); evoluiu para os descobrimentos (descobrimientos marítimos e do caminho para as Índias); e hoje continua com a luta pelo domínio dos mercados. Afirma ele que, atualmente, a globalização não parte da

---

<sup>119</sup> O Brasil e o mundo globalizado. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 4, p. 119-130. 1998

ideologia do neoliberalismo porque este, como o nome indica, seria um novo liberalismo, o qual, enquanto perdurou, pressupunha Estados fracos. A globalização, no entanto, está a serviço de Estados fortes com o objetivo de submeter os Estados fracos. O nome neoliberalismo seria apenas uma cortina de fumaça a encobrir as verdadeiras intenções dos Estados ou dos blocos políticos e econômicos poderosos que estão a se formar.

O processo de globalização ou mundialização da economia acelerou-se a partir do crescimento das transações financeiras e comerciais mundiais após a Segunda Grande Guerra. Mudou-se o conceito antigo de economia internacional composta de comércio e investimentos externos para uma economia globalizada cujos componentes básicos são os fluxos financeiros e de informações, o comércio e os investimentos.

Observa-se ainda a reestruturação do sistema financeiro, levando a um capitalismo crescentemente protagonizado por gerentes anônimos com amplos poderes decisórios e operacionais sobre enorme gama de recursos.

Por um lado, a globalização, com seu avanço tecnológico, com a sua quebra das barreiras geográficas e políticas, com a sua abertura comercial, com a formação de blocos econômicos e políticos pelos Estados, trouxe a idéia de uma sociedade universal. Assim, há maior contato entre povos e pessoas; nos lugares mais remotos sabe-se o que se passa ao redor do mundo; há a interação cultural; maior acesso a produtos e serviços que facilitam a vida do consumidor ou usuário entre outros.

Por outro lado, além de forte reação à absorção de produtos, usos e costumes de outros povos por parte daqueles de culturas tradicionais, o entrelaçamento da economia trouxe, dentre outros males, a volatilidade de capitais financeiros sem levar em consideração os danosos efeitos sociais que provoca, mas somente o lucro fácil; imposições econômicas como o pagamento de vultosas dívidas externas; o enfraquecimento do Estado não só como soberania nacional, como também na ordem interna; a concentração de poder nas mãos de corporações multi ou transnacionais, que reorganizam, segundo suas conveniências, os processos produtivos e escolhem os mercados mais lucrativos.

Ao Estado social e liberal, do passado veio a gradativa transformação no Estado neoliberal, típico do mundo globalizado, cuja tônica assume a consecução de uma dimensão organizacional mais reduzida, e passa a ser pautado pelo mercado e por seus atores dominantes- As instituições financeiras e as grandes corporações e conglomerados. No âmbito do Estado neoliberal, é a economia que rege o estado e organiza os subsistemas jurídico e político.

#### **14.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GLOBALIZAÇÃO**

Como já referido a Globalização alargou ainda mais o fosso que separa ricos e pobres acentuando ainda mais a exclusão social.

Dentre as diversas mudanças que enfraqueceram os direitos fundamentais, podemos citar o aumento do desemprego em face da crescente flexibilização das normas trabalhistas.

De outra sorte as novas tecnologias exerceram o impacto decisivo na descentralização e fragmentação do trabalho tendo em vista que o trabalho de vários trabalhadores pode ser realizado com eficiência por uma única máquina.

A competição desenfreada, desencadeada pelo o fenômeno da globalização, exige cada vez mais trabalhadores com qualificação técnica superior especializado e versáteis para o confronto com o capital. Em assim sendo os trabalhadores menos qualificados, ou seja aqueles com baixo grau de escolaridade, curta experiência de treinamento e aprendizado, muitas vezes incapazes de operar as modernas tecnologias, como a informática, vão sendo paulatinamente excluídos do sistema produtivo formal e lançados para a chamada economia informal.

Observe-se ainda o lento enfraquecimento político dos sindicatos, tendo em vista a mudança de perspectivas do conflito capital versus trabalho, agora deslocado para negociações em nível de empresa.

Por outro lado o fenômeno da globalização econômica encerra um potencial altamente conflitivo, pois quanto mais veloz e sua expansão, mais intensa a exclusão social por ele propiciada.

A integração do homem no plano social, no mundo globalizado, vai depender da sua adesão a uma das organizações integrantes, da “ sociedade das corporações”. É que no mundo globalizado a “ Sociedade de homens” foi substituída pela “sociedade de organizações”. Portanto quem não pertence a uma dessas organizações, fatalmente estará alijado da ordem social.

Como adrede mencionado, os direitos e garantias individuais desenvolvidos pelo liberalismo burguês, não necessitam para sua efetividade, de uma promoção por parte do estado.

O mesmo não ocorre com os direitos sociais, visto que necessitam de uma ampla gama de programas governamentais e políticas públicas para sua implementação.

Contudo o estado neoliberal caracteriza-se por sua subordinação a economia, que por seu turno consagra os fatores reais de desenvolvimento tais como competitividade, produtividade e integração, resultando do plano social fragmentação exclusão e marginalidade.

O que fazer, então, para garantir não só o emprego, mas todos os direitos fundamentais num mundo globalizado? Muitas são as respostas, Carmen Lúcia Antunes Rocha por exemplo, tem esperança de que o homem, através do sentimento da fraternidade, há de superar essas dificuldades e afirma que nesse "milênio que se aproxima volta-se ao humanismo ético voltado à realização do ser humano integral, aquele que integra o homem ao todo e propõe a crença no homem, certo de que o homem supera-se sempre e em todos os sentidos"<sup>120</sup>

Os direitos fundamentais tornam-se, com o transcorrer do tempo, cada vez mais universais, na medida em que são adotados em tratados firmados por vários países. Têm-se incorporado ao direito interno dos Estados signatários que, assim, sentem-se na obrigação de, diante da comunidade internacional, respeitá-los.

---

<sup>120</sup> op. cit p. 23

Mas aí toma impulso a globalização econômica que, sem obedecer a qualquer parâmetro ético ou jurídico, contribui não só para enfraquecer os mesmos Estados signatários dos tratados sobre direitos humanos, como também para agravar as desigualdades sociais, mantendo a riqueza mal distribuída. Essa globalização sem freios protetores dos direitos humanos que coloca o lucro como valor supremo, sem se preocupar com as conseqüências, é entendida pelos pensadores e políticos como outra forma de dominação, de colonização dos Estados fortes sobre os fracos.

Como assegurar os direitos fundamentais, tendo como pano de fundo esse cenário, tem sido a preocupação de todos quantos se debruçam a estudá-los.

Para agravar a situação, sabe-se que hoje o Estado não detém mais o monopólio da produção e aplicação do direito. Dentre os direitos não estatais estão as normas que regulam internamente e entre si as grandes empresas e que contêm os mecanismos de solução para seus conflitos, os quais não passam pelo Estado.

Se, em face da globalização, o Estado se enfraquece e, em conseqüência, a autoridade, a quem recorrer para efetivar os direitos fundamentais no plano internacional?

As tentativas para a solução desse problema tiveram início em 1948 com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, passam pela assinatura de tratados, pactos e convenções e desembocam na criação de tribunais supranacionais. Mas são soluções ainda incipientes e precárias que não envolvem a quantidade ideal de Estados, ou seja, todos os Estados. E mesmo a agregação em comunidades, no estilo

da Comunidade Européia só tornarão eficazes os direitos fundamentais quando monopolizarem a força ou outro tipo de poder ou de controle ainda não vislumbrados.

Outro ponto de preocupação é a distância que se coloca entre o indivíduo e o órgão supranacional ao qual ele deverá recorrer para efetivação de seus direitos. Se muitos não apelam nem para a Justiça de sua cidade devido às dificuldades com advogados, custos, morosidade, desconfiança, torna-se mais difícil ainda recorrer a um órgão situado a milhares de quilômetros.

Os estudiosos dos direitos fundamentais e de sua tutela internacional, embora preocupados em face da globalização econômica, manifestam, no entanto, a esperança, com fundamento no sentimento de solidariedade, de que haja, também, uma globalização positiva dos direitos fundamentais cuja meta é a sua transformação em realidade.

A globalização seria entendida não só no sentido econômico, mas também no de universalidade, como instrumento para atingir valores supremos como a justiça social e a dignidade da pessoa humana. A globalização que interessa verdadeiramente é a que coloca o homem no centro de tudo, como razão derradeira da sociedade e do Estado. Como bem afirmado por Fernando Pessoa: Tudo vale a pena, se a alma não é pequena.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Mar Portuguese, in obra Poética.

## CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição de 1988, veio à lume - em confronto e antagonismo com a Constituição anterior- uma ampla gama de Direitos Fundamentais, a ponto de denominar-se a Constituição recém promulgada, de Constituição cidadã.

Os Direitos Fundamentais, foram talvez, a espécie de normas jurídicas, que mais se beneficiaram com as mudanças advindas da derrocada do regime político anterior, e do triunfo da Democracia, tendo sido alçados a uma grau de Status jurídico, impensável a poucas décadas atrás.

A Constituição de 1988 trouxe em seu bojo algumas inovações e institutos inexistentes no ordenamento jurídico anterior, como o hábeas data e o mandado de segurança coletivo.

Não foi diferente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

A grande inovação, e uma das mais importantes, foi o princípio da aplicabilidade imediata de tais direitos.

Com efeito, o parágrafo primeiro do art.º 5º da C.F. dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, afastando em tese, qualquer cunho programático desses preceitos, ou sua aplicação diferida.

A sua posição topográfica, permite inferir a importância que o legislador constituinte, lhes outorgou, visto que se encontram situados apenas depois dos princípios fundamentais, onde se harmonizam perfeita e sistematicamente, posto que dois dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil consistem na dignidade da pessoa humana(art. 1º, III) e na cidadania(art. 1º, inciso II ).

Seu elenco foi extraordinariamente ampliado, em oposição à constituição de 1967. O artigo 5º da Constituição de 1988 tem 77 artigos, enquanto o 7º consagra 34 incisos e um rol de direitos sociais dos trabalhadores.

Inúmeros dispositivos, de igual forma encontram-se dispersos por toda a constituição, e não apenas concentrados no art. 5º, como, por exemplo, as limitações ao poder de tributar (art. 150), e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art 225 da C.F.), entre outros.

Importa agora transplantá-los da realidade jurídica positiva, para um plano real e plenamente consentâneo com as necessidades preexistentes do povo brasileiro.

Identificá-los, compreendê-los e interpretá-los corretamente, faz parte desta missão.

Este estudo, têm nos limites da investigação, ao qual nos propomos, contribuir, para uma melhor compreensão da natureza desses Direitos, que se apresenta tão essencial, para os povos civilizados.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANDRADE, Dárcio Guimarães de. **Globalização das negociações coletivas**. Rev da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 2, n. 5. p. 115-125. jul./dez. 1998.

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. **O Brasil e o mundo globalizado**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 4, p. 119-130.

ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. **A evolução dos Direitos Humanos, avanços e perspectivas**. São Luiz (MA):EDUFMA, AAFMA, 1998.

ARENDR, Hannah **Origens do Totalitarismo**. São Paulo. Companhia das Letras. 2000.

AUGUSTO, MAURICIO Gomes. **Ministério Público na Constituição de 1988 - breves anotações**. RT, 635:84.

BATISTA, Guilherme. **Direitos humanos: preservação da cultura de países soberanos**. In Verbis. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4. p. 16-17. out./nov. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, V. 2, Saraiva, SP, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

BICUDO, Helio. **Direitos Humanos e sua Proteção**. São Paulo: FTD, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**. Os caminhos da democracia, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

\_\_\_\_\_. **A Constituição Aberta**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. **Reflexões**. Políticas e Direito. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRANDÃO, Adelino **Salvaguardas populares na constituição**, São Paulo, Julex, 1988.

BROW. **Filosofia e fé cristã, sociedade religiosa**. São Paulo: Edições Vida Nova, 1983.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

\_\_\_\_\_. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1989.

\_\_\_\_\_. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre (RS): Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

\_\_\_\_\_. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAUDWELL, Christopher. **O Conceito de liberdade.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Guia da cidadania: teoria, prática e legislação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CASTRO, Maurício Mendes Boavista de. **A mundialização dos mercados e seus impactos no mundo moderno.** AESPI em Revista. Teresina, ano 1, n. 1. p. 31-41. maio.

CAVALCANTI, Temistócles Brandão. **Introdução à Ciência Política.**

CICCO, Cláudio de. **Kant e o Estado de Direito: O problema do fundamento da cidadania.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 175-188.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público: estudos e pareceres.** São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos dos Direitos Humanos.** Estudos Avançados. São Paulo, n. 2, **Coleção Documentos**, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2001

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1972.

\_\_\_\_\_. **Curso de Filosofia do Direito.** 5 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 16 ed, São Paulo: Saraiva, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: **Revista da Faculdade de Direito,** São Paulo, 1993.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannella. **Direito administrativo.** São Paulo: Editora Atlas, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989.

**Direitos Humanos: Conquistas e desafios.** Brasília: Letra Viva, 1999.

DOTTI, René Ariel. A atuação do Ministério Público na Proteção dos interesses difusos. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 132:9. Porto Alegre (RS): Justitia, 1966.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Textos Clássicos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

FARIA, José Eduardo Direito e Justiça. **A função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito e Justiça: A função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Jurisdição: O Judiciário após a globalização**. Artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, 1996.

\_\_\_\_\_. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978

\_\_\_\_\_. **O Direito na Economia Globalizada**. Malheiros Editora. São Paulo. 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais**.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **O futuro do Estado**. Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 2, n. 4, p. 91-98. nov./jun. 1998.

FILHO, José Celso de Mello. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Editora Saraiva., 1991.

FROMM, Erich. **O medo à liberdade**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. Direitos Fundamentais e Jurisdição: O Judiciário após a globalização. Artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, 1996.

\_\_\_\_\_. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. Artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUSDORF, Georges. **As Revoluções da França e da América**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HABERMAS, Jürgen, **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HELLER, Herman, **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HEALE, M. J. **A Revolução Norte-Americana**. São Paulo: Ática, 1991.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções. 1789/1848**. 9. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense 1978.

JENKS, Wilfred C. **Direito, Liberdade e Bem Estar**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1963.

JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, São Paulo, 1991.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LIPSON Leslie. **A civilização democrática**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias dos Direitos Fundamentais. Artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, ano 6, nº 22, jun/mar, 1998. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

LOPES, João Lopes. **O Ministério Público junto aos Tribunais**. São Paulo: Justitia, PGJ/APMP 110/123 .

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **O paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento**.

Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Meneses Albuquerque, volume 3, nº1, São Paulo: Themis, 2000, p. 153.

- LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudos Temáticos de Direito Constitucional**. Fortaleza (Ce): Edições UFC, 2000.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A indivisibilidade dos direitos humanos**. In Verbis. Rio de Janeiro, n. 18, ano 3, p. 24-27. dez. 1999.
- MARINHO, Josaphat. Direito e Garantias Fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.127, Jul/Set, 1995
- MARITAIN, Jacques. **Cristianismo e democracia**. Rio de Janeiro: Agir, 1964.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, v.2, 1961.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Regime Jurídico do Ministério Público**, São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Celso Bastos Editor. São Paulo. 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MELLO, Marco Aurélio. **Direito penal no Mercosul - uma visão humanística.**

Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 2, n. 5, p. 101-113. jul./dez. 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal interpretado.** São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais, sua Dimensão Individual e Social. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** v.1, 1992, p. 198-208.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **A Responsabilidade Civil por dano ecológico e a ação civil pública - Litisconsórcio de Ministérios Públicos.** São Paulo: RT, 707:238.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação civil em vigor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Instrumentos de tutela e direitos constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva 1989.

PACHECO, J.E. de Carvalho. **Habeas Corpus.** Curitiba:Juruá, 1983.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações Constitucionais.**

São Paulo: Editora RT, 1990.

PENTEADO, Jackes de Camargo. **O princípio do Promotor Natural**. São Paulo: Justitia, PGJ/APMP, 129:114.

PIOVERSAN, Flávia; PIOVERSAN, Luciana; SETO, Luciana Key. **Implementação do Direito à igualdade**. Artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, ano 7 n° 28- Julho Setembro de 1999. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, ano XXVI, n. 76, p. 330-347. 1999.

RADBRÜCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra, Portugal: Armênio Amado-Editor, Sucessor Ciera, 1979.

REALI, Miguel. **Filosofia do Direito**. 6 ed., 1998.

**REVISTA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS**, ano 1, vol. 1, no. 1, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque, **Estudos sobre o Poder Judiciário**. Malheiros Editora. SP 1995.

ROUSSEAU, J.J. **Do Contrato Social**.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 1992.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade.** Belo Horizonte (MG): Editora UFMG, 1995

SANCHES, Sydney. **Inovações processuais na Constituição de 1988.** RT 635/48-55 n° 44.

SANTOS, Roberto A. O., **Sistema de Justiça e dinâmica Social.** Artigo publicado na **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.** v. 14 n° 27, 1981, pp.17-31.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes Direitos da Humanidade "The Bill of Rights"** São Paulo: Forense.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

SOUSA, José Pedro Galvão de Sousa. **O estado de direito e o direito natural.** Artigo publicado nas Jornadas brasileiras de direito natural. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

SIDOU, J.M.Othon. **Proteção ao Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph in: **Que é o Terceiro Estado?** (A Constituinte Burguesa), 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 63-69, 89-93, 103-104, 113, 132-133 e 135.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas Constitucionais.** 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1988

\_\_\_\_\_. **Temas Institucionais. Parecer sobre o Ministério Público.** São Paulo: Justitia, PGJ/APMP, 123:199.

SUSSEKIND, Arnaldo. **As Normas Internacionais em face da Constituição**. Editora LTR. São Paulo. 1991.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo.** São Paulo: Saraiva 1975.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 in RDA. Nº 178. 1979

TAVARES, Ana Lúcia Lira. A Constituição Brasileira de 1988. Subsídios para os Comparatistas. Revista de Informação legislativa. Nº 109. 1991.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEXTO DE VÁRIOS AUTORES. **Os Direitos Humanos e sua articulação prática com os Sistemas Sociais.** Campo Grande (MT): Editora ECDB, 2001.

TORNAGHI, Hélio, **Processo Penal,** Rio, Coelho Branco Editor. 1953

TUCCI, Rogério Laura. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_, **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª edição, São Paulo. Malheiros.

VECCHIO, Del Giorgio. **Teoria do Estado**. São Paulo: Edição Saraiva, 1957.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, "**Do Mandado de segurança**", RDP 55-56/333.

\_\_\_\_\_, **As novas Garantias Constitucionais** in Revista dos Tribunais, nº 644, São Paulo, jun/1989

WEINDEBERGER, Andrew D. **Liberdade e Garantias**. A declaração dos direitos. São Paulo: Editora Forense, 1962.