

“DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO”

Francisco Glauber Pessoa Alves

Doutor e Mestre em Processo Civil
(PUC/SP).
Membro do IBDP.
Juiz Federal (SJPE).

RESUMO: O trabalho aborda a dificuldade semântica com constância encontrada na doutrina acerca das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, apresentando uma tentativa de sistematização, com vista a diferenciá-las à luz do direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos - Humanos - Fundamentais - Sistematização.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama. 3. Proposta. 4. Arremate. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO:

Os temas direitos humanos e direitos fundamentais têm assumido a pauta em sede do direito internacional. No mesmo passo, o direito constitucional, forte no pós-positivismo proposto por Robert Alexy, incorporou muitos dos direitos enquadráveis nessas duas categorias para aqueles que admitem distinção entre uns e outros.

Com isso, uma melhor definição e até mesmo distinção entre essas duas espécies, se assim possam ser chamadas, mostrou-se premente. O desapuro terminológico sobre se direitos humanos são direitos fundamentais e vice-versa é absolutamente presente na doutrina, que ora trata-os como sinônimos, ora distingue-os, sem maior precisão conceitual.

Esse ensaio se propõe a ser uma tentativa, modesta que é, em verdade, mas, ainda assim honesta, de dar melhor contextualização aos conteúdos desses dois ramos do direito público e sobre eventuais pontos de intersecção neles contidos.

2. PANORAMA

Significativa parcela dos autores parece ver, nos direitos humanos e nos direitos fundamentais, conteúdos idênticos. A doutrina tedesca vem estudando os direitos fundamentais há muito tempo. Robert Alexy destaca a existência de teorias históricas, filosóficas e sociológicas acerca dos direitos fundamentais¹. Esse autor divisa normas de direito fundamental e os direitos fundamentais propriamente ditos, ainda que estabelecidas entre ambos estreitas conexões². Porém, não ignora, como não poderia, a problemática da definição:

El derecho fundamental como un todo es un objeto muy complejo pero, en modo alguno, inaprehensible. Está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de médio/fin y de ponderación.³

Konrad Hesse vê nos direitos fundamentais, à luz da Constituição da Alemanha, um caráter dúplice⁴: como direitos subjetivos e como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. No primeiro caráter, são direitos do particular, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito, mas, também, garantidores de um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida. No segundo, são reconhecidos para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absolutos, garantem direitos individuais, não obstante estejam incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição. Também assim José Joaquim Gomes Canotilho:

¹ *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 27.

² *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 47.

³ *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 245.

⁴ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 229-244.

As expressões «direitos do homem» e «direitos fundamentais» são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las 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 espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁵

Jorge Reis Novais⁶ propõe duas dimensões para os chamados direitos fundamentais. Uma, objetiva, e outra, subjetiva. Uma, que resulta na garantia jurídica de um bem, proporcionada pela imposição de deveres jurídicos objetivos ao Estado; outra, que resulta da garantia jurídica, ainda que muito diferenciada, de uma posição de vantagem individual na fruição dos bens protegidos de direitos fundamentais. Nas palavras do próprio autor, “constituindo uma e outra dimensão, a partir da consagração ou recepção constitucional do direito fundamental, Direito objectivamente vinculante de todas as entidades públicas”⁷.

Na doutrina brasileira, não é muito diferente. Aparentemente, Flávia Piovesan trata do assunto direitos fundamentais como sinónimo de direitos humanos⁸. Realça os valores prestigiados pela República Federativa do Brasil nos arts. 1º. e 3º., notadamente os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Por fim, remata ao expressar que o Texto “de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988)”⁹. Ingo Wolfgang Sarlet opta pela expressão direitos fundamentais, que vê como consagrada na nossa CF e na doutrina alemã, estremando-os, por serem aqueles reconhecidos pelo direito constitucional

⁵ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 369, destaques do original.

⁶ *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 56-57.

⁷ *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 57.

⁸ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 25-36.

⁹ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 34.

positivo e, portanto, delimitados especial e temporalmente, dos direitos humanos, que vê como posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal independente de vinculação com determinada ordem jurídico-interna¹⁰. José Afonso da Silva aponta essa dificuldade conceitual, para, ao depois, chegar à expressão direitos humanos fundamentais, que entende como mais justificada:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais*. (...)

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.¹¹

Alexandre de Moraes aponta essa mesma problemática, adota a terminologia direitos humanos fundamentais e prefere não radicalizar, expressando que o

(...) importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.¹²

Talvez, por isso, tenha-os definido como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser “humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal,

¹⁰ *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*, p. 225-226.

¹¹ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 175 e 178.

¹² *Direitos humanos fundamentais*, p. 21.

e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”¹³. O tema não é fácil, até porque registra Teresa Arruda Alvim Wambier que a doutrina trata direitos fundamentais como uma categoria autônoma em relação aos princípios fundamentais da CF. A autora assevera:

De certo modo, têm razão os autores que assim procedem, já que *princípios fundamentais* da Constituição são, em primeiro lugar, *princípios* e, em segundo lugar, dizem respeito a uma gama mais ampla, sendo mais genéricos: fala-se em *princípio federativo*, *princípio da soberania nacional*, *princípio democrático*. Por outro lado, todavia, há o *princípio da dignidade da pessoa humana*, de que decorrem alguns direitos fundamentais, como o direito à *liberdade de consciência e crença*, à *intimidade* e à *vida privada* e tantos outros.¹⁴

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵ tece uma classificação dos direitos fundamentais bastante interessante. O autor classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: o dos *direitos fundamentais como direitos de defesa* (objetivando a limitação do poder estatal – *status libertatis* ou *status negativus*) e o dos *direitos fundamentais como direitos a prestações* (impondo ao Estado o dever de pôr a disposição do indivíduo os meios e as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades e direitos fundamentais). Estes subdividem-se em dois grupos: o dos direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais). Tal classificação é seguida por Luiz Fernando Calil Freitas¹⁶.

3. PROPOSTA

Em primeiro lugar, queremos deixar claro que o elevado grau de abstração da expressão “direitos humanos” não pode conduzir a uma indefinição, a

¹³ *Direitos humanos fundamentais*, p. 20.

¹⁴ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 82.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*, p. 228-233.

¹⁶ *Direitos fundamentais: limites e restrições*, p. 62.

uma ausência de limites que gera insegurança e nenhuma cientificidade. Se para o plano filosófico e mesmo puramente acadêmico isso talvez fosse o bastante, para o profissional do direito que precisa trabalhar com tais conceitos no mundo empírico isso não resolve, notadamente quando, hoje, temos muitos direitos tidos por humanos contidos e protegidos pela nossa CF. Deve-se deixar claro se direitos humanos e direitos fundamentais possuem o mesmo significado, se um é continente e o outro é conteúdo ou mesmo se são conceitos absolutamente distintos.

No direito constitucional, desenvolveram-se o que se convencionou chamar de quatro “gerações de direitos”¹⁷ fundamentais. Na primeira, têm-se os direitos de *liberdade*, predominantes no século XIX e teve como marco a Revolução Francesa¹⁸. Na segunda geração, que talhou o século XX, constatam-se os direitos sociais, cujo arrimo inegável é o princípio jurídico da *igualdade*. Inclusive, leciona Paulo Bonavides que os

(...) direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal desde século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.¹⁹

Na terceira geração verificam-se os direitos fulcrados na *fraternidade* (ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação). Por fim, na quarta está o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político, deles dependendo “a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-

¹⁷ Há quem diga que se trata de dimensões e não de gerações, como é o caso de Willis Santiago Guerra Filho (*A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição*, p. 14). Contrariamente, Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*, p. 395-397), para quem gerações é expressão mais adequada.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 514 e ss.

¹⁹ *Curso de direito constitucional*, p. 518.

se no plano de todas as relações de convivência”²⁰. Aliás, bem consignou José Manoel de Arruda Alvim Netto, ao expor que tanto

(...) na Europa, quanto nos Estados Unidos, como aqui, verificaram-se pressões sociais pela ‘reivindicação’ de ‘novos’ direitos e, bem assim, detectou-se — talvez com perplexidade inicial, ao menos — a insuficiência dos instrumentos processuais existentes, de caráter estruturadamente individualista.²¹

Vemos, assim, que a primeira, a segunda e a terceira gerações correspondem à clássica trinomia que em francês se imortalizou: *liberté, égalité et fraternité*. Porém, como bem apontou o consagrado constitucionalista que fez história na Universidade Federal do Ceará, o dado concreto é que novas realidades fizeram surgir a quarta geração de direitos, nos quais os direitos à *democracia*, à *informação* e ao *pluralismo político* são os pilares-mestres. Com efeito, a noção antiga e assaz de vezes repetida de que “democracia é o governo da maioria”, conquanto didática para o leigo, é insuficiente. Um parlamento cujos membros estejam dominados por interesses próprios e distorcidos do povo – e isso ocorre com mais frequência do que seria desejável – pode redundar em decisões majoritárias que longe estejam dos anseios da democracia e dessa fórmula geral de que democracia é o governo da maioria. A partir disso é que, talvez, alguns tenham predileção por regimes autoritários²². Por isso a advertência de Paulo Bonavides:

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 525.

²¹ *Manual de direito processual civil*, p. 59.

²² “A regulação clara de questões pendentes por uma autoridade forte pode em muita coisa ser mais simples do que a luta e negociação complicada, penosa e freqüentemente pouco agradável entre os participantes, que nem sequer sempre conduz à produção de um acordo” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 123-124).

autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.²³

Pois bem. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, haurida do calor da Revolução Francesa, foi o primeiro marco normativo sobre a matéria direitos humanos. Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10.12.1948, é o primeiro norte mais seguro a ser conferido. Através dela, findou-se “incorporando ao Direito Internacional os direitos anteriormente reconhecidos na Constituição do Estado”²⁴. Ela representa basicamente os chamados direitos constitucionais de primeira (liberdade) e de segunda (igualdade) gerações²⁵, já referidos. Ali são previstos direitos à igualdade, ao devido processo legal, à presunção de inocência e muitos outros. A expressão direitos humanos é extremamente presente no direito internacional.

Em que pese isso, não há como situar o tema direitos humanos exclusivamente no campo do direito internacional ou somente do direito constitucional. Dentro dos ciclos que parecem desafiar as teses de há muito assentadas, embora os direitos humanos tenham nascido no direito constitucional, ganharam força com o direito internacional. Entretanto, é somente com a simbiose entre ambos que há base e aplicabilidade. A previsão dos direitos humanos no direito internacional que não se veja presente no direito interno, especificamente no direito constitucional, é carecida de substância, situando-se muito mais no plano da retórica ou mesmo das intenções políticas das nações signatárias dos tratados que os prevejam do que naquilo que é mais essencial: a presença no cotidiano dos povos dessas nações, por meio da atuação em tal sentido pelos Estados. Efetivamente, Flávia Piovesan teve bastante acuidade ao centrar sua obra sobre as relações interdisciplinares do que chamou de direito internacional dos direitos humanos e as constituições:

²³ *Curso de direito constitucional*, p. 525.

²⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 231.

²⁵ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 516-521.

Por sua vez, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao concentrar seu objeto nos direitos da pessoa humana, revela um conteúdo materialmente constitucional, já que os direitos humanos, ao longo da experiência constitucional, sempre foram considerados matéria constitucional. Contudo, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fonte de tais direitos é de natureza internacional.²⁶

Em sede de direito positivo e estando a discussão carecida de maior grau de precisão, recorreremos ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que incorporou em nosso direito a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Especificamente no que interessa, ele é dividido em *Direitos Civis e Políticos* (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à proibição à servidão e escravidão, direito à liberdade pessoal, direito às garantias judiciais, direito à legalidade e retroatividade, direito à indenização por erro Judiciário, direito à proteção da honra e da dignidade, direito à liberdade de consciência e de religião, direito à liberdade de pensamento e de expressão, direito à retificação ou resposta, direito de reunião, direito à liberdade de associação, direito à proteção à família, direito ao nome, direitos da criança, direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, direito de circulação e de residência, direitos políticos, direito de igualdade perante a lei e direito de proteção judicial) e *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (norma programática tendo como destinatários o comprometimento dos Estados-signatários a tomarem as medidas necessárias ao desenvolvimento dessas áreas). Ou seja, hoje, já temos um indicativo no direito positivo do que sejam direitos humanos, que os distingue dos direitos fundamentais. Parece-nos que até a vigência do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, havia razão nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

A primeira dessas distinções é entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos

²⁶ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 16.

fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.²⁷

É verdade que essa constatação é anterior ao Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 e que o autor cearense talvez não a levasse a cabo diante do novo quadro normativo que sucedeu seu trabalho, uma vez vencida a fluidez histórica que sempre acompanhou o tema direitos humanos. Nada obstante, direitos humanos ainda é expressão muito indeterminada, conforme decidiu o STJ ao julgar caso notório que lhe foi submetido por força do § 5º. do art. 109 da CF, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004²⁸.

²⁷ *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição*, p. 14.

²⁸ “Ementa: CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA – IDC. INÉPCIA DA PEÇA INAUGURAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À AUTONOMIA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RISCO DE DESCUMPRIMENTO DE TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELO BRASIL SOBRE A MATÉRIA NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 6/11/1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural.

2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.

3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da compe-

Três correntes procuram identificar a natureza jurídica dos direitos humanos²⁹. A *teoria jusnaturalista*, segundo a qual os direitos humanos são fruto de uma ordem superior universal, imutável e inderrogável, não sendo criação dos legisladores e, portanto, não podem desaparecer da consciência dos homens; a *teoria positivista*, pela qual é a previsão normativa quem garante a existência dos direitos humanos fundamentais; e, a *teoria moralista ou de Perelman*, fruto da própria experiência e consciência moral de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espiritus razonables*. Porém, elas não são mutuamente excludentes, podendo haver comunicação recíproca³⁰.

Os direitos humanos não deixam de ser direitos fundamentais. São marcados esses muito mais pela sua concretude, pela sua inclusão normativa que permitem exigir-lhes efetividade. No nosso modo de ver, hoje, o direito brasileiro comporta uma distinção clara entre *direitos humanos*, previstos no Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, sem prejuízo de outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º, art. 5º. da CF), e *direitos fundamentais*, estes englobadores dos direitos humanos e que comportam ainda todos os demais direitos que sejam essencialmente ligados à *democracia*, à *informação* e ao *pluralismo político*, os chamados direitos fundamentais de quarta geração. Assim, *direitos humanos estão contidos nos direitos fundamentais*, sem, contudo, esgotar a abrangência desses. Isso porque pessoas não-humanas, como as jurídicas, têm direito à proteção do ordenamento, como o manejo, inclusive, de

tência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos.

5. O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente.

6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446, de 8/5/2002” (STJ, 3ª. Seção, IDC 2005.0029378-4, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10.10.2005, p. 217).

²⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 15-16.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 16.

garantias fundamentais como o mandado de segurança, o habeas data etc..

Ao optarmos por tal viés, enveredamos pela preponderância da teoria positivista dos direitos humanos. Não negando a importância das teorias *positivista e moralista ou de Perelman*, elas têm, a nosso ver, conteúdo por demais fluido e incerto, a depender da subjetividade coletiva de determinado povo ou coletividade.

4. ARREIMATE

Os direitos humanos não deixam de ser direitos fundamentais. Estes são marcados muito mais pela sua concretude, pela sua inclusão normativa que permitem exigir-lhes efetividade.

O direito brasileiro comporta uma distinção clara entre *direitos humanos e direitos fundamentais*, estes englobadores daqueles e que comportam ainda todos os demais direitos que sejam essencialmente ligados à *democracia, à informação e ao pluralismo político* – os chamados direitos fundamentais de quarta geração.

Assim, *direitos humanos estão contidos nos direitos fundamentais*, sem, contudo, esgotar a abrangência desses. Isso porque pessoas não-humanas, como as jurídicas, têm direito à proteção do ordenamento.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o castelhano por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1, 6ª. ed., São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição**. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 137, p. 13-21, jan./mar. 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: AEF, 1998. Tradução da 20. edição alemã.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 8ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira**. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Brasília: América Jurídica, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.