

ALGUMAS QUESTÕES DE DIREITOS HUMANOS

Marco Bruno Miranda Clementino
Acadêmico do 5º Período e Bolsista
CNPq/PIBIC.

INTRODUÇÃO:

Parece salutar reacender a chama da compreensão dos Direitos Humanos na sociedade contemporânea. A recente Globalização da Economia Mundial, capitaneada pelo poderio dos chamados mercados transnacionais, ofusca, sob a égide da doutrina neoliberal, concepções voltadas para a esfera social, em detrimento de necessidades econômicas e financeiras por eles exigidas. Magnanimamente pontifica Fábio Konder Comparato as profundas contradições que marcaram a temática dos Direitos Humanos ao longo do presente século, *in verbis*: "*De um lado, o Estado de Bem-Estar Social do segundo pós-guerra pareceu concretizar, definitivamente, o ideal socialista de uma igualdade básica de condições de vida para todos os homens. De outro lado, no entanto, a vaga neoliberal deste fim de século demonstrou quão precário é o princípio da solidariedade social, base dos chamados direitos humanos da segunda geração, diante do ressurgimento universal dos ideais individualistas.*"¹

Os anelos do presente texto consistem em retomar a reflexão sobre os Direitos Humanos, delineando-a em várias acepções, direcionando o tema *sub studio* a figurar como força alternativa que se insurja contra a ofensiva neoliberal, com o escopo de defender aqueles direitos outrora concretizados no período do após-guerra.

Ora, em se atingindo um patamar de modernização do tema em nível institucional, receita-se a globalização dos Direitos Humanos, como única alternativa viável para que se contraponha à ordem emergente na sociedade internacional e se parta em defesa do Bem-Estar dos indivíduos.

EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO FILOSÓFICO:

É imprescindível para a compreensão devida do conceito de "Direitos Humanos" que se remonte à noção de Direito Natural e sua evolução histórica, visando à contextualização do tema em comento nos tempos hodiernos.

As teorias filosóficas acerca do Direito Natural afiguraram, desde o seu alvorecer, inclinações diferentes ao longo da história. "*O direito natural da antiguidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normas; o da Idade Média, em torno da antítese direito divino-direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual*"². Algumas dessas noções serão declinadas nos parágrafos que se seguem.

¹ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. Estudos Avançados. São Paulo., n. 2,1997. Coleção Documentos.

² RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado _ Editor, Sucessor, 1979. p. 61-62.

A idéia de Direitos Humanos brota, na História da Filosofia, à medida em que aflora o pensamento político moderno, o qual resultou na inversão do ponto de vista que desertava a teoria tradicional segundo a qual "(...) o *homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social maior, auto-suficiente por si mesmo, que é a pólis; e, ao mesmo tempo, era necessário que se considerasse o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e político, num estado, como o estado de natureza.*"³ Abandonar-se-ia a concepção do "Organicismo Social", em que o homem encontrava-se imerso na comunidade como sujeito de deveres, emergindo uma concepção cifrada no Individualismo, cujo cerne fundamental era a hipótese, não necessariamente fundada na história das sociedades humanas, da existência de um estado originário construído racionalmente.

Consoante a filosofia tomista, o preceito básico do Direito Natural é o que manda observar o bem e evitar a prática do mal. Ao bem corresponderiam as inclinações naturais da criatura humana. Destarte, coadunariam-se com a lei natural os princípios de auto conservação da espécie humana, união dos seres para a formação da prole, busca da verdade, participação na vida social. Assim, algo seria de Direito Natural se correspondesse a uma inclinação humana e se o contrário não fosse estabelecido por natureza.

É flagrante e nítida, pelo que se deduz a partir do esposado, a subsunção do homem a uma lei transcendente e previamente prescrita conforme concepção divina. Ora, isto pode ser evidenciado sob a égide do princípio da participação na vida social, inclinação natural do homem, provinda da lei natural, cuja ordem divina torna-se inteligível a partir do ventilado por Paulo Nader: "A lei natural, na filosofia tomista, é a participação da criatura racional na lei eterna". É um reflexo parcial da razão divina, que permite aos homens conhecer princípios da lei eterna"⁴.

A valorização da pessoa humana, que se registrou com a Renascença, atingiu o âmbito da Filosofia do Direito quando o então Direito Natural passou a ser reconhecido como emanção da natureza humana. A doutrina da Escola consubstanciou-se em quatro pontos basilares, quais sejam: o reconhecimento de que a natureza humana seria a gênese do Direito Natural, a admissão da existência remota do estado de natureza, o contrato social como origem da sociedade; e por fim, a existência de direitos naturais inatos. Relevam-se como exigências dessa valorização as novas idéias políticas, que punham o indivíduo em situação de destaque com relação à sociedade, e a consagração de direitos invioláveis, inerentes à condição da pessoa humana. "*Somente formulando a hipótese de um estado originário sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais*"⁵.

A assertiva que propugna que os homens nascem livres e iguais é historicamente inconcebível, figurando a mesma como um postulado racional, cuja gênese é a formulação de um estado fictício de natureza. Destarte, vicejou a chamada concepção individualista da sociedade, que, alicerçada nos princípios anteriormente ilustrados, louva o indivíduo e não o indivíduo para a sociedade. "*Numa concepção orgânica da sociedade, as partes estão em função do todo; numa concepção*

³ BOBBIO Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 117.

⁴ NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 124.

⁵ BOBBIO, Op. Cit., p. 118.

*individualista, o todo é o resultado da livre vontade das partes*⁶. Seria inimaginável a criação de tal concepção sem a criação idealista de um estado originário, anterior à sociedade, no qual se teria o indivíduo como ente desvinculado do corpo social.

Bem clarifica a transição entre as duas vertentes de pensamento aludidas a lição do insigne jurista Miguel Reale: “*A Escola do Direito Natural ou do Jusnaturalismo distingue-se da concepção aristotélico-tomista por este motivo principal: enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a 'lei' para depois se pôr o problema do 'agir segundo a lei' para aquela corrente põe-se primeiro o 'indivíduo' com o seu poder de agir, para depois se pôr a 'lei' . Para o homem do Renascimento o dado primordial é o indivíduo, como ser capaz de pensar e agir. Em primeiro lugar está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. É da autoconsciência do indivíduo que vai resultar a lei*”⁷.

Jonh Locke inicialmente defendeu a idéia do Direito Natural como determinação da vontade divina que a razão apenas interpretava. Posteriormente, reformulou o pensamento, passando a identificar aquele Direito com a razão. Afirmou a necessidade da constituição de uma esfera em que os particulares fruissem de plena discricionariedade, sem a possibilidade de interferência estatal nos negócios e demais atos próprios àquela ambiência.

À luz da teoria rousseauiana, constata-se a noção de direitos naturais como aqueles cujo detentor era o homem em seu estado de natureza primitivo. Mediante contrato social, tais direitos seriam entregues ao Estado na forma de direitos civis, os quais seriam os próprios direitos naturais tutelados pelo Estado. Mantém-se a idéia de liberdade negativa. A obediência à lei não é obediência a uma vontade estranha, mas a uma vontade que o próprio indivíduo constitui: o cidadão é legislador e súdito ao mesmo tempo. Sendo o povo a única fonte do direito, os governantes não gozam de nenhuma autoridade definitiva sobre ele. Ninguém deverá ceder seus direitos à coletividade senão com condição de participar na formação da "vontade geral", segundo a qual fundamentar-se-ia o contrato social. Desta forma, o estado será organizado de maneira a proteger os interesses da maioria dos cidadãos.

Em termos gerais, dizia Rousseau que, além do egoísmo, o homem sentia horror inato ao sofrimento dos demais. Não havia oportunidade para a inveja, nem a necessidade de lutar para a consecução de vantagens. A base comum da sociabilidade não era a razão, mas o sentimento; exceto para os perversos, o sofrimento dos demais é sempre pessoalmente doloroso. Nesse sentido, os homens eram "naturalmente" bons.

O homem natural era um animal de conduta puramente instintiva; qualquer outro pensamento seria "depravado". Consequentemente, o homem natural não era ser moral, nem depravado. Não era nem feliz nem infeliz. Obviamente não possuía propriedades, pois as mesmas resultam de idéias, de necessidades previstas, de cultura e de indústria, que não eram intrinsecamente naturais, o que aconteceria somente quando os homens se transformassem em seres sociais.

Rousseau diverge dos outros teóricos do Direito Natural, que faziam passar de um golpe único os homens do estado natural ao da sociedade organizada. Segundo ele, esta transição teria acontecido gradualmente, durante um período no qual o caráter dos homens foi se deteriorando.

As primeiras associações teriam nascido como resultantes da caça e da pesca, mas o golpe de graça à moralidade humana foi a invenção da metalurgia e da agricultura, de onde teria se originado a propriedade privada.

⁶ BOBBIO, Op. Cit., p. 119.

⁷ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 645-646.

A doutrina de Jean-Jacques Rousseau foi alvo de ferrenhas críticas, inclusive da Escola Histórica do Direito, que denunciaria o anti-historicismo e até mesmo a anti-historicidade do estado de natureza aventado. Alega-se a impossibilidade de se conceber na História um período pré-social e, pois, um presumido contrato originário para a sociedade e o Estado.

Immanuel Kant, o filósofo de Königsberg, tratou de sanar o problema suscitado por um estado de natureza como estado origem "do qual o homem sai e para o qual ele volta."⁸ No irretocável dizer de Joaquim Carlos Salgado: "*Kant terá de trabalhar com maior propriedade filosófica os conceitos de Rousseau, ainda impregnados de elementos empíricos. (...) O Estado de natureza é, em consequência, uma idéia (não um fato), sem a qual não se pode pensar a sociedade civil, o qual, portanto, deve ser pensado concomitantemente com o estado civil e não como uma forma sucessória, de precedência.*"⁹

Kant cingiu os direitos naturais na liberdade, os quais poderiam ser conhecidos *a priori* pela razão e independiam da legislação externa. A moral kantiana parte do pressuposto da liberdade e da autonomia da lei moral, conforme seu próprio dizer: "A vontade é uma espécie de causalidade para os seres viventes, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade que teria esta causalidade de poder agir independentemente de causas estranhas que a determinem, do mesmo modo que a necessidade é a propriedade que a causalidade de todos os seres desprovidos de razão tem de ser determinada a agir por influência de causas (estranhas ao agente). (...) No que pode consistir a liberdade da vontade senão na autonomia, ou seja, na propriedade que ela tem de ser mesma sua lei? O que resulta no princípio: deve-se agir segundo uma máxima (regra de conduta) que possa se apresentar como lei universal."¹⁰ Neste teor, a idéia de dever, como figura deontica derivada da liberdade (imperativo categórico) toma-se cabalmente existente. A liberdade desfruta de duas faces: "(...) a face subjetiva, que é o livre arbítrio, autonomia da vontade e a face externa, ou seja, a condição objetiva para agir livremente."¹¹

A metafísica da moral, como filosofia moral pura, subdivide-se em duas partes. A primeira é atinente à Justiça; a segunda, à virtude. Ambas discorrem acerca das leis da liberdade, em contraposição às leis da natureza; todavia, a distinção entre legalidade e moralidades dá em função da razão pela qual as normas são observadas pelos indivíduos. A mera conformidade da ação à norma indica: legalidade; para que haja uma ação moral, mister é que esta se efetue pelo dever. As leis jurídicas são externas ao indivíduo, e podem constrangê-lo ao seu cumprimento. As leis morais, tornando obrigatórias certas ações, fazem ao mesmo tempo da obrigação, o seu cumprimento.

O binômio interioridade/exterioridade suprime do pensamento jurídico a exigência de conformidade interna às leis do Estado e a de definir a esfera inviolável da consciência individual. A chave da filosofia moral e política de Kant é a sua concepção de dignidade indivíduo. A dignidade do homem está em que, como ente provido de razão, não obedece senão às leis que ele próprio estabeleceu. O homem é fim de si mesmo. Tal é o fundamento do seu direito inato à liberdade.

⁸ SALGADO, Joaquim Carlos *apud* CICCIO, Cláudio de. Kant e o Estado de Direito: O problema do Fundamento da Cidadania. In: Direito, Cidadania e Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 177.

⁹ SALGADO, Op. Cit., p. 177.

¹⁰ KANT, Immanuel *apud* CICCIO, Cláudio de. Op. Cit., p. 178.

¹¹ CICCIO, Cláudio de, Op. Cit., p. 179.

A Liberdade em Kant é a liberdade de agir segundo as leis. Os homens são livres quando acusados a agir. Nos seres racionais a causa das ações é o seu próprio arbítrio. A liberdade é a ausência de determinações externas ao seu comportamento. Eis o seu conceito negativo. Se as ações são causadas, elas obedecem a leis, que são condições limitantes da liberdade da ação. A liberdade da vontade não é determinada por leis da natureza; mas nem por isso, escapam ao império de um certo tipo de leis. A liberdade tem leis, e estas não podem ser auto-impostas. Esse é o conceito positivo de liberdade; ele a designa como autonomia, ou a propriedade dos seres de legislarem a si próprios. A legislação racional é por sua vez uma legislação universal. Ora, as leis universais são as leis morais. Liberdade e moralidade são indissociáveis.

Outras escolas doutrinárias que se sucederam ao longo da história fluíram para o abandono de concepções calcadas no direito natural como *verbi gratia*; A concepção Utilitarista de Jeremy Bentham, que negava a possibilidade de que os direitos subjetivos limitem o poder estatal, na forma de direitos naturais, apontando excepcionalmente a "utilidade" como critério de limitação; e a Normativista de Hans Kelsen e Carl Schmitt, cuja essência era o repúdio à anterioridade dos direitos subjetivos com relação ao Estado, os quais, ao revés, são uma consequência da limitação do Estado com relação a si mesmo.

A própria evolução dos Direitos Humanos encarregou-se de superar a ambigüidade oferecida pelo conceito de natureza humana, ou seja, da tradição jusnaturalista. Como asseverou Hannah Arendt, os humanos não nascem iguais, nem são criados igualmente por conta da natureza. Somente a construção artificial (de artifício humano) de um sentido igualitário atribuído aos seres humanos, então considerados portadores de direitos, pode, efetivamente, afirmar a igualdade ou renovar a sua busca. De tal sorte que se tem contemporaneamente os Direitos Humanos como produto de conquistas sociais e históricas, através das lutas pela afirmação de direitos. Outrossim, atesta Norberto Bobbio que os direitos naturais são, na verdade, direitos históricos. O elemento da historicidade é de suma importância na evolução dos mesmos consoante os crescimentos e interesses da sociedade, as transformações técnicas e as classes que estejam no poder.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA (implementação dos Direitos Humanos):

A idéia de Direitos Humanos é relativamente *nova* na história mundial. Concretamente, é o fenômeno da positivação das declarações de direitos que expõe o caráter inovador e revolucionário da condição humana. As lutas políticas e sociais do século XVII tomavam evidente a conquista de sociedades cada vez mais secularizadas onde os indivíduos não podiam estar mais seguros de sua destinação perante Deus. As declarações de direitos despontavam como alternativa para garantir a estabilidade na tutela dos direitos tidos como essenciais à condição humana.

A implementação histórica dos Direitos Humanos se dá de forma lenta, conforme as necessidades sociais e a evolução das correntes de pensamento.

Os Direitos Humanos consagrados nas primeiras declarações foram chamados de "primeira geração". A estes direitos aditou-se os direitos individuais exercidos coletivamente. Deste teor, o desenvolvimento do liberalismo contribuía para a consolidação das democracias modernas, concorrendo para a universalização dos procedimentos que apontam para a necessidade do controle do poder político. Assim, propugnou-se, consoante a doutrina liberal e individualista, os chamados direitos individuais, quais sejam, direitos que valorizam o homem-singular, as liberdades abstratas e a separação entre Estado e não-Estado. Não deve ficar deslembada a preleção de Paulo Bonavides, o qual compendia objetivamente a questão em tela, *in verbis*: "Os direitos de primeira geração tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.(...) São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente."¹²

Ao longo do presente século o liberalismo irá se confrontar com a tradição socialista e com a generalização de expectativas por igualdade social desencadeada por esse novo processo de referências histórico-universais.

O titular dos direitos (econômicos, sociais, culturais) dessa segunda geração de Direitos Humanos, também conhecidos como direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade (direito do trabalho, saúde, educação), continuava sendo indivíduos singular.

Segundo Celso Lafer¹³, em que pese o caráter complementar destas duas séries de direitos (primeira e segunda geração), parece claro que os Direitos Humanos de primeira geração queriam limitar os poderes do Estado, enquanto que os da segunda geração trazem como pressuposto uma ampliação dos poderes do mesmo.

O autor aponta a existência de uma nova geração de Direitos Humanos que prossegue e atua ligando as duas séries anteriores, oferecendo aos povos uma base concreta para a legitimação de suas demandas por justiça: são os direitos que têm como titular não o indivíduo, mas grupos humanos (família, povo, nação, coletividade regional ou étnica) a própria humanidade. É irrefragável a demanda do contexto histórico no advento de uma terceira geração de direitos. "A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos (humanos) fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos."¹⁴ A autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, à paz ao meio ambiente, inserem-se nessa terceira geração.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 517.

¹³ PNUD/IPEA. Relatório sobre o Desenvolvimento Humano no Brasil. Brasília: 1996. p. 139-145.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 522.

Atualmente, nas portas do terceiro milênio, outros termos postos pela revolução tecnológica, pela reestruturação econômica, pela nova ordem mundial, vêm suscitando controvérsias a respeito de uma quarta geração de direitos e obrigações decorrentes da manipulação genética ou do controle de dados informatizados postos ou despostos em redes planetárias. Também conhecidos como "Direitos Difusos", trazem à baila direitos concernentes à evolução biogenética e tecnológica, e ao meio ambiente.

Há quem afirme que a quarta geração dos direitos alude à globalização dos mesmos, em contra posição à investida neoliberal da globalização fundada no contexto meramente econômico. Corrobora tal corrente o eminente jurista Paulo Bonavides, conhecido e firme defensor dos direitos humanos fundamentais: "*Há (...) uma globalização política que, ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única que verdadeiramente interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir*¹⁵."

A PROBLEMÁTICA HODIERNA DOS DIREITOS HUMANOS:

O problema hodierno no tangente à questão dos Direitos Humanos não perpassa a problemática da sua afirmação jurídica ou fundamentação filosófica. Ora, os mesmos encontram-se efetivamente consagrados tanto nas constituições dos Estados, como nas declarações internacionais de direitos. Com efeito, verifica-se factualmente uma latente inércia política dos Direitos Humanos ante as necessidades sociais. A inexequibilidade dos mesmos é fruto da falta de mecanismos políticos aptos à sua concretude.

a) A NOÇÃO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

Tal inércia política decorre da própria estruturação, no caso brasileiro, do princípio do Estado Democrático de Direito, que, na acepção kantiana, resulta da chamada "liberdade positiva", garantindo a coexistência das liberdades externas. "*A obediência à lei consagrada no pacto mais do que a consequência de uma renúncia, é o reconhecimento de um dever, a condição da liberdade, a homenagem prestada à nossa humanidade mais verdadeira e profunda.*¹⁶" É forçoso elucidar o conceito de igualdade, que, sob o prisma da concepção kantiana, postulada pela liberdade, alude à igualdade de oportunidades, a igualdade no ponto de partida, quedando o progresso de cada um na dependência do seu esforço individual. Kant tem uma idéia de Estado Democrático de Direito peculiar com relação às idéias dos demais filósofos do Liberalismo, porquanto contempla o assistencialismo estatal.

Reza o art. 1º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988:

"Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 524.

¹⁶ SOLARI, Gioele *apud* CICCIO, Cláudio de, Op. Cit, p. 184.

Na prática, o preceito em epígrafe constitui-se em mera retórica tendo em vista que a não concretização do Estado Democrático de Direito se dá a partir de seu contexto estrutural na medida em que ocorre o vício de consentimento da participação popular na constituição do poder, que, consoante afirmou Montesquieu, limita o próprio poder exercido pelo Estado, qual seja, o poder legitimado pelos interesses democráticos.

Com efeito, os Direitos Humanos impescindem do princípio do Estado Democrático de Direito para a sua eficacalidade prática, consistindo em fundamento para a sua consolidação. Daí a relação de interdependência entre os conceitos de Direitos Humanos, democracia e paz.

Forma-se, por conseguinte, um círculo vicioso. A população não detém a devida formação educacional e política. Daí o fato de não exercer o seu poder político, delegando-o a poderosos que não têm interesse em abdicar do seu poder de dominação perante o Estado e que, por esse motivo, não provêm a população de educação, saúde, habitação. Vê-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não é aplicado em detrimento de pressões ideológicas, políticas, econômicas e sociais, com o escopo de manter o status quo.

Hannah Arendt¹⁷ aponta o direito à informação como condição *sine qua non* para a manutenção de um espaço público democrático, sob pena da reemergência de um novo estado totalitário de natureza, a saber, situações em que os homens se tomam supérfluos e sem lugar no mundo comum. *"Daí a importância da transparência do público por meio do direito ex parte populi à informação, ligado à democracia, como forma de vida e governo, que requer uma cidadania apta a avaliar o que se passa na res publica para dela poder participar. (...) A transparência do público através de uma informação honesta e precisa é, portanto, condição para o juízo e a ação numa autêntica comunidade política"*¹⁸.

OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (DIREITOS FUNDAMENTAIS):

a) A CONSTITUIÇÃO COMO PARADIGMA PARA A FORMAÇÃO DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO QUE SE COADUNE COM OS DIREITOS HUMANOS:

A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao dar ênfase aos Direitos Fundamentais, elencados mormente no art. 5º, com as respectivas Garantias Constitucionais. Deve, mediante o seu cumprimento, servir de mecanismo de afirmação dos Direitos Humanos, assegurando a inviolabilidade dos mesmos.

Conforme os teóricos da democracia, no Estado Democrático, toda ordem estatal, todas as suas autoridades e decisões, inclusive as legais, devem estar submetidas aos Direitos Humanos. Nesse sentido, a democracia exige uma normalidade, pois fora dela, não se pode falar em garantia de direitos. Pressupõe um ambiente estruturado com base numa racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondam a uma ética própria do espaço público. Toda vez que se verificar ruptura da normalidade, os direitos humanos estarão sendo postos em risco.

¹⁷ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: A Contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados. São Paulo: IEA/SP, 1997. v. 11. n. 30.

¹⁸ *Idem ibidem*, p. 63.

b) DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS:

Prima facie, faz-se mister distinguir com precisão as expressões "Direitos Humanos" e "Direitos Fundamentais", calhando por uma maior objetividade na explicitação a que se propõe o presente texto. Destarte, tem-se a terminologia "Direitos Humanos", mais utilizada entre os anglo-saxões e latinos, como acepção impregnada de um caráter eminentemente histórico; por sua vez, a expressão "Direitos Fundamentais", de origem germânica, destaca-se por sua maior concretude e materialidade, qualificando-se por seu menor desgaste ante a sociedade política.

Os Direitos Fundamentais almejam, consoante Paulo Bonavides, "*criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana*"¹⁹. "Consistem os mesmos naqueles direitos que expressam e contêm as condições básicas da pessoa humana, ou seja, qualquer indivíduo, de per si, é portador de tais direitos, o que fundamentalmente implica numa distinção entre os conceitos de "pessoa humana" e "cidadão".

Nesse diapasão, elucida a doutrina jusnaturalista que tais direitos são fundamentais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano. Outrossim, em recente palestra proferida no "XXXIII Encontro Nacional dos Estudantes de Direito", proclamou o Professor Dalmo Dallari que o verdadeiro direito é aquele inerente à condição humana e não o direito positivo, o qual considera ser uma mera degradação da idéia de direito por parte da classe dominante, com o escopo de ludibriar o devido entendimento daqueles indivíduos menos esclarecidos, a fim de manter-se no poder segundo seus interesses. De conseguinte, deve-se reconhecer os Direitos Fundamentais como supra-estatais, vez que são inerentes à condição humana, pressupondo sua legitimidade face às legislações positivas.

Salienta-se, por oportuno, a distinção ventilada por Norberto Bobbio acerca dos conceitos de legalidade e legitimidade. O Direito sob o prisma da legalidade reporta-se ao "direito que se tem"; conquanto a acepção da legitimidade alude ao "direito que se gostaria de ter", a saber, um direito racional e crítico, voltado para a satisfação material e espiritual da pessoa humana.

São Direitos Fundamentais o direito à vida, à liberdade, à participação política.

Inobstante a relevância da condição humana como substrato dos Direitos Fundamentais, esta deve ser considerada, abstratamente, em sua essência, estando passível de evoluções ao longo da história. Nesse sentido, faz-se alusão à assertiva propugnada por Heráclito, pensador da remota filosofia pré-socrática, mas que se faz pertinente até os tempos hodiernos: "Tudo flui." Assim, busca-se incessantemente a adaptação do conceito em foco, com o fito de propiciar a realização material do mesmo ante as transformações sociais no percurso da história. Portanto, conclui-se que os Direitos Fundamentais são igualmente fruto de conquistas sociais importantes cujo intento consiste na materialização da liberdade e da dignidade humana.

Conforme explicitado supra, a problemática dos direitos fundamentais não tange à sua fundamentação histórico-filosófica, já consagrada na doutrina, nem à sua enunciação por parte do Direito Positivo, tendo em vista que os mesmos encontram-se

¹⁹ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit, p. 514.

contemplados em nível universal e estatal, respectivamente nas declarações internacionais assinadas por diversos países, bem como nas Constituições dos Estados.

Infere-se deste contexto que a questão de maior relevância no tocante aos Direitos Fundamentais, hodiernamente, encontra arrimo no carecimento de eficácia política na aplicação material dos mesmos posto que a sua violação é fato concreto, passível de uma profunda reflexão na sociedade organizada.

Na Constituição Federal de 1988, encontram-se os direitos e garantias fundamentais versados no Título II, consagrado ao tema, e no qual inseriu-se o art. 5º, indubitavelmente o de maior importância na *Lex Mater* e que elenca uma série de direitos e garantias consignadas à população em geral. Reza o referido artigo:

*“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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I a XXXIV - omissis.”*

Ante a falta de interesse político quanto à exeqüibilidade dos Direitos Fundamentais, a mera enunciação dos mesmos na Carta Constitucional tomar-se-ia inerte. Conseqüentemente, faz-se mister a inclusão de um sistema de garantias constitucionais que viabilize o cumprimento de suas normas.

Doutrina o Professor Paulo Lopo Saraiva: “A *garantia constitucional é um mecanismo jurídico para a concretização dos direitos constitucionais.*”²⁰ O Direito só é válido se dispuser de um instrumento para a sua concretização. Coaduna-se a essa compreensão a lição do Professor Friedrich Müller, ao asseverar que o Direito não termina na norma, mas nela começa. Tal é o princípio norteador de um sistema constitucional concreto e eficaz, no qual os indivíduos usufruem materialmente daqueles direitos intrínsecos à sua condição enquanto “homens”.

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 fragilidade²¹. “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*”²².

Vem a escoimar a confusão doutrinária instaurada as lições de Rui Barbosa e Jorge Miranda, ora citados por Paulo Bonavides: “A *confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos.*”²³ “*Garantia ou segurança de um direito, é o requisito da legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.*”²⁴

Eis uma breve explanação acerca das características das garantias constitucionais de maior importância:

²⁰ SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 48.

²¹ QUINTANA, Geleotti e Unhars *apud* BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 481.

²² BONAVIDES, Op. Cito p. 482.

²³ BARBOSA, Rui *apud idem ibidem*, p. 483-484.

²⁴ MIRANDA, Jorge *apud idem ibidem*.

Oriundo do Direito Inglês, o *Habeas Corpus* tutela o chamado direito de ir e vir. Limita-se à tutela da liberdade de locomoção conforme compila José Afonso da Silva: "*É, pois, um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir e vir, parar e ficar. Tem natureza de ação constitucional penal.*"²⁵"

O Mandado de Segurança tutela o direito líquido e certo, ameaçado por abuso de autoridade pública. A Norma Sobranceira consagra dois modelos de Mandado de Segurança, o individual e o coletivo. "*O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado por lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.*"²⁶"

O Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, bem como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. O conceito de Mandado de Segurança coletivo funda-se substancialmente no elemento institucional, posto que atribui legitimação processual a determinadas instituições; e no elemento objetivo, mencionando-se a defesa de interesses em nível coletivo.

O Mandado de Injunção é impetrado em casos de norma regulamentadora acerca do exercício de alguns direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. "*Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela constituição*"²⁷. Tendo sido a grande conquista sustentada pela Constituição de 1988, foi decretada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, permanecendo como letra morta na Carta Magna.

A Ação Popular almeja a proteção do patrimônio público, podendo ser ajuizada por qualquer cidadão. "*Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurídica a interesses coletivos, (...) constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição*"²⁸.

O Devido Processo Legal, a Ampla Defesa e o Contraditório figuram como garantias constitucionais processuais, cujo ocaso é a pacificação social com Justiça.

Face a um sistema tão avançado de garantias constitucionais, é de se indagar a razão objetiva da ineficácia das mesmas, ensejando na impossibilidade de acesso da totalidade dos indivíduos em sociedade aos Direitos Fundamentais.

Tal ineficácia prática perpassa alguns problemas próprios ao Direito Brasileiro, conforme exemplos que se seguem.

No que pertine à problemática hermenêutica, alude-se máxime à falta de uma compreensão devida por grande parcela do Poder Judiciário acerca da ideologia preceituada pelos Direitos Fundamentais, cujos princípios regem a Norma Ápice de todo o ordenamento jurídico. De conseguinte, deve a referida ideologia afigurar-se como supedâneo para o arcabouço jurídico em sua totalidade, isto é, todas as leis infraconstitucionais.

²⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 424.

²⁶ Idem ibidem, p. 425-426.

²⁷ Idem Ibidem, p. 426.

²⁸ Idem Ibidem, p. 439.

A questão processual, igualmente arraigada ao ordenamento jurídico brasileiro, põe em cheque o escopo maior do Direito, a saber, a pacificação social com Justiça. No caso do direito pátrio, a processualística assumiu excessividade tamanha, chegando a se sobrepor ao direito subjetivo a ser tutelado.

Não é de se olvidar, por fim, o legalismo exorbitante, que, em detrimento da Justiça, leva os indivíduos a perderem muitas vezes a tutela de seus direitos, até por ignorância da lei. Far-se-ia interessante que os magistrados, sob a égide da ideologia dos direitos fundamentais, ponderassem melhor acerca de cada caso concreto, proferindo decisões que prezassem pela concretização material desses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília, 1996.

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. Fundamentos dos Direitos Humanos. Estudos Avançados. São Paulo., n. 2, 1997. Coleção Documentos.

CRETILLA JR, José. Curso de Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: A contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados, São Paulo, v. 11, n. 30, pp. 55-65, mai/ago 1997.

LITRENTO, Oliveiros. Curso de Filosofia do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MELO, José Tarcízio de Almeida. Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996.

MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAIS, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PNUD/IPEA. Relatório sobre o Desenvolvimento Humano no Brasil. Brasília: 1996. pp.139-145.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado- Editor, Sucessor, 1979.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARAIVA, Paulo Lopo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.