

# ***A Evolução Conceitual dos Direitos Fundamentais e a Democracia***

---

**José Augusto Delgado**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor de Direito Público (Administrativo, Tributário e Processual Civil)

Conselheiro Consultivo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

Integrante do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional do Direito Penal Militar e Direito

Humanitário

**Sumário:** 1. Os Direitos Fundamentais e sua evolução conceitual – 2. Os Direitos Fundamentais na doutrina – 3. As teorias modernas sobre Direitos Fundamentais – 4. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.

## **1 – OS Direitos Fundamentais e a sua evolução conceitual**

A doutrina tem, constantemente, focado os variados aspectos que envolvem o tema “Direitos Fundamentais”, com o propósito de inserir, no âmbito cultural do exercício da cidadania, o despertar da sociedade, em todos os níveis, para o cumprimento das regras estruturais que os regem.

No momento atual em que a humanidade está preocupada com os acontecimentos que advirão no próximo século XXI, os direitos fundamentais ocupam espaço de destaque no contexto da busca de ser construído e de ser exercido um regime político democrático que, realmente, produza efeitos concretos para determinar o alcance dos anseios buscados pelos que integram as camadas sociais formadoras de cada Nação.

Esse fenômeno, de ordem global, vincula-se ao fato de que as linhas teóricas da democracia presentes neste final de século XX necessitam de uma reflexão para determinar-se modificações em suas estruturas.

Em trabalho de minha autoria,<sup>1</sup> meditando sobre qual seria a forma ideal de uma democracia para o século XXI, escrevi o que passo a transcrever:

*“O ambiente onde o mundo jurídico desenvolve as suas idéias permite ser comparado com o mundo natural, por ambos vivenciarem constantes e imprevisíveis transformações.*

*O aspecto diferencial existente entre ambos está, apenas, nos objetivos que procuram alcançar. O primeiro busca impor regras que facilitem a convivência dos seres humanos entre si e com circunstâncias ambientais que os cercam. O segundo, não obstante procurar sempre a harmonia, ocorre por processo desenvolvido e exercitado pela própria natureza.*

*Esse contraste que há entre os meios trabalhados pelos dois mundos supra-referidos quando buscam igual objetivo, especificamente, o estabelecimento da paz, reflete, neste final de século, no âmbito da Ciência Jurídica, na questão voltada para se estruturar um regime democrático para o século XXI e do Poder Judiciário atuar de modo compatível com as linhas definidas por tal regime de Governo, por exigir que ela assuma novas enunciações e apresente propostas dotadas de aceitação pela sociedade.*

*Essa comparação tem por finalidade demonstrar que a Ciência Jurídica, em relacionamento com outros ramos científicos (Ciência Política, especialmente), tem por obrigação estudar os aspectos referentes à formação de uma democracia para o século XXI sem imposições legais, porém, adotando preceitos que consigam estimular e sensibilizar os dirigentes da Nação, e, também, os cidadãos no sentido da compreensão de que uma nova era, envolvida por graves questionamentos no campo das liberdades, das mudanças institucionais, dos anseios do homem individual e grupal e da tecnologia, aproxima-se, pelo que necessita receber, por antecipação, princípios que regulem essas diferentes relações no campo das atividades humanas, sob pena do caos instalar-se no contexto social.*

*De há muito persiste a afirmação de que o conceito fundamental de democracia se assenta na real participação do povo no exercício do poder, sob a forma de que esse poder é exercido por alguém em nome de quem o elegeu.*

---

<sup>1</sup> O referido trabalho, ainda não publicado, tem o título de *Democracia para o Século XXI e o Poder Judiciário*. Foi exposto, primeiramente, para os alunos do Curso de Especialização de Direito do Estado, coordenado pela Prof. Carmen Lúcia Antunes Rocha, PUCC, Belo Horizonte, Minas Gerais, no dia 14/6/1999.

*Na verdade, em retrato teórico, nada mais perfeito do que o povo participando do poder e, por via dele, atingindo a concretização das suas necessidades de segurança, saúde, educação, amparo à criança, à velhice, ao adolescente, ao deficiente físico, ao meio ambiente, consumando-se com o respeito à sua dignidade, à sua liberdade e ao seu direito de ser cidadão.*

*Ocorre que como é plenamente sabido, em nenhuma Nação os aspectos jurídicos e políticos formadores de conceito de democracia convivem em harmonia com a realidade administrativa exercida pelos Poderes Constituídos, pelo que os séculos já vivenciados de culto a esse sistema de governo demonstram a ilusão parcial das idéias construídas e defendidas para tão importante entidade política.*

*A democracia experimentada pelo povo durante o século XX espelhou um regime político longe de se pautar na soberania popular, na liberdade eleitoral, na divisão e autonomia dos poderes, na legalidade, na moralidade e no controle dos atos administrativos praticados pelas autoridades.*

*Desnecessária a revisão e exame dos fatos acontecidos durante o período secular que se encerra para a comprovação do afirmado, tendo em vista que todos os agentes da comunidade sentem os efeitos da não obediência à realização dos seus anseios e à concretização das suas necessidades vitais.*

*A doutrina política da democracia cristã, por exemplo, não se transformou em realidade, haja vista que não foram conciliados os imperativos da fé examinada com os verdadeiros princípios democráticos, essencialmente, os que pregam a igualdade, a fraternidade e a liberdade do ser humano.*

*Os postulados das diversas formas de democracia não se converteram em realidade. O resultado apresentado neste final de século é que, não obstante os aplausos oferecidos ao regime democrático, tomando como exemplo o Brasil, não obstante os pontos negros dos momentos ditatoriais vividos pela Nação, no curso dos últimos cem anos, a cidadania convive com o mais alto grau de insegurança, com a ausência quase total de proteção à saúde, à velhice, aos adolescentes, às crianças, à educação e sem a entrega de uma prestação jurisdicional adequada.*

*O exame do panorama social da era contemporânea identifica a sociedade atravessando uma tensão envolvida pela chegada do próximo milênio.*

*Esse estado emocional inédito está afetando as relações entre as pessoas e foi identificado, recentemente, em trabalho elaborado por Sérgio Villas Boas, sob o título Tensão Pré-Milênio, publicado no jornal Gazeta Mercantil, de 12 e 13.6.1999, p. 2, Caderno Leitura de Fim de Semana. Extraio trecho de tal ensaio para meditação:*

*'O mundo está atravessando um período de tensão pré-milênio, com todos os desconfortos, irritabilidades, fadigas, tormentas, mau humor e, acima de tudo, medo. Terrores geralmente infundados. Profecias e noticiários de TV formam um coro que reforça a nova TPM e produz uma repetição estafante: fome, miséria, guerras, assaltos, assassinatos hediondos, tráfico de drogas e de influências, corrupção, impunidade, protecionismos, sonegações (48% do que o governo arrecada vem do trabalho assalariado; calcula-se que US\$ 825 bilhões circulam no país sem pagar impostos); precária sociabilização (taxa de desemprego em São Paulo superou 20% em maio de 1999), maior exigência por escolaridade, conhecimento e aparências, deflação (ambiente talvez pior para fazer funcionar o capitalismo do que o regime de inflação), instabilidade financeira, solidão.*

*O medo nunca escolheu seu objeto de terror, tampouco pode ser delimitado em fronteiras geográficas. Nos Estados Unidos, adolescentes armados exterminam colegas no pátio da escola e se suicidam em seguida; na Europa, grupos de extrema-direita atentam contra minorias étnicas, renutindo o ideal da purificação pelo extermínio. A desinformação (ou seria desentendimento?) está levando as pessoas a viverem um filme real permanente. É como se, a qualquer momento, um sujeito infectado por um vírus que corrói os ossos humanos arrancasse o cidadão de seu BMW adquirindo por leasing e dirigisse a máquina roubada até um aeroporto, onde uma adolescente grávida, sob efeito de cocaína, acabara de seqüestrar um avião levando para a Flórida velhinhos aposentados, dispostos a realizar o sonho da casa de praia civilizada. Mas o avião seqüestrado pela viciada e pelo delinqüente: 'representantes das minorias', se esborracha no asfalto reverberante do aeroporto.'*

*Não é positivo, portanto, o balanço final do exercício de um regime democrático onde as suas linhas tradicionais foram, presumivelmente, seguidas.*

*Urge, portanto, ser pensada uma forma de regime democrático que seja capaz de inverter esse quadro catastrófico para a humanidade. Para tanto, torna-se primordial que a Ciência Jurídica e a Ciência Política renovem os seus postulados e os seus propósitos, voltando-se para a criação de novos degraus e de novos princípios, atentando para a força cogente e imperativa que eles devem ter, colocando o cidadão com todas as suas aspirações e necessidades como sendo o centro das preocupações."*

*Em seqüência, na busca de procurar estruturar um Modelo de Democracia para o Século XXI, escrevi, ainda, no referido artigo:*

*"O fato do regime democrático adotado no Brasil, pela maioria dos anos, durante o século XX, não ter produzido resultados administrativos*

desejados e necessitados pela Nação, não deve servir de suporte para a defesa da volta ao autoritarismo ou de qualquer outra forma de regime.

*Há de se reconhecer que as dificuldades vividas pela Nação não podem ser tributadas, apenas, ao mau uso do regime democrático. Negativos, em grande escala, foram os modelos das eras de 1937 a 1946 e de 1964 a 1988, especialmente, para o campo das liberdades, dos direitos humanos e da valorização da dignidade dos homens.*

*Filio-me à corrente daqueles que pregam ser a Democracia, com todos os seus defeitos, um regime muito melhor do que a mais perfeita das ditaduras.*

*A Democracia, mesmo ferida, homenageia, pelo menos, a esperança de um povo e simboliza o modelo de liberdade, de segurança e de desenvolvimento cultural e econômico pretendido pelo cidadão, diferente do que acontece com qualquer outro tipo de regime.*

*Aperfeiçoar a atuação do regime democrático para o século XXI não é tarefa das mais fáceis. Uma série de obstáculos devem ser enfrentados e regulados, sem se falar nas resistências que serão impostas por clones conservadores e resistentes às mudanças, por serem beneficiados com a situação atual.*

*O certo é que algo precisa ser feito e com ousadia. Necessário enfrentar os problemas e sugerir soluções com posições que se integrem no atuar do homem encarregado de pensar e de fazer ciência, o que deve ser exercido sem temor. Pelo contrário. Da exposição e publicidade das idéias surgem os modelos para a construção do futuro. Se os objetivos forem alcançados e contribuições essenciais forem consolidadas, evita-se a mais temida revolução que pode ser feita pelo ser humano, que é a da revolta interna e silenciosa contra as instituições, com força até de extinguir, caso se realize, a entidade tradicional do Estado."*

No exame dos aspectos a serem trabalhados para a remodulação da estrutura da democracia atual, há, primeiramente, de se conceber que o mundo inclina-se para aceitar uma sociedade plural conforme foi visualizada por Marcos Vinícius Vilaça, *Democracia – Vigência e Vivência*,<sup>2</sup> no trecho seguinte:

*"Caminhamos para sociedade plural. Tanto para o pluralismo econômico - que, reconheça-se, ainda é excludente de muitos - quanto para o social, que ainda se encontra fragilmente estruturado. E tanto para o pluralismo político - que carece de melhor institucionalidade - quanto o cultural, que*

---

<sup>2</sup> Marcos Vinícius Vilaça, esentor. Ministro do Tribunal de Contas da União. Trecho de discurso na abertura dos trabalhos anuais do Tribunal de Contas da União, como Presidente

*precisa consolidar a adesão aos valores comuns como fulcro da unidade e coesão nacionais e como norma a pautar a diversidade necessária e a divergência legítima de aspirações e interesses coletivos.*

*Dir-se-ia que buscamos, no pluralismo, organizar a liberdade. Não a idéia, ou o ideal, do ser livre, que é pura transcendência. Mas, sim, sua práxis, concreta, compartilhada, que, como toda construção humana, é historicamente contingente. Ou seja, queremos a democracia como vivência e vigência, sempre incompletas, porém, sempre perfectíveis.*

*Sabemos todos que organizar a liberdade de modo que ela seja socialmente bem distribuída envolve aparente paradoxo: entre a necessidade de criar as condições materiais imprescindíveis ao seu exercício e a de impor-lhe, ao mesmo tempo, limites bem precisos. Eles se explicitam sob a forma de restrições ao uso do poder na vida em comum dos homens, através de diversas e complexas formas de controle societário. O fundamento axiológico desses mecanismos de controle espelha os valores de harmonia e bem-estar, solidariedade e equidade, consubstanciados no ordenamento jurídico e nos usos e costumes que os conduzem como Povo e Nação.*

*É nesse sentido que, no plano das relações de poder entre o público e o privado, a eficiência econômica, de que decorrem a estabilidade, o crescimento, embora essencial à ampliação, individual e coletiva, da liberdade, deve cingir-se a seu caráter instrumental. Assim, cabe submeter as forças de mercado a correções e condicionamentos determinados e exercidos pelo Estado, em especial para favorecer melhor repartição da renda e da riqueza e para assegurar o uso ecoambientalmente prudente dos recursos naturais. Estado e mercado, porém, não se opõem, complementam-se. Liberdade, equidade e eficiência não devem conflitar, mas viabilizarem-se multiplamente. Na incessante busca de objetivos nacionais compartilhados, que constituem nossa utopia possível: edificar 'a civilização do ser, na partilha equilibrada do ter', como falou o padre Joseph Lebrét, fundador do grupo Economia e Humanismo."*

O segundo ponto que não pode ficar sem meditação é que o século XXI será o século voltado para fortalecer os valores da cidadania e, também, para enfrentar momentos de inovação no relacionamento do homem com vários campos de sua atividade. No regime democrático não se pode desprezar esse aspecto de tão forte influência nas relações do homem entre si e o Estado, que é o impacto do novo.

Jacques Marcovitch,<sup>3</sup> em artigo sobre o assunto, chamou a atenção para um fato que merece especial destaque:

*“Estudo da revista The Economist mostra-a como melhor alternativa para expansão dos negócios. O inovador despreza o investimento especulativo e não faz isso só porque é um bom sujeito. Além de gesto construtivo, é opção inteligente: as inovações geram muito mais lucro do que meras especulações comerciais. A taxa média de retorno de 17 inovações de sucesso nos EUA, em uma década, foi de 56%, enquanto a de todos os investimentos da economia norte-americana nos últimos trinta anos ficou em 16%.*

*Os inovadores japoneses, de olho no consumo doméstico, diminuíram o tamanho do vídeo-cassete, lançado em 1974. Eles encolheram tudo: o preço, a embalagem e a fita, que se reduziu a três quartos de polegada. Esse vídeo-cassete compacto entrou para a história do mercado. É, com o telefone celular, o produto mais comprado no mundo. Os EUA vivem um extraordinário momento de prosperidade, e a inovação terá papel decisivo no prolongamento dessa fase. Mais de 50% do crescimento do país vem de indústrias novas, com pouco mais de dez anos de existência, que reformularam seus processos.*

*Embora a inovação possa verificar-se em qualquer área, ela está mais acentuadamente vinculada à dimensão tecnológica. Nos países em desenvolvimento, não havendo prioridade estratégica para programas de ciência e tecnologia, o retrocesso é inevitável. Se o Brasil não agir hoje para construir o seu futuro, simplesmente não haverá futuro. Não me refiro ao futuro só como o tempo que sucede ao presente, mas como o tempo em que a ciência de hoje vai, finalmente, produzir seus frutos.*

*A América Latina e o Brasil foram atingidos pelos vendavais que abalam quase todas as economias do mundo. O governo central empenha-se numa inadiável tarefa de ajustar as contas públicas. Percebe-se, porém, que essa iniciativa, embora justa, comete dois desvios perigosos: corta recursos de programas sociais já limitados e diminui drasticamente verbas já escassas em ciência e tecnologia. Uma exceção (e um paradigma de consciência estratégica) é a Fapesp, em São Paulo, que, apesar de todas as crises, vem zelando exemplarmente pelo progresso da ciência.”*

Há, portanto, do regime democrático do século XXI ficar atento a tal fenômeno, para que, por ser ele produzido pela atuação da indústria tecnológica, não se transforme em patamar de absoluta ganância financeira

---

<sup>3</sup> Jacques Marcovitch, 52. reitor da USP - Universidade de São Paulo, e autor da obra *A Universidade (Im)possível* (editada pela Futura/Siblimo) Trecho extraído do artigo: MARCOVITCH, Jacques. O século da inovação. *Folha de São Paulo*, 11 jun. 1999. Caderno 1. Seção Tendências/Debates. p. 3

pelos detentores das técnicas inovadoras, em prejuízo das necessidades e dos direitos da cidadania.

O terceiro ponto a influenciar o novo conceito da Democracia é o de que há de tal tipo de regime emprestar, na atualidade, maior respeito aos direitos humanos. Para tanto, há de ser imposta uma conduta aos responsáveis pelo exercício dos Poderes e aos integrantes da sociedade plural que não priorizem o desenvolvimento econômico em detrimento da adequação dos meios necessários para combater as violações aos direitos do homem que estão consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Violações que, quanto mais a sociedade alcança progresso material, mais aumentam, sem que o Estado apresente política razoável de combate.

A democracia para o século XXI há de romper com a tradição de que: *"a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. E assumindo forma de declaração, e não de tratado, confirma o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, afirmando um código comum a ser seguido por todos os Estados. Representa o amplo consenso alcançado acerca dos requisitos mínimos necessários para uma vida com dignidade. É uma visão moral da natureza humana, tratando seres humanos como cidadãos autônomos e iguais e que merecem igual consideração e respeito".*<sup>4</sup>

No artigo em referência, o autor registra, ainda, que:

*"A natureza dos deveres humanos decorre dos direitos naturais e inatos ou direitos positivos e históricos, ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. No dizer de Norberto Bobbio (A era dos direitos, Rio de Janeiro : Campus, 1992), a questão dos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los, mas o de protegê-los."*

Após diversas considerações envolvendo o tema Pessoa Humana e o Poder Judiciário, o autor supracitado sugere várias proposições que merecem ser investigadas e transformadas em regras de natureza absoluta, imperativas e cogentes a qualquer forma de regime democrático.

As formulações em questão são as seguintes:<sup>5</sup>

*"- Os deveres relativos aos direitos de primeira geração implicam em obrigações cujo descumprimento pode acarretar conseqüências civis e sobretudo penais."*

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Benedito Silverio. O poder judiciário e os deveres humanos. *Revista da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)*, v. 1, n. 4, p. 23-30, 1998. Edição Especial

<sup>5</sup> *id* *ibid*

– O dever do Estado com a educação e o trabalho da mulher deve ser efetivado mediante garantias das normas constitucionais ou infraconstitucionais.

– Os deveres decorrentes dos interesses difusos ou coletivos devem estar amparados por procedimentos capazes de proteger o patrimônio público contra atos lesivos e a proteção do meio ambiente e do consumidor.

– O Estado tem o dever de manter ascendência sobre as experiências científicas relativas à engenharia genética e clonagem, garantindo o direito à vida das gerações futuras.”

No campo específico da atuação do Poder Judiciário em harmonia com as novas estruturas que devem ser fixadas para a democracia a ser exercida no século XXI, há de se ter em consideração, também, os postulados sugeridos por Antônio Rulli Júnior, em trabalho publicado na *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 31-47, 1998. Edição Especial), cujo teor dos mesmos passo a transcrever:

“É dever do Juiz-Estado a participação democrática no processo, no interesse das partes e efetivação da Justiça.

É dever do Juiz-Estado dar ao processo o procedimento animado pela relação processual que persegue a realização do direito material, meio de efetivação da justiça.

O dever de acesso à justiça deve estar caracterizado pela assistência judiciária aos necessitados e na implantação dos juizados especiais de pequenas causas permitindo que um número maior de pessoas traga ao Judiciário os seus casos.

O Processo exige do Juiz-Estado o dever de consciência jurídica, fundamento de legitimação e de legitimidade do procedimento, através do contraditório e da ampla defesa.”

Por fim, na linha da defesa que se faz de ser adotado um regime democrático que sublima a proteção dos direitos humanos no mais alto grau, apresento a parte final do trabalho intitulado *O Poder Judiciário e os Deveres Humanos*, de autoria do Des. Cristovan Daiello Moreira,<sup>6</sup> do Estado do Rio de Janeiro, publicado na *Revista da EMERJ*, já citada, p. 52:

“Urge retirar os deveres humanos da sombra do ostracismo com o prévio, científico, investigar, pesquisar, estudar metódico e sistematizar da Teoria e Princípio. E, depois, evangelizar através de seminários, cursos, currículos, conferências, debates dialogais coordenados pelas Escolas de

---

<sup>6</sup> MOREIRA, Cristovan Daiello. O poder judiciário e os deveres humanos. *Revista da EMERJ*, v. 1, n. 4, p. 48-52, 1998. Edição Especial p. 52.

*Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Agentes do Ministério Público, Faculdade de Direito, institutos culturais da Ordem dos Advogados do Brasil, com o clarificar e contínuo divulgar inciso pelos meios de comunicação social.*

*Se agir não houver, os deveres humanos figurarão em mais uma simples declaração, inócua, vazia, ineficaz e ineficiente."*

Há um quinto aspecto que há de chamar a atenção dos cientistas jurídicos e políticos na elaboração de um novo modelo de democracia para o século XXI. É o relativo ao problema criado com o avanço das comunicações, e, conseqüentemente, da velocidade e da variedade da informação.

Esse tema é abordado por Cláudio Lachini, em artigo intitulado *Sobre-Circuito da Informação*,<sup>7</sup> de onde destaco o trecho seguinte:

*"A leitura tardia de Gracián, um autor restrito em sua época (século XVII) pelo temor a sua própria ordem religiosa, leva-nos a algumas reflexões sobre o conhecimento e as formas de o transmitir, pois é com ele que o homem sempre evoluiu, na escola clássica, no ensino secular, na escola da vida, nos escritos cuneiformes, nos pergaminhos, nos livros, nos jornais, nas revistas e nos meios-criaturas do século XX: o rádio, a televisão e, nos dias de hoje, nas embalagens eletrônicas associadas às telecomunicações.*

*O desenvolvimento da telemática dissemina o conhecimento em escala global. Perdida na Babel e na balbúrdia, a mídia impressa está derrapando na subtração do leitor. A internet é uma desculpa esfarrapada para publicações que estão perdendo seus leitores, não porque está decretada a morte da palavra impressa sobre o papel, mas sim porque os meios estão perdendo conteúdo e se tornam repetitivos da informação que foi ofertada ao cidadão em velocidades instantâneas."*

Ora, se não for imposta uma disciplina rígida ao sistema evoluído da informação a ser adotado no próximo século XXI, sem prejuízo da prática do direito de liberdade da imprensa, haverá, evidentemente, insuperáveis prejuízos à cidadania pelos males que sobrevirão às diversas formas dos relacionamentos econômicos, sociais, familiares e jurídicos a serem exercidos.

Outro aspecto a ser enfrentado pela democracia do século XXI é o efeito a ser produzido na estrutura patrimonial e financeira das Nações, especialmente, da Nação brasileira, pelo fenômeno que está sendo denominado de "Nova Economia", em razão do sucesso que está experimentando os EUA com o seu crescimento econômico.

O mundo enfrenta e analisa o que está acontecendo nos EUA e procura soluções de sobrevivência para as outras Nações.

---

<sup>7</sup> Trabalho publicado na *Gazeta Mercantil*, de 11, 12 e 13.6.1999 p. A-3.

É conveniente registrar, para ser fiel aos fatos como apresentados, a análise que Marcelo Rezende fez sobre o assunto, em artigo intitulado *Em busca da nossa Economia*,<sup>8</sup> onde afirmou:

*"Nouvelle Economie é a literal tradução francesa para um fenômeno de expansão constante mostrado há quase oito anos nos indicadores econômicos dos Estados Unidos. Alta taxa de criação de empregos, crescimento contínuo e inflação estável resumem o cenário. Antes um fenômeno local, motivo de espanto no resto do mundo e discutido, muitas vezes publicitariamente, nos seminários sobre finanças em língua inglesa, a 'nova economia', o significado desse possível novo modelo de desenvolvimento, interessa também à Europa e, após mensagem dada pelo Ministro da Economia do país, especialmente à França.*

*Em um pronunciamento sobre os rumos da economia francesa, Dominique Strauss-Kahn afirmou estar o país caminhando rumo 'a um novo regime de crescimento. Mais durável porque garantido pelas novas tecnologias, como acontece na América. Nós estamos ainda atrasados em relação àquele país. Apenas 15% do nosso crescimento é devido às novas tecnologias, mas nós estamos inventando, também, o novo crescimento do século XXI'. Apesar de o Ministro ter comparecido para mais uma vez revisar as expectativas de crescimento em 1999 (anunciando queda) houve a sinalização de uma alteração de 'modelo' e a preocupação da academia e profissionais franceses em entender o 'milagre dos EUA' passou a interessar bem mais do que seu costumeiro público.*

*Há no país, e no continente, uma indisfarçável decepção com o primeiro semestre do euro, a moeda única de onze países-membros da União Européia. Após um início comemorado nos primeiros dias de janeiro com champanhe e declarações entusiasmadas de presidentes e primeiros-ministros, o euro vem sofrendo constantes desvalorizações. As principais razões, na visão dos analistas locais, têm sido a séne interminável de 'acidentes' sofridos. A política imposta pelo Banco Central Europeu (BCE), as denúncias de desvios administrativos na Comissão Européia, os desacertos políticos em cada nação e, por fim, os conflitos raciais e bélicos em Kosovo. Procura-se, claro, um crescimento 'durável e garantido'."*

*Mais adiante, prossegue afirmando:*

*"Ao menos não para todos, segundo Robert Boyer, economista e diretor do Cepremap (órgão de estudo das estratégias econômicas do Centro Nacional de Pesquisas Científicas - CNRS). Boyer falou a este jornal na terça-feira e, em sua visão, não se trata apenas de uma discussão técnica, mas, sobretudo, política: 'Claro que essa é também uma discussão política, porque o*

<sup>8</sup> Trabalho publicado no jornal *Gazeta Mercantil*, de 7.8 e 9.5.1999 p. 4. Caderno Atualidades

*celebrado crescimento americano é fundamentado na desigualdade. Em um crescimento de riqueza, em essência, na classe média, ocasionando então o aumento da população mais pobre. Trata-se de política, mas também de ideologia, pois a 'nova economia' ultrapassa o fordismo', diz. Boyer acaba de publicar um estudo sobre o tema: Innovation et Croissance, em parceria com Michel Didier, editado pelo Conselho Nacional de Análise Econômica.*

O debate sobre o resultado menos grandioso da 'Nova Economia' – a mesma discussão na qual a Europa está obrigada a escolher entre o perfil 'humanista' ou 'comercial' – não impediu o governo francês de anunciar uma primeira medida para a mudança de rota. O Ministério da Economia e das Finanças fará uso de um 'indicador de inovação', onde será medido o papel representado pelas novas tecnologias no crescimento da economia francesa. Um relatório será publicado duas vezes ao ano. Em março e em setembro. Os itens a serem avaliados são: novos capitais, criados a partir de fundos de novas tecnologias, novo empresariado e novos empregos, novas tecnologias e novos usuários das recentes invenções. Outra ação foi passar a medir também a atividade das empresas de tecnologia."

Não se pode esquecer que o fortalecimento econômico de uma Nação, de modo desproporcional às demais, gera intranquilidade para a permanência da paz mundial e para se garantir o respeito integral dos direitos e garantias da cidadania.

O sétimo ponto que merece ser abordado é o de que uma democracia plena só existirá se as leis do País protegerem o "*firm da censura de qualquer tipo, sutil ou agressiva, tácita ou explícita, política ou econômica, social ou individual*", conforme anota Jorge Wenthlein, na obra *Democracia e Liberdade de Expressão*, porque: "*somente em uma sociedade de cultura democrática, o que envolve tempo e boa vontade, é possível falar em liberdade de expressão em geral e liberdade de imprensa em particular. Leis democráticas por si só não garantem o livre exercício da expressão do pensamento. É imprescindível que essas leis, cada vez mais claras e transparentes, venham seguidas de perto por uma prática democrática, por um exercício diário de reeducação intelectual, de governantes e sociedade civil, de forma que todos passem a compreender as manifestações de pensamento e as divulgações de fatos como peças fundamentais do jogo democrático*".

Há, ainda, variados aspectos que devem ser considerados para a adoção de um modelo democrático apto a preencher os anseios da cidadania durante o século. Passo a enumerá-los, sem nenhum comentário, em face da vinculação ao espaço dedicado ao presente trabalho.

Ei-los:

a) as questões oriundas dos *lobbies* econômicos, ameaçando pôr em xeque as evidências científicas;

b) a necessidade de, sem ferimento ao direito das liberdades humanas, ser protegido o patrimônio;

c) a desavença existente entre as propostas dos cientistas de combater, ao custo de milhões de dólares, os resultados falsos apresentados pela chamada "ciência oficial" com relação à influência do desenvolvimento industrial sobre o aquecimento global;

d) a necessidade de, em um regime democrático, existir educação para todos e como forma de investimento;

e) a garantia dos direitos fundamentais em um processo de globalização provocador de complexos problemas econômicos e sociais;

f) a preocupação atual dos doutrinadores com o desenvolvimento do processo de globalização com crueldade, haja vista que, conforme tudo está a indicar: "*por mais otimista que alguém seja, torna-se difícil imaginar um processo suave de globalização ancorado em regras desiguais de mobilidade de capital e de mão-de-obra; num mundo onde se abrem espaços para o capital e as empresas, mas onde se apertam fronteiras para a mão-de-obra; onde capitais entram e saem sem um mínimo de regras; onde a riqueza se concentra e a pobreza se expande cada vez mais, e sobretudo num quadro geo político mundial onde conflitos se repetem num vai-e-vem de guerras étnicas e religiosas*";

g) há de ser enfrentado pela democracia do século XXI os desafios com que se defronta o capitalismo na atualidade, conforme destacado por Miguel Reale em três artigos: *O Capitalismo na Encruzilhada* (Estadão, 17.4.1999); *Ainda a Crise do Capitalismo* (idem, 01.5.1999) e *Capitalismo Selvagem* (29.5.1999);

h) o fenômeno da chamada judicialização da economia quando a crise econômica defronta-se, ao elencar soluções, com o formalismo do Direito e da Justiça, chegando, às vezes, a ser considerado como uma forma agravadora de criar mais dificuldades para o País;

i) a preocupação em recentes pesquisas que atestaram haver, em determinados segmentos da sociedade brasileira, no momento, preferência pela ditadura no lugar da democracia.

Conclusões:

Ultimo as meditações desenvolvidas no presente trabalho, lembrando estudo da autoria de Roque Spencer Maciel de Barros, sob o título

*Que Espaço Restará para a Cidadania no Mundo Atual?* (Jornal da Tarde, São Paulo, 5.6.1999).

Após definir e rever os conceitos de cidadania moderna e analisá-la sob os perigos de sua função nos regimes totalitários e nas demais formas de regime, conclui com as seguintes observações:

“Hoje, quem se lembra do sonho de um ‘estado estacionário’ de John Stuart Mill, cuja impossibilidade, aliás, Ludwig von Mises demonstrou brilhantemente em um capítulo de sua *Ação Humana* (4ª parte, capítulo XIV, p. 5 e 6), ou das mais que previsões, quase profecias, de Herman Kahn para o ano 2000 ou mesmo da visão generosa, assim mesmo ainda viável, quem sabe, como possibilidade, de John Kenneth Galbraith acerca da ‘sociedade da abundância’, para não citar outras tentativas de rasgar o véu do futuro?”

*Dessa forma, não é, de maneira alguma, nosso propósito o fazer previsões sobre o que se irá verificar no mundo globalizado e informatizado. Não, não pretendemos prever, mas apenas registrar nossos temores e perplexidades. O que irá de fato acontecer, considerando os imprevistos e os acasos da História, confessemos sinceramente, pertence ao terreno do ignoto e provavelmente contrariará todas as previsões globais, ainda que confirme algo, ocasionalmente, aqui e ali.*

*Não comungo com as desesperanças do autor porque creio na força do Direito e na conscientização dos homens que assumirão os poderes governamentais durante o século XXI, que o cidadão passará a ser considerado o centro de suas atenções.*

*Ocorre, apenas, que ao meu espírito chega determinado temor, por mais que tente dissipá-lo, pelos exemplos oferecidos pela atual geração dirigente dos nossos destinos políticos, econômicos e sociais, cujos atos e exemplos não se apresentam confiáveis para os que são defensores da existência de uma democracia plena e efetiva.*

*O futuro dirá o que irá acontecer. As gerações de hoje e de amanhã serão testemunhas da evangelização dos cientistas políticos e jurídicos para a consolidação de uma nova democracia para o século XXI. Se a Nação brasileira não conseguir, que Deus tenha piedade de nós e de nossas instituições.”*

Acrescente-se ao estudo acabado de ser noticiado que os Direitos Fundamentais da cidadania inserem-se como valor de maior relevo para que o aperfeiçoamento do regime democrático seja alcançado, tornando, em nosso meio político, jurídico, econômico e social, realidade concreta, que seja cumprido pelo Estado e pelos cidadãos que o fazem, o assinalado pela Constituição Federal de 1988, em seu Preâmbulo e nos arts. 1º, 3º e 4º, de que:

*“Preâmbulo:*

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.*

*“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

- I – a soberania;*
- II – a cidadania;*
- III – a dignidade da pessoa humana;*
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*
- V – o pluralismo político.*

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

*“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;*
- II – garantir o desenvolvimento nacional;*
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

*“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:*

- I – independência nacional;*
- II – prevalência dos direitos humanos;*
- III – autodeterminação dos povos;*
- IV – não-intervenção;*
- V – igualdade entre os Estados;*
- VI – defesa da paz;*
- VII – solução pacífica dos conflitos;*
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;*
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;*
- X – concessão de asilo político.*

*Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.*

## 2. Os Direitos Fundamentais na Doutrina

Ricardo Lobo Torres,<sup>9</sup> consciente da existência, na atualidade, no campo doutrinário, de uma “certa perplexidade metodológica” a respeito da Teoria dos Direitos Fundamentais, coordenou e publicou, ultimamente, obra sobre o assunto, onde busca, por via de contribuição própria e de vários outros autores,<sup>10</sup> despertar, ainda mais, o debate no âmbito das pesquisas desenvolvidas pela comunidade jurídica sobre o tema.

A referida publicação, pela importância que ela representa no atual estágio doutrinário sobre o assunto, merece ser destacada e analisada em todos os aspectos abordados, especialmente nos pronunciamentos

---

<sup>9</sup> Ricardo Lobo Torres. Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ e ex-Coordenador do seu Programa de Pós-Graduação em Direito, coordenou a obra intitulada *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de vários autores, editada pela Renovar, 1999

<sup>10</sup> Os autores e os artigos que compõem a referida obra são os seguintes:

- 1) Celso de Albuquerque Mello (Artigo: *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*) - Professor de Direito Internacional Público nas Faculdades de Direito da PUC-RIO, UERJ, UGF e UNIG e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Autor dos seguintes livros, entre outros: *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994; *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997
- 2) Daniel Sarmento (Artigo: *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*) - Procurador da República no Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ.
- 3) Marco Monteiro Reis (Artigo: *Moral e Direito. A Fundamentação dos Direitos Humanos nas Visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin*) - Mestrando em Direito Público - UERJ
- 4) Gustavo Amaral (Artigo: *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*) - Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ
- 5) Mauricio Andreiulo Rodrigues (Artigo: *Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição*) - Procurador da República no Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ
- 6) Ricardo Almeida Ribeiro da Silva (Artigo: *A Crítica Comunitária ao Liberalismo*) - Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público - UERJ
- 7) Ricardo Lobo Torres (Artigo: *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*) - Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ e ex-Coordenador do seu Programa de Pós-Graduação em Direito. Autor de: *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro : Renovar, 1991. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro : Forense, 1994. *Os Direitos Humanos e a Tributação* - imunidades e isonomia. Rio de Janeiro : Renovar, 1995
- 8) Teresa Negreiros (A *Dicotomia Público-Privado no Problema da Colisão de Princípios*) - Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela PUC/Rio e Doutoranda em Direito Civil - UERJ. Autora de: *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998
- 9) Vicente de Paulo Barreto (*Bioética, Bio Direito e Direitos Humanos*) - Professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da UERJ e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UGF. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Paris - X. Diretor do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização - PIDIG. Autor de *Ideologia Política*. Rio de Janeiro : Zahar, 1978; *Primórdios do Liberalismo*. Brasília - UnB, 1984; *Evolução do Pensamento Político Brasileiro*. Belo Horizonte - Itatiaia, 1989

representativos de uma visão evoluída da Teoria dos Direitos Fundamentais, como via essencial para fazer crescer o respeito, por todos os segmentos dos agentes políticos condutores do Estado e da população que o forma, aos valores da cidadania.

Ao fazer a apresentação do livro supramencionado, Ricardo Lobo Torres chama a atenção para a já consagrada afirmação e advertência de Norberto Bobbio de que o *“problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”* (A Era dos Direitos, São Paulo : Campus. 1992. p. 24).

A seguir, após fazer referências a outros autores que pensam diferentemente do pregado por Bobbio, isto é, que pensam ser mais urgente redefinir os direitos fundamentais, observa o fato de que é alarmante, no Brasil, “o déficit teórico” a respeito de estudo vinculado aos direitos fundamentais, não obstante, a partir dos anos 70, a Europa e os EUA terem começado com movimentos para suprir essa ausência doutrinária sobre tão importante entidade jurídica protetora da cidadania.

Certo tenho que, embora seja essencial a permanente abordagem cultural jurídica relativa aos problemas da teoria dos direitos fundamentais, para o aperfeiçoamento contemporâneo das linhas positivas que os regem, a realidade brasileira demonstra, com os acontecimentos presentes na vida social, econômica e política do País, que a afirmação de Norberto Bobbio tem valor de conteúdo mais aproximado com a real situação vivenciada, a exigir que se forme uma consciência nacional da necessidade de se proteger os direitos do homem, sob pena das gerações futuras serem surpreendidas com regimes democráticos falsos ou, apenas, representados por rótulos.

O estudo dos direitos fundamentais deve, além da preocupação de buscar uma sólida teoria a seu respeito, redefinindo situações para adequá-las aos anseios procurados pelos indivíduos na época atual, em confronto com as suas necessidades mais urgentes, ser voltado, também, para torná-los compreensíveis pelas variadas camadas sociais. Estas, por outro ângulo, devem ser incentivadas a fazer uso dos direitos que as protegem em frente ao Estado, aos grupos organizados e às maiorias personalizadas ou não.

Não se ignora que os antigos conceitos de democracia, as velhas estruturas teóricas que a formam e a sustentam, com ou sem adjetivações, não servem, em vários dos seus aspectos, para serem aplicados aos problemas que o Estado está enfrentando com o cidadão, na era contemporânea, por não expressarem soluções concretas produtoras de êxito de paz social, de respeito à dignidade humana e de valorização do trabalho, da saúde, da educação e proteção da criança, do adolescente e do meio ambiente.

As transformações impostas à humanidade pelos fenômenos presentes no final do século XX e os que, com certeza, estão sendo esperados que aconteçam no início do próximo século XXI, conduzem a Ciência Política, em harmonia com a Jurídica, a um posicionamento investigativo que resulte em respostas atuais a perguntas como: Qual o retrato da democracia desejada pelo cidadão neste final de século? É fundamental diminuir a influência do Estado na construção de uma nova concepção sobre as estruturas de um novo regime democrático, atendendo-se, de forma preferencial, aos anseios da cidadania? É essencial para o futuro da Nação brasileira esse tipo de preocupação? Há uma definição universal de democracia a ser seguida, adaptando-se, apenas, aos nossos costumes, aos nossos ideais e às nossas necessidades globais? É possível a sobrevivência de um regime democrático sem respeito integral aos direitos fundamentais do cidadão, especialmente, os direitos humanos? O atual padrão de conduta dos agentes políticos, em todos os três níveis de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) está coerente com os princípios formadores do regime democrático desejado e cultivado pela Nação? É de influência grave ou sem influência para o fortalecimento do Estado a desilusão do cidadão com a democracia praticada no Brasil? Qual o retorno, no referente à formação de uma consciência política sólida e democrática, o esforço de se alertar às novas gerações sobre tais questões que preocupam a sociedade de hoje?

As respostas a tais indagações não podem ser oferecidas sem uma análise aprofundada dos fenômenos atuais vivenciados pelo meio social e que se ligam, de uma forma ou de outra, aos posicionamentos a serem assumidos.

Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed. Malheiros, dedica o capítulo 16, dividido em 10 partes, ao estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais. Na busca de caracterizá-la, conceituá-la e definir a sua natureza e sua concepção universal, destaca o que denominou de "uso promíscuo", por "as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente".<sup>11</sup>

A seguir, o mesmo autor, após fazer referências às idéias de Konrad Hesse<sup>12</sup> e Carl Schmitt,<sup>13</sup> caracteriza e conceitua os direitos fundamentais do modo seguinte:

---

<sup>11</sup> Afirma Paulo Bonavides, op. cit., p. 514: "temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém, o emprego mais frequente 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> Paulo Bonavides registra que Konrad Hesse, em sua obra "Grundrechte", *Staatslexikon, Herausgeben von Goeresgesellschaft*, BI) 2.7 Auflage, 1986, compreende os direitos fundamentais como almejando a criação e a manutenção de pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Aponta, ainda, a obra citada do autor como sendo um dos clássicos do direito público alemão. Esclarece, também, que "ao

"Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele,<sup>14</sup> os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável."

Corresponde, assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam "segundo o critério da lei" ou "dentro dos limites legais". De tal modo que – prossegue Schmitt noutra lugar da Teoria da Constituição – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Coutmy com Jellinek ao começo deste século. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época,

---

*lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber, direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais".* Afirma que esse entendimento, do mesmo autor, está em outra obra de sua autoria intitulada *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13. Ergänzte Auflage, Heidelberg, 1982.

<sup>13</sup> Esclarece Paulo Bonavides que Carl Schmitt, com relação aos direitos fundamentais, "estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição". Em nota de rodapé, faz referência ao livro do autor denominado *Verfassungslehre. Unveränderter Neudruck*, Berlim, 1954, p. 163-173.

<sup>14</sup> O autor está fazendo referência ao pensamento de Carl Schmitt.

foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali "direitos naturais, inalienáveis e sagrados", direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

O fim de toda comunhão política não podia ser outro senão conservá-los, rezava o célebre texto. O teor de universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: "*Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade e seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações*".<sup>15</sup>

A visão moderna de Paulo Bonavides sobre direitos fundamentais abrange, pela amplitude da conceituação defendida, o que Celso de Mello afirmou, ao interpretar o § 2º do art. 5º da Constituição Federal.<sup>16</sup>

*"Não se pode estudar o Direito sem se conhecer a sociedade que ele vai reger. Ele tem um curto grau de autonomia em relação à infra-estrutura e é esta autonomia que pretendemos utilizar para a defesa dos direitos humanos.*

*O Direito tem sofrido profundas transformações no mundo de hoje. Hespanha escreve um texto que me parece notável e que merece ser reproduzido apesar de extenso:*

*'Se olharmos desmistificadamente o fenômeno legislativo dos nossos dias, a primeira constatação é a de que a lei serve a funções muito diversas, algumas das quais nada têm a ver com as clássicas funções regulativas. Muito freqüentemente a lei é utilizada para enunciar de forma solene e propagandística as intenções do poder, um pouco independentemente de tais intenções serem realmente praticáveis ou de o poder tencionar levá-las à prática. Este 'uso simbólico' da lei não é, evidentemente, de hoje, mas verifica-se muito mais freqüentemente na atualidade, tanto nos regimes autônimos, como nos democráticos-parlamentares. Nos primeiros, a estatuição legal de certos princípios (por exemplo, a garantia dos direitos individuais) constitui a cobertura, interna e externa da sua violação prática. Nos segundos, o valor simbólico da lei é diversamente utilizado: serve para proclamar intenções que se sabe de antemão não se poderem levar a cabo, para anunciar solenemente intenções e captar votos para satisfazer clientelas ou gerir combinações políticas. Em*

<sup>15</sup> O autor, em nota de rodapé, registra que a referida frase está na obra de Émile Boutmy, "La Déclaration des Droits de l'Homme et M. Jellinek". *Études politiques*, Paris, 1907, p. 139-140

<sup>16</sup> Celso de Albuquerque Mello. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". trabalho integrante da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, coordenação de Ricardo Lobo Torres. Renovar, p. 1-33

*qualquer dos casos, a lei funciona, aqui, não como um mecanismo diretamente 'regulativo, mas como um instrumento persuasivo' ou simbólico, afetando o nosso comportamento, não tanto pela ameaça de sanções, como pela carga 'simbólica' de que é portadora. A forma 'lei' sofreu uma mutação funcional, tornando-se num substituto do programa eleitoral ou de governo ou da plataforma política.*

*Sob a capa da lei, está a fazer-se outra coisa, que é entendida doutra forma.*

*A grande questão é que os direitos humanos precisam se transformar em realidade e não permanecer por décadas a fio como um simples programa, ou, falando juridicamente, as suas normas não podem ser apenas normas programáticas. No Brasil os direitos humanos só se tornarão efetivos com políticas e legislação que conduzem a uma distribuição de renda e isto deve ser da responsabilidade de todos os brasileiros e acima de tudo dos três poderes do Estado.'*

No contexto de tais afirmações doutrinárias cabe o desenvolvimento de um processo de revisitação ao lembrado por J. J. Gomes Canotilho,<sup>17</sup> no sentido de que: *"tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático"*.

Em seqüência, enfatiza o eminente constitucionalista lusitano supra referido, tendo em consideração a Carta Magna de Portugal, que:

*"Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática. Qualquer que seja a compreensão que se queira atribuir ao princípio democrático, parece inequívoco que:*

- 1) o exercício democrático do poder significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48 e 112) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política);*
- 2) o exercício democrático do poder implica participação livre, pelo que pressupõe importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático);*
- 3) o exercício democrático significa abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais (cf.*

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes *Direito constitucional* 5 ed Coimbra . Almedina. 1991 1214 p p 435

*infra, Parte 1, Cap. 3º), constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural (art. 2º).*

*Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático:*

- 1) pressupondo a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia;*
- 2) os direitos fundamentais, como direitos subjectivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático;*
- 3) como direitos legitimadores de um domínio democrático, os direitos fundamentais asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral, etc.);*
- 4) como direitos subjectivos a prestações sociais, econômicas e culturais, os direitos fundamentais constituem a força dirigente para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos. Neste sentido se compreende que a Constituição de 1976 se refira a Estado democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais (cf. art. 2º)."*

Assume relevante importância, no patamar a que chegaram as investigações doutrinárias acima registradas, as observações de Canotilho, p. 507 da obra já mencionada, a respeito da importância que deve ter para o cidadão a constitucionalização e fundamentalização (expressões por ele adotadas) dos direitos fundamentais. São suas as seguintes mensagens:

*"De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta posição jurídico-constitucional, 'os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política', mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Frundrechtsnormen). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon:<sup>18</sup> 'onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios'.*

---

<sup>18</sup> J. J. Gomes Canotilho, em nota de rodapé, indica Cf Cruz Villalon. *Formación y Evolución*, cit., p. 41 Cf também, por último, K. Stern *Das Staatsrecht*, cit., III, 1988, p. 43 et seq. Vieira de Andrade *Os Direitos Fundamentais*, p. 20 et. seq.

*Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas."*

Reconhece-se, o que não divirjo, como constante a preocupação da doutrina com as variadas teorias dos direitos fundamentais, bem como com determinadas incompreensões sobre a aplicação dos seus efeitos, tendo em vista a norma concreta. Celso Albuquerque de Mello chega ao extremo de afirmar que:

*"O propósito do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada em nível constitucional.*

*A conclusão que podemos apresentar é que o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no D. Constitucional e no DIP. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, uma 'Constituição cidadã' e os nossos tribunais superiores transformaram em uma Constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás, vez que o próprio conservadorismo já é insuportável para eles.*

*O Direito é algo vivo e que deve corresponder ao espírito da época em que é elaborado e aplicado. A nossa é a dos direitos humanos e os tribunais pretendem viver no século XIX com o mais selvagem dos capitalismo.*

*Há hoje uma nítida consciência de que os direitos humanos são necessários para se defender o ser humano da famigerada globalização. Assim sendo, os nossos tribunais superiores deixam de cumprir a sua obrigação em favor dos brasileiros. Não é, talvez, por outro motivo, que se fala tanto nos meios jurídicos na supressão do STF por uma Corte Constitucional composta por juízes com mandato fixo e que representem melhor a sociedade civil brasileira.*

*Na América Latina, continente explorado e, em conseqüência, atrasado, não existe nenhuma Constituição que realmente dê uma proteção ao ser humano utilizando os tratados internacionais. Há Constituições melhores do que a nossa, mas nenhuma é realmente boa neste tema.*

Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos.

*Na Europa a situação é diferente e afirma R. Arnold que há 'uma influência cada vez mais forte de origem internacional ou supranacional sobre as suas ordens constitucionais', bem como afirma o mesmo autor: 'a convenção europeia de direitos do homem já deixa transparecer, enquanto tratado internacional, traços supranacionais'.*

*Chiti e Greco escrevem que o sistema europeu é um devenir e a sua Constituição é uma Constituição em modificação (Wandel-Verfassung).*

*Enfim, é tudo contrário ao que ocorre no Brasil. Somos um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica."*

Há, não tenho dúvidas, extremismo na concepção do referido autor sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores, especialmente o Colendo Supremo Tribunal Federal, no interpretar as mensagens constitucionais. O contrário, talvez, aconteça se os fundamentos de inúmeras decisões forem assinaladas sem as paixões que o cultivo do tema proporciona, onde encontram-se amplos debates sobre a extensão das diferentes facetas dos direitos fundamentais e a sua visão pelo Poder Judiciário, este transformando-se no mais aguerrido batalhador para o cumprimento das normas que os institucionalizam em nosso ordenamento jurídico.

De qualquer modo, a advertência tem sabor de determinar a abertura do debate sobre a questão, ampliando-o a altos níveis, agitando até a postura do Poder Judiciário, tendo em vista os princípios postos na Constituição Federal de 1988, especialmente quando vistos como integrando um sistema de hierarquia ou de valores atuando no corpo da Carta Magna.

### **3. As teorias modernas sobre Direitos Fundamentais**

J. J. Gomes Canotilho, na obra já tantas vezes citada, buscando construir, com métodos científicos, um sentido e forma dos Direitos Fundamentais, apresenta reflexões sobre as já existentes Teorias dos Direitos Fundamentais. Ultima as suas meditações sobre o tema com a afirmação de que: *"torna-se necessária uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base numa Constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico"*.<sup>19</sup>

Identifica, na doutrina vigente, as seguintes:

- a) teoria liberal;
- b) teoria da ordem de valores;
- c) teoria social;
- d) teoria institucional;

---

<sup>19</sup> op. cit. p. 523

- e) teoria democrática funcional;
- f) teoria socialista dos direitos fundamentais.

A teoria liberal apresenta as seguintes características:

- “1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa;
- 2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competências, entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da ação estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos;
- 3) os direitos fundamentais apresentam-se como pré-estaduais, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado;
- 4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efetivação, ficariam fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos;
- 4) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, Freiheit in se e não Freiheit um zu, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).”<sup>20</sup>

A teoria da ordem dos valores, segundo Canotilho, considera os direitos fundamentais como sendo: “valores de caráter objetivo e não como direitos ou pretensões subjetivas”.

A estrutura da referida teoria está formada, essencialmente, por considerar os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo e não como direitos ou pretensões objetivas.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 516-517

<sup>21</sup> Canotilho, op. cit., p. 517, anota a respeito que “Concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o sistema de pretensões subjetivas (Anspruchssystem), deduz-se que: 1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos; 2) se a teoria dos valores postula uma dimensão essencialmente objetiva, então no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; 3) conseqüentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; 4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; 5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses

A teoria institucional apresenta linha aproximada da teoria da ordem dos valores. Ela, também, nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjetiva, na expressão de Canotilho. A diferença está, segundo o referido autor, no fato de que: *"a teoria institucional, ao contrário das teorias essencialistas do valor, não procura uma ordem objetiva, jusnaturalística espírito-cultural ou fenomenologicamente captada -, mas sim o quadro (instituição) definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais"*.<sup>22</sup>

A teoria social, conforme entendimento de Canotilho, visualiza os direitos fundamentais em três dimensões: a dimensão individual, a dimensão institucional e a dimensão processual. Considera a liberdade como sendo uma dimensão social, sem deixar, contudo, de reconhecer a dimensão subjetiva nela presente.<sup>23</sup>

Na teoria democrática funcional *"acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático"* (Canotilho, op. cit., p. 520). Segundo o mencionado autor, ela determina uma *"despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece"*, conduzindo a *"institutos censuráveis como os de perda ou suspensão dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva, tal como se consagra no art. 18 da Constituição de Bona (ex.: uso não conforme ao pretenso princípio democrático)"*.

---

*mesmos direitos que podem tornar-se suscetíveis de controle jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objetiva; 6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter a eficácia ótima de que se falou atrás".*

<sup>22</sup> Canotilho, op. cit., p. 518, examinando a teoria institucional, entendeu que da sua aceitação resulta vários corolários, a saber: *"1) os direitos fundamentais, existindo no âmbito uma instituição e sendo condicionados pela ideia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma dimensão funcional na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia; 2) enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, então os direitos fundamentais situam-se sempre em relação a estes últimos numa relação de condicionalidade, donde resulta que o seu conteúdo e limites em relação aos outros bens constitucionais se afere mediante um critério de ponderação de bens; 3) conseqüentemente, se todo o direito está numa relação de valor com outros bens, fica aberta à regulamentação legal um maior campo de conformação do que aquele que seria permitido numa teoria liberal dos direitos fundamentais (sirvam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre); 4) os direitos fundamentais apresentam um duplo caráter individual e institucional que explicará o fato de os direitos fundamentais, tais como as clássicas garantias institucionais ou garantias de instituto, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional"*.

<sup>23</sup> Canotilho, ao estudar a referida teoria, op. cit., p. 519-520, após considerar o avanço positivo da teoria social, entende que a mesma deixou alguns pontos obscuros, quais sejam: *"1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos, ou serão antes cavalos de Tróia na cidade, ainda dominada pelo individualismo impenitente; 2) haverá efetivamente direitos de quota-parte dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração?; 3) quais as garantias efetivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos: haverá prestações estatais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente direitos dependentes à medida das prestações do Estado?"*.

Por fim, tem-se a teoria socialista dos direitos fundamentais que é considerado por Canotilho como tendo uma pretensão de adotar uma *"concepção originária dos direitos fundamentais que implicaria uma ruptura com as concepções liberais; não se trataria, pois, de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, econômicos e culturais, só plenamente logrado numa sociedade socialista"*.<sup>24</sup>

Paulo Bonavides, ao examinar a teoria dos direitos fundamentais, chegou à conclusão de que tais direitos podem ser classificados de acordo com a ordem seguinte:

- direitos fundamentais da primeira geração (dominaram o século XIX): os direitos da liberdade, os direitos civis e políticos, os que têm por titular o indivíduo e que são oponíveis ao Estado. Isto é, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado;
- direitos fundamentais da segunda geração (dominam o século XX): os direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos;
- direitos fundamentais da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade;
- direitos fundamentais da quarta geração: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.<sup>25</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, na obra: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, 1998, preferiu classificar os direitos fundamentais em: direitos fundamentais da primeira dimensão (direitos à vida, à liberdade – liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc. -, à propriedade e à igualdade perante a lei, bem como o

<sup>24</sup> Canotilho, op. cit. p. 520-521, ao estudar a teoria socialista dos direitos fundamentais, observou que ela encara uma concepção socialista dos direitos fundamentais, opondo-se à chamada concepção burguesa. Ela parte do entendimento de que *"o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das ações políticas e do próprio direito"*, tendo uma *"essência social que faz com que não se possa bastar a si próprio, e só se consiga transformar em homem total através de uma nova sociedade"*. Com base nesses postulados, Canotilho afirma *"a partir daqui a teoria marxista aponta várias consequências para os direitos fundamentais: a) os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, sendo mera ficção a teoria burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estatal; b) o direito de participação, na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos, é o direito mãe dos direitos fundamentais; c) dada a imbricação profunda do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de garantias materiais concretas necessárias a sua efetivação; d) o compromisso ativo e a participação na criação das condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a unidade dos direitos e deveres dos cidadãos; e) a criação das condições materiais possibilitadoras do livre desabrochar dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia"*.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo *Curso de direito constitucional*, 6 ed São Paulo: Malheiros, 1996. 680p p 516-526. O autor detalha a origem, desenvolvimento e caracterização dos direitos fundamentais de acordo com a classificação acima expressada.

direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, de algumas garantias processuais - devido processo legal, **habeas corpus**, direito de petição) os chamados direitos civis e políticos, conforme lembra Paulo Bonavides, os direitos fundamentais da segunda dimensão (os direitos econômicos, sociais e culturais – assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.); direitos fundamentais da terceira dimensão (os direitos de solidariedade e fraternidade; os que protegem os grupos humanos - família, povo, nação; direitos de titularidade difusa ou coletiva, direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação).

O autor em destaque questiona a existência, na época contemporânea, de um direito de quarta dimensão. Reconhece que há tendência para a afirmação da sua existência, não obstante louvar o posicionamento de Paulo Bonavides que aceita a configuração desse tipo de direito fundamental. Tais direitos são, segundo a corrente defendida por Paulo Bonavides, o direito à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo, à manipulação genética, mudança de sexo, etc.

A objeção apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet tem o seguinte conteúdo:

*“Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão ‘compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.”*<sup>26</sup>

O debate doutrinário sobre a teoria dos direitos fundamentais não tem limites. O que de positivo surge nessas investigações é a preocupação das ciências jurídica e política na busca da fixação de postulados que consagrem os direitos fundamentais do homem de acordo com as realidades por ele vivenciadas, na época atual, no ambiente social.

Não se pode deixar sem averiguação o fato de que o culto aos direitos fundamentais contribuiu para o fortalecimento da democracia. Não se

---

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p. p. 53. Nota de rodapé cita Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. p. 526.

desconhece a inquietude hoje reinante em todos os segmentos políticos e jurídicos a respeito da perspectiva democrática para o próximo século.

Essa preocupação alcança nível internacional, pelo que encontros e congressos com o fim específico de ser debatido o retrato da democracia vivida, atualmente, pelas Nações e quais os pontos mercedores de preocupação para o seu aperfeiçoamento quanto à sua aplicação em um futuro bem próximo.

Há de se emprestar relevo ao momento especial que a América Latina está presenciando, com mudanças nos poderes da Venezuela e direta ameaça nas instituições da Colômbia. Outrossim, uma concepção democrática de largo alcance não pode deixar de ter envolvimento com questões relativas à *“mídia e os direitos humanos, o papel dos partidos políticos e do sistema representativo e do preparo dos jovens e adolescentes para o pleno exercício democrático”*.<sup>27</sup>

Não se pode analisar a evolução da teoria dos direitos fundamentais sem se fazer referência ao que Jorge Miranda escreveu a respeito, no corpo de artigo intitulado *O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia*.<sup>28</sup> Eis o seu pronunciamento:

*“Direitos do homem (ou direitos fundamentais, como, em nível interno, parece hoje preferível dizer) são direitos da pessoa só por ser pessoa, ou do membro da comunidade política, do cidadão, só por o ser; são direitos universais. E sabe-se que assim só surgiram a partir do constitucionalismo liberal, a partir das Revoluções americana e francesa. Não os conheceram à época medieval, com a fragmentação do poder e a atribuição de prerrogativas, imunidades, privilégios correspondentes aos grupos em que as pessoas se inseriam, nem as organizações tribais de diversas partes do mundo, que subsistiram até há pouco.*

*Direitos fundamentais implicam o reconhecimento de uma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, diferente da do Estado, ou, de outras perspectivas, a distinção Estado-poder e Estado-comunidade, a separação entre Estado e sociedade, a não-identificação de autoridade e liberdade. O Estado absoluto não os podia conceber, mas, sobretudo, eles atravessaram as mais graves vicissitudes e chegaram a ser negados ou desprezados, na teoria ou na prática, pelos Estados totalitários, ditos de direita ou de esquerda, do século XX.”*

---

<sup>27</sup> Observações feitas por Guilherme Piernes e Ana Maria Albuquerque, em reportagem publicada na *Gazeta Mercantil* de 8.9.1999, sob o título “Debate Internacional sobre Democracia”.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge. O homem e o Estado: direitos do homem e democracia. *Interesse Público*, n. 1, p. 79-84, 1999. p. 79-80. O autor é Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Lisboa.

Mais adiante, observa o insigne constitucionalista português, que: *"não basta, pois, para que haja ou para que sejam garantidos direitos fundamentais que exista Estado. É necessário que o regime ou o sistema político lhes seja adequado; é necessário que a estrutura do poder seja compatível com a sua salvaguarda. Se o que está em causa é a posição da pessoa perante o poder, torna-se ineliminável a conexão entre o sistema de poder e o dos direitos fundamentais e um e outro fazem parte de uma mesma Constituição, com a sua coerência própria. A concentração do poder não se compadece com as liberdades públicas e, no limite, até com as liberdades privadas. Apenas a divisão do poder as assegura ou assegura plenamente; e divisão do poder requer legitimação não autocrática e mecanismos de controle"*.

Esse regime político capaz de colocar o homem como sendo o centro de todas as suas atenções, garantindo-lhe o gozo dos direitos fundamentais (os de todas as gerações, isto é, os de primeira, segunda, terceira e quarta), só pode ser o democrático, por considerar a guarda da liberdade como o seu limite de atuar.

Importante assinalar que a busca do conceito dos direitos fundamentais assume considerável importância para que eles passem a ser compreendidos como sendo essenciais ao regime democrático.

Há, contudo, que se compreender que, não obstante o esforço da ciência jurídica, não existe, na atualidade, um conceito uniforme sobre direitos fundamentais. No particular, José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, p. 174, anota que: *"a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta 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 do homem"*.

Após tais observações, José Afonso da Silva escolhe a expressão "direitos fundamentais do homem" como sendo a mais adequada, 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"*.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 1997. 816 p. p. 177

No trato do tema *Teoria dos Direitos Fundamentais*, José Afonso da Silva identifica, em seu âmbito, os seguintes caracteres:

“1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial, e a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciavam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.”<sup>30</sup>

Alexandre de Moraes, na obra de sua autoria *Direitos Humanos e Fundamentais*, Atlas, p. 41, entende que os direitos fundamentais apresentam outras características além das acima referidas. Acrescenta, portanto, as seguintes:

- “- *inviolabilidade*: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- *universalidade*: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- *efetividade*: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;

---

<sup>30</sup> id. ibid., p. 179-180

- *interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas interseções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do **habeas corpus**, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;*
- *complementariedade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte. ”*

Como observado, há muito, ainda, que ser construído a respeito da fixação de uma teoria sobre direitos fundamentais.

O que se tem como absolutamente certo, não obstante as reflexões não uniformes sobre a conceituação e caracterização dos direitos fundamentais, no campo da doutrina, é que: *“a contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada no rumo da consolidação dos chamados Estados Democráticos. Neste prisma, os direitos humanos, à proporção em que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passam a robustecer o cimento indisponível do próprio Estado, o qual somente experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa”*. (Juarez de Freitas, ao prefaciar a obra *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado).

#### **4. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

Os direitos fundamentais apresentam-se, no texto da Constituição Federal, divididos em cinco grupos, conforme anotação de José Afonso da Silva.<sup>31</sup>

- “1) direitos individuais (art. 5º);*
- 2) direitos coletivos (art. 5º);*
- 3) direitos sociais (arts. 6º e 193 e seguintes);*
- 4) direitos à nacionalidade (art. 12);*
- 5) direitos políticos (arts. 14 a 17).”*

Com base na doutrina e na jurisprudência, podem ser elencados no atual momento do nosso ordenamento jurídico, os seguintes direitos fundamentais aplicados ao cidadão:

- 1) direito à vida, inclusive a uterina;

---

<sup>31</sup> op. cit., p. 181

- 2) direito à saúde;
- 3) direito ao meio ambiente;
- 4) direito à igualdade;
- 5) direito ao gozo do princípio da legalidade;
- 6) direito da pessoa não ser torturada nem ser submetida a tratamento desumano ou degradante;
- 7) direito à liberdade de pensamento;
- 8) direito de proteção à imagem;
- 9) direito de resposta;
- 10) direito de ter crença ou de convicção filosófica ou política;
- 11) direito à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- 12) direito ao gozo da intimidade, da vida privada e da honra;
- 13) direito à privacidade dos dados bancários e fiscais, salvo as exceções legais;
- 14) direito à inviolabilidade domiciliar;
- 15) direito ao sigilo de correspondência e de comunicação;
- 16) direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão;
- 17) direito à liberdade de informação;
- 18) direito à liberdade de locomoção;
- 19) direito de reunião pacífica;
- 20) direito pleno de associação;
- 21) direito de uso, gozo e disposição da propriedade, desde que em harmonia com os fins sociais;
- 22) direito de indenização da propriedade quando requisitada por motivos de guerra ou iminente perigo público;
- 23) direito à proteção pelo Estado da pequena propriedade rural;
- 24) direito à propriedade imaterial;
- 25) direito ao gozo dos frutos produzidos pelas invenções;
- 26) direito ao uso das marcas de indústria e de comércio e de serviço e das expressões ou sinais de propaganda;
- 27) direito de herança;
- 28) direito do cônjuge ou dos filhos brasileiros à sucessão de bens de estrangeiros situados no país;
- 29) direito do consumidor a ser protegido pelo Estado;
- 30) direito de obtenção de certidão;
- 31) direito de petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- 32) direito de acesso ao Poder Judiciário para solução de litígios;
- 33) direito de que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- 34) direito de julgamento por juiz natural;

35) direito de não ser punido por crime sem lei anterior que o defina, e de não receber pena sem prévia cominação legal;

36) direito da lei não retroagir, salvo para beneficiar o réu;

37) direito dos direitos fundamentais não serem discriminados, direito do racismo ser combatido;

38) direito de ver aplicado o princípio da personalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena decorrente de delito penal;

39) direito à inexistência de penas de morte, salvo em caso de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis;

40) direito de, em caso de condenação, cumprir pena com respeito aos direitos humanos;

41) direito de não ser extraditado;

42) direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa;

43) direito de gozar do princípio da presunção de inocência;

44) direito a não ser identificado criminalmente, caso já o seja civilmente, salvo nas hipóteses legais;

45) direito a promover ação privada nos crimes de ação pública, caso esta não seja promovida no prazo legal;

46) direito à publicidade dos atos processuais, salvo as exceções previstas em lei;

47) direito de só ser preso em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente;

48) direito de prestar fiança, nos casos legais;

49) direito de, ao ser preso, ser, de imediato, tal fato comunicado ao juiz competente e à família;

50) direito de silenciar quando acusado em ação penal;

51) direito de ver a prisão ilegal ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

52) direito de receber assistência jurídica integral, no caso de ser pobre;

53) direito de ser indenizado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

54) direito ao trabalho, de liberdade para escolha do trabalho, de igualdade de tratamento e de oportunidades no trabalho, de proteção contra a despedida arbitrária, de aviso prévio, de fixação e proteção dos salários, de equivalência salarial, de salário mínimo, de descanso e de lazer, de duração da jornada de trabalho, de trabalho noturno com jornada reduzida e salário superior, de repouso semanal remunerado, de férias, de proteção à maternidade, de salário-família, de proteção ao trabalho do menor, de fundo de garantia por tempo de serviço, de liberdade sindical, de fazer greve de acordo com a lei, de indenização por acidente de trabalho, de receber prestação por insalubridade e periculosidade no trabalho, de formação e orientação profissional, de previdência social, de serviços sociais, de integrar comissões

paritárias e de integração na vida da empresa, de ter os conflitos trabalhistas julgados pela Justiça do Trabalho;

55) direito a ver a sua dignidade humana respeitada;

56) direito de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata.

Há unanimidade no entendimento dos doutrinadores de que, no direito contemporâneo, nenhum tema é mais importante do que o vinculado ao exame dos direitos fundamentais, haja vista a importância que ele assume para a instituição de um novo modelo democrático.

Lembrada é, constantemente, a regra do art. 16 da Declaração de 1789 feita pelos americanos: "*não tem Constituição a sociedade em que não estiver assegurada a garantia dos direitos (fundamentais), nem determinada a separação dos poderes*".

No Brasil, os direitos fundamentais foram expressamente consagrados na Carta Magna de 1988. Este Documento Maior enumera no art. 5º mais de 76 direitos fundamentais; seis no art. 6º; outros no art. 150, no art. 225 (meio ambiente), no art. 220 (comunicação social). Tem-se enumeração expressa de direitos fundamentais em número três vezes mais do que o contido na Carta de 1967, c/c a EC. nº 1/69, cinco vezes mais do que a Constituição da Alemanha.

Esse grande número de direitos fundamentais definidos na Carta Magna conduzem o jurista a enfrentar dificuldades na sua interpretação. Tais problemas, contudo, não devem servir de caminhos a serem utilizados para uma tentativa de diminuir o alcance interpretativo dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna e outros existentes implicitamente. O que o jurista deve é conscientizar-se da riqueza do tema e de que o seu aperfeiçoamento é absolutamente necessário para a consolidação de uma democracia participativa e voltada para atender aos anseios da cidadania.

É de ser sempre lembrado o que Norberto Bobbio asseverou, na obra *A Era dos Direitos*, traduzida por Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18, que: "*o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações*".

Por último, impondo-se silêncio depois da citação, convém invocar Dalmo de Abreu Dallari:

*“Com base no conjunto das situações e na realidade de agora pode-se dizer que os Direitos Humanos ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros. A marginalização social é imensa e a discriminação econômica e social está apoiada na própria Constituição.*

*Entretanto, a sociedade brasileira está mudando, as camadas mais pobres da população estão adquirindo consciência de seus direitos e já conseguiram avançar muito no sentido de sua organização. A sociedade ultraindividualista, criada pelos colonizadores europeus e acentuada no século XX pela interferência norte-americana, está cedendo lugar a uma nova sociedade de indivíduos associados, que começam a descobrir a importância da solidariedade.*

*A utopia de um país de pessoas realmente livres, iguais em direitos e dignidade e com igualdade de oportunidades começou a despontar. As barreiras do egoísmo, da arrogância, da hipocrisia, da insensibilidade moral e injustiça institucional, que até hoje protegeram os privilegiados, apresentam visíveis rachaduras. Já começou a nascer o Brasil de amanhã, que por vias pacíficas deverá transformar em realidade o sonho da justiça social, que muitos já ousam sonhar”.*<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 88, p. 421-437, jan./dez. 1993. O autor é Professor Titular do Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo