

2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

A existência de um grupo de direitos destinados à proteção dos bens mais essenciais ao ser humano é inegável, principalmente naqueles Estados que partilham da cultura jurídica européia. Cuida-se de direitos que encontram sua fundamentação no próprio ser humano e que, hodiernamente, além de conferir proteção ao ser humano, se destinam à promoção¹ dos interesses individuais e coletivos do ser humano². Apesar de existir uma certa dificuldade³ em se definir e estabelecer o que exatamente são estes direitos, comumente conhecidos como, dentre outros apelidos, “direitos humanos”, “direitos civis”, “liberdades públicas” ou “direitos fundamentais”,⁴ é possível, sem medo de se cometer um absurdo, propor duas assertivas. A primeira, é que tais direitos têm por principal fundamento, a necessidade de se assegurar a inviolabilidade e a indisponibilidade

¹ Baehr * “The fundamental rights and freedoms emphasize the need for *government abstention* with regards to the rights of the individual.... Sometimes, a government must do something in order to guarantee that the rights and freedoms can actually be exercised.”* in BAEHR, Peter R. **Human Rights**, Houndmills: Macmillan Press, 1999, p.5.

² Shaw aponta dois enfoques distintos para conceituar o que seriam direitos humanos. Para o Ocidente, os direitos humanos eram focados nos indivíduos e teriam por objetivo prestações negativas do Estado, destinadas a assegurar direitos como, por exemplo, o de locomoção e o de livre associação, bem como de participar na formação da vontade política e do governo. Para os soviéticos, a ênfase era no Estado que, por sua vez, seria a fonte de todos os direitos que seriam outorgados desde que contribuíssem para o avanço econômico do ente estatal. Certamente, tal diversidade decorre da existência do Direito Internacional particular, isto é, regional, destinado a reger as relações de DI de determinadas regiões do planeta. Assim Celso Mello, embora discorde da existência de um DI Soviético, reconhece o DI Socialista, formado a partir de teses de internacionalistas soviéticos. A teoria base de tais doutrinadores é a de que o DI se destina a assegurar uma coexistência pacífica entre os estados socialistas e capitalistas até, é claro, o triunfo final do proletariado e o advento da sociedade comunista internacional. in SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.198 e MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp.179-191.

³MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, pp. 3-4.

⁴BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 514-515.

da dignidade humana⁵ ou, mais apropriadamente “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana...”⁶

2.1

A dignidade da pessoa humana

É o que isso significa? Na concepção de Kant, a raça humana a única espécie livre, por ser o ser humano o único ente vivo capaz de orientar sua atividade de forma racional, conforme a princípios e leis de sua escolha.⁷ A essa autonomia do ser humano, deve ser acrescido o fato de que o ser humano existe como um fim em si mesmo e que, por isso, não pode ser utilizado como meio para a obtenção de outro fim (coisa).⁸

Desde a Antigüidade clássica a igualdade humana é defendida como um pressuposto da humanidade. Quer por força da própria natureza, que submetia os homens às mesmas vicissitudes, quer por força de uma unidade moral e uma dignidade inata ao homem por serem todos os seres humanos criados pelo mesmo deus (Zeus) ou Deus⁹. Foram, todavia, os doutrinadores católicos da idade média que lograram identificar a igualdade humana no fato de que todo ser humano era composto por uma mesma essência espiritual (matéria), diferindo apenas na forma em que esta substância se exteriorizava.¹⁰

E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem...¹¹

⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.110.

⁶ BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 514.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp.25-26.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp.19-21.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp.15-18.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp.19-20.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.20.

Da autonomia e da igualdade do ser humano decorre que todos os integrantes da raça humana devem ter respeitado a sua liberdade e dignidade individuais. A existência de normas destinadas a proteger os indivíduos em suas relações não só com o Estado, servindo como instrumento de defesa contra arbítrios estatais, mas em todas relações do comércio humano. Tal proteção, por seu turno, não consiste somente em uma defesa contra agressões, mas busca também viabilizar o livre desenvolvimento do indivíduo e sua vida em sociedade.

A doutrina moderna, tanto constitucionalista, quanto internacionalista, tende a asseverar que algumas das denominações conferidas a este grupo de direito se encontram ultrapassadas, enquanto que outras dizem respeito a concepções e opções características de determinados Estados.¹² Isso não obstante, duas denominações, muitas vezes vistas como sinônimas, sobressaem como mais acertadas: “direitos humanos” e “direitos fundamentais.”¹³ Todavia, embora tais denominações busquem definir, muitas vezes, o mesmo grupo de direitos, elas costumam ser diferenciadas não pelo seu grau de concretização ou positivação, mas, antes, por estarem plasmados em diplomas de direito internacional ou direito constitucional. Aqueles direitos do ser humano postos na constituição de um Estado específico são enquadrados sob a expressão “direitos fundamentais”. Tais direitos somente existem na medida em que são consagrados por um determinado texto constitucional, em vigor em um tempo e espaço territorial determinado¹⁴.

¹² Sarlet *...A moderna doutrina constitucional...vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como ‘liberdades públicas’, ‘liberdades fundamentais’, ‘direitos individuais’...”* in SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 30.

¹³ Luño *...“Los términos <<derechos humanos>> y <<derechos fundamentales>> son utilizados, muchas veces, como sinónimos...Así, se há hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término <<derechos fundamentales>> para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula <<derechos humanos>> sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la perzona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.”* in LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª edição, Madrid: Tecnos, 1995, p.44

¹⁴ Ou, como Hesse objetivamente coloca ao analisar a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha “...Direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais.” in HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.225.

... Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídicos-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação... 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 (*Grundrechtsnormen*).¹⁵

Mais ainda, os direitos, ditos fundamentais, são essenciais para a configuração do Estado de Direito, pois aqueles necessitam deste, para sua realização, enquanto que a própria caracterização do Estado de Direito demanda a proteção aos direitos fundamentais¹⁶. Será a escolha dos direitos humanos constitucionalizados, ou fundamentalizados¹⁷, bem como o alcance dado aos mesmos pelo texto constitucional de cada Estado¹⁸ que determinarão “... El tipo del Estado de Derecho (liberal o social)...”¹⁹ Os direitos fundamentais “...Pressupõem *concepções de Estado e de constituição* decisivamente operantes na actividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”²⁰ servindo como “...Um ponto de *referência sistémico (Bezugssystem)* para a teoria da constituição e do Estado.”²¹

Os direitos fundamentais, pois, têm uma dupla função. A primeira, de natureza subjetiva, consiste em assegurar a liberdade e a dignidade da pessoa humana, servindo não só de instrumento de defesa contra agressões e arbítrios estatais, mas também possibilitando a convivência social dentro da coletividade

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 497.

¹⁶ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª edição, Madrid: Tecnos, 1995, p.19.

¹⁷ Canotilho lembra que Alexy define a fundamentalidade como uma categoria de especial proteção dos direitos, tanto material quanto formalmente. Neste último sentido, explica, a fundamentalidade é a constitucionalização das normas de direitos humanos como normas fundamentais de grau superior, imediata aplicabilidade, e resguardadas, pois submetidas a procedimentos de revisão mais rigorosos. Materialmente, a fundamentalidade da norma decorre de ser o seu conteúdo elemento formador das estruturas sociais e estatais *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, pp. 498-499.

¹⁸ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª edição, Madrid: Tecnos, 1995, p.19.

¹⁹ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª edição, Madrid: Tecnos, 1995, p.19.

²⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 505.

²¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, pp. 505-506.

Estatual²². Dentro de tal função, ainda, se encontra a incumbência de não só permitir, como promover o desenvolvimento individual e social, além de permitir a participação individual na formação da vontade política.²³ No plano objetivo, os direitos fundamentais se institucionalizam no ente estatal de modo a direcionar a atividade do Estado com o intuito de dar consecução aos fins e valores constitucionalizados.²⁴

De outro giro, direitos humanos são aqueles reconhecidos ao ser humano como tal, em função de acordos e tratados de direito internacional, de natureza universal, e de validade supranacional, ao contrário do que ocorre com os direitos fundamentais,²⁵ que teriam um âmbito espacial e temporal definidos, bem como uma institucionalização destinada a lhes servir de garantia, em suma uma vinculação à determinada ordem estatal.²⁶ Tal universalidade, por sua vez, decorreria da Declaração Universal dos Direitos Humanos que, tanto em seu preâmbulo, quanto em seus vários dispositivos reafirma a igualdade de todos os integrantes da família humana²⁷. Os direitos englobados por tais designações nem sempre se mostram coincidentes “... Pelo fato de que por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rolo dos direitos humanos contemplados em documentos internacionais...”²⁸

É impossível deixar de reconhecer tais direitos, mesmo que agrupados sob diferentes denominações, têm como característica comum o reconhecimento do ser humano como “‘Valor-fonte’ de todos os valores sociais e o fundamento

²² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pp.235-237.

²³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.236.

²⁴ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª edição, Madrid: Tecnos, 1995, p.25.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 517.

²⁷ O preâmbulo da Declaração Universal começa da seguinte forma: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;” *in* <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34.

último do ordenamento jurídico...”²⁹ Neste sentido, Shaw, ao analisar os fundamentos dos direitos humanos, afirma “A dignidade humana é vista como o conceito chave em relação a esses valores e ao objetivo final de uma comunidade mundial na qual uma distribuição democrática de valores é almejada.”³⁰ O ser humano se define, ao menos em parte, justamente por ser titular de direitos humanos³¹. Esta universalidade dos direitos humanos permite afirmar que estes seriam princípios e padrões morais ou, ainda, postulados ético-políticos, abstratos, cuja observância deveria ser obrigatória pelos diversos ordenamentos jurídicos.³² Positivados, se transformariam nos direitos fundamentais.

Tal assertiva, por sua vez, apresenta um paradoxo, pois, numa primeira passagem seria lícito afirmar que os direitos fundamentais, positivados, antecederiam aos direitos humanos, eis que os mesmos decorreriam das declarações de direitos humanos firmadas pelas democracias nascidas no final do século XVIII. Na verdade, trata-se de uma inversão do problema que é estabelecer a fonte de legitimação do direito, por conseguinte, dos direitos humanos. Discussão que deve ser travada não só no campo da teoria política ou, mais apropriadamente, na Teoria Geral do Estado, mas na própria Teoria Geral do Direito, cabendo ao direito constitucional e ao direito internacional, uma vez estabelecida essa fonte, regular a efetiva aplicação das normas de proteção ao ser humano.

2.2

A fundamentação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais

Para sustentar o acima afirmado se faz necessário uma investigação sobre a própria evolução do direito, principalmente sobre a fonte de sua legitimidade. Com efeito, é da histórica discussão entre direito e moral, ou, ainda, entre direito positivo e direito natural, “... problema preliminar de toda a filosofia do

²⁹ LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.118.

³⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.198.

³¹ OVER, William. **Human Rights in the International Public Sphere** Civic Discourse for the 21st Century. Stamford: Ablex Publishing Corporation, 1999, p. 11.

³² HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.417.

direito...”³³ que se deve retirar os fundamentos de legitimação dos direitos humanos.

Durante muitos séculos, o direito natural, em suas diversas acepções, gozou de predominância sobre o direito positivo³⁴, tanto nos círculos acadêmicos, quanto nos jusfilosóficos, tendo preponderado até, pelo menos, meados do século XIX. O jusnaturalismo é a denominação pela qual se identifica um sem número de correntes filosóficas e que propunham ser o ordenamento jurídico regido por um poder que lhe é superior. Tal poder, seja de origem Divina ou seja decorrente da própria Natureza, teria um caráter moral e abstrato, consistindo em uma série de preceitos jurídicos universais e imutáveis que regem e restringem a aplicação do direito escrito, editado pelo Estado. Deste modo, a norma escrita, posta, somente era tida como legítima se demonstrada a sua compatibilidade com aqueles preceitos jurídicos morais do direito natural, anteriores ao Estado que, por isso mesmo, não lhe poderia estabelecer limites, mas, principalmente, protegê-los³⁵.

Embora inegável a influência do direito romano sobre os ordenamentos europeus, mister ter em mente que o mesmo era tido “... Como *ratio scripta*, isto é, um conjunto de regras racionalmente fundadas exprimindo a própria essência da razão jurídica (*Juristenrecht*)...”³⁶ Para os juristas medievais, o direito romano era um conjunto de regras deduzido da natureza. Viam o “... Direito romano como uma espécie de direito natural que... apresentava a grande vantagem de ser escrito e codificado...”³⁷ O direito natural aparece, não só como uma força anterior ao Estado, mas como um elemento delimitador do seu ordenamento, garantidor de uma ordem etérea a ser protegida pelo estado. A razão, o raciocínio, era o instrumento pelo qual se alcançava o conhecimento daqueles preceitos. Nesse diapasão, Radbruch estabelece as seguintes características para o direito natural:

³³ BOBBIO, Norberto *in* **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Editora Mandarim, 2000, p.86.

³⁴ Tal assertiva deve ser aceita *cum granus salis*, eis que, pelo menos em um primeiro momento, os atenienses conferiam à lei escrita uma supremacia, eis que esta servia de defesa contra o arbítrio. Neste sentido COMPARATO, Fábio Konder **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp.12-13.

³⁵ VECCHIO, Giorgio Del **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª edição Coimbra Armênio Amado – Editor, Sucessor, p. 147.

³⁶ BOBBIO, Norberto *in* **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. p 31.

³⁷ BOBBIO, Norberto *in* **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. p 31.

1º Todas estas concepções do Direito Natural nos fornecem certos «juízos de valor» jurídico com um determinado conteúdo. -2º Esses «juízos de valor» jurídico têm sempre como fonte, ou a Natureza, ou a Razão, universais e imutáveis. - 3º Tais juízos são acessíveis ao conhecimento racional – 4º Tais juízos, uma vez fixados, devem preferir às leis positivas que lhes forem contrárias; o direito natural deve sempre prevalecer sobre direito positivo.³⁸

Com o advento do Renascimento as teorias de direito natural evoluem até encontra no homem a fonte do direito³⁹ e, como ensina Del Vecchio, “... Afirma-se assim a vontade popular como *soberana*; e a legitimidade de um governo mede-se pelo consentimento popular.”⁴⁰ Nessa época, as teorias jusnaturalistas predominantes já tinham por um bom tempo sustentado a necessidade de se retirar a soberania do Estado do domínio da Igreja, reafirmando a autoridade dos poderes seculares medievais, bem como de se assegurar ao povo o *status* de única fonte legítima da soberania. Alguns séculos mais tarde, fundado naquelas teorias desenvolvidas durante o Renascimento, os filósofos políticos desenvolveram a teoria do contrato social que “... Consiste em mostrar como o poder político emana do povo, em reivindicar para este o poder soberano.”⁴¹ O direito passa a ser estudado sobre fundamentos humanos, racionais e não teológicos.⁴² As teorias de direito natural reconhecem no homem a fonte do direito e, pelo menos a partir de Locke, a manutenção do contrato social é vinculada à satisfação dos pactuantes e, como ensina Del Vecchio “... Afirma-se assim a vontade popular como *soberana*; e a legitimidade de um governo mede-se pelo consentimento popular.”⁴³

Assim, essa mudança de foco, instada pelos doutrinadores do direito natural, acabará por, contraditoriamente, ensejar na prevalência do direito positivo. Note-se que, durante muito tempo, tanto o direito natural quanto o direito positivo, o Direito do Estado, foram considerados como espécies válidas

³⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor p. 62.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder *in* **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp.13-19.

⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor 105.

⁴¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor p. 72.

⁴² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor p. 76.

⁴³ VECCHIO, Giorgio Del **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª edição Coimbra Armênio Amado – Editor, Sucessor,p. 105.

de Direito, tendo ambas coexistido historicamente⁴⁴. Acontece que em determinado momento da história, o câmbio na concepção do que são Estado e ciência, retiram do direito natural essa qualidade, passando a ser entendido como sendo Direito, tão-somente, o direito positivo resultante da vontade estatal, sendo o Estado sua única fonte de legitimidade. O lento processo de unificação interna dos reinos europeus, fundado na rejeição dos monarcas a qualquer interferência externa, leia-se Igreja Católica e Sacro-Império Romano, em seus reinos recém constituídos, resultou no Estado, e na concentração de poder na figura do monarca. Disso acabou por resultar no reconhecimento do Estado como única fonte de legitimidade do Direito que “... Tem vigor e é aplicável apenas com a ‘permissione principis’, isto é, apenas quando seja aprovado pelo soberano...”⁴⁵

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.⁴⁶

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

⁴⁴ Bobbio, novamente, lembra que para Kant “...O direito privado já existe no Estado da Natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público; contrapõe o modo de ser do direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito na sociedade política...” BOBBIO, Norberto *in O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*. p. 29.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto *in O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, p. 32.

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.12. Cumpre notar que tal passagem se refere ao direito como compreendido pela democracia ateniense e, portanto, em um período imediatamente anterior às primeiras formulações teóricas de direito natural conceito que, diga-se, já era conhecido naquela época.

do costume. Este, por sua vez, resultaria de uma tradição histórica popular, da evolução da sociedade, a manifestação do espírito de um povo individualizado, do Volkgeist.⁴⁷ Tal escola de pensamento representou uma quebra com o racionalismo jusnaturalista, promovendo como fonte do direito não um conjunto de preceitos jurídicos anteriores à sociedade, mas reconhecendo esta como fonte do direito de um Estado. O historicismo abriu o campo para a primazia do positivismo jurídico.

É bom relevar que o positivismo foi um movimento científico inaugurado por Auguste Comte na sociologia, por meio do qual preconizava a necessidade de se “... Reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível de investigação científica.”⁴⁸ Os preceitos positivistas impunham uma ênfase na experimentação, no conhecimento dos fatos e, especialmente, no estudo das causas sociológicas dos fenômenos humanos.⁴⁹

Uma vez reconhecido o Estado, sociedade incorporada, como fonte do direito, os iluministas viram a necessidade de uma codificação do direito natural, ou melhor, da razão jurídica em sua expressão máxima, pois o direito seria, ao mesmo tempo expressão da autoridade e da razão, haja vista que só vale se implementado pelo estado e porque resulta não de arbitrariedade, mas da razão dos príncipes e filósofos⁵⁰. O apreço dos historicistas ao direito consuetudinário, foi atacado como obscurantista, eis que o costume, antes de tudo, era produto da irracionalidade humana⁵¹ e como tal fonte de insegurança, amplamente substituível por “... Um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei.”⁵² A vitória da compreensão positivista do Direito viria, pela adoção, em princípio só na Europa e depois pelos demais países seguidores das tradições jurídicas européias, de uma série de codificações nacionais, a mais famosa das quais sendo o Código de Napoleão.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto *in* **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito** p. 52.

⁴⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito**, p.31.

⁴⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito**, p.31.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. p. 54.

⁵¹ BOBBIO, Norberto, p. 54

⁵² BOBBIO, Norberto, p. 55, Bobbio em seguida aponta para o fato de “O movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do

2.3.

O Direito Positivo como realização dos Direitos Fundamentais

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

A idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua vontade e a sua razão, pondo de lado a tradição e os costumes, foi a grande novidade da Ilustração. Ela trouxe a substituição do princípio de legitimidade dinástica que, na forma da monarquia hereditária, foi o legado que a Idade Moderna herdou da sociedade medieval, baseada nos costumes, pelo princípio da soberania popular, de origem contratualista.

Com efeito, dessa maneira o contrato social deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário.⁵³

O Direito aparece como disciplina autônoma, identificada à vontade do Estado do qual é expressão⁵⁴, enquanto que a lei escrita aparece, assim como ocorreu nos primórdios da democracia, em Atenas, como instrumento de proteção da liberdade individual. A propósito, Celso Lafer quando assevera: “A identificação do Estado com a nação coincidiu, na experiência européia, com o despertar dos governos constitucionais que, baseados no princípio da legalidade, visavam impedir o exercício arbitrário do poder.”⁵⁵ As constituições passaram a servir, ao mesmo tempo, como repositório e garantia dos direitos individuais, *rectius*, fundamentais.

pensamento jusnaturalista, já que à idéia de um sistema de norma descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado.”

⁵³ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 123.

⁵⁴ BERGEL, Jean-Louis **Theorie Générale Du Droit** 12ª edição França: Editora Dalloz, 1989, p.24

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

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

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

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

Como afirmado acima, existiram diversas teorias de direito positivo⁵⁷, todas tinham por intuito assegurar o carácter científico da disciplina, elidindo o enorme grau de relatividade que caracteriza sua aplicação, o que lhe negaria o carácter empírico desejado. Para tais doutrinas, pois, o direito positivo era “... O direito válido e vigente em algum tempo e lugar, limitado a um círculo de sujeitos e individualmente determinado”.⁵⁸ Demais disso, o direito positivo consistiria um sistema fechado, uma totalidade composta de proposições jurídicas interligadas, na qual as leis de maior amplitude contêm as demais, em uma estrutura lógica

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

⁵⁷ Ao contrário do que pode parecer em uma primeira vista, o positivismo não obteve sucesso somente na Europa e nos países de tradição romana. O próprio sistema da common law, norte-americano pode ser compreendido dentre as teorias positivistas do direito, neste sentido: REALE, Miguel Lições Preliminares de Direito. 4ª edição São Paulo: Editora Saraiva, 1977, pp .153-154

⁵⁸ Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.32.

hierarquicamente organizada⁵⁹. Desse modo, as lacunas porventura detectadas, na verdade, seriam lacunas aparentes, eis que preenchidas pela aplicação de uma norma mais geral. “O sistema jurídico é, necessariamente, manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática faz mister explicitar.”⁶⁰

O sistema-jurídico seria dotado de um caráter lógico-dedutivo, resultante do “... Desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada.”⁶¹ O aplicador da norma deveria se limitar à subsunção lógica da matéria de fato aos conceitos jurídicos.

Outra característica importante que marca as diversas doutrinas positivistas consiste na idéia de sistema como instrumento da ciência jurídica, característica a que se ligam o procedimento construtivo e o dogma da subsunção.⁶² Pelo primeiro, as regras jurídicas seriam “... Referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzido”.⁶³ Pelo segundo, “... O raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto.”⁶⁴

⁵⁹Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.33.

⁶⁰Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.33.

⁶¹Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.33.

⁶²Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.34.

⁶³Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.34.

⁶⁴Ferraz Jr., Tércio Sampaio **A Ciência do Direito** 2ª edição, 11ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1980, p.34.

2.4.

A crise do Positivismo e a supressão dos Direitos Fundamentais

2.4.1.

A separação entre direito e moral

O grande avanço do positivismo na Europa se deu no início do século XX, por meio da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen com o intuito de estabelecer o direito como uma ciência pura. Kelsen propõe uma separação absoluta entre ser e dever ser, juízo de fato e juízo normativo. O primeiro se refere a “... Um acontecimento que efetivamente se verificou,...”, enquanto o segundo “... Contém um enunciado sobre o que *deve* verificar-se...”.⁶⁵ A Ciência do Direito não se confunde com a conduta humana, mas com o que for prescrito juridicamente⁶⁶. “Não é, pois uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objecto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas”.⁶⁷ Tal complexo, por seu turno, só mantém seu caráter científico enquanto excluir tudo aquilo que lhe seja estranho.⁶⁸ Por sua vez, ensina Kelsen ser a moral⁶⁹ questão irrelevante para a ciência jurídica, eis que esta não tem por função julgar os valores contidos nas normas, mas tão somente conhecê-las e descrevê-las.⁷⁰

O ordenamento jurídico consistiria em um sistema fechado, um complexo normativo perfeito, no qual todos os fenômenos sociais estariam enquadrados. A tarefa do jurista era, tão-somente, utilizar a metodologia da ciência do direito para

⁶⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**. 6ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 92.

⁶⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**. 6ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian p. 93

⁶⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**. 6ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian p.93.

⁶⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**. 6ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian p. 93.

⁶⁹ A posição adotada por Kelsen remete à distinção entre legislação interna e externa, ou ainda entre ação moral e ação jurídica, feita por Kant. Para este filósofo, o Estado somente pode exigir adesão à legislação externa, isto é, o Estado não podia intervir no aspecto interno do ser humano, na sua consciência, no seu senso de dever. A legalidade imposta pelo Estado se limita à fatos externos do indivíduo, não podendo exigir nada mais que o cumprimento da norma, devendo se abster de indagar qual a vontade do agente em praticar o ato. Cf. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Editora Mandarim, 2000, pp 91-94.

⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 77.

extrair conseqüências jurídicas dos fenômenos juridicamente relevantes.⁷¹ O jurista se limita a subsumir o fato à norma correspondente ou, naqueles casos em que a subsunção se mostra dificultada, qualificar o fenômeno sob apreço por meio da construção jurídica, método pelo qual o jurista consegue, a partir de conceitos já construídos e por meio de uma série de deduções e, ao final, encontrar a norma sob a qual deve ser enquadrado o fato objeto de análise, assim integrando as lacunas encontradas no ordenamento.⁷² Tal atividade, essencial para impedir o surgimento de decisões contraditórias e manter a pureza jurídica, a coerência sistemática e a completude do ordenamento jurídico, era possibilitada justamente por ser o ordenamento um conjunto completo de princípios jurídicos.⁷³

Releva notar que, para Kelsen, a importância da Constituição residia justamente em ser ela o assento fundamental da ordem estatal, “... Um princípio donde se expressa juridicamente o equilíbrio de forças políticas em um momento determinado.”⁷⁴ Mais, ainda, para tal autor o que prepondera na noção do que é Constituição é o fato desta ser “...La norma que regula a elaboração das leis, das normas gerais na execução das quais se exerce a atividade dos órgãos estatais...” Assim, a Constituição consiste na norma das normas, retirando sua validade em uma norma que lhe é anterior e, pressuposta. Apesar da sua aderência incondicional aos postulados positivistas, Kelsen, reconhece a possibilidade de ser conferido um conceito mais amplo ao termo, de modo a permitir o reconhecimento da Constituição material. Para Kelsen, nada obsta que a Constituição impeça a edição de leis que não só contrariem o processo legislativo nela previsto, mas também, ao ferir os princípios e limites nela estabelecidos, o seu conteúdo material.⁷⁵ Desse modo, reconhece que a Constituição não se restringe a sua forma, mas os seus preceitos de direito material também devem ser considerados.

Entretanto, mister frisar que a forma predomina, isto é, nada impede que uma norma constitucional posterior seja votada em contrariedade com o disposto

⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 77.

⁷² ARAÚJO, José A. Estevez. **La Crisis Del Estado De Derecho Liberal** Schmitt En Weimar. Barcelona: Editora Ariel, 1989, p. 78.

⁷³ ARAÚJO, José A. Estevez. **La Crisis Del Estado De Derecho Liberal** Schmitt En Weimar. Barcelona: Editora Ariel, 1989, p. 78.

⁷⁴ KELSEN, Hans. **La Garantía Jurisdiccional De La Constitucion** La Justicia Constitucional, México: Universidad Autónoma de México, 2001, p. 21.

materialmente pela Constituição vigente, eis que a distinção entre inconstitucionalidade material e formal, só se admite:

... Com a reserva de que dita inconstitucionalidade material não é, em última instância, mais do que uma inconstitucionalidade formal no sentido de que uma lei cujo conteúdo estivera em contradição com as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse votada como lei constitucional... Se o direito positivo não diferencia estas duas formas, o estabelecimento de princípios, de diretivas, de limites, ao conteúdo das leis, não tem nenhum sentido jurídico, e não sendo mais do que uma aparência querida por razões políticas, como são, por outro lado, as liberdades garantidas em forma constitucional no caso freqüente em que a Constituição autoriza a legislação ordinária a restringi-las.⁷⁶

Para Kelsen e os demais adeptos do positivismo jurídico como formulado na Teoria Pura do Direito, os valores e princípios jurídicos só valem desde que positivados, não ficando o legislador submetido a qualquer restrição que esteja além do ordenamento jurídico. Os positivistas, ao conceber o direito como ciência, se insurgem contra o relativismo dos valores morais, isto é, a impossibilidade e existir um código moral único e absoluto apta a determinar a validade universal da norma positivada.

Note-se que os positivistas reconhecem a existência de princípios de moral, mas para estes a ciência jurídica deve se dedicar apenas ao estudo da norma e do sistema normativo em que está inserida. A moral, ensina Kelsen, é questão irrelevante para a ciência jurídica, eis que esta não tem por função julgar os valores contidos nas normas, mas tão somente conhecê-las e descrevê-las.⁷⁷ Bergel afirma que o positivismo “... Consiste em não reconhecer valor senão às regras de direito positivo e a reduzir todo o direito às regras em vigor em uma dada época em um dado Estado, sem se preocupar quanto a sua justiça”⁷⁸, pois como salienta Tércio de Sampaio Ferraz:

⁷⁵ KELSEN, Hans. **La Garantía Jurisdiccional De La Constitucion** La Justicia Constitucional, México: Universidad Autónoma de México, 2001, p. 23.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **La Garantía Jurisdiccional De La Constitucion** La Justicia Constitucional, México: Universidad Autónoma de México, 2001, pp. 23 e 24.

⁷⁷ KELSEN, Hans **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição Editora Martins Fontes, p. 77.

⁷⁸ BERGEL, Jean-Louis **Theorie Générale Du Droit** 12ª edição França: Editora Dalloz, 1989, no original o autor vai mais além demonstrando ser o Estado a única fonte do Direito “...Il ne saurait donc y avoir de conflit entre le Droit et l’Etat qui en este la source unique et dont l’évolution ou les mutations entrînent des variation correspondantes du droit. Le Droit se ´reduit a un phénomène étatique et souvent à l’arbitraire du Pouvoir ou à la politique de la force.”

A tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento de seus fundamentos, descambando, por fim, já ao final do século XIX, para o positivismo legal, como uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito.⁷⁹

O Direito, justamente por ser ciência, deve ser entendido como método descritivo de seu objeto, não podendo dele retirar juízos valorativos, dotados de conteúdo ético, mas apenas constatações empíricas formais. As normas de justiça e de direito, aqui entendido como direito positivo, editado pelo Estado, são ontologicamente distintas, não podendo servir as primeiras como condição de validade da segunda. Kelsen deixa claro que as normas de justiça são parâmetros estabelecidos socialmente para a avaliação de fatos, não sendo, pois, aptas a invalidar as normas de direito positivo, eis que estas são, enquanto normas válidas, valores em si mesmo e, como aquelas, parâmetros de avaliação de fatos “Somente um fato da ordem do ser pode, quando confrontado com uma norma, ser julgado como valioso ou desvalioso... Por outras palavras: o que é avaliado... é a realidade”.⁸⁰

Para Kelsen não se mostra impossível valorar como injusta determinada norma de direito positivo que contradiga uma norma de justiça pressuposta como válida, mas sim a impossibilidade de que “... Algo deva ser e não deva ser ao mesmo tempo...”.⁸¹ Tratar-se-iam, na verdade, de âmbitos normativos distintos, e que, se considerados simultaneamente, se anulariam. A partir do momento em que uma norma de direito positivo é editada em conformidade com a norma fundamental, esta deve ser considerada válida, isto é, apta a produzir efeitos jurídicos, mesmo se ofensiva a uma norma de justiça. Para Kelsen, impõe-se distinguir o conteúdo subjetivo da norma do seu aspecto objetivo, formal. Para o Direito, enquanto ciência, apenas este importa. Na verdade, Kelsen somente admite pesquisar a injustiça no ato legiferante, praticado pelo legislador. O seu resultado, a norma, desde que posta em conformidade com a norma fundamental jamais poderá ser objeto de tal medida, pois:

⁷⁹ FERRAZ, Tércio Sampaio. **INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO**, TÉCNICA, DECISÃO, DOMINAÇÃO. 2ª edição São Paulo: Editora Atlas, , pp. 79-80.

⁸⁰ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p.7.

⁸¹ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998 , p. 9.

Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça - o que significa que as duas normas não são consideradas com simultaneamente válidas - é justamente o princípio do *positivismo jurídico*.⁸²

Cumprir lembrar que Kelsen reconhece ser o direito natural dotado de um alto grau de incerteza e relatividade, por depender a determinação de seu conteúdo da valoração humana, enquanto o direito positivo também está sobre constante mutação, haja vista as freqüentes, senão ininterruptas, mudanças proporcionadas pelos legisladores. A partir do momento que se fixa, como parâmetro de validade do direito positivo, não o seu conteúdo, mas o fato de ser uma dada norma editada segundo os padrões preestabelecidos por uma norma superior, cessa qualquer incerteza sobre o que é direito. O sistema proposto por Kelsen é dinâmico, ao conferir a possibilidade de escolha de uma linha de conduta às autoridades encarregadas de editar e aplicar a lei, desde que respeitadas as fronteiras delineadas pela norma superior.⁸³

2.4.2

O Final da segunda guerra mundial e a busca pelo fundamento ético do direito

As diversas teorias de direito positivo foram, desde o início objeto de um sem número de críticas. Críticas estas que se tornaram mais contundentes no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, mas que já eram levantadas no início do século XX, tanto por filósofos do direito, quanto por teóricos da escola alemã de Direito Público⁸⁴. Isso não obstante, somente ao final da II Guerra

⁸² KELSSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 11.

⁸³ PERELMAN, Chaïm **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.92.

⁸⁴ Especialmente Rudolf Smend. Tais críticas tiveram por ponto de partida a, então, iminente falência do regime posto pela Constituição de Weimar, face os inúmeros antagonismos verificados no seio da sociedade alemã que fugiam à regulamentação e ao controle institucional, acarretou uma série de questionamentos sobre a legitimidade da Constituição e do regime republicano por ela inaugurado na Alemanha. A dissonância entre os anseios dos reais detentores do poder e os atos praticados pelas instituições de governo consagradas constitucionalmente, gerou o questionamento de tais instituições e de sua fonte de legitimação. Para Smend, o Estado é antes de tudo o resultado da prática democrática, de uma associação real e cultural, dinâmica, devendo ser

Mundial é que foi possível aos críticos do positivismo jurídico lograr sucesso com os seus ataques, eis que desta vez se encontravam municiados de um fortíssimo argumento: ter tal concepção do Direito viabilizado os fundamentos que possibilitaram a chegada ao poder do partido Nacional Socialista Alemão, bem como a legitimação do ordenamento construído pelo regime nazista de suas atrocidades.

O vigor antilegalista das décadas que se seguiram à II Grande Guerra não é uma simples consequência de movimentos de natureza filosófica no domínio do direito. O trágico contexto político (ou mesmo civilizacional) dos totalitarismos contemporâneos e do Cortejo de catástrofes por eles causadas – ditaduras ferozes, genocídio, guerra – teve um enorme impacto sobre a consciência jurídica e obrigou a repensar a função do direito como garante de valores civilizacionais.⁸⁵

A separação entre direito e moral teria se mostrado fatal para a própria subsistência da raça humana, ao possibilitar a utilização do direito como instrumento de dominação totalitária do indivíduo a quem, em princípio, deveria servir. Na verdade, a dicotomia proposta pelo positivismo como capitaneado por Kelsen produziu efeitos bem mais profundos do que a princípio possa parecer. Ao separar a moral do direito, retirando sua fundamentação idealista, Kelsen retirou do direito o seu papel de proteção da autonomia individual, papel ao qual foi alçado quando o ser humano finalmente se punha como senhor de si e do seu meio.

Kelsen desengata o conceito de direito do da moral, e inclusive da pessoa natural, porque um sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções autoproduzidas; ele introduz as pessoas naturais no seu próprio ambiente ou “mundo circundante”, nos termos da nova guinada naturalista de Luhmann... O desengate entre a pessoa natural e a pessoa moral abre caminho da dogmática do direito para uma interpretação puramente funcionalista dos direitos subjetivos. E a doutrina dos direitos subjetivos passa a ser domínio de um funcionalismo do sistema que... se livra de todas as considerações normativas.⁸⁶

entendido e estudado como uma unidade espiritual. Entender o Estado com sendo uma complexo estático de normas é passar por cima do fato de que trata-se de uma instituição que se renova e reconfigura socialmente, seja para o bem, seja para o mal. Daí, impossível ignorar a realidade ética do ente estatal. É o Estado como integração. SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, especialmente pp. 60 e seguintes.

⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**, 2ª edição, Portugal: Publicações Europa-América, p.237.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia** Entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I, Vol. I, p. 118-119

Em nada ajuda à proteção individual a tese de Kelsen sobre a Grundnorm. Kelsen, como foi dito acima, reconhece que, assim como o direito natural é dotado de um alto grau de incerteza e relatividade, por depender a determinação de seu conteúdo da valoração humana, o direito positivo também está sob constante mutação, haja vista as freqüentes, senão ininterruptas, mudanças proporcionadas pelos legisladores. A incerteza cessaria a partir da fixação do parâmetro de validade do direito positivo como sendo o fato de a norma ter sido editada os padrões preestabelecidos por uma norma superior.

Nesse ponto Hans Kelsen, se põe em contradição quando busca legitimar o ordenamento jurídico em uma norma *pressuposta*, eis que para negar como fonte de validade do ordenamento jurídico qualquer fundamentação super-humana ou mística, criou a figura da Norma Fundamental (Grundnorm), a qual, contudo, não consegue definir. Para Kelsen

... A indagação de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria que se fundar numa norma ainda mais elevada... o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão.⁸⁷

Tal tese possibilita concluir que a legitimidade do ordenamento não reside no indivíduo, no cidadão, mas em na tal norma fundamental, não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de se confrontar a validade das normas inferiores com os ditames de tal norma fundamental. Esse desengate da pessoa moral permitiu ao regime Nazista a reificação do ser humano e, por conseguinte, conferiu ao III Reich os fundamentos jurídicos para fundamentar as atrocidades que seriam cometidas especialmente contra o povo judeu. Longe de ser um atributo exclusivo do III Reich, este fenômeno tem suas raízes no final da I Guerra Mundial, quando da desnacionalização de milhões de europeus em função do caos político-econômico e social que se seguiu ao primeiro pós-guerra, especialmente em

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 217.

função das novas demarcações territoriais decorrentes do surgimento e desaparecimento de diversos Estados nacionais.⁸⁸

Da desnacionalização resultou a imediata perda da capacidade jurídica e da cidadania de milhões de europeus que não mais podiam se valer de um ordenamento jurídico para proteger os seus direitos subjetivos⁸⁹. Os nazistas foram além, promovendo a desnacionalização de pessoas que até então eram cidadãos alemães, procedimento que teve por principal alvo os integrantes do povo judeu, que paulatinamente viram os seus direitos solapados pelo III Reich. Passo a passo, perderam sua condição de cidadão, sua dignidade moral e, ao final, a própria humanidade⁹⁰. É claro que tudo se verificou da forma o mais legal possível, lembrando Hanna Arendt que já em 1935 um primeiro passo havia se dado, eis que “As Leis de Nuremberg privavam os judeus de seus direitos políticos, mas não de seus direitos civis; eles não eram mais cidadãos (*Reichsbürger*), mas continuavam membros do Estado alemão (*Staatsangehörige*).”⁹¹

A separação entre moral e direito acabou por possibilitar a criação de um ordenamento jurídico, de um direito positivo cuja aplicação discrepava de qualquer noção de justiça, podendo-se afirmar até que se fundava em princípios criminosos⁹² e, por isso mesmo, contrário à moral. Não obstante, mesmo que imoral, estava a se cuidar de um ordenamento formalmente válido e que, portanto, produzia efeitos jurídicos. Era a trágica prova da correção do pressuposto positivista de que ao direito era possível existir sem a moral. O que, aparentemente, não se esperava era que o direito servisse à propagação de uma injustiça sem igual até então. A maioria, senão todas, das atrocidades cometidas pelos nazistas, inclusive contra seus próprios cidadãos, foram justificadas por seus autores na observância às ordens superiores e ao próprio ordenamento jurídico em vigor no III Reich, eis que:

⁸⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp. 139-145.

⁸⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 109.

⁹⁰ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp. 109-110.

⁹¹ ARENDT, Hanna **Eichmann em Jerusalém** Um Relato Sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.51.

⁹² LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos** Um diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 179.

Grande parte do minucioso empenho na execução da Solução Final – um empenho que geralmente atinge o observador como tipicamente alemão, ou característico do perfeito burocrata – pode ser atribuída à estranha noção, efetivamente muito comum na Alemanha, de que ser respeitador das leis significa não apenas obedecer às leis, mas agir como se fôssemos os legisladores da lei que obedecemos.⁹³

Não se deve esquecer que, como assinala Otto Bachof, foi por meio de um ato legislativo – a lei de autorização – que a Constituição da República de Weimar foi desarticulada⁹⁴, momento em que a sombra do totalitarismo começou a encobrir a Alemanha.

2.5

O conteúdo axiológico das normas de direitos humanos como proteção contra o positivismo legalista

O segundo pós-guerra, assim, trouxe a lume, de forma brutal, a falência da doutrina positivista, pelo menos na forma como até então era proposta. A separação entre lei e moral, principal postulado teórico a legitimar o caráter científico da Teoria Geral do Direito, se mostrava, no mínimo, insuficiente. A reação à experiência totalitária foi, na medida do possível, imediata, tendo a doutrina, especialmente a alemã, se socorrido, em um primeiro momento, de um retorno ao direito natural. A necessidade de se encontrar, novamente, um fundamento moral, um parâmetro ético que, superior ao direito, servisse como freio a abusos cometidos contra o indivíduo, inclusive pelo estado, fez com que, não só a doutrina alemã, mas a própria jurisprudência, retornasse àquelas figuras conhecidas de direito natural. Assim, Bachof sustenta a obrigatoriedade da idéia de justiça para o direito, o que pressupõe um consenso social acerca das idéias fundamentais de justiça: o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objeto, o direito ao livre

⁹³ARENDDT, Hanna **Eichmann em Jerusalém** Um Relato Sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.154.

⁹⁴BACHOF, Otto **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão Editora Almedina, , 1994, p.12.

desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio.⁹⁵

Um Estado que desrespeite tais postulados jamais poderá reivindicar para o seu ordenamento legitimidade e só poderá impor o direito por meio da força⁹⁶. Do mesmo modo Radbruch quando assenta que “... O direito só pode ser compreendido dentro da atitude que refere as realidades aos valores... o conjunto de dados da experiência que têm o <<sentido>> de pretenderem realizar a *idéia de direito*.”⁹⁷ Para Radbruch o direito tem como função realizar o justo, sendo a justiça o parâmetro normativo pelo qual o direito se fundamenta e se demonstra, eis que é impossível fazer retirar da realidade qualquer dever-ser.⁹⁸

Assim, apesar de inegável o caráter ético e moral do direito, a necessidade de ser o direito legitimado por valores socialmente aceitos, consubstanciados, quer como “idéia de direito”, quer como justiça, persistia a necessidade de um modelo de direito que pudesse, com sucesso, refutar os preceitos positivistas sem incorrer nos erros apontados pelos seus defensores. Mesmo porque, apesar de suas falhas, o direito positivo tem por mérito buscar conferir ao indivíduo um grau de segurança jurídica em suas relação com outros indivíduos e com o governo. Do mesmo modo, o sucesso inicial do direito positivo, a principal razão de sua prevalência, parece desprender de sua origem na vontade popular, surgindo, principalmente a partir das revoluções americana e francesa, no final do século XVIII, como imposição da soberania popular e da necessidade de defesa dos interesses de direitos individuais.

Desse modo, serve o direito positivo como instrumento de proteção do ser humano contra indevida intervenção estatal, ao conferir legitimação às ordens coercitivas emanadas do Estado. Habermas deixa isso bem claro quando assinala que “O direito reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático, mas antes reivindica *merecer* o

⁹⁵ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão Editora Almedina, , 1994, p.2.

⁹⁶ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão Editora Almedina, , 1994, p.2.

⁹⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor p.45.

⁹⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6ª edição Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor p. 45-52.

reconhecimento.”⁹⁹ Ocorre que as bases teóricas do jusnaturalismo são solapadas por essa relatividade de valores que caracteriza o direito natural, assim como a impossibilidade de se identificar na vontade humana a sua fonte.

Neste sentido, a crítica de positivistas como Felix Oppenheim, para quem os valores éticos são impossíveis de serem conhecidos como falsos ou verdadeiros, carecendo de validade geral.¹⁰⁰ Com base nesta primeira assertiva, positivistas contemporâneos sustentam que os enunciados éticos, na verdade, são manifestações emotivas, mera expressão dos sentimentos morais, resultante de uma atitude biológico-emocional.¹⁰¹ Por isso, uma rejeição pura e simples do positivismo jurídico não resolve a equação entre legitimidade e norma. Chega-se, então a um impasse exposto por Habermas da seguinte forma:

Com relação à legitimidade da ordem jurídica, no entanto, sobretudo uma outra característica formal é importante, a saber, a positividade [*Positivität*] do direito positivado [*gesetz*]. Como se fundamentará a legitimidade de regras que podem ser mudadas a todo o momento pelos legisladores políticos?¹⁰²

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

Todavia, a suposta neutralidade axiológica do direito, postulada para assegurar o seu caráter científico, resultou na negação da própria razão de ser de sua positivação. A retirada do direito do seu conteúdo ético, bem como a rejeição de seu caráter finalístico, permitiram reduzir o homem ao mesmo plano das demais situações reguladas. De sujeito de direitos, passou a figura humana ao papel de objeto. Sem a proteção dos ditames do direito natural, sem controle do

⁹⁹HABERMAS, Jürgen, “Acerca da Legitimação com base nos Direitos Humanos” A **Constelação Pós-Nacional** Ensaios Políticos. São Paulo: Littera Mundi, p. 144.

¹⁰⁰LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 134.

¹⁰¹LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 135.

¹⁰²HABERMAS, Jürgen, “Acerca da Legitimação com base nos Direitos Humanos” A **Constelação Pós-Nacional** Ensaios Políticos. São Paulo: Littera Mundi p. 146.

ordenamento jurídico estatal, foi aberto o caminho para ordenamentos totalitários, que sob uma suposta neutralidade científica possibilitaram a dominação, sujeição e até o extermínio de milhões de pessoas. A importância de se reconhecer a íntima conexão entre norma moral e norma legal, não deriva de ser a primeira superior a esta última, mas por estas interagirem em uma situação de complementaridade, razão pela qual a recuperação do conteúdo ético do direito, do reconhecimento do seu caráter valorativo e da sua referência à idéia de justiça,¹⁰³ é uma necessidade que até hoje alimenta o debates e o desenvolvimentos da Teoria do Direito.¹⁰⁴

2.5.1

Direitos humanos, valores e princípios jurídicos

A necessidade do resgate do conteúdo ético do direito, o reconhecimento do valor axiológico da norma jurídica, permitiu reconhecer a possibilidade de se veicular conteúdos normativos por meio de princípios. Valor e princípios, embora noções semelhantes, não se confundem de forma absoluta, pois operam de formas diferentes. O modelo de princípios se refere a um conceito deontológico, “o dever ser”, enquanto que o modelo de valores se refere a um conceito axiológico, “o que é melhor.”¹⁰⁵ O que neste modelo é considerado melhor, naquele é devido.¹⁰⁶ Os princípios, então, teriam um maior grau de concreção e especificação do que os valores, inclusive sendo dotados de conseqüências jurídicas.¹⁰⁷ Aos princípios caberia complementar os valores que os orientam, assim como ocorre com as

¹⁰³ “The natural rights approach of the seventeenth century...founded the existence of such inalienable rights as the rights to life, liberty and property upon a social contract... Although this approach fell out of favour in the nineteenth century due to the problem of its non-empirical and diffuse methodology, it has proved of if immense value this century in the establishment of human rights in the international community as universal principles.” SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.197.

¹⁰⁴ É o caso, por exemplo, do debate travado entre H. Hart e Ronald Dworkin sobre o papel da moral e dos princípios na teoria do direito. Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p.371. e HART, Herbert L.A., **O Conceito de Direito**, tradução de A. Ri beiro Mendes, 3ª edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 348 p.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.147.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 147.

¹⁰⁷ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 292.

regras.¹⁰⁸ Como ensina Alexy, a diferenciação de princípio e valor leva em conta ainda um traço fundamental no uso da palavra valor, a distinção entre algo que *tem* um valor e algo que *é* um valor.¹⁰⁹ Quem diz que algo tem um valor expressa um juízo de valor e efetua valorações, sendo distinto o caso de se dizer que algo *é* um valor, não sendo lícito confundir o objeto da valoração com os parâmetros utilizados na avaliação valores.¹¹⁰

Vários são os critérios passíveis de serem utilizados quando das valorações os parâmetros adotados são sopesados justamente porque se contrapõem.¹¹¹ De outro giro, assim como a aplicação de critérios de valoração sopesáveis, corresponde à aplicação de princípios, enquanto que a eles se opõem regras de valoração, que não são passíveis de ponderação por funcionarem de acordo com o modelo: se algo é *Y* algo é bom.¹¹² No nível axiológico, são reproduzidas as diferenças estruturais entre regras e princípios encontradas no nível deontológico. A relação entre os juízos comparativos e os princípios, ou seja, os critérios de valoração, conduz à determinação, por meio da ponderação, da relação entre princípio e valor.¹¹³ E somente através de uma valoração total na qual são levados em conta todos os critérios vigentes de valoração pode-se decidir, em determinada situação, qual é a melhor ou a definitivamente melhor solução. Como o direito trata daquilo que é devido, o modelo dos princípios aparece como preferível ao modelo dos valores, eis que permite um número menor de falsas interpretações ao mesmo tempo em que expressa, de forma clara, o caráter de dever ser.¹¹⁴

A distinção quanto às esferas em que operam não desconstitui o fato que, em sua essência, os conceitos de valor e princípio são materialmente iguais. “Por isso, as objeções contra a teoria axiológica dos direitos fundamentais podem afetar

¹⁰⁸ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 292.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 141.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 142-143.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 144.

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y COnstitucionales., 2002, pp. 144-145.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y COnstitucionales., 2002, pp. 145-146.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y COnstitucionales., 2002, pp. 147.

a teoria dos princípios.”¹¹⁵ Essas objeções são ordenadas por Alexy em três grupos: filosóficas, metodológicas e dogmáticas.

As objeções filosóficas têm por principal alvo a ausência de objetividade da ordem dos valores, especialmente como concebida pela teoria da ética material dos valores de Max Scheler. Para este filósofo os valores compõem uma ordem eterna e independente que preexiste a qualquer experiência.¹¹⁶ Os valores não apenas valem, mas correspondem a “um ser de valores”,¹¹⁷ “fatos independentes da vida ética” cujo conhecimento somente era possível meio do sentimento e da intuição características próprias do espírito humano.¹¹⁸ Além disso, os valores estariam estruturados de forma hierárquica, em uma escala previamente estruturada de categorias valorativas.¹¹⁹ Os críticos dessa teoria apontam para o fato de que o caráter extremamente subjetivista desse modo de percepção de tal ordem valorativa impede sua fundamentação e, por conseguinte, a formulação de uma teoria científica sobre a existência de tais valores. A ética material de Scheler, se levada ao extremo, permite que tudo seja afirmado sem necessidade de comprovação, eis que esta não permite sequer determinar quais são os valores e em que hierarquia comporiam essa ordem objetiva.¹²⁰

Essas críticas procedem na medida em que servem para refutar uma teoria forte dos valores, não significando que são suficientes para desconstituir as demais teorias concebíveis dos valores.¹²¹ De fato, para Alexy, a interpretação das teses axiológicas formuladas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, permite concluir pela adoção de uma teoria dos valores menos radical e menos vulnerável às críticas. Para o Tribunal Constitucional os valores são critérios de

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 144.

¹¹⁶ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 138.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 150.

¹¹⁸ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 138.

¹¹⁹ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 138.

¹²⁰ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, pp. 139-140.

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 151.

valoração que, como as normas em geral, valem ou não valem.¹²² Essa validade, por seu turno, é obtida por meio da utilização de uma argumentação racional, fundamentada nos argumentos da mesma natureza ao da validade que se procura obter, seja ela jurídica, social ou ética.

As críticas metodológicas a teoria axiológica, por sua vez, sustentam que a sua adoção leva, obrigatoriamente, à incerteza jurídica, posto que para que a teoria dos valores seja aplicável, é essencial a adoção de uma ordem hierárquica de valores, que possibilite uma fundamentação racional e transparente das decisões judiciais.¹²³ Isso implica, como óbvio, na adoção de um critério abstrato e universal, que permita estabelecer uma relação hierárquica estática de precedência entre os valores. A impossibilidade de se definir de forma fundamentada quais são os valores que devem se sobrepôr aos demais aparece como principal óbice à adoção de uma teoria axiológica. A simples possibilidade de se discutir acerca de quais valores são ou não relevantes para o problema dos direitos fundamentais, mostra a impossibilidade de se criar uma ordem completa e fechada, e a impossibilidade de se formular um catálogo exaustivo.¹²⁴ Como ordenar algo de que só se pode conhecer uma parte indeterminada?

Essa impossibilidade de se pressupor relações de precedência absolutas entre os valores, já que estes, como os princípios, ao entrar em colisão devem ser avaliados em função dos valores em oposição, torna duvidosa a alusão a algo como uma “lógica dos valores”. Ocorre, por sua própria fluidez, não se pode adotar para os valores uma relação de precedência absoluta, como ocorre com as regras, não sendo possível supor uma ordem de valores ou princípios que fixe a decisão jusfundamental em todos os casos de uma maneira intersubjetivamente obrigatória, já que não se pode quantificar a importância nem as intensidades de

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 151.

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 152.

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 152-153.

realização dos valores ou princípios.¹²⁵ Ante tais óbices uma ordenação racional dos valores de direito fundamental surge como algo irrealizável para os críticos.¹²⁶

Nada impede, para Alexy, que ao invés de se pensar em uma ordem “dura”, se adote uma ordem de valores estruturada de forma mais aberta ou branda. As ordens brandas costumam surgir através duas maneiras diferentes.

(1) através de preferências *prima facie*, isto é, presunções em favor de determinados valores ou princípios e (2) através de uma rede de decisões concretas de preferências. Uma ordem branda dos valores dos direitos fundamentais relevantes se obtém quando, por exemplo, se supõe uma carga de argumentação em favor da liberdade individual ou da igualdade ou em benefício de bens coletivos. Uma ordem branda através de uma rede de decisões concretas de preferências surgiu como consequência da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.¹²⁷

Ainda no campo das objeções metodológicas, os críticos sustentam que a ponderação de valores não passa de um artifício utilizado para dar uma conformação racional ao decisionismo e ao subjetivismo judicial, eis que não se constitui em um método apto a ensejar um controle racional das decisões e interpretações. O fato de a ponderação ser um procedimento incapaz de conduzir a um resultado exato, não permite concluir pela sua irracionalidade. Na verdade, ao contrário do decisionismo, que alcança a solução do caso por meio de um procedimento psíquico calcado nas preferências subjetivas dos operadores do direito, sendo, portanto, um método impossível de ser submetido a qualquer controle objetivo, deve se ter sempre em mente que o enunciado de preferência que resulta da ponderação, é condicionado pelos argumentos utilizados na sua fundamentação.¹²⁸ O problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos.¹²⁹

Segundo Alexy, dos enunciados de preferência condicionados, é possível extrair as regras que permitem, na presença das condicionantes, determinar a

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 157.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 152-153.

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 158-159.

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 158-159.

consequência jurídica do princípio que goza da precedência. A fundamentação dos enunciados, então, “... tem o caráter da fundamentação de regras relativamente concretas que devem ser adscritas às disposições jusfundamentais.”¹³⁰ Por seu turno, para a fundamentação dos enunciados de preferência podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação jusfundamental não sendo correto ater-se somente às consequências de sua aplicação.¹³¹ A ponderação se faz ainda por meio de seus argumentos específicos, dentre os quais se destaca a “lei da ponderação” expressa da seguinte forma: “Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”¹³² A lei de ponderação, então, estabelece o sentido da relação entre o que é ordenado pelo princípio preferido e o que é ordenado pelos princípios a ele contrapostos.

O último grupo de críticas formuladas contra uma teoria axiológica, no entender de Alexy, compreende uma série de objeções dogmáticas. A primeira destas objeções diz que uma teoria dos valores dos direitos fundamentais conduziria a uma destruição do direito fundamental de liberdade no sentido liberal, isto é, em que a liberdade é vinculada à subjetividade, por uma obrigação orientada a valores, uma visão objetiva da liberdade de direito fundamental.¹³³ Alexy refuta esta crítica fiando-se no argumento de que a liberdade, e especialmente a liberdade jurídica, não passa de um valor, com o mesmo status dos demais valores que conformam o sistema. O verdadeiro problema, então, é determinar o que e quanto deve ser permitido ou proibido.¹³⁴ A dificuldade, pois, está em determinar o grau ótimo de realização do princípio da liberdade jurídica considerando-se os princípios opostos, os quais, em função das diversas teorias sobre a liberdade, podem ser sopesados de modos muito diferentes.¹³⁵ A teoria

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 159.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 160.

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 160-161.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 161.

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 170.

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 170.

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 170.

axiológica dos direitos fundamentais se comporta de forma neutra frente à liberdade jurídica, eis que se conferir um peso reduzido ao princípio de liberdade pode resultar em uma redução da liberdade jurídica, uma ponderação inversa poderá conduzir a um excesso de liberdade jurídica.¹³⁶

A segunda objeção apontada por Alexy, tem por principal argumento o fato que a adoção de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais, acabaria por acarretar a possibilidade de se manipular os ditames constitucionais e minar o Estado de Direito.¹³⁷ A interpretação das normas de direito fundamental como princípios permite apresentar como mandatos jurídico-constitucionais conclusões muitas vezes dissonantes. Isso possibilitaria burlar a vontade do legislador fundamental, ao conferir aos intérpretes da constituição uma autorização global para livremente valorar, sem parâmetros objetivos, os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.¹³⁸ Daí, sustentarem os críticos que tal liberdade obrigatoriamente resulta na arbitrariedade interpretativa e na insegurança constitucional.¹³⁹ Para Alexy, esta crítica somente se mostraria procedente se o modelo puro de regras assegurasse uma maior medida de sujeição, o que na realidade não se verifica. Propõe este autor que tais críticas parecem se dirigir mais a uma determinada teoria material dos direitos fundamentais, do que a uma teoria estrutural e neutra, dos princípios.¹⁴⁰

Da insegurança constitucional à insegurança jurídica seria um passo curto. Ironicamente, é a própria insuficiência do modelo de regras em abarcar todas as situações sujeitas à regulação jurídica que acaba por gerar a necessidade de um modelo de regras e princípios. O caráter de princípios dos direitos fundamentais significa certamente a presença permanente de conteúdos exagerados, mas isto é conciliável com uma medida suficiente de segurança jurídica.¹⁴¹ O modelo regras/princípios conhece não só o nível dos princípios como também o das

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 170-171.

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.171.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 171.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 171.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 171-172.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, pp. 172.

regras, devendo-se destacar que a segurança que se obtém neste último não se baseia apenas em um respeito basicamente imposto do texto e da vontade do legislador constitucional, mas essencialmente, também, na força jurisprudencial das decisões do Tribunal Constitucional Federal.¹⁴²

2.5.2 Valor e constituição

Assentado o conteúdo valorativo das normas que tutelam os direitos humanos, deve se ter em conta que a adoção destas normas pelo texto constitucional implica na conclusão de que a interpretação e a aplicação dos dispositivos constitucionais se pautam por esses valores fundamentais. Os valores devem ser entendidos como o sistema de preferências prioritárias e fundamentadoras de convivência coletiva adotados pelo constituinte, são dotados de uma tríplice dimensão:

.... a) *fundamentadora*, no plano estático, do conjunto de disposições e instituições constitucionais, assim como do ordenamento jurídico em seu conjunto. Por isso a doutrina germana os concebe como <<valores fundamentais>>... para acentuar a sua significação de núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político. b) *orientadora*, em sentido dinâmico, da ordem jurídica-política a metas e fins predeterminados, de forma a tornar ilegítima qualquer disposição normativa que persiga finalidades distintas ou que obste a consecução daqueles enunciados do sistema axiológico constitucional e c) *crítica*, enquanto que sua função, como de qualquer outro valor, reside na sua idoneidade para servir de critério ou parâmetro de valoração para justipreciar fatos ou condutas. De forma que é possível um controle jurisdicional de todas as normas restantes do ordenamento, a partir de seu conteúdo axiológico, em função de sua conformidade ou infração dos valores constitucionais.¹⁴³

Os valores formam o “... *contexto histórico-espiritual* da interpretação da Constituição e, em especial, da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais...”¹⁴⁴ Os valores, por sua vez, são concretizados por meio de normas jurídicas, as quais contém os pressupostos de sua aplicação, bem como as sanções

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 172.

¹⁴³ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 288.

ou conseqüências jurídicas que dela resultam.¹⁴⁵ Essas normas, dependendo do seu grau de concreção, podem ser regras ou princípios. O reconhecimento do conteúdo axiológico da constituição permite distinguir entre dois tipos de constituição: a constituição formal e a constituição material. A primeira seria uma “...Lei formal qualificada por essencialmente através de características formais-particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração – corresponderá...a conteúdo... das disposições escritas da Constituição.”¹⁴⁶ A segunda, consistiria no:

...Conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado, sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objectiva mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será << o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador>>.¹⁴⁷

A validade de uma constituição, desse modo, decorre não apenas de sua positivação, do fato de estar o texto fundamental consubstanciado em um documento formal, mas também de sua “... *obligatoriedade*, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado.”¹⁴⁸ Para Bachof, então, resultava evidente que a Constituição positiva somente pode reclamar a sua validade enquanto se adequar aos valores morais e éticos, do povo do Estado por ela regulada. Assim como ocorre com as constituições da Espanha, de Portugal e da Alemanha, a Constituição da República Federativa do Brasil não deixa dúvidas quanto ao seu conteúdo axiológico de fato, desde o preâmbulo essa opção se mostra em sua inteireza:

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,

¹⁴⁴ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 291.

¹⁴⁵ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 291.

¹⁴⁶ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.39.

¹⁴⁷ idem.

¹⁴⁸ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.42.

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**.

Ao lado da dignidade humana e de outros valores, a Constituição da República, nos incisos de seu artigo 1º, aponta como fundamentos do Estado brasileiro os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Estes, junto com os demais valores consagrados pelo texto constitucional, vinculam as atividades dos órgãos e funcionários do Estado brasileiro, obrigados que estão a sua realização, e são concretizados por meio de regras e princípios, como se demonstrará em seguida.

2.5.3

Os direitos fundamentais e o modelo de regras e princípios

As normas de direitos fundamentais podem ser veiculadas, tanto por meio de princípios, quanto por meio de regras, sejam estas disposições escritas ou de direito consuetudinário. Se quanto a estas não existe dúvida, em princípio, quanto a sua vinculatividade, no caso dos princípios jurídicos, para que se possa compreender a forma de sua aplicação, se impõe a análise de sua vinculatividade, isto é, se estes são comandos de observância obrigatória. A possibilidade de se aplicar comandos não positivados, porém dotados de força vinculante, na solução de casos judiciais é objeto de grande polêmica entre os estudiosos do Direito. Com efeito, trata-se de debate que motivou profundas construções teóricas, tanto no do direito anglo-americano, em que a discussão por Ronald Dworkin e Herbert Hart ganhou notoriedade, quanto pelos doutrinadores do sistema romano-germânico, especialmente os alemães, com destaque para Robert Alexy. Em ambos os campos, a investigação teórica teve, dentre seus principais objetivos, obter uma resposta para aquela pergunta que historicamente alimentou toda a discussão jusfilosófica: Qual a relação entre direito e moral?

Reproduzir e examinar todos os argumentos trazidos a lume durante a busca da resposta a essa indagação, mesmo que centrada apenas na questão dos princípios jurídicos, é tarefa que já foi levada a cabo por diversos doutrinados de monta e que consistiria em um desvio indevido da finalidade do presente trabalho.

Para os fins ora propostos, se deve partir da premissa de que a estão da força normativa dos princípios é pacificada, eis que “Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos...”¹⁴⁹ É certo que tal assertiva se aplica principalmente para os princípios constitucionais positivados, em especial, aos que regulam os direitos fundamentais. Alexy não deixa dúvida quanto a isso. Tanto princípios, quanto regras são normas, vez que ambos determinam o que deve ser e podem ser “... formulados com a ajuda das expressões deónticas básicas de mando, a permissão e a proibição.”¹⁵⁰

O fato de não estarem consignados em textos legais não retira a normatividade dos princípios, pelo menos no entender de Dworkin. Para este autor, os juristas e, principalmente, os juízes, quando apresentados com um caso concreto, debatem e decidem com base não apenas em regras escritas, o direito positivo, mas se utilizam primordialmente de parâmetros denominados princípios jurídicos. Estes padrões jurídicos, por sua vez, não seriam reconhecidos por um teste fundamental do direito. Nenhuma regra de reconhecimento pode, como propõe Hart, oferecer um teste para identificar princípios.¹⁵¹ A distinção entre princípios jurídicos e regras também tem um fundamento lógico, pois “... ambos os conjuntos de parâmetros apontam para decisões específicas acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da ordem que emitem.”¹⁵² As regras funcionam de forma binária, de modo a permitir ao intérprete estabelece se para uma determinada situação a solução por ela conferida é válida ou não. Em contraposição ao tudo ou nada dos resultados ditados pelas regras os princípios aparecem como fundamentos que orientam na direção de uma determinada decisão, não acarretando uma consequência jurídica imediata.¹⁵³

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 260.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.83.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p. 43.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p. 24.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p. 24.

As regras são aplicáveis a inúmeros casos, desde que os pressupostos nelas previstos para sua incidência estejam presentes. Esta assertiva somente é verdadeira se aceite o argumento de que as regras têm uma textura aberta, o que possibilita conferir a um mesmo dispositivo legal diversas interpretações. Assim, é possível afirmar que o juiz, na aplicação da norma é dotado de grande discricionariedade. Isso não obstante, nesse modelo a incidência de duas ou mais regras contraditórias destinadas a regular um mesmo fato jurídico é impossível, devendo tal conflito ser solucionado por meio das manobras lógicas, consagradas pela doutrina tradicional, destinadas a resolver os casos de antinomia, de modo a assegurar a incidência de somente uma das regras inicialmente tidas como aptas.

Os princípios têm um grau maior de abstração, eis que são dotados de um forte conteúdo moral. Os princípios são retirados do tecido moral e político que justificam a existência de uma dada sociedade e de seu respectivo ordenamento jurídico, como identificados na respectiva constituição ou em outros institutos jurídicos.¹⁵⁴ Para Dworkin, os princípios resultam da reconstrução, pelo intérprete ou pelo aplicador do direito, daqueles fundamentos deontológicos do sistema social e político dentro do qual surgiu o conflito jurídico a ser debelado. Frise-se aqui, que Dworkin defende que os princípios, tomados genericamente, podem ser divididos em princípios *stricto sensu* e diretrizes políticas.¹⁵⁵

No primeiro sentido, os princípios consistem em padrões que devem ser observados em função de um imperativo moral político e que servem como justificativa à decisão judicial. No segundo sentido, os princípios consistem em padrões que propõem objetivos políticos a serem alcançados pela sociedade. Os princípios no sentido estrito, então, servem para fundamentar as decisões judiciais, identificando os direitos individuais envolvidos. O aplicador do direito, mais precisamente o juiz, então, "... deve desenvolver uma teoria constitucional na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem aquele sistema de governo...".¹⁵⁶ Por não serem dotados de uma cláusula que especifique

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p. 107.

¹⁵⁵ MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. in PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, FIRLY (Orgs.) **Os Princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001 p.p.73-74.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p. 107.

as condições que ensejam sua aplicação, condições que, dado o seu alto grau de indeterminação estão sempre sujeitas à interpretação,¹⁵⁷ os princípios são aplicados em função de sua relevância, ou peso, para a solução de determinado caso.

Isso possibilita que, existindo vários princípios aplicáveis a uma determinada situação, um deles se mostre mais relevante para a solução do conflito sem tornar inválida a aplicação futura de qualquer dos demais em situações assemelhadas. Neste sentido, Alexy defende que toda norma é ou bem uma regra ou um princípio e que os princípios diferem de regras, gradual e qualitativamente, prescrevendo algo que deve ser concretizado da melhor forma possível, de acordo com o que permitam as condições reais e jurídicas existentes.¹⁵⁸

Os princípios podem ser tidos como “...normas jurídicas de impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos...”¹⁵⁹. A aplicação dos princípios, pois, está condicionada, tanto pelas possibilidades reais, quanto possibilidades jurídicas. Estas últimas, por seu turno, são determinadas pelos princípios e regras que lhes são opostos.¹⁶⁰ De pronto, vê-se que Alexy admite a possibilidade da colisão de princípios ou mesmo de que estes venham a ser restritos por regras. Estas, em contrapartida, são normas cujo cumprimento é ou não devido. Diante de uma regra válida, o operador do direito não tem outra opção que não seja fazer exatamente o que ela exige.¹⁶¹ As regras constituem determinações concretas no âmbito do fática e juridicamente possível.¹⁶²

Assim como Dworkin, Alexy reconhece que a aplicação concomitante, ao mesmo fato, de duas normas, sejam princípios ou regras, obrigatoriamente levará

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1998, p. 208.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.87.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 167.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.86.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.87.

¹⁶² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.87.

a dois juízos de dever-ser jurídico contraditórios. A solução deste conflito dependerá, no entanto, da natureza das normas em confronto. Quando duas regras entram em conflito, a solução se dá, ou pela introdução de uma cláusula de exceção, em uma das regras, que elimine o conflito, ou pela declaração de invalidade de pelo menos uma das regras, o que obrigatoriamente acarretará a sua eliminação do ordenamento jurídico.¹⁶³ Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social de uma norma, o conceito de validade jurídica é impassível de graduação, eis que as regras operam em uma estrutura binária: são ou não são válidas. É da validade e da aplicabilidade da regra a uma situação específica que decorre a validade de sua consequência jurídica.¹⁶⁴ Independentemente de sua fundamentação, dois juízos de dever-ser reciprocamente contraditórios não podem valer ao mesmo tempo.

De outro giro, se a contradição resultante de um conflito de regras com consequências reciprocamente contraditórias no caso concreto não puder ser dirimida mediante a introdução de uma cláusula de exceção, se impõe a declaração de invalidade de uma das regras. O fundamental, no caso, é que a decisão concerne à validade das normas. Para determinar qual a regra a ser invalidada se mostra proveitosa a utilização, quer de regras clássicas como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, quer de critérios estabelecidos de acordo com a importância, ou a hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*), das regras em conflito.¹⁶⁵

Do mesmo modo que Dworkin, Alexy defende que as colisões de princípios são solucionadas de modo totalmente distinto dos conflitos de regras, eis que em caso de colisão de princípios, um deles deve ceder ante o outro. Como acima afirmado, a aplicação dos princípios está sujeita a condições de fato e de direito, razão pela qual sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro, sem que este seja declarado inválido, ou seja, necessária uma cláusula de exceção. O grau de aplicabilidade de um princípio dependerá da situação fática a ser regulada, sendo cada princípio mais ou menos relevante para a solução do

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.88.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.88.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.88.

caso. Portanto, ao analisar sua aplicação ao caso concreto, deve-se ter em conta o peso da cada princípio, dando-se primazia o princípio com maior peso. A colisão de princípios é resolvida numa dimensão mais além daquela da validade: na dimensão do peso.¹⁶⁶

Assim, partindo dos argumentos acima esgrimidos, e apesar de serem inúmeros os critérios adotados para distinguir regras de princípios, a distinção distinguir regras de princípios de modos variados, apresentando Canotilho os seguintes:

a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras... enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentabilidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) <<Proximidade >> da *idéia de direito*: os princípios são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados na exigência de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<idéia de direito>> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.¹⁶⁷

2.6 A proteção internacional dos direitos humanos

Ao mesmo tempo em que proporcionou a renovação da discussão sobre o conteúdo ético do direito, as graves violações aos direitos humanos verificadas durante a II Guerra Mundial, deixou restou patente a necessidade da criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos que tornasse possível superar a omissão dos Estados Nacionais em oferecer proteção aos seres humanos, a começar pela edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos que, no

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p.89.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, pp. 166-167.

segundo parágrafo de seu preâmbulo, deixa claro que as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial foram fator preponderante em sua edição:

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;¹⁶⁸

Para tanto, foi necessária uma mudança no enfoque do papel do ser humano frente o direito internacional. Em seus primórdios, o direito internacional, fundado nas teorias de direito natural, se desenvolveu sempre reconhecendo a personalidade do homem¹⁶⁹. Ocorre que a partir das revoluções iluministas, como a consolidação dos Estados liberais, das teorias jurídicas positivistas e da idéia de soberania estatal, o direito internacional se destinou, quase que exclusivamente, a cuidar das relações entre Estados soberanos,¹⁷⁰ únicos entes aos quais o direito internacional reconhecia a capacidade de exercer direitos e contrair obrigações no plano internacional.¹⁷¹ Somente através do Estado é que os indivíduos participavam do mundo jurídico internacional¹⁷², eis que o mundo se organiza por meio da coexistência entre Estados soberanos, os legítimos detentores do poder sobre povos e territórios na ordem internacional¹⁷³. Pelo menos, o até meados do século XX, o ser humano era visto como objeto do direito internacional, enquanto

¹⁶⁸ É histórica a ligação entre a criação de instrumentos internacionais de direitos humanos e as guerras. Assim, por exemplo, a liberdade de religião foi prometida na conclusão do Pacto de Westfalia que pôs fim às guerras entre protestantes e católicos na Europa. Ao término das guerras napoleônicas, com os tratados de Viena (1815) e os de Paris (1814 e 185), a Europa repudia a escravidão. Com o final da I Grande Guerra, além da criação da Liga das Nações, foram editados 17 atos internacionais visando a proteção de minorias, além de ter sido criado o sistema de mandatos, pelos quais foi conferido às Potências vencedoras do conflito, o mandato sobre as ex-colônias das vencidas, até que estas atingissem a “maturidade”. cf. OVER, William. **Human Rights in the International Public Sphere** Civic Discourse for the 21st Century. Stamford: Ablex Publishing Corporation, 1999, p. 13, MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14^a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. II, pp.907-923 e SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 201.

¹⁶⁹MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14^a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.780.

¹⁷⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 183.

¹⁷¹ GREIG, D. W. **International Law**. 2^a edição, London: Butterworths, 1976, p. 93.

¹⁷² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14^a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.781.

¹⁷³BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 61.

que somente aos Estados e a algumas organizações internacionais era reconhecida a personalidade jurídica.

Já no início do século XX foram firmados tratados nos quais eram reconhecidos direitos a determinados indivíduos. Desse modo, um tratado de 1907, firmado entre cinco países da América Central, conferia aos indivíduos a possibilidade de pleitear seus direitos perante a Corte de Justiça da América Central, enquanto que o Tratado de Versailles permitia aos nacionais dos países aliados reclamar reparações por danos causados pela Alemanha em razão do confronto, possibilidade esta reconhecida pela Corte Permanente de Justiça Internacional ao admitir que funcionários da ferrovia de Danzig poderiam acionar a Polônia em função de acordo firmado entre os dois entes políticos.¹⁷⁴ A decisão da Corte Permanente entendeu que os indivíduos podem, por meio de acordos internacionais, ter reconhecido direitos e obrigações. A teoria do homem como objeto e não pessoa de direito internacional, então, se mostrava inadequada para identificar a real posição do indivíduo na ordem jurídica internacional. Entretanto, tais avanços não eram suficientes, por si só, para caracterizar o homem como sujeito de direitos no plano internacional. De fato, quando muito foram suficientes apenas para enquadrar os indivíduos como beneficiários dos pactos de direito internacional.¹⁷⁵

Os eventos da Segunda Guerra Mundial revelaram a insuficiência dos Estados em proteger os seres humanos. Na verdade, restou amplamente demonstrado que levada a ferro e fogo, a soberania iria ser utilizada para acobertar atrocidades. Assim, o Tribunal de Nuremberg, criado para julgar os crimes de guerra cometidos durante aquele conflito mundial, ignorou o argumento de que somente o Reich alemão poderia ser responsabilizado por tais ilícitos, afirmando que o direito internacional reconhecia personalidade jurídica, não só aos Estados, mas também aos seus nacionais, já que são os homens quem cometem os crimes e não entidades abstratas.¹⁷⁶ Para possibilitar a proteção do homem, impunha-se reconhecer ao mesmo a titularidade de direitos e deveres no plano internacional, de forma a impedir que os mesmo fosse vítima, ou o responsável, por arbítrios

¹⁷⁴ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 183.

¹⁷⁵ GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 117.

¹⁷⁶ GREIG, D. W. **International Law**. 2ª edição, London: Butterworths, 1976, p. 117.

cometidos em nome do Estado do qual é nacional. “Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado... mas doravante de proteger o ser humano com tal.”¹⁷⁷

... Existem duas principais razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional... a reconhecer direitos fundamentais e protegê-los e b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem.¹⁷⁸

Brownlie aponta para o fato de que a Corte Permanente no caso Danzig decidiu que para que o reconhecimento da personalidade jurídica seja eficaz, se impunha a criação de meios de responsabilizar os Estados pela violação dos direitos individuais,¹⁷⁹ vez que “Nas relações internacionais, assim como em outras relações sociais, a invasão da esfera jurídica de um indivíduo por outro, gera diversas formas de responsabilidade...”¹⁸⁰ Estas violações dos interesses jurídicos, por sua vez, são consideradas ilícitas por ofenderem normas jurídicas que estabelecem direitos e deveres, razão pela qual a responsabilidade no direito internacional, como regra geral, diz respeito à ocorrência e às conseqüências de atos ilícitos.¹⁸¹ Assim, a Corte Permanente de Justiça Internacional, ao julgar o caso da Fábrica de Chorzów, estabeleceu que “... É um princípio do direito internacional, até mesmo um princípio geral de Direito, que de qualquer quebra de um pacto resulta a obrigação de reparar o dano...”¹⁸²

De outro giro, deve se ter em mente que no direito internacional, as fontes formais das normas jurídicas que tutelam os direitos e deveres, isto é, os meios pelo qual o Direito se faz conhecer, são de difícil identificação, haja vista que, ao contrário do que costuma ocorrer nos Estados nacionais, não existe um órgão centralizado, um poder legislativo, responsável pela edição de leis e outros atos

¹⁷⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.630.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.781.

¹⁷⁹ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 418.

¹⁸⁰ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 418.

¹⁸¹ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 419.

¹⁸² BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 420.

normativos. Este óbice é vencido pela adoção daquelas fontes indicadas no artigo 38, parágrafo 1º, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça,¹⁸³ assim redigido:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional aquelas lides que lhes forem submetidas, aplicará:
 - a. convenções internacionais, quer de caráter geral, quer de caráter particular, que estabeleçam normas expressamente aceitas pelos Estados em litígio;
 - b. o costume internacional, como evidenciado por uma praxe comum aceita como direito;
 - c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. observado o preconizado pelo artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos mais qualificados publicistas das mais diferentes nações, como forma subsidiária de se determinar as regras de direito.

A doutrina internacionalista é uníssona em reconhecer como fontes do Direito Internacional as convenções internacionais, o costume e os princípios gerais de direito. Além dessas fontes elencadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça a doutrina moderna reconhece a existência de outras fontes de direito internacional que, como o ato praticado unilateralmente por um Estado, as decisões e os estatutos das Organizações Internacionais.¹⁸⁴ No caso específico dos direitos humanos, desde 1945, a sua tutela jurídica no plano internacional tem sido assegurada, não só por meio de inúmero tratados, mas, também, em função e de uma série de normas de direito internacional dispersas em inúmeros¹⁸⁵ textos de natureza distinta bem como por força do costume internacional e da aplicação dos princípios gerais de direito.

Em favor da posição adotada podemos acrescentar que, mesmo naqueles casos em que o homem recebe direitos ou deveres que lhe são impostos através de tratados, ele não deixa de ser pessoa internacional. Se realmente os direitos do homem são obrigações impostas aos Estados, no sentido de que devem concedê-los e respeitá-los, já na parte referente aos deveres o homem surge independentemente da figura estatal.¹⁸⁶

¹⁸³SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.55.

¹⁸⁴Neste sentido Shaw, quando lembra que determinadas resoluções da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas têm efeito vinculante para os órgãos e Estados que compõem a O.N.U., bem como Celso Mello que as denomina lei internacional. *in* SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 90 e MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, pp.303-304.

¹⁸⁵Ramos, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos** Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, pp. 26-27

¹⁸⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.783.

No campo dos diplomas de direito internacional, a própria Carta da ONU, promulgada em 26 de junho de 1945 expressamente afirma estar dentre os seus propósitos a proteção aos direitos humanos. Posteriormente, com o intuito de reforçar tal proteção, foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de dois protocolos facultativos, instituindo o direito de petição individual e vedando a pena de morte, conjunto de textos que é comumente denominado a Carta Internacional dos Direitos do Homem.¹⁸⁷ Do mesmo modo, foram firmados vários Pactos Regionais com o objetivo de conferir proteção aos indivíduos como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica. Além disso, foram criadas diversas organizações internacionais, como as Cortes Interamericana e Européia de Direitos Humanos, destinadas a tornar efetiva a proteção conferida em abstrato pelas normas internacionais. Cabe, agora, indagar como se verifica essa proteção aos direitos humanos no caso brasileiro.

2.7 Direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil

Existe, repita-se, uma dicotomia na doutrina quanto à classificação, ou melhor, a denominação dada àquele conjunto de direitos conhecido pelo direito internacional como direitos humanos. Do mesmo modo, como já foi aqui afirmado, a principal, se não única, causa dessas diferentes denominações é o fato de consistirem os direitos fundamentais naqueles direitos humanos positivados pelas constituições dos Estados nacionais, enquanto que os direitos humanos teriam um caráter mais abstrato, decorrendo de normas de direito internacional, podendo, ou não, ter sido adotados por um ou mais dos Estados integrantes da sociedade internacional. Tal abstração, por sua vez, pareceria possibilitar a omissão dos Estados na adoção de tais direitos em seus respectivos

¹⁸⁷Ramos, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos** Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 26.

ordenamentos internos. Tal assertiva tem por fundamento principal o fato de o direito internacional assegurar aos Estados, no plano internacional, uma situação de plena igualdade, *status* que impõe o respeito de cada Estado à soberania de seus congêneres. Desta sorte, dentro da sociedade internacional, os Estados são independentes um dos outros, situação que obsta a intervenção nos respectivos assuntos internos.¹⁸⁸ Disso decorre ainda outro princípio, qual seja, o da exaustão dos mecanismos internos de proteção, pelo qual, qualquer ingerência externa sobre os assuntos internos de qualquer Estado, somente é possível quando se esgotam para a vítima da lesão os mecanismos previstos pelo ordenamento interno ou, ainda, quando estes não existam ou se mostram insuficientes para garantir a proteção invocada.¹⁸⁹

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

¹⁸⁸ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.202.

¹⁸⁹ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.202.

internacional, sustentar que o seu exercício se constituiria em violação a sua soberania.¹⁹⁰

Parece de pouca serventia o reconhecimento pelos Estados de normas substantivas de direitos humanos sem que sejam por estes adotados os mecanismos que permitem aferir o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados em tais pactos,¹⁹¹ “...porquanto à formulação de direitos no plano internacional deve corresponder o acesso às vias internacionais de vindicá-los.”¹⁹² Por outro lado, mister ressaltar que, com a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, bem como com a formulação dos demais pactos que integram a Carta Internacional de Direitos Humanos, os direitos previstos em tais instrumentos vêm sendo habitualmente internalizados pelos Estados Democráticos passando, pois, a integrar o seu direito positivo. Tal internalização freqüentemente tem assegurado aos direitos humanos não só *status* constitucional, mas, mais importante, o de norma fundamental.

Essa imbricação entre direitos humanos e democracia parece ser, pelo menos nos tempos atuais, uma verdade comum a todos os Estados tidos como democráticos, ainda mais quando se constata que a democracia e os direitos humanos, na tradição ocidental, aparecem como resposta ao absolutismo monárquico e ao totalitarismo, eis que “Estados totalitários tiveram como consequência final a efetivação de um processo de suspensão política do direito e da moral.”¹⁹³

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

¹⁹⁰ SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p.202.

¹⁹¹ Aqui cumpre notar que o Brasil ao aderir à Convenção, se pronunciou no sentido de que tais inspeções dependem de autorização expressa do Estado acusado de violação dos direitos humanos. www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Brasil

¹⁹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 663.

direitos conhecida como direitos humanos ou direitos fundamentais.¹⁹⁴ Assim, os até então chamados direitos individuais foram colocados como valor supremo do edifício estatal, sendo conferida ao ser humano a prevalência e proteção que lhe fora negada no período anterior. Tal preocupação é demonstrada já nos primeiros artigos da Constituição, pois já o seu artigo primeiro consagra em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana consiste em identificar no ser humano a fonte e o beneficiário precípua de todo o ordenamento jurídico e de toda a atividade estatal. Lícito afirmar, pois, que o Estado existe em função do ser humano.¹⁹⁵ Por sua vez, ao ser erigida como fundamento do Estado brasileiro, com *status* de princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana ganha força normativa, passando a vincular, não só toda a atividade estatal, como, também a própria interpretação do texto constitucional.¹⁹⁶ A leitura do dispositivo revela que a dignidade da pessoa humana não é único fundamento da República Federativa do Brasil, já que referido artigo 1º contém mais quatro incisos que conferem igual posto à soberania, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e ao pluralismo político. O parágrafo único de referido dispositivo constitucional explícita o teor do princípio da soberania popular, ao afirmar ser o povo a fonte e o titular de todo o poder estatal.

A atividade Estatal estaria vinculada, não só ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas aos demais fundamentos estatuídos no texto constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil é pródiga na adoção e proteção dos direitos humanos, bem como em sua fundamentalização. Assim, por exemplo, o artigo 5º da Lei Fundamental brasileira arrola em seus setenta e sete incisos aqueles direitos e garantias¹⁹⁷ individuais considerados como fundamentais. O

¹⁹³ SAVIC, Obrad. "Introduction" Obrad Savic (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London: Verso p.9.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 65-72.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 100-101.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp.109-110.

¹⁹⁷ Lembra Paulo Bonavides que direito e garantia não se confundem, sendo esta última um meio, um instrumento destinado à garantir a fruição dos direitos *in* BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 481-485. No mesmo sentido, Canotilho "As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos quer no reconhecimento de meios processuais

mais importante, é o fato de que o Poder Constituinte, ao estabelecer aquelas cláusulas constitucionais impossíveis de modificação por via de emenda, as chamadas cláusulas pétreas, impôs que não seriam objeto de deliberação propostas de emenda tendentes a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes ou os direitos e garantias individuais. Logo, a Carta se encarrega de conferir aos direitos humanos uma proteção singular. Disso, seria possível concluir que nenhum óbice formal foi colocado à retirada do princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição por meio de emenda constitucional.¹⁹⁸

Ocorre que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de não se sobrepor aos demais dispositivos constitucionais, informa grande parte, senão todos, os demais direitos e garantias fundamentais, estando, pois, indiretamente protegido¹⁹⁹. Não poderia ser de outra forma, eis que, se o ser humano é o valor base do ente estatal, sendo sua dignidade algo que lhe é inerente e impossível de lhe ser subtraído. Impossível deixar de relevar o fato de que além daqueles direitos, princípios e garantias assegurados pelo artigo 5º, foi conferido *status* constitucional a uma série de outros direitos humanos que, embora não tenham sido tipificados como direitos fundamentais, são essenciais à realização da pessoa humana e ao próprio exercício dos direitos previstos pelos dispositivos do artigo 5º da Constituição brasileira. Os direitos humanos são protegidos por uma série de dispositivos constitucionais, alocados nos diversos capítulos e seções em que foi formulada a Carta de 1988. Por exemplo, o direito à educação se encontra também assegurado no artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil.

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

adequados a essa finalidade....” in CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 520.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.111.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.111.

foram reconhecidos pelos governos ou impostos pelo povo²⁰⁰. Tais gerações refletiriam um movimento dialético entre a governabilidade estatal e a liberdade individual.²⁰¹ O melhor parece definir estas categorias de direitos de acordo com a dimensão de sua abrangência, haja vista que o processo de reconhecimento dos Direitos Humanos implica no acúmulo e fortalecimento de instrumentos legais de proteção aos indivíduos, e não numa sucessão de direitos que se alternam no tempo. Pelo contrário:

... A teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”²⁰²

Dessa forma, os direitos humanos de primeira dimensão, consistiriam naquelas liberdades e garantias individuais consagradas pelas Declarações de direitos Humanos, como a Francesa do final do século XVIII, afirmando a proteção da esfera individual contra o abuso do poder do Estado,²⁰³ direitos que são, então, considerados individuais, quer porque são titulados por cada indivíduo, sendo oponíveis ao Estado e a todos os demais, quer porque, via de regra, são exercidos individualmente.²⁰⁴ Como notável exceção ao exercício individual destes direitos, os direitos individuais exercidos coletivamente como “... a liberdade de associação, reconhecida na Primeira Emenda da Constituição Americana que permitiu o aparecimento dos partidos políticos e dos sindicatos.”²⁰⁵ Uma análise da Carta de 1988, revelaria que tais direitos estarão consagrados pelos dispositivos contidos no seu artigo 5º.

²⁰⁰ “Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade por abalizados juristas.” BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.517.

²⁰¹ LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, pp.125-126.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

²⁰³ LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.126.

²⁰⁴ LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.126.

²⁰⁵ LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.127.

Os direitos de segunda dimensão surgem com base na mesma premissa principal, qual seja, a preponderância do indivíduo, mas aqui o singular é visto como parte de um conjunto de iguais, de uma coletividade que deve não só respeitar sua individualidade, mas lhe conferir os meios para dela participar. Enquanto a primeira dimensão de direitos consagram à proteção do indivíduo, exigindo uma abstenção do Estado, a segunda geração é constituída pelo dever do Estado em prestar determinados serviços, bem como de assegurar condições de que o indivíduo possa partilhar da riqueza social. O Estado passa a ser um instrumento de promoção dos direitos individuais. Trata-se de garantir, então, acesso ao trabalho, à saúde e à educação, isto é, "... direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos... têm como sujeito passivo o Estado porque na interação entre governantes e governados foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los."²⁰⁶ Mais ainda, estes direitos vêm consagrar "...as assim denominadas 'liberdades sociais', do que dão conta a liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores..." Estes direitos, de cunho social, se encontram firmados não só nos artigos 6º a 11 da Constituição da República Federativa do Brasil,²⁰⁷ mas em diversos dispositivos veiculados ao longo da Carta.

Já os direitos de terceira dimensão têm por titulares não os indivíduos singularmente considerados, mas a coletividade em que estes estão inseridos. Dentre suas principais notas distintivas, se encontra a impossibilidade de se individualizar a titularidade do bem tutelado, pois se tratam de bens cuja fruição atinge a todo um grupo de seres humanos. A família, grupos étnicos, minorias, o próprio gênero humano são reconhecidos como titulares de determinados direitos, como a paz, o desenvolvimento social e a proteção ao meio ambiente, cuja efetivação exige esforços, às vezes, em escala mundial.²⁰⁸ Neste aspecto, se encontram abrangidos não só os direitos reconhecidos às coletividades organizadas e estruturadas, mas principalmente, os que tutelam interesses

²⁰⁶ LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.127.

²⁰⁷ "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

pertinentes a um universo indeterminado de sujeitos, eis que “... o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que no interesse difuso o homem é considerado simplesmente enquanto *ser humano*...”²⁰⁹

A Constituição de 1988 é pródiga no reconhecimento de tais direitos, bem como em oferecer meios para a sua proteção. É o caso, por exemplo, da proteção à cultura, ao meio ambiente e a entidade familiar, previstas, respectivamente, nos artigos 215 a 216, 225 e 226 a 230 da Lei Fundamental, Demais disso, a norma contida no inciso LXXIII, do artigo 5º, da Carta Constitucional que assegura legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Do mesmo modo, a Carta confere especial proteção às minorias étnicas, como é o caso dos índios e quilombolas, como se extrai do parágrafo 5º do artigo 216 e dos artigos 231 e 232 da Constituição, além daquilo que preconiza o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A quarta dimensão de direitos humanos, por seu turno, aparece como uma resposta à globalização do neoliberalismo político, apontando como instrumento de dominação supranacional, por meio do enfraquecimento, e até mesmo a dissolução, dos Estados nacionais. A quarta dimensão dos direitos humanos consistiria na consolidação e globalização das demais dimensões de direitos humanos, de forma a garantir aos povos dos países periféricos instrumentos de participação na formação da vontade dos entes detentores do poder internacional e, assim, evitar a dominação política que se aproximaria, é o que propõe Paulo Bonavides,²¹⁰ especialmente quando impõe que

São direitos da quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.²¹¹

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.51.

²⁰⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo **Interesses Difusos**, Conceito e legitimação para agir. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.68.

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 524-526.

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

2.7.1

A complementaridade entre a proteção internacional e a proteção local dos direitos humanos

A relação umbilical entre os direitos humanos e direitos fundamentais, assim como entre os sistemas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos, é evidente, eis que os direitos humanos são a espécie da qual os direitos fundamentais fazem partes, distinguindo-se dos primeiros, tão somente, por se encontrarem positivados na Constituição de um determinado Estado. Neste ponto, é importante lembrar o papel da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. A Declaração Universal, promulgada, em 10 de dezembro de 1948, ao contrário do que se poderia pensar, não é um tratado, mas uma declaração de preceitos e objetivos de conteúdo ético sem carentes de obrigatoriedade.²¹² Essa, por sinal, foi uma das razões pela qual a ONU viu-se instada a formalizar, em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que foi acrescido de um Protocolo Facultativo, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²¹³ Isso não obstante, a Declaração de Direitos Humanos teve um papel fundamental na efetivação da proteção dos direitos humanos.

Com efeito, a Declaração veio a ser compreendida como instrumento de interpretação autêntica das disposições sobre direitos humanos contidas na Carta

²¹¹ BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 525.

²¹² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.841.

²¹³ MELLO, Celso Duvivier De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público** 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.842.

das Nações Unidas,²¹⁴ vez que, assim como ocorre com a Declaração Universal, a obrigatoriedade das cláusulas de proteção de direitos humanos contidas na Carta da Organização das Nações Unidas, dada a indeterminação do conteúdo de tais dispositivos, foi objeto de grande discussão.²¹⁵ Por ser a proteção dos direitos humanos de uma das finalidades da ONU, tal obrigatoriedade decorreria do fato de que a omissão dos Estados que integram esta organização em proteger os direitos humanos tornaria letra morta as finalidades da ONU.²¹⁶ Assim, a Declaração Universal deu conteúdo aos dispositivos da Carta, permitindo uma efetivação da proteção aos direitos humanos. Além disso, a Declaração foi reconhecida como sendo reflexo de normas já consagradas pelo direito consuetudinário internacional ou, ainda, como princípios gerais de direito, já adotados por boa parte das sociedades modernas.²¹⁷ Dessa forma, “Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive da Corte Internacional de Justiça.”²¹⁸

Talvez o mais importante, seja o reflexo da Declaração Universal no âmbito dos ordenamentos internos dos Estados integrantes da sociedade internacional, fenômeno que demonstra a ampla abrangência dos princípios por ela veiculados.

Suas norma encontraram expressão nas Constituições nacionais de numerosos Estados e serviram de modelo a disposições das legislações nacionais visando a proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões. A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e os direito interno; no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno encontram-se em constante *interação*, em benefício de todos os seres humanos.²¹⁹

²¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.637.

²¹⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.840.

²¹⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.840.

²¹⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Vol. I, p.841.

²¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p.641.

²¹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, pp.641-642.

Esta integração entre dispositivos de direito internacional dos direitos humanos e direitos fundamentais se mostra em evidência ainda hoje, haja vista os vários pactos de direito internacional que cuidam da matéria e que para sua eficaz adoção devem ser internalizados aos ordenamentos internos dos respectivos Estados-partes. Isto porque, se discutível a aplicabilidade interna dos dispositivos firmados em pactos de direito internacional de direitos humanos sem a competente intermediação legislativa, carece de dúvida o fato de que, perante a sociedade internacional, uma vez ratificados esses tratados, o descumprimento de suas cláusulas gera responsabilidades no plano internacional para o Estado inadimplente. É importante lembrar que o direito não é estático, pois, destinado a regular uma realidade sempre cambiante. No campo dos direitos humanos a evolução da sociedade tem levado a um notável incremento de categorias de direitos humanos a reclamar uma proteção efetiva. Necessidade que se verifica e se busca preencher por meio de constante inovação na legislação interna dos Estados, iniciativa que pode ser intestina ou ter sua fonte localizada em pactos de direito internacional.

Importa relevar que, como em resposta aos abusos cometidos durante a II Guerra Mundial várias das constituições europeias promulgadas durante o pós-guerra admitiram expressamente a sua submissão às regras de direito internacional público. Neste passo,

... a Constituição francesa de 27 de outubro de 1946 a qual proclama em seu preâmbulo que <<a República francesa, fiel às suas tradições se conforma às regras de direito internacional público>>, a Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947 a qual, partindo de uma formula semelhante a que foi adotada pela Carta francesa, dispõe que <<a ordem jurídica italiana se conforma às regras de direito internacional comumente reconhecidas >>(artigo 10) e a Lei fundamental alemã que em seu artigo 25 precisa, por seu turno, que <<as regras gerias de direito internacional público integram o direito federal>>. ²²⁰

Nestes casos, as disposições expressas da constituições acima, os preceitos de direito internacional, em especial, aqueles que veiculam normas de proteção aos direitos humanos, passam a integrar o ordenamento interno destes Estados.

²²⁰ BERRAMDANE, Abdelkhhaleq. **La hiérarchie des droits** Droits internes et droits européen et international. Paris: L' Harmattan, 2002, p. 13.

Desse modo, a integração entre direito internacional e direito interno ganhou, como será demonstrado, uma dinâmica até então nunca vista. Como se dá tal dinâmica no direito brasileiro, em especial em função das regras de internalização do direito internacional é o que agora se passará a examinar.