

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICAS¹

FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS AND THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Teodolina Batista da Silva Cândido Vitório – FADIVALE²
lina.adv@terra.com.br

RESUMO: O *objetivo* central deste estudo consiste em demonstrar que os Direitos Humanos Fundamentais não constituem um “*dado*” ou um generoso legado do Estado, mas sim uma *construção* árdua e imperceptível que precisa ser preservada de forma sustentável para as presentes e futuras gerações. *Conclui* que a sociedade moderna vem se livrando de sua letargia e acentuando a luta na defesa de seus direitos, ante a séria ameaça imposta de um futuro sombrio no qual a contagem de suas conquistas, de dimensão a dimensão – de geração a geração –, poderá se afigurar de forma “*regressiva*” com a perda fatal e irreparável das garantias já alcançadas. No que tange à *metodologia*, adotou-se a vertente “*jurídico-teórica*”, inerente à “filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 22), explorando-se as múltiplas doutrinas que se entrecruzam na abordagem das antinomias e idiossincrasias concernentes a esse tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Dignidade. Cidadania. Construção. Democracia.

ABSTRACT: The main purpose of this study consists on demonstrating that the Fundamental Human Rights do not constitute a “*data*” or a generous legacy of State, but an arduous and perceptible *construction* that needs to be preserved in a sustainable way to the present and future generations. *Concludes* that modern society is getting rid of their lethargy and accentuating the fight in defense of their rights, facing the serious threat imposed of a dark future in which the counting of their achievements, from dimension to dimension – from generation to generation – may appear in a “*regressive*” way with the fatal and irreparable loss of the guarantees already achieved. Regarding the “*methodology*”, was adopted the “*juridical-theoretical*” strand, inherent to the “Philosophy of Law and to the theoretical-general areas of the other juridical fields.” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 22), exploring the multiple doctrines that intersect in the approach of the antinomies and idiocrassities concernments to this issue.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Dignity. Citizenship. Construction. Democracy.

¹ Este artigo equivale a fragmento da tese de Doutorado em Direito Público aprovada pela PUC/Minas em março/2011, sob a orientação do Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio.

² Advogada militante em Governador Valadares/MG. Doutora em Direito pela PUC/Minas/2011. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ/2001. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE, do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia - DOCTUM e da Faculdade do Sul da Bahia - FASB.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, uma vez que o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens como co-autores de um mundo comum. (ARENDDT, 1979, p. 509)

O *objetivo* central deste estudo consiste em demonstrar que os Direitos Humanos Fundamentais não constituem um *dado* ou um generoso legado do Estado, mas sim uma *construção* árdua e normalmente imperceptível que precisa ser preservada de forma sustentável para as presentes e futuras gerações. Seus avanços e recuos encontram-se traçados na linha do tempo, ditados a partir da dimensão das lutas sociais e sistemas sociopolíticos adotados em cada marco histórico experimentado.

No que tange à *metodologia*, tem-se neste estudo a vertente intitulada “*jurídico-teórica*”, mais inerente à “esfera da filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 22).

Quanto ao “*tipo*”, ele se classifica como “*jurídico-exploratório*”, enfatizando, em sua “abordagem preliminar, um problema jurídico. Sua “*natureza doutrinária*” se encontra evidenciada não apenas no permanente paralelo crítico-científico estabelecido no texto, mas também no debate fomentado entre as múltiplas correntes jurídicas que se entrecruzam na esfera do direito com suas antinomias e idiosincrasias concernentes aos direitos humanos fundamentais.

Trata-se de debate jurídico atual e de notável relevância, uma vez que, com sua dignidade assegurada, as pessoas se revestem da condição de cidadãos no sentido pleno e genuíno proposto pela Constituição Federal.

2 TRANSITANDO ENTRE UM DIREITO MEMORIAL E UMA JUSTIÇA REAL

No limiar do presente ensaio, saliente-se o sentimento de Sampaio quando adverte: “Pensemos nas periferias e nas favelas das grandes cidades. Seus moradores estão submetidos a todo tipo de intempéries. *Vivem no reino da falta*: falta de liberdade, falta de segurança, falta de saneamento básico, falta de garantia de acesso ao Judiciário, falta, enfim, de dignidade respeitada”. (SAMPAIO, 2010, grifo nosso). Movido pelo mesmo sentimento, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 10) de forma visionária assim profetiza: “A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia” (SANTOS, 2007, p. 10).

Sobre essas desafiadoras reflexões, tem sido lançado um olhar agudo por parte da comunidade jurídica que insiste em mensurar de forma quantitativa e qualitativa as conquistas prometidas pelos Direitos Humanos historicamente invocados por todas as civilizações.

A princípio, para melhor compreensão da presente abordagem, torna-se imperativa a conceituação de Direitos Fundamentais, sendo assim oportuna a lição do Professor Marmelstein:

São normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELESTEIN, 2008, p. 20)

A definição acima transcrita é composta por cinco princípios basilares: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Estando presentes em um determinado caso concreto, esses princípios poderão configurar direito fundamental. Além dos que constam dos arts. 5º a 17 da Constituição de 88, outros também existem, uma vez que o aludido rol não é *numerus clausus*. Esses direitos podem ser previstos até mesmo em preceitos extra-constitucionais, como reafirma o art. 5º, § 2º da CR/88, de sorte que “não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão” (PARDO, 2005, p. 12).

Para o desvelar dos direitos fundamentais, é imprescindível o resgate de suas progressivas conquistas e, muitas vezes, até mesmo de seus recuos históricos que contribuíram “para a evolução da condição do ser precário e ambivalente do homem” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Nesse contexto, importa recordar movimentos que selaram a transição da Idade Média para a Moderna, elevando a um plano de maior expressão essa crescente categoria de direitos, que passou por três eixos implicativos: religião (liberdade religiosa), processo (garantias processuais) e propriedade (direito de propriedade), consolidando-se em três principais modelos: da “Inglaterra, dos Estados Unidos e da França” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Em sua obra “Direitos Fundamentais – Retórica e Historicidade”, Sampaio explica esse movimento ao longo de milênios:

Os “direitos do homem”, dos quais começamos a contar a história, não se confunde com direitos, prerrogativas, privilégios ou *status* que eram deferidos ou concedidos aos cidadãos ou súditos desde a Antiguidade. Não se faz descaso, por exemplo, de que, por volta de 570 antes de Cristo, Ciro,

Rei da grande Pérsia, aprovou a “Declaração de Ciro”, reconhecendo os “direitos” de liberdade, de segurança, de propriedade e até mesmo alguns dos hoje denominados direitos econômicos e sociais; nem se está a esquecer dos “direitos” de participação dos cidadãos atenienses e de outras cidades-estados gregas, bem como das eleições romanas para questores, edis, tribunos militares e da plebe por quase todos, inclusive pobres e libertos, do voto secreto instituído no final da República; do conceito de *conubium* e de *commercium* que se fundava no *status libertatis*; da Lei das Doze Tábuas a assegurar aos cidadãos a liberdade pessoal, a propriedade e a proteção dos direitos ou do reconhecimento na República das Liberdades de opinião, de crença e de culto, assim como da inviolabilidade do domicílio; tampouco deixamos de anotar que o Código de Hamurabi era uma espécie de código civil e comercial de seu tempo; ou que os textos bilingües de Asurbanipal revelavam a disciplina das relações jurídicas comerciais, indicando-se a preocupação com a pessoa individual. Enfim, não se faz tábua rasa das cartas e textos medievais, como a Lei promulgada no VIII Concílio de Toledo em 653, pelo “Glorioso Príncipe Recesvinto”, os decretos da Cúria de Leon em 1188, a Magna Carta de João Sem Terra de 1215, a Bula de Ouro de 1222 e as Sete Partidas também do Século XIII, que traziam certas garantias processuais, criminais, o direito à vida, à integridade física e à propriedade. (SAMPAIO, 2004, p. 136).

O mesmo autor, demonstrando a riqueza dessa abordagem, lança, no “ANEXO 1” da prefalada obra, uma “Breve História dos Direitos Humanos – Principais eventos”, com especial peculiaridade, 55(cinquenta e cinco) marcos emblemáticos de conhecida expressão universal. Começa pela “Carta de Ciro” da Pérsia (570 a.C), passa pelas “Doze Tábuas” (450 a.C), pelas Declarações dos Estados Unidos (1776) e da França (1789) e culmina com as Constituições Brasileiras e as inúmeras Convenções, Resoluções e Protocolos que selaram as últimas décadas.

De igual modo, ao publicar “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Comparato declara que se trata da parte

mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2005, p. 1)

Esse autor se refere à “defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria” (2005, p. 1) e explica, sob esse aspecto, que a religião, a filosofia e a ciência elaboraram o conceito de dignidade. Ao esclarecer que a religião colocou a pessoa humana em evidência, Comparato promove o seguinte destaque referente ao expressivo contributo do Povo da Bíblia à humanidade:

Uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma,

faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

Diante dessa transcendência divina, os dias do homem, disse o salmista, "são como a relva: ele floresce como a flor do campo, roça-lhe um vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece seu lugar" (Salmo 103). *No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre "os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra" (Gênesis 1. 26). A cada um deles o homem deu um nome (2, 19), o que significa, segundo velhíssima crença, submeter o nomeado ao poder do nomeante.* É o que o Salmo 8 exprimiu em forma cintilante: "Quando vejo o céu, obra dos teus dedos, a lua e as estrelas que fixaste, que é um mortal, para dele to lembrares, e um filho de Adão, que venhas visitá-lo? E o fizeste pouco menos do que um deus, coroando-o de glória e beleza. Para que domine as obras de tuas mãos sob seus pés tudo colocaste: ovelhas e bois, todos eles, e as feras do campo também; as aves do céu e os peixes do oceano que percorrem as sendas dos mares". (COMPARATO, 2005, p. 1-2, grifo nosso)

Num segundo momento, o aludido autor demonstra a passagem do domínio da religião ao da filosofia que, buscando a racionalidade, indaga incessantemente: "O que é o homem?" Com peculiar destreza, ele ilustra este momento histórico com a cena de Prometeu Acorrentado (445-470), quando Ésquilo, na boca do Titã, coloca a seguinte mensagem:

Ouçã agora as misérias dos mortais e perceba como, de crianças que eram, eu os fiz seres de razão, capazes de pensar. Quero dizê-lo aqui, não para denegrir os homens, mas para lhe mostrar minha bondade para com eles. No início eles enxergavam sem ver, ouviam sem compreender, e, semelhantes às formas oníricas, viviam sua longa existência na desordem e na confusão. Eles desconheciam as casas ensolaradas de tijolo, ignoravam os trabalhos de carpintaria; viviam debaixo da terra, como ágeis formigas, no fundo de grotas sem sol. Para eles, não havia sinais seguros nem do inverno, nem da primavera florida, nem do verão fértil. Faziam tudo sem recorrer à razão, até o momento em que eu lhes ensinei a árdua ciência do nascente e do poente dos astros. Depois, foi a vez da ciência dos números, a primeira de todas, que inventei para eles. Assim como a das letras combinadas, memória de todas as coisas, labor que engendra as artes. Fui também o primeiro a subjugar os animais, submetendo-os aos arreios ou a um cavaleiro, de modo a substituir os homens nos grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os cavalos dóceis com que se ornamenta o fasto opulento. Fui o único a inventar os veículos com asas de tecido, os quais permitem aos marinheiros correr os mares. (COMPARATO, 2005, p. 3)

No que alude à ciência, Comparato (2005) ensina que o avanço cultural da humanidade foi praticamente invisível nos milênios de anos que antecederam à linguagem, há aproximadamente 40.000 anos, tendo depois o seu desenvolvimento se dado de forma simplesmente alucinante.

O ponto nuclear da busca científica passou a ser, então, o estudo do próprio homem, figura esta que a Bíblia identifica como tendo sido formado pela "argila do solo" (Gn 2,7), por

isto, situado “entre o Céu e a Terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno” (COMPARATO, 2005, p. 6).

O referido jurista invoca o trabalho de Giovanni Pico, que, em 1486, definiu o homem como uma obra pensada diferentemente das demais criaturas celestiais e terrestres, com as quais o Criador teria esgotado todos os seus possíveis modelos. Por isso, ele concedeu ao humano todos os atributos singulares das outras espécies, conferindo-lhe, ainda, o dom da incompletude, autorizando-o a buscar por si o seu próprio limite pelo livre arbítrio, elevando-se à altura dos deuses ou reduzindo-se à irracionalidade dos animais:

Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constricto em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder to entregamos. Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. Não to fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores. (COMPARATO, 2005, p. 7).

Tal concepção é reafirmada por Riobaldo, *in* “Grande Sertão: Veredas”, ao exclaimar: “Mire, veja: o mais importante e bonito do mundo é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam”. (ROSA, 1986, p. 15)

Na sequência, novamente é Comparato quem esclarece que a história passou por duas importantes fases entre os séculos VIII e II a.C, que consolidaram o núcleo central da humanidade, conhecido como “período axial”. Os anos 600 e 480 a.C foram consagrados por notáveis expoentes e por fatos célebres, que demarcaram grandes momentos no processo de construção dos direitos fundamentais, desde o prelúdio antropológico da história da humanidade:

Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período.

O século VIII a.C. é apontado como o início do período axial, não só porque é o século de Homero, mas sobretudo porque nele surgiram os profetas de Israel, notadamente Isaías, aos quais se deve a elaboração do autêntico monoteísmo. Até então, com efeito, a religião dos hebreus era, como já se disse, de certa maneira uma monolatria: só lahweh podia ser adorado como Deus verdadeiro, mas a existência de outras divindades era, não raro, admitida.

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.

No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o "século de Péricles"), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade.

Nesse mesmo século, em Atenas, surgem concomitantemente a tragédia e a democracia, e essa sincronia, como se observou, não foi meramente casual'. A supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas? Não poderia ser outro senão o próprio homem. Mas como definir esse critério, ou, melhor dizendo, quem é o homem? Se já não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão. A tragédia grega, muitos séculos antes da psicanálise, representou a primeira grande introspecção nos subterrâneos da alma humana, povoados de paixões, sentimentos e emoções, de caráter irracional e incontrolável. O homem aparece, aos seus próprios olhos, como um problema, ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geometras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana. (COMPARATO, 2005, p. 8, grifo nosso)

No compêndio acima referido, intitulado "A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos", Comparato (2005) faz justa alusão ao poder da fé e dos rituais religiosos na consolidação dos fundamentos políticos e sociais de um povo, notadamente na era grupal:

Enquanto isso, a força da ideia monoteísta acaba por transcender os limites do nacionalismo religioso, preparando o caminho para o culto universal do Deus único e a concórdia final das nações.

(...)

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. *Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.* (COMPARATO, 2005, p. 11, grifo nosso).

Como se vê, o referido jusfilósofo ensina que, no aludido período Axial, surgiu a proposta de igualdade para todos. Ainda assim, arrastaram-se mais de 2.500 anos até que o mundo pudesse reconhecer, na "Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". (COMPARATO, 2005, p. 24)

A partir desse novo período, a importância da lei escrita ganha contornos na vida dos judeus, representando a expressão do próprio Deus, mais precisamente na Grécia. Em Atenas, ela fundamentou a sociedade política:

Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento

de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (versos 434-437): “uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande”. (COMPARATO, 2005, p. 12-13).

Ocorre, porém, que o crescimento em importância da lei escrita (*nomis êngraphon*) não mitigou o valor da lei não escrita (*nomos ágraphon*), um mito de práticas costumeiras e de leis universais de caráter religioso, que traduziram interesses de todos os povos. À guisa de exemplo, cite-se *Antígona*, escrita pelo dramaturgo Sófocles, em que se tem a resistência travada pela protagonista em face da proibição de se sepultarem os cadáveres daqueles que se revoltassem contra o governo, imputando-se pena de morte a qualquer que violasse tal norma. Essa consistia um mero decreto do Rei, não uma regra jurídica aprovada pelo povo. Independentemente dessa distinção, *Antígona*, inconformada com a aplicação daquela sanção ao seu irmão Polínicos, cujo corpo restou insepulto por ordem de seu próprio tio, o tirano monarca Creonte, termina erguendo um protesto, no qual se apropria de argumentos do “Direito Natural”:

Sim, pois não foi Zeus que a proclamou (a ‘lei’ de Creonte)! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses do reino dos mortos; não, essas não são as leis que os deuses tenham algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas proibições pessoais fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por terror de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis? (versos 450-460). (SÓFOCLES, 2002, p. 25).

Esse normativo não escrito assumiu o condão de leis que eram comuns a todos os povos (*ius gentium*), contrapondo-se aos preceitos particulares e específicos, inerentes a cada nação, delimitando o início de uma nova era na Grécia antiga.

Marmelstein, em seu “Curso de Direitos Fundamentais”, de semelhante modo, também apresenta um *construct* desses direitos até chegar, na linha do tempo, ao Estado Democrático. Em seguida, perpassa pela “teoria das gerações dos direitos” idealizada pelo tcheco Karel Vasak, naturalizado francês, que se inspirou na Revolução Francesa:

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda

Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2008, p. 40)

Para ilustrar referida doutrina, apresenta-se o seguinte quadro:

TABELA 1
Teoria das Gerações dos Direitos

1ª GERAÇÃO	2ª GERAÇÃO	3ª GERAÇÃO
Liberdade	Igualdade	Fraternidade
Direitos negativos (não agir)	Direitos a prestações	
Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial	Direitos sociais, econômicos e culturais	Direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, direito à paz
Direitos individuais	Direitos de uma coletividade	Direitos de toda a Humanidade
Estado liberal	Estado social e Estado democrático e social	

Fonte: MARMELSTEIN, 2008, p. 53

Como demonstrado, a batalha pela conquista da dignidade humana é permanente na história dos povos. Hodiernamente tem-se, *verbis gratia*, todo um cenário tratando de novos direitos que chegam até mesmo à biotecnologia com contornos complexos, tais como clonagem humana, pesquisa em células tronco embrionárias, avanços tecnológicos (cibernéticos), a bioética e outros. Daí, falar-se em direitos de *quarta, quinta, sexta e sétima gerações*. Sampaio, no que concerne à matéria, assim leciona:

Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de *uma quinta geração* dos direitos humanos com múltiplas interpretações.

Tehrarian (1997 a e b) diz sobre “direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados”, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de “segurança ontológica” para usar a expressão de Laing (1969).

Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem. (SAMPAIO, 2004, p. 302, grifo nosso)

Releva salientar, entretanto, que todos esses direitos constantes das dimensões históricas *sus*o narradas são indivisíveis e interdependentes, não havendo como

desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2ª geração), o direito de voto (1ª geração), do direito de informação (2ª geração), o direito de reunião (1ª geração), o direito de sindicalização (2ª geração), o direito à propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim sucessivamente. (MARMELESTEIN, 2008, p. 60)

Destarte, torna-se descabida a supervalorização dos direitos civis ou políticos em detrimento dos direitos sociais e vice-versa. Afinal, na batalha pela consolidação desses direitos, os cidadãos, as instituições e o Estado precisam atentar para a real efetivação daqueles mesmos direitos de forma conjunta, sob pena de não serem suficientemente atendidos os ideais de um Estado verdadeiramente democrático.

Conclui-se, pois, que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, uma vez que o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens como co-autores de um mundo comum”. (ARENDE, 1979, p. 509)

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUALIDADE: uma perspectiva constitucional-democrática

Esclarece Sarmiento que os principais matizes da moderna teoria dos direitos fundamentais, sem dúvida, residem na “Teoria dos Direitos Públicos Subjetivos” de George Jellinek no apagar das luzes do séc. XIX, quando, em seu clássico “Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”, apresentou sua adesão aos fundamentos do positivismo e do individualismo. Ele adotou a concepção de que os direitos públicos subjetivos

não eram direitos naturais e inatos, que antecederiam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo perante o Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente de acordo com o marco estabelecido pelas leis. (SARMENTO, 2003, p. 258)

Essa perspectiva individualista e subjetiva dos direitos fundamentais foi estremecida pelo Constitucionalismo de Weimar, notadamente pela teoria das garantias institucionais de Carl Schmitt, somados à teoria da Constituição como integração, inspirada por Rudolf Smend (SARMENTO, 2003, p. 259).

Entretanto, foi sob o pálio da Lei Fundamental de Bonn que realmente se consolidou a transição do ideal subjetivo para uma proposta objetiva dos direitos fundamentais, tendo como divisor de águas o emblemático “Caso Lüth”, que sacudiu, o alicerce da Corte Constitucional germânica em 1958.

Esse embate girou em torno de um boicote em face de um filme de direção da cineasta Veit Harlan, com histórico nazista, movimento este idealizado em 1950 por Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo.

Harlan logrou conter tal censura, com fulcro no Art. 826 do Código Civil alemão, que preceitua que “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Repudiando tal julgado, foi oferecida queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde) ao Tribunal Constitucional que acolheu o recurso. Para tanto, argumentou-se que as cláusulas gerais do direito privado (Ex.: bons costumes – Art. 826 do BGB), exigem uma interpretação na ótica dos valores constitucionais, tendo sempre, como farol, os direitos fundamentais, critério este, entretanto, não observado pela Corte de Hamburgo. Dessa decisão emblemática, tem-se o seguinte recorte:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países...

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo desses direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de meio para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim, é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado por intermédio dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação. (KOMMERS, 1997, p. 363)

Hodiernamente, tem-se entendido que a constatação objetiva dos direitos fundamentais pressupõe a partilha dos mais relevantes valores morais coletivos, cuja garantia não compete apenas ao Estado, mas a todos os membros de uma sociedade. Nesse azo, é outra vez Daniel Sarmiento quem adverte, de forma peculiar, sobre a imperiosa necessidade de se

abandonar a perspectiva egocêntrica de que a violação dos direitos humanos constitui um "problema do Governo", o que permite a cada um de nós, de classe média ou abastada, que nos deitemos à noite para dormir sem culpas o sono dos justos, enquanto a tortura viceja nas delegacias de

polícia e crianças famélicas morrem por desnutrição. A perspectiva comunitária dos direitos humanos nos incita a agir, em primeiro lugar, na arena política, por meio do exercício responsável do direito de voto e dos mecanismos de democracia participativa, mas também na nossa esfera privada e no nosso microcosmo de relações. (SARMENTO, 2003, p. 308/309)

O desafio hercúleo de particulares e do Poder Público, nos tempos modernos, reside na real consagração de um novo tempo que vem sendo emblematicamente intitulado como a *era dos direitos humanos fundamentais*, com origem histórica no 2º pós-guerra, quando o Brasil projetou uma multiplicidade de direitos ante as novas demandas sociais daí emanadas. Mobilizaram-se, para a efetivação desses direitos, os três Poderes do Estado. Como o Executivo e o Legislativo se revelaram impotentes nesse mister, foi então acionado o Poder Judiciário. Este, por sua vez, busca compreender se as políticas públicas estão realmente contempladas, tendo sempre em vista os ideais preconizados pela Constituição. Em síntese, portanto, pela via jurisdicional intenta-se a superação das “omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes”. (ESTEVES, 2007, p. 75-76)

O Judiciário tornou-se garante da “trilogia Constituição-Direito-Democracia” (FACHIN, 2010, p. 11), consolidando-se como real “guardião das promessas” (GARAPON, 2001, p. 27) destinadas ao exercício pleno da cidadania. A ancorados nessa premissa, seus agentes, juízes, desembargadores e ministros têm se posicionado em litígios os mais complexos possíveis, a exemplo da concessão de medicamentos a pessoas hipossuficientes economicamente; inclusão de infantes na sala de aula; acesso a prédios públicos pelas pessoas com mobilidade reduzida; questões pertinentes à demarcação de terras indígenas, nepotismo, regulamentação do uso de algemas, fidelidade partidária, entre outras que serão posteriormente evidenciadas neste trabalho.

Como pressuposto da proteção dos Direitos Fundamentais, a Democracia, em que pese suas dificuldades, tem se revelado como o sistema no qual se efetiva, de forma mais adequada, o aprimoramento das relações humanas e a desenvoltura das instituições e das pessoas, permitindo ainda, de maneira mais consistente, a limitação do poder governamental e, por conseguinte, a chancela dos direitos sociais. Dentre suas vantagens, destacam-se:

a) ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; b) garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; c) assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; d) ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; e) promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; f) promove um grau relativamente alto de igualdade política; g) apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os

indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; h) somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; i) os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; j) as modernas democracias não lutam umas contra as outras. (DAHL, 2001, p. 73-74)

O jurista italiano Norberto Bobbio, nessa esteira, ensina que é na democracia que o direito se fecunda:

Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito. (BOBBIO, 2000, p. 23)

Na concepção de Ronald Dworkin (2001), democracia não implica a mera submissão ao comando da maioria, razão pela qual ele atribui supremacia aos direitos fundamentais ante a soberania popular. Ele elege, como prioridade, alguns núcleos de direito frente a possíveis ingerências decorrentes de processos majoritários. É que, nem sempre uma lei pautada nos interesses da maioria será justa, podendo até mesmo violar os direitos individuais, sobretudo o de igualdade de oportunidade.

O dever de o Judiciário tutelar os direitos fundamentais perpassa igualmente por outras instituições, entre elas, o Ministério Público, conforme dispõe o Art. 127 da Constituição brasileira. Merece realce no que atine à tutela dos direitos coletivos e difusos, chancelados pelo referido órgão ministerial, a seguinte reflexão de Mauro Cappelletti:

A complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Falsas informações divulgadas de uma sociedade por ações podem prejudicar a todos os adquirentes dos títulos acionários; atividade monopolística ou de concorrência desleal por parte de grandes sociedades comerciais pode lesar os interesses de todos os empreendedores concorrentes; um prestador de serviço que não observa uma cláusula de acordo coletivo pode violar o direito de todos os seus dependentes; resíduos poluentes despejados em um rio prejudicam os moradores ribeirinhos e todos aqueles que pretenderam usar da água não poluída daquele rio; a embalagem defeituosa ou não higiênica de um artigo de largo consumo leva prejuízo a todos os consumidores daquele bem... Os riscos de tais lesões que afetam simultaneamente numerosas pessoas, ou categorias inteiras de pessoas, constituem um fenômeno sempre muito vasto e frequente na sociedade industrial. A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-las a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtível. (CAPPELLETTI, 1977, p. 130)

O Ministério Público, figurando atualmente como ator ideológico e não apenas como agente meramente burocrático, tem abandonado sua origem francesa de órgão público indiferente às questões sociais e assumido as credenciais que a Constituição Federal lhe conferiu como defensor maior da sociedade. Sua crescente atuação na proteção dos direitos fundamentais foi revelada por Vianna e Burgos (2002) em pesquisa desenvolvida na Comarca do Rio de Janeiro que pode ser assim demonstrada:

TABELA 2
Principais autores das Ações Cíveis Públicas – 1996/2001

Ministério Público Estadual	179 casos	42,7%
Associações, ONG's e sindicatos	70 casos	37,7%
Município do Rio de Janeiro	30 casos	16,2%
Outros	6 casos	3,2%

Fonte: Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos. *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressista*, in Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465. O total da amostra foi de 185 casos.

Trata-se de ações na área de defesa do consumidor, bem como de proteção à criança e aos adolescentes e outras de interesse coletivo. Tem sido sensível o aumento da participação da sociedade nessa defesa, notadamente pelas associações, ONG's e sindicatos. No entanto, o quadro acima traçado por Vianna (2002) indica que, em relação ao total das ações civis públicas ajuizadas no Rio de Janeiro no período de 1996-2001, a maioria (42,7%) deu-se via Ministério Público, cujo êxito nas ações soa duas vezes superiores que aquelas atinentes às ONG's.

Com seus direitos fundamentais assegurados, as pessoas se revestem da condição de cidadãos, fazendo prevalecer seus pleitos perante o poder público. Essa participação no Estado Democrático de direito “implica a condição de membro de comunidade política baseada no sufrágio universal – princípio basilar da democracia – e na concretização da cidadania plena e coletiva sob o primado da lei” (SOARES, 2003, p. 404).

Ernest Benda ensina que, na concepção do Estado de Justiça, os direitos fundamentais são parte do contrapoder imprescindível para a defesa de uma democracia pluralista que contemple, de forma efetiva, os interesses das minorias:

- são direitos de possibilidades (perspectivas de possibilidades), pois se abrem aos indivíduos e aos grupos espaços de liberdade em formação, favorecendo o desenvolvimento da própria personalidade;
- sustentam-se na perspectiva constitucional, sobre um consenso de base própria, referente aos seus limites: o Estado de direito e a ordem na qual o povo politicamente maduro reconhece os seus limites;
- exigem, como pressuposto para participação nos processos políticos, econômicos e culturais, que o Estado constitucional tenha a dignidade humana como premissa e não a soberania popular. (BENDA, 1996, 416-417)

Por derradeiro, vale constar que a sociedade moderna vem se livrando, pouco a pouco, de sua costumeira letargia frente à defesa dos direitos humanos fundamentais. Tem assumido, ainda que com grandes reservas, o incrível papel que os agentes não públicos podem desenvolver na promoção de um Estado que realmente seja plural, justo, igualitário e sem preconceitos tal como preconiza o Brasil no preâmbulo de sua atual Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou demonstrar que os Direitos Humanos Fundamentais não constituem um *dado* ou um generoso legado do Estado, mas sim uma *construção* árdua e normalmente imperceptível que precisa ser preservada de forma sustentável para as presentes e futuras gerações. Seus avanços e recuos encontram-se traçados na linha do tempo, ditados a partir da dimensão das lutas sociais e sistemas sociopolíticos adotados em cada marco histórico experimentado pela humanidade.

Concluindo, foi possível aferir a partir destas reflexões filosóficas, políticas e doutrinárias, que atualmente os cidadãos estão gradativamente assimilando sua imperiosa missão como agente de construção dos direitos fundamentais, ante a incontestável ameaça imposta de um futuro sombrio no qual a contagem de suas conquistas, de dimensão a dimensão – de geração a geração –, se dará de forma “regressiva” com a perda fatal e irreparável das garantias já alcançadas. Tem assumido assim, ainda que com grandes reservas, o incrível papel que os agentes não públicos podem desenvolver na promoção de um Estado que realmente seja plural, justo, igualitário e sem preconceitos tal como preconiza o Brasil no preâmbulo de sua atual Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: totalitarismo, o paroxismo do poder; uma análise dialética. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

BENDA, Ernesto. **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em 10 de mar. 2010

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luíza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 2nd. Durhan: Duke University Press, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados**: justificação e aplicação. 2005. 327f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A crise dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://domtotal.com.br/colunistas/detalhes.php?artId=84>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. *In*: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais**. *In*: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Millôr Fernandes. 8 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. **Revolução processual do direito e democracia progressista**, *in* Luiz Werneck Vianna (org.), A democracia e os três poderes no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465.