

**Cadernos de Direitos Humanos, Liberdade  
Religiosa e Tolerância**

---

2016- vol. 1

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais  
(Organizador)

---



**MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA  
PEDROSA MORAIS**  
(organizador)

**CADERNOS DE DIREITOS  
HUMANOS, LIBERDADE  
RELIGIOSA E TOLERÂNCIA**  
Volume 1

© Copyright 2016, Organizador e Autores

1ª edição

1ª impressão

(publicado em dezembro de 2017)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Morais, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa

CADERNOS DE DIREITOS HUMANOS, LIBERDADE RELIGIOSA E TOLERÂNCIA – volume 1. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes (organizador) Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2017. Edição e-book PDF.. 175p.

ISBN 978-85-434-1250-4

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

*Livro publicado pela*

VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.

Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177

Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares.

Publicamos e-book S(formatos: e-pub ou PDF)

Tel.: (37) 32316653 - e-mail: capasvb@gmail.com

<http://www.virtualbooks.com.br>

## SUMÁRIO

### **PREFÁCIO / 5**

Carlos Alberto Simões de Tomaz

### **DIREITOS NATURAIS, DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS? em busca de um conceito /8**

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

### **A DIVISÃO DE 1966, OS REFUGIADOS E O DESENVOLVIMENTO: A IGUALDADE ESQUECIDA PELA ONU / 36**

Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira

Érica Patrícia Moreira de Freitas Andrade

### **OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL VISTOS SOB O ENFOQUE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NA REINICIDÊNCIA / 59**

Aparecida Dutra de Barros Quadros

Laís Freire Lemos

### **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO COROLÁRIO DAS CONQUISTAS DO STATUS LIBERTATIS / 92**

Cláudio Márcio Bernardes

Maria Solange Costa Fonseca

**O DIREITO GERAL DE LIBERDADE NO ESTADO SOCIAL:  
uma análise do Direito Geral de Liberdade, conceito levantado por  
Robert Alexy, na perspectiva do Estado Social / 123**

Junio César Doroteu

Laís Orlandi Rosa

**DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO: UMA VISÃO CRÍTICA E REALISTA / 143**

**Alberto Magalhães de Oliveira**

Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende

## **Prefácio**

É com satisfação e alegria que aceitei o convite para prefaciá-lo o primeiro volume dos *Cadernos de Direitos Humanos, Liberdade Religiosa e Tolerância*, coletânea idealizada pelo Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, que pretende reunir semestralmente artigos de alunos das disciplinas ministradas por ele no Programa de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais de nossa Universidade.

Neste primeiro volume estão publicados 6 estudos, sendo o primeiro de assinatura do Prof. Márcio e os demais de seus discentes.

No seu artigo introdutório, intitulado “*Direitos naturais, direitos humanos ou direitos fundamentais?* em busca de um conceito”, o docente objetivou apresentar uma definição conceitual de direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais, a partir da doutrina jurídica. Trata-se de um artigo conceitual, simples e objetivo, que tem por objetivo lançar rápidas linhas sobre os referidos termos. O trabalho é importante por dicionarizar conceitos que são palavras-chave ao longo deste e dos demais Cadernos.

O estudo seguinte, “*A divisão de 1966, os refugiados e o desenvolvimento: a igualdade esquecida pela ONU*”, dos mestrandos Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira e Érica Patrícia Moreira de Freitas Andrade, adentra à temática dos refugiados, problema que aflige milhões de pessoas no mundo, demandando políticas sérias por parte da comunidade internacional.

O terceiro artigo, cujo título é “*Os direitos humanos no Brasil vistos sob o enfoque do sistema*”

*penitenciário em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos na reincidência*”, de responsabilidade de Aparecida Dutra de Barros Quadros e Laís Freire Lemos, aborda a questão penitenciária à luz da dignidade humana na Constituição de 1988, que promete direitos que não foram reconhecidos até o presente momento, dentre eles o respeito à dignidade humana do preso. O trabalho parte da premissa do Estado como violador dos direitos humanos no sistema prisional, onde não há infraestrutura mínima que possa garantir ao custodiado condições de dignidade, estando o sistema penitenciário brasileiro em crise.

Posteriormente, Cláudio Márcio Bernardes e Maria Solange Costa Fonseca, por intermédio do artigo “*A liberdade de expressão como corolário das conquistas do status libertatis*”, analisam a liberdade de expressão e de consciência no Estado democrático de direito enquanto condição preferencial para a fundação de sociedades livres. Para isso estabelecem um diálogo entre o conceito de liberdade e as diversas doutrinas políticas, notadamente o liberalismo cujo desígnio dominante é assegurar as condições políticas que são necessárias para o exercício da liberdade pessoal.

O estudo seguinte, “*O direito geral de liberdade no estado social: uma análise do direito geral de liberdade, conceito levantado por Robert Alexy, na perspectiva do estado social*”, de Junio César Doroteu e Laís Orlandi Rosa, pretende analisar a possibilidade de se aplicar o Direito Geral de Liberdade num modelo de Estado Social, onde a liberdade deve ser moldada como um direito que, ao mesmo tempo em que é do indivíduo, deve atender aos anseios da coletividade.

Por último, os discentes Alberto Magalhães de Oliveira e Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende, analisaram os direitos humanos no Estado Democrático de

Direito, sob uma visão crítica e realista, e suas imbricações com a democracia, no artigo intitulado “*Direitos humanos no estado democrático de direito: uma visão crítica e realista*”. A pesquisa objetivou verificar o respeito aos direitos humanos por parte do Estado Democrático de Direito brasileiro.

As temáticas de todos os estudos perpassam a problemática dos direitos humanos, eixo principal dos *Cadernos de Direitos Humanos, Liberdade Religiosa e Tolerância*, que se iniciam com este volume inaugural.

Enfim, espero que a leitura dos artigos seja agradável e proveitosa para todos os estudiosos e curiosos sobre a temática dos direitos humanos e fundamentais. Além disso, faço votos de profícua produção acadêmica por parte do Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e de seus discentes.

ITAÚNA/MG, 16 de dezembro de 2016.

*Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz*

Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG.

## **DIREITOS NATURAIS, DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS? em busca de um conceito**

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Objetiva-se, por intermédio do presente estudo, apresentar uma definição conceitual de direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais, a partir da doutrina jurídica. Observa-se no cotidiano jurídico e social a utilização terminológica desconforme dos termos, o que motiva uma clarificação de seus significados. Os direitos humanos estão previstos na ordem internacional, estando inseridos nos documentos internacionais, enquanto os direitos fundamentais estão agasalhados em ordenamentos jurídicos nacionais, tendo como base os direitos humanos. Por sua vez, os direitos naturais, cronologicamente o primeiro dos três termos a se desenvolver no Direito ocidental, possuem origem divina, natural ou racional, a depender do conceito, sendo resultado da própria concepção divina, natural ou racional dos direitos do cidadão.

**Palavras chave:** Direitos fundamentais; direitos humanos; direitos naturais.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho/RJ; Professor no Curso de Direito da Universidade de Itaúna e no Curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna/MG.

### **ABSTRACT**

It is intended, through the present study, to present a conceptual definition of natural rights, human rights and fundamental rights, based on legal doctrine. It is observed in the legal and social daily life the terminological misuse of terms, which motivates a clarification of their meanings. Human rights are foreseen in the international order and are embedded in international documents, while fundamental rights are enshrined in national legal systems, based on human rights. In turn, natural rights, chronologically the first of the three terms to be developed in Western law, have a divine, natural or rational origin, depending on the concept, being the result of the divine, natural or rational conception of the rights of the citizen.

**Keywords:** Fundamental rights; human rights; natural rights.

### **1 INTRODUÇÃO**

O homem sempre buscou a interação como forma de vida, situação que demanda, por consequência, a necessidade de regras de conduta que possam limitar seu ímpeto de poder, como também ofertar condições para o desenvolvimento de sua cultura, de seus desejos e necessidades. Não seria errado, num primeiro momento, afirmar somente ser possível ao homem buscar suas necessidades com a existência de direitos mínimos existenciais. Esses direitos mínimos existenciais podem ser conceituados como a gênese daquilo que a sociedade atual

denomina *direitos humanos*. Neste sentido, há autores<sup>2</sup> que observam a presença de normas relacionadas aos direitos humanos ainda no Código de Hamurabi<sup>3</sup> (século dezoito antes da era cristã).

Fato é que durante considerável período da humanidade os direitos humanos foram desconsiderados pela dogmática jurídica, sendo possível testemunhar no século vinte desrespeitos aos direitos do homem, tais como o nazismo, as bombas atômicas sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki em 1945, as guerras religiosas insanas travadas em vários locais do Globo. A história da humanidade não é uma história tão bela como pode-se pensar!

Com o intuito de evitar a permanência da catástrofe bélica, após a Segunda Guerra Mundial a Organização das Nações Unidas (ONU), então recém fundada, preparou uma recomendação, elaborada pela Assembleia Geral, tendo como princípios fundamentais a liberdade, a igualdade e a fraternidade, postulados da Revolução Francesa de 1789. Era o desejo de se evitar que uma terceira guerra de nível mundial pudesse eclodir, o que certamente destruiria a humanidade por completo.

---

<sup>2</sup> Como é o caso de Emerson Penha Malheiro (2011). Em que pese a defesa, não se pode concordar com a afirmação, pelo fato de o próprio Código de Hamurabi prever penas infamantes e cruéis, como é o caso de penas de morte por empalação, forca, como mutilações corporais (corte de língua, seio, orelha, arrancar olhos, dentes) e outras penas infamantes.

<sup>3</sup> Antigo conjunto de normas da Mesopotâmia, elaborado pelo Rei Hamurabi, sexto rei da primeira dinastia babilônica, filho de Sinmuballit. Hamurabi governou de 1792 a 1750 a.C. O seu código está constituído por uma maciça rocha magmática de diorito, por intermédio da qual o rei é retratado recebendo a insígnia do reinado e “sobre o qual se dispõem 21 colunas de escrita cuneiforme assírio-babilônica desenvolvida pelos sumérios (afro-asiáticos), com 282 dispositivos, em 3600 linhas, que regulavam a conduta das pessoas na sociedade”. (MALHEIRO, 2011, p. 1).

Acontece que, todo esse aparato não foi capaz de impedir barbáries ao longo do recém-chegado século vinte. Prova disso são os fatos pendentes no mundo, tais como os conflitos religiosos, o ódio a minorias, que ainda acontecem em locais distintos. Não seria também incorreto afirmar que os direitos humanos chegaram ao seu fim, ou que nunca tenham efetivamente existido.

Com essas rápidas considerações, partindo deste pressuposto, é necessário definir o objeto do presente estudo, qual seja: os *direitos fundamentais*, também denominados *direitos humanos constitucionalizados*. Em verdade, o rápido propósito deste estudo é apresentar as conceituações de *direitos fundamentais*, *direitos humanos* e *direitos naturais*.

Nesse sentido, objetiva-se, por intermédio do presente estudo, apresentar o fundamento, conceito e características dos direitos fundamentais, como também traçar sua evolução histórica, perpassando momentos importantes da trajetória desta importante conquista humana. Neste sentido, percebe-se, desde já, o fato de os direitos fundamentais serem uma conquista histórica, ou seja, os mesmos estão em constante evolução na sociedade. Para isso, será apresentada uma conceituação de *direitos naturais* e *direitos humanos*, terminologias que se assemelham em alguns aspectos, mas que possuem significados distintos.

## **2 FUNDAMENTOS E CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS – DEFINIÇÕES TERMINOLÓGICAS**

Antes de se aprofundar no estudo dos direitos fundamentais, é importante frisar a necessidade de se

conceituar o objeto de estudo. Neste sentido, a primeira dificuldade ao se estudar a disciplina *direitos fundamentais* refere-se à sua definição terminológica, tendo em vista o fato de alguns doutrinadores destacarem ser a definição *direitos fundamentais* sinônima de *direitos humanos*, enquanto outros observam haver diferenças entre ambas. Neste sentido, inicialmente abordando a temática, Humberto Nogueira Alcalá define *direitos fundamentais* como:

[...] o conjunto de normas de um ordenamento jurídico, que formam um subsistema deste, fundadas na liberdade, igualdade, segurança e solidariedade, expressão da dignidade do homem, que formam parte da norma básica material de identificação do ordenamento e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado Social e Democrático de Direito.<sup>45</sup>

Esmiucando o conceito trazido por Nogueira Alcalá, percebe-se serem os direitos fundamentais um conjunto de normas de um ordenamento jurídico, que formam um subsistema deste. Ademais, estão solidificadas nos princípios da liberdade, igualdade, segurança e solidariedade, expressão da dignidade do homem.

Fato é que, direitos fundamentais são direitos positivados num determinado ordenamento jurídico. Deste

---

<sup>4</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Cidade do México: UNAM, 2003, p. 54.

<sup>5</sup> “[...] el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivada, que legitima el Estado social y democrático de derecho.” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2003, p. 54).

modo, num primeiro momento tem-se os direitos humanos, que estão inseridos em nível internacional e posteriormente, com a positivação desses direitos em ordenamentos jurídicos, passarão a se denominar *direitos fundamentais*.

Categorizados em nível internacional, os direitos humanos se inserem no gênero dos *direitos subjetivos*, tendo sido o conceito de direitos subjetivos criado pelos pandectistas no início do século XIX.

Para Savigny ou para Windscheid, o direito subjetivo é *Willensmacht*, ou potência de agir concedida ao indivíduo. Outra definição, de Ihering: tratar-se-ia de um “interesse juridicamente protegido”. Sempre “subjetivo”, ligado a algum sujeito, a alguma pessoa individual, por extensão pessoa moral, ou os beneficiando.<sup>6</sup>

Deixando de lado a conhecida polêmica doutrinária entre Savigny e Windscheid, é possível perceber nos direitos fundamentais uma dimensão jusnaturalista, uma dimensão constitucional e uma dimensão universalista ou internacional. Num primeiro momento tem-se uma visão jusnaturalista dos direitos fundamentais, que aqui ainda não são considerados fundamentais, mas sim *direitos naturais*. Num segundo momento, com a constitucionalização desses direitos desenvolve-se a concepção de fundamentalidade de tais direitos, que passam a se denominar *direitos fundamentais*. Posteriormente, já fundamentais, esses direitos serão internacionalizados, tendo-se o que a doutrina denomina *direitos humanos*.

---

<sup>6</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 69.

Em relação à origem desses direitos, a doutrina considera a Declaração de Direitos da Virgínia (Estados Unidos), de 1776, como a certidão de nascimento dos direitos humanos.<sup>7</sup> Todavia, não se pode desconsiderar a importância da Carta Magna inglesa de 1215 (*Magna Charta Libertatum*), como também os escritos da Revolução Inglesa do século XVII, inspirados no pensamento de John Locke, pai do liberalismo.

Michel Villey afirma serem os *direitos humanos* produto da era moderna, tendo o idealismo erigido o progresso no lugar de Deus, depositando sua esperança no Leviatã, o Deus Terrestre. Nesse sentido: “daí em diante, toda a ordem jurídica procede do Estado e está fechada em suas leis. É o positivismo jurídico, filosofia das fontes do direito aceita pela maioria dos juristas e que os dispensa, submetendo-os à vontade arbitrária dos poderes públicos, da busca da justiça”.<sup>8</sup>

Ao positivismo jurídico se contrapõe a figura dos direitos humanos, advinda da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento foi erroneamente anunciado por teóricos do século XIX. Villey<sup>9</sup> entende ter a expressão *direitos humanos* surgido em meados do século XVII, e seus pródromos na Idade Média, no seio da teologia.

Associando os direitos fundamentais a uma ótica jusnaturalista, percebe-se a história dos direitos fundamentais como a própria história dos direitos naturais, ou vice-versa. Assim, os direitos naturais seriam a pré-história dos direitos fundamentais. Sob essa ótica, parece

---

<sup>7</sup> REIMER, Haroldo. *Liberdade religiosa na história e nas constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013, p. 39.

<sup>8</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 2-3.

<sup>9</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ser o estoicismo a gênese da ideia de direitos fundamentais, no sentido de defesa da ideia de serem os direitos dos cidadãos um valor a ser protegido por todos e em benefício de todos, independentemente de origem, classe social. André Nicolitt<sup>10</sup> destaca a resistência em se conceber essa fase como uma era de concepção da ideia de direito dos homens, tendo em vista a escravidão presente na sociedade grega da época, em que pese ter sido esse o período histórico de origem do *humanismo*.

Essas contradições são visíveis ao longo do desenvolvimento do conceito de direitos naturais, humanos e fundamentais, o que não retira a importância histórico-jurídica desse desenvolvimento histórico dos direitos humanos paralelo à barbárie (da guerra, da fome, do autoritarismo, da exclusão, da intolerância).

## 2.1 Fases de elaboração das declarações de direitos

A história da formação das declarações de direitos pode ser sintetizada em três fases: a fase filosófica, a fase da positivação pelo legislador e a fase da universalidade.

A *fase da universalidade* tem como marco histórico a estruturação normativa internacional iniciada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e posterior advento de vários tratados internacionais que tiveram sustentáculo nesse documento.

Os direitos fundamentais legitimam o Estado Social e Democrático de Direito, no sentido de não ser possível a concretização dos postulados de igualdade material desse modelo de Estado sem se observar o princípio da

---

<sup>10</sup> NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

dignidade da pessoa humana, núcleo estruturante da democracia e do Direito.

Tais normas, segundo as funções que os direitos fundamentais cumpram na relação “Estado-cidadão”, podem se distinguir em direitos de defesa e direitos de prestação. Como direito de defesa, trata-se do direito à ação negativa do Estado (omissão estatal), limitando a ação do Estado e assegurando a liberdade individual, ou seja, um não fazer por parte do Estado. Como uma prestação estatal, é de se frisar o acesso à saúde, à educação, a um meio ambiente saudável.

Posteriormente os direitos são positivados, recebendo a alcunha de *direitos fundamentais*, tendo-se, nesse sentido, a fase de positivação. Por sua vez, num terceiro momento, os direitos são universalizados.

### 3 O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO TERMINOLÓGICA

Como destacado na introdução, é difícil conceituar as expressões *direitos fundamentais*, *direitos humanos* e *direitos naturais*. Fato é que, numa linha cronológica de desenvolvimento tem-se primeiramente os direitos naturais, posteriormente os direitos humanos e num terceiro momento os direitos fundamentais.

Nesse sentido, em relação à definição terminológica, é importante ressaltar que as expressões *direitos fundamentais*, *direitos humanos* e *direitos naturais* não se confundem.

Os *direitos naturais* podem ser conceituados como os direitos intrínsecos à natureza humana, tendo duas concepções: uma *divina* e outra *racional*, ou seja, os direitos naturais podem ter fundamentação jusnaturalista

ou jusracionalista. Num primeiro momento tem-se uma fundamentação divina, ou seja, natural (jusnaturalismo), num segundo momento, a base de fundamentação será a razão do homem, iniciando-se a fase jusracionalista.

Conceituando “*direitos humanos*”, Pedro Nikken afirma que:

A noção de direitos humanos corresponde com a afirmação da dignidade da pessoa frente ao Estado. O poder público deve ser exercido a serviço do ser humano: não pode ser empregado licitamente para ofender atributos inerentes à pessoa e deve ser veículo para que ela possa viver em sociedade em condições consoantes com a mesma dignidade que Le é consubstancial. A sociedade contemporânea reconhece que todo ser humano, pelo fato de o ser, possui direitos frente ao Estado, direitos que este, ou bem tem que dever e respeitar e garantir ou bem está chamado a organizar sua ação a fim de satisfazer sua plena realização. Estes direitos, atributos de toda pessoa e inerentes à sua dignidade, que o Estado está no dever de respeitar, garantir ou satisfazer são os que hoje conhecemos como direitos humanos.<sup>1112</sup>

---

<sup>11</sup> NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. In: CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto (Orgs.) *Estudios básicos de derechos humanos*. Tomo I. San José: Instituto Interamericanos de derechos humanos, 1994, p. 15.

<sup>12</sup> La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado licitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones consonas con la misma dignidad que le es consubstancial. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de

Os direitos humanos, como expressão, possuem conotação supralegal, no sentido de não estarem inseridos necessariamente em documentos legais, existindo na consciência das sociedades, sendo fruto do desenvolvimento histórico. Apesar de não estarem inseridos em documentos legais próprios, tais direitos estão codificados em Declarações históricas, como são os casos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Carlos Weis, abordando a conceituação de *direitos humanos*, observa:

[...] vale ressaltar que, com exceção da doutrina francesa e dos que a seguem, a denominação “direitos do homem” tem sido pouco empregada, sob acusação de possuir conteúdo machista, eis que emprega o gênero masculino para designar toda a Humanidade, o que reforça a ideia de que as mulheres não são igualmente titulares dos direitos referidos, ou que não devem participar da vida pública.<sup>13</sup>

De outro lado, os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos que foram positivados em um texto constitucional, os quais passarão, a partir de então, a se denominar direitos fundamentais. De acordo com José Adércio Leite Sampaio, direitos fundamentais “são aqueles que são juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no

---

respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos. (NIKKEN, 1994, p. 15).

<sup>13</sup> WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20.

âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos).”<sup>14</sup>

Por sua vez, José Jairo Gomes destaca a diferença entre as terminologias no seguinte sentido:

Poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem nascem da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, atemporal e universal; já os direitos fundamentais seriam direitos objetivamente vigentes em uma ordem concreta.<sup>15</sup>

Resumindo: os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram inseridos no ordenamento jurídico de um Estado, seja por intermédio do Poder Constituinte Originário, seja por intermédio do Poder Constituinte Derivado, como também em decorrência de tratados internacionais de direitos humanos, devidamente inseridos nesse ordenamento.

De acordo com a doutrina de Robert Alexy,<sup>16</sup> os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco fatores, tendo em vista serem os direitos fundamentais: I) *universais*: sendo seus titulares todos os homens; II) *morais*: não dependendo de positividade sua validade; III) *preferenciais*: o direito

---

<sup>14</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 8-9.

<sup>15</sup> GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

positivo deve se orientar por eles, criando esquemas legais para otimizá-los e protegê-los, IV) *fundamentais*: sua violação acarreta grave consequências à pessoa; e V) *abstratos*: caso haja colisão entre eles, deve-se resolver por intermédio da ponderação.

A doutrina costuma elencar os direitos humanos em dimensões (equivocadamente denominadas por alguns de “gerações”<sup>17</sup>), levando em consideração as etapas históricas de sua afirmação e das características comuns. Deste modo, há os direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, utilizando-se o lema da Revolução Francesa (1789) “liberdade, igualdade e fraternidade” como mote de inspiração e compartimentação.

Em relação à crítica ao termo dimensão, Paulo Henrique Gonçalves Portela destaca ser o termo “dimensão” o mais adequado para compor a classificação dos direitos humanos “visto que a expressão ‘geração’ pode induzir a erro, dando a entender que tais direitos se substituem ao longo do tempo, o que não é o caso”.<sup>18</sup> O conceito *geração* gera a falsa ideia de que uma geração substitui e anula a outra (anterior), o que não é verdade, pois os direitos humanos são conquistas paulatinas que são agregadas ao seu conceito semântico, tornando-o cada vez mais sofisticado.

### 3.1 Os direitos humanos são universais?

---

<sup>17</sup> Dentre os motivos está o fato de o surgimento desses direitos não terem se dado em caráter sucessivo na história, mas sim de maneira concomitante. Ademais, “a categorização dos direitos humanos em gerações fere a indivisibilidade e a interdependência desses direitos, abrindo a possibilidade de que prevaleça uma visão fragmentária e hierarquizada dos direitos humanos, que permita justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais”. (PORTELA, 2011, p. 694).

<sup>18</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 695.

Ponto discutido pela doutrina refere-se à universalidade dos direitos humanos. Não cabendo na proposta do presente estudo um aprofundamento da questão, insta observar que a universalidade dos direitos humanos é parte constitutiva do denominado “constitucionalismo do futuro ou do por vir”, expressão elaborada por José Roberto Dromi.<sup>19</sup> Junto ao postulado da *universalidade*, Dromi destaca ainda: I) *verdade*; II) *solidariedade*; III) *consenso*; IV) *continuidade*; V) *participação*; e VI) *integração*. A ideia de universalismo é criticada por parte da doutrina, que ressaltam o romantismo da visão universal ao desprezar as limitações que as culturas de cada povo impõem aos direitos fundamentais.

Em conclusão os *direitos fundamentais* são aqueles direitos que, definidos pela norma constitucional, funcionam como balizadores da situação das pessoas em relação ao Estado. *Direitos do homem* são os direitos naturais não positivados. Por sua vez, *direitos humanos* são os direitos naturais positivados na ordem internacional.

### 3.2 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos humanos

Os direitos fundamentais também são conceituados sob uma dimensão *subjetiva e objetiva*. “Sob o ponto de vista subjetivo, os direitos fundamentais são considerados

---

<sup>19</sup> DROMI, José Roberto. La Reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-vir”. In: ENTERÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord.). *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva ibero-americana*. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

como direitos do indivíduo contra o Estado.”<sup>20</sup> Por sua vez, em relação à dimensão objetiva, a mesma compreende os valores mais importantes de uma comunidade jurídica.

Os direitos fundamentais possuem um *núcleo intangível* (ou conteúdo essencial), que no ordenamento constitucional brasileiro está representado pelas cláusulas pétreas, porção intocável que não pode ser sacrificada em nenhuma hipótese. São os limites imanescentes ou “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), que balizam a conduta do constituinte e do legislador. Neste sentido, qualquer tentativa de diminuição do núcleo intangível é essencialmente inconstitucional (em nível material).

### 3.3 Evolução social e histórica dos direitos fundamentais

Como visto, a doutrina costuma utilizar o termo *dimensões de direitos humanos* para realizar sua análise histórica e evolução social. Cada dimensão se relaciona com fatos históricos fundamentais. Na verdade, a nomenclatura e a história se conectam de modo indissolúvel.

A primeira dimensão corresponde aos direitos de liberdade<sup>21</sup>, ou seja, aos direitos civis e políticos, os primeiros a serem consagrados nos textos constitucionais, englobando os direitos à vida, à liberdade, à segurança, à

---

<sup>20</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

<sup>21</sup> André Puccinelli Júnior destaca que “o constitucionalismo liberal foi marcado pelo individualismo, proteção da propriedade privada, separação de poderes, contenção do aparato estatal e valorização dos direitos humanos de primeira geração, sem alimentar, contudo, nenhuma pretensão em operar grandes transformações sociais”. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 27).

propriedade, os direitos políticos. Ricardo Castilho<sup>22</sup> destaca que corresponde às tentativas de limitação do poder do Estado (quase sempre representado pelo rei). Constituem a defesa do indivíduo diante do poder do Estado, definindo as situações em que o Estado deve se abster de interferir em determinados aspectos da vida individual ou social. São denominados por *liberdades públicas negativas* ou *direitos negativos*, pelo fato de trazerem em si o conceito de não interferência do Estado.

De acordo com Paulo Henrique Gonçalves Portela “afirmam-se a partir das ideias iluministas e liberais em voga nos séculos XVIII e XIX e dos movimentos político-sociais da época, como a Independência Norte-Americana, a Revolução Francesa e a descolonização da América Latina”.<sup>23</sup> Os direitos de primeira dimensão possuem como titulares os indivíduos, sendo oponíveis perante o Estado, que deve restringir sua intervenção na vida social para assegurar-los.

Ricardo Castilho, abordando a gênese histórica dos direitos humanos de primeira dimensão destaca que:

Os direitos humanos de primeira geração, de caráter individualista, embora tenham por inspiração a Magna Carta, surgiram efetivamente com a doutrina liberal, no século XVIII, quando foram transformados em leis ou em artigos constitucionais. O liberalismo tinha por base as ideias de John Locke, segundo as quais os homens não estavam condenados à imobilidade social por determinação de nascimento. Locke dizia que, se não era Deus quem definia a posição social, a

---

<sup>22</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>23</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 692.

estrutura social não precisava ser eterna, e o homem podia alterá-la.<sup>24</sup>

A Magna Carta foi elaborada em 15 de junho de 1215 com o intuito de restringir o poder do Rei João<sup>25</sup> da Inglaterra, que a assinou forçadamente após ser preso numa torre às margens do Rio Tâmisa. Historicamente, a Magna Carta foi elaborada em face de “desinteligências entre o Rei João, o Papa Inocêncio III e os barões ingleses sobre as prerrogativas do distinto monarca”.<sup>26</sup> Por intermédio do documento, o Rei João deveria “abjurar determinados direitos, obedecer certos procedimentos legais e admitir como verdade que a vontade do imperador estaria submissa à lei”.<sup>27</sup>

Os Estados Unidos também foram importantes para o desenvolvimento dos direitos humanos. Em verdade, esse país é o destino daqueles que queriam fundar uma sociedade livre, com liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de religião. Breves penas, pode-se tecer as seguintes anotações acerca dos primeiros documentos de direitos humanos norte-americanos:

A Declaração de Direitos da Virgínia, de concepção iluminista, foi elaborada em Williamsburg (EUA), em 12 de junho de 1776, e se insere no contexto da *alfétna* pela insubmissão americana, precedendo a Declaração de Independência dos

---

<sup>24</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16.

<sup>25</sup> Também conhecido como João “Sem Terra” (*Lackland*), era o filho mais novo e por isso não recebeu terras em herança, por isso a alcunha de “sem terra”.

<sup>26</sup> MALHEIRO, Emerson Penha. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Academia, 2011, p. 3.

<sup>27</sup> MALHEIRO, Emerson Penha. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Academia, 2011, p. 3.

Estados Unidos da América, criada em 4 de julho de 1776. De acordo com suas regras, todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido. Ademais, ela proclama que todo ser humano é titular de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à busca da felicidade e o direito de resistência.<sup>28</sup>

Em momento posterior, e próximo à Declaração norte-americana, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>29</sup> francesa, de 1789, reflexo da Revolução Francesa, importante acontecimento histórico que influenciou sobremaneira para o desenvolvimento do Direito. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inspirou-se, além da Declaração norte-americana, nos ideais filosóficos iluministas.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão compreendem os direitos de igualdade, consubstanciados na necessidade de o Estado ofertar elementos para o desenvolvimento do indivíduo, ou seja, compreende um “fazer” por parte do Estado, prestação positiva. Os direitos de terceira dimensão são os direitos de fraternidade, que estão vinculados à cooperação internacional e à promoção da igualdade entre os povos. Importante destacar a defesa da doutrina acerca da existência de direitos de quarta e quinta dimensões, estando a quarta dimensão englobando a

---

<sup>28</sup> MALHEIRO, Emerson Penha. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Academia, 2011, p. 4.

<sup>29</sup> “No dia 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou-a, tendo sido votada definitivamente em 2 de outubro do mesmo ano. Com 17 artigos e um preâmbulo de ideais libertários e liberais, proclamou as liberdades e os direitos fundamentais do homem. Prega uma Estado laico, o direito de associação política, o princípio da reserva legal, da anterioridade e do estado de inocência, além da livre manifestação do pensamento.” (MALHEIRO, 2011, p. 5).

globalização dos direitos humanos e a quinta dimensão compreendendo o direito à paz.

Ricardo Castilho destaca a importância da Revolução Industrial para o surgimento da noção de direitos humanos de segunda dimensão. Neste sentido:

O mundo ocidental implantava métodos e procedimentos baseados na mecânica e na produção em série. Com isso, a recém-formada classe dos trabalhadores passou a exigir direitos sociais que consolidassem o respeito à dignidade. Essa nova situação colocou o Estado na situação de se obrigar a interferir na economia, para evitar injustiças cometidas pelo capitalismo. Com isso, surgiram os direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>30</sup>

Os momentos históricos fundamentais para o estabelecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão foram a Revolução Mexicana de 1917, a Revolução Russa de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919. Em relação à Revolução Mexicana, a mesma originou a Constituição de 1917, documento avançado para a sua época e ainda moderno na atualidade, tendo em vista a abordagem que realizou em relação a temas sociais, religiosos e educacionais. Dentre seus postulados, destacam-se: I) contemplou a reforma agrária; II) liberdade de trabalho; III) educação laica para escolas públicas e particulares; IV) garantias de direitos individuais para todas as pessoas, independentemente de classe social, categoria econômica ou sexo; V) liberdade de crença; VI) liberdade de imprensa, VII) instituição do *juicio de amparo* (juízo de amparo), instrumento de defesa do particular contra o poder público que originou,

---

<sup>30</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

posteriormente, o mandado de segurança; VIII) defesa da classe trabalhadora de modo amplo.

Por sua vez, em relação à Revolução Russa de 1917:

Considerada tão importante para o século XX como a Revolução Francesa foi para o século XVII, no tocante aos direitos humanos. O povo russo estava descontente com o sistema capitalista, que fazia a nobreza e a burguesia cada vez mais ricos e os trabalhadores (80% da população, à época cerca de 100 milhões de pessoas), cada vez mais pobres. As ideias de Karl Marx e Friedrich Engels no Manifesto Comunista, publicado em 1848, apresentavam sugestões econômicas e políticas para uma nova configuração da sociedade: em resumo breve, eliminar as classes sociais e tratar a todos com igualdade. Consideravam que capitalismo não era o sistema ideal, porque se baseava na concentração de renda nas mãos de proprietários, do mesmo modo que os sistemas medievais.<sup>31</sup>

Os direitos humanos de terceira dimensão (ou de novíssima dimensão) são aqueles direitos relacionados à fraternidade humana, estando em voga no século vinte e um, período que vivencia as experiências da modernidade e de um desenvolvimento dos direitos difusos e coletivos.

### 3.4 Direitos fundamentais e relações privadas

Por eficácia vertical dos direitos fundamentais entende-se a relação que existe entre Estado e pessoa

---

<sup>31</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 19-20.

humana, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Além disso, ao se considerar a dimensão objetiva, compreendida como os valores mais importantes de uma comunidade jurídica, tem-se a denominada *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, ou seja, a repercussão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*Drittwirkung*).

O Supremo Tribunal Federal enfrentando a questão, decidiu:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.<sup>32</sup>

Luiz Guilherme Marinoni destaca que “ao menos no direito brasileiro, é importante aceitar a incidência direta do direito fundamental sobre as relações privadas independentemente de atuação judicial”.<sup>33</sup> O problema, prossegue Marinoni<sup>34</sup>, é o fato de as normas de direitos fundamentais não determinarem em que medida podem ser aplicadas nas relações entre particulares, ou seja, qual o seu raio de atuação.

---

<sup>32</sup> STF, RE 201819, 2.ª T., j. 11.10/2005, rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83.

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

## 4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sem sombra de dúvidas, abordando os direitos fundamentais em nível nacional, o princípio da dignidade da pessoa humana é a base estrutural de todo o ordenamento jurídico. Dignidade humana tem a ver com respeito à individualidade do homem, aos seus projetos de vida plurais, ou seja, à diferença e sua inviolabilidade moral.

Em relação à inviolabilidade moral do homem, na sua concepção como pessoa e fim, como também em sua ilegitimidade de seu uso, como meio e coisa, Luiz Luisi destaca:

Aliás, esta ideia, que é contribuição inestimável do cristianismo só se afirmou no mundo moderno, por obra dos iluministas. O homem, compreendido como ente moral inviolável inclusive perante o Estado, a pessoa humana como um “*prius*” face ao Estado, não poderia ter-se afirmado no clima intelectual e político da Contra-Reforma, e nem entre as fogueiras da inquisição ou no império das monarquias absolutas. Somente como o advento do iluminismo, é que o indivíduo passaria a ser entendido como uma realidade anterior ao Estado, que mesmo neste se integrando, conservava uma série de direitos originários, a que não renunciara e não podia renunciar. E, no concernente a estes direitos, que são intrínsecos ao homem, ao Estado não é deferido ignorá-los ou violá-los, mas sim respeitá-los e fazê-los respeitar. Portanto, lícito é afirmar que o iluminismo fez do conceito do homem, como entidade moral

inviolável, inclusive para o Estado, uma espécie de religião laica, apesar de seu racionalismo irreligioso.<sup>35</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana em fundamento da república, conforme previsto no inciso III do seu artigo 1º. Essa dignidade possui importante elemento cristão, tendo a doutrina social da Igreja colaborado sobremaneira para o seu desenvolvimento.

Resumidamente, a dignidade da pessoa humana é o mais importante direito humano, que por sua vez possui caráter de fundamentalidade no Estado brasileiro em decorrência de sua positivação no texto constitucional.

## 5 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Muitas vezes tem-se dito ser mais importante defender os direitos humanos na prática do que fundamentá-los teoricamente. Isto é fato. Porém, não se pode negar que os direitos humanos possuem fundamentos filosóficos sólidos, originados da sua própria evolução teórica, paralela ao desenvolvimento da filosofia.

Deste modo, em relação à importância de sua fundamentação, parte-se da seguinte afirmação de Maurício Beuchot Puente:

É certo que é mais urgente defender os direitos humanos na prática do que fundamentá-los na teoria. Mas também é certo

---

<sup>35</sup> LUISI, Luiz. Sobre Cesare Beccaria. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 60. 1965, p. 236-245.

que, além da práxis, o homem necessita a iluminação desta, por parte da luz teórica, sobretudo para garantir a existência e a validade do que defende [...].<sup>36</sup>

A despeito de se afirmar que a razão do direito seja sua positivação, algo mais profundo existe para sustentar a existência dos direitos humanos, aprofundando às suas raízes ontológicas ou metafísicas mais profundas.

Também é possível perceber uma postura de se considerar supérflua a fundamentação filosófica dos direitos humanos, por considerá-los claros ou intuitivos, sendo desnecessária referida atividade. Como também pode-se afirmar ser urgente positivar os direitos humanos e não fundamentá-los.

Em relação às espécies de fundamentação, destacam-se: o jusnaturalismo e o positivismo. O jusnaturalismo divide-se em clássico e novo. O jusnaturalismo clássico sustenta os direitos humanos em algo anterior e independente da positivação, podendo ser a natureza humana ou as necessidades humanas; enquanto o jusnaturalismo novo o faz numa ordem moral ou axiológica superior, que origina os direitos morais, ou seja, são direitos pertencentes à ordem ética, acima de mera positivação jurídica.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> BEUCHOT PUENTE, Maurício. *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*. 2. ed. Cidade do México: Cuadernos de Fé y Cultura, 2002, p. 8. No original: “Es cierto que es más urgente defender los derechos humanos en la práctica que fundamentarlos en la teoría. Pero también es cierto que, además de la práxis, el hombre necesita la iluminación de ésta por parte de la luz teórica, sobre todo para garantizar la existencia y la validez de lo que defende [...]”.

<sup>37</sup> BEUCHOT PUENTE, Maurício. *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*. 2. ed. Cidade do México: Cuadernos de Fé y Cultura, 2002.

Desse modo, para o jusnaturalismo o fundamento independe de positivação, ou seja, os direitos humanos existem independentemente de seu cumprimento ou reconhecimento por parte do Poder Legislativo.

Em relação à divisão conceitual do *jusnaturalismo*, Beuchot Puente observa:

Os autores que se inserem nessa última linha, os que falam de direitos humanos como direitos morais, rechaçam a denominação de jusnaturalistas, e dizem que tratam de situar-se mais além do jusnaturalismo e de seu adversário juspositivismo. Mas os próprios juspositivistas o consideram como jusnaturalistas ocultos e por isso preferi colocá-los como outra classe, nova e mais sutil, de jusnaturalismo.<sup>38</sup>

É argumento positivista comum alegar que os direitos naturais ou morais não passam de bons propósitos ou bons desejos, tendo em vista não existir instância coercitiva para fazê-los valer. Somente seria direito aquilo que se faz cumprir e isso somente ocorre quando há sua positivação.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*. 2. ed. Cidade do México: Cuadernos de Fé y Cultura, 2002, p. 17. No original: “Los autores que se inscriben en esta última línea, los que hablan de los derechos humanos como derechos morales, rechazan la denominación de iusnaturalistas, y dicen que tratan de situarse más allá del iusnaturalismo y de su contendiente el iuspositivismo. Pero los propios iuspositivistas los consideran como iusnaturalistas ocultos o disfrazados, y por eso he preferido colocarlos como otra clase, nueva y más sutil, de iusnaturalismo”.

<sup>39</sup> BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*. 2. ed. Cidade do México: Cuadernos de Fé y Cultura, 2002.

## 6 CONCLUSÃO

O breve estudo teve por objetivo apresentar uma noção conceitual de *direitos naturais*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

Os direitos naturais constituem a vertente primária dos direitos, sendo considerados direitos preexistentes a qualquer ordenamento jurídico, intrínsecos à condição humana. Em relação à divisão do conceito de direitos naturais, a História do Direito apresenta três fases: direitos naturais numa concepção física, ou seja, originados na própria natureza; direitos humanos com concepção divina; e a concepção racional dos direitos humanos.

Os direitos humanos existem na ordem internacional, sendo a Declaração de Direitos da Virgínia (Estados Unidos), de 1776, o seu primeiro documento instituidor. Porém, não se pode esquecer a importância da Carta Magna inglesa de 1215, como também os escritos da Revolução Inglesa do século XVII, inspirados no pensamento jusfilosófico de John Locke.

Em relação às fases de elaboração das declarações de direitos, a história jurídica prevê três fases: a fase filosófica, a fase da positivação pelo legislador e a fase da universalidade.

Os direitos fundamentais constituem um conjunto de normas de um ordenamento jurídico, que formam um subsistema deste, estando solidificados nos princípios da liberdade, igualdade, segurança e solidariedade, expressão da dignidade do homem. Assim, os direitos fundamentais são direitos positivados num determinado ordenamento jurídico.

Em nível constitucional brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base estrutural dos direitos fundamentais. Dignidade é a liberdade, a

igualdade (material e formal) e a fraternidade em prol de uma sociedade mais justa, plural e tolerante.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*. 2. ed. Cidade do México: Cuadernos de Fé y Cultura, 2002.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto (Orgs.) *Estudios básicos de derechos humanos*. Tomo I. San José: Instituto Interamericanos de derechos humanos, 1994.

DROMI, José Roberto. La Reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord.). *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva ibero-americana*. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

ENTERÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord.). *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva ibero-americana*. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LUISI, Luiz. Sobre Cesare Beccaria. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 60. 1965, p. 236-245.

MALHEIRO, Emerson Penha. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Academia, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. In: CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto (Orgs.) *Estudios básicos de derechos humanos*. Tomo I. San José: Instituto Interamericanos de derechos humanos, 1994.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Cidade do México: UNAM, 2003.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIMER, Haroldo. *Liberdade religiosa na história e nas constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

# A DIVISÃO DE 1966, OS REFUGIADOS E O DESENVOLVIMENTO: A IGUALDADE ESQUECIDA PELA ONU

Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira<sup>40</sup>

Érica Patrícia Moreira de Freitas Andrade<sup>41</sup>

## RESUMO

A falta de efetividade dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais, culturais e econômicos talvez esteja alicerçada na sua legislação original. A divisão na redação da Carta Internacional de Direitos Humanos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, mais preciso e exigente em obrigações dos Estados e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais menos efetivo e exigente dos Estados, analisados a luz do Direito ao desenvolvimento e da recente crise dos refugiados ou migrantes econômicos pode explicar como a Guerra Fria e a influência do capitalismo minaram todo o sistema de normas de direitos humanos.

---

<sup>40</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Advogado e Consultor Empresarial.

<sup>41</sup> Mestre em Linguística e Língua Portuguesa pela PUC Minas. Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual, pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Revisão de textos pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Metodologia da Linguagem pela FAEL/EDUCON. Especialista em Educação à distância pela FAEL/EDUCON. Licenciada em Letras pela PUC Minas, *Campus* Betim. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Advogada.

**Palavras-chave:** Convenções internacionais; direitos humanos; direito ao desenvolvimento; refugiados; Organização das Nações Unidas.

## ABSTRACT

The lack of effectiveness of human rights, especially social, cultural and economic rights, may be based on its original legislation. The division in the drafting of the International Charter of Human Rights into the International Covenant on Civil and Political Rights, more precise and demanding in State obligations and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights less effective and demanding of States, analyzed in light of the Law To the development and recent crisis of refugees or economic migrants can explain how the Cold War and the influence of capitalism undermined the entire system of human rights norms.

**Keywords:** Refugees; human Rights; right to development; United Nations.

## 1 INTRODUÇÃO

A crise econômica que assola o planeta tem componentes das mais diferentes searas e seus reflexos mais negativos e profundos consistem na negação dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos foram erigidos

após os horrores de um período histórico marcado por duas Guerras Mundiais e tem por fundamento maior a dignidade da pessoa humana. Ancorados numa nova ordem mundial estabelecida após a paz de 1945 pela Organização das Nações Unidas – ONU, os Direitos Humanos seriam o novo paradigma das relações humanas, opondo-se aos extremos atingidos naqueles conflitos.

A ONU por sua vez teria como objetivos para esta nova ordem mundial a manutenção da paz e o desenvolvimento das nações, numa forma aparentemente inteligente de transferir os esforços das nações para o desenvolvimento econômico, num mundo que acabara de ser destruído pela ambição de impérios territoriais. O desenvolvimento econômico traçado em Bretton-Woods e que rapidamente reergueu a Europa se tornou um modelo cobijado por todos os países, especialmente aos novos Estados advindos da descolonização.

A meta desenvolvimentista da ONU harmonizava mais com o capitalismo e sua pretensa ideia de liberdade que ao socialismo, apesar de ambos serem os vencedores da guerra e apesar da Guerra Fria que sucedeu a Segunda Guerra Mundial ter demonstrado um assustador equilíbrio político-militar entre ambos. Desta forma a economia de mercado prevaleceu na ONU e os direitos humanos se estabeleceram num pilar precipuamente de “liberdade capitalista” em detrimento da “igualdade socialista”, fato que se refletiu na normatização dos Direitos Humanos.

Com efeito, os direitos humanos foram inicialmente estabelecidos numa Declaração de 1948, a Declaração Universal dos Direitos dos Humanos, mas somente em 1966 foram firmadas as bases de comprometimento legal dos Estados através de tratados para a sua efetivação. Nestas pouco menos de duas décadas que se passaram o que se verificou foi um mundo em Guerra Fria, desta vez, sem a matança de Europeus,

mas, com uma distância ainda maior da unidade necessária aos objetivos da população mundial. A partir deste ambiente, e arrastados mais de vinte anos dos horrores da guerra, os direitos humanos foram divididos pela bipolaridade mundial e a ONU mostrou-se a serviço de quem estava.

A cisão da Declaração Universal dos Direitos Humanos ocorrida em 1966 com a adoção de dois pactos que separaram direitos civis e políticos (liberdades) dos direitos sociais, econômicos e culturais (igualdade) foi uma opção política para finalmente se aprovar os tratados que dariam a base legal para os direitos humanos. Talvez um erro político ou uma indisfarçada estratégia anticomunista, o fato é que as diferenças das redações dos termos nos dois pactos demonstraram como seria a tratativa árdua dos Direitos Humanos até a presente data. E, talvez, também ajudem a explicar a fragilidade da ONU e suas Convenções na atuação global pela implantação dos direitos humanos de igualdade.

Usando como baliza o direito ao desenvolvimento e o crescente aumento dos nomeados refugiados ou migrantes econômicos, este artigo pretende investigar se a falta de efetividade que permeia a atuação da ONU na busca por direitos sociais e, principalmente, econômicos, que são à verdadeira base da sociedade advém de uma postura programática desde a concepção dos Direitos Sociais, especialmente comparados aos direitos de liberdade.

Parte-se da ideia que a cisão dos direitos humanos de 1966 foi um ato político, um atendimento a anseios de suas potências nucleares, porém é de se destacar que os Direitos de Liberdade foram tratados de forma mais específica do que os direitos de igualdade, programaticamente tratados.

A despeito da relação íntima dos direitos de liberdade que são satisfeitos com abstenções em relação aos direitos sociais, que carecem de prestações governamentais, o desenvolvimentismo econômico teve também grande influência nesta decisão, que impactou em toda a história das deliberações sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Neste estudo será destacada inicialmente como se deu a cisão dos direitos humanos em dois tratados, durante as longas decisões de 1948 a 1966, em meio à Guerra Fria e posteriormente será destacada a origem do desenvolvimento, um direito humano obtido através da luta ferrenha dos países menos desenvolvidos no âmbito da ONU, e por fim será feita a associação à questão dos refugiados.

Especificamente quanto aos refugiados, a questão pode ser entendida como sendo o reflexo mais evidente da negação ao direito ao desenvolvimento, em suas duas acepções (individual e coletiva), bem como um reflexo da negação dos direitos humanos como um todo preconizado na Declaração, nos tratados dela decorrentes e dos quais decorreu uma conotação programática dos direitos sociais que se reflete justamente na negação da condição humana a estas pessoas, pois acabam privadas de seu próprio Estado.

O ser humano não está sujeito a servir ao Estado ou aceitar permanecer sob uma condição adversa irrestritamente, mas tem o direito de buscar sua integração ao mundo de forma a existir de forma digna, pois por mais que as ações fossem programáticas, os direitos são reais e a busca pela efetividade do direito ao desenvolvimento, expressada na condição os refugiados econômicos, pode demonstrar essa construção.

O direito ao desenvolvimento ao lado dos Direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais (PIDESC) acabaram por representarem as grandes conquistas em termos de direitos humanos sociais, mas ainda estão muito longe da efetividade necessária, sendo de se questionar se as normas em nível internacional que os suporta não acompanham, desde 1966, às mazelas daquela divisão.

Ao final, são tecidas algumas observações acerca da própria efetividade dos direitos humanos, associando-se algumas de suas reconhecidas características, como a sua indivisibilidade e a sua atuação como sistema, numa perspectiva que de certa forma, desqualifica a divisão dimensional, política e ideológica, a começar da complexidade representada pelo próprio direito humano ao desenvolvimento, que foi de objetivo a suporte dos direitos humanos como um todo.

O artigo se baseia em pesquisa teórico-bibliográfica e documental acerca dos tratados que sucederam a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no sentido de torna-la efetiva pela positivação, através de tratados. Sob este prisma, se destaca a cisão ocorrida quando da efetiva formatação final do texto, ocorrida dezoito anos após a promulgação da Declaração que seria a sua base legal.

Inicialmente se buscou caracterizar o contexto histórico que se deu a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e como se deu a posterior abordagem dos direitos ali consagrados em dois tratados, após 18 anos de discussões. Assim, se levantou quais aspectos poderiam levar a elaboração de dois tratados e no que isso implicou.

Posteriormente foram apontadas, com base na doutrina, algumas eventuais consequências sobre a efetividade dos direitos humanos, a partir da dicotomia entre igualdade e liberdade proposta nos dois tratados,

considerando a sua aplicação prática pelos países dada a forma de redação dos documentos.

Neste ponto se inseriu a questão dos refugiados econômicos como elemento para análise da mesma dicotomia legislativa adotada pela ONU, que envolveu uma valorização da liberdade em detrimento de uma superficial igualdade. Desde então as normas programáticas de direitos de igualdade, especialmente o direito ao desenvolvimento, foram diferentemente construídas das mais efetivas e exigidas formas de liberdade. Ao final foram apontadas algumas considerações a respeito dos temas abordados a partir do referencial teórico.

## **2 A CISÃO DE 1966 DO DIREITO DE LIBERDADE E DE IGUALDADE NO ÂMBITO DAS NAÇÕES UNIDAS**

Apesar de todo o seu valor a Declaração Universal dos Direitos Humanos não é um tratado internacional, mas sim, um conjunto de princípios basilares que servem ao Direito Internacional, sendo, inclusive, um documento constitutivo das nações unidas. De suas deliberações surgiram inúmeras leis e seus princípios norteiam os direitos humanos, mas em uma breve análise, pode se verificar que a força vinculante advém de dois tratados que lhe acompanham na formação da Carta Internacional de Direitos Humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

Pois bem, a despeito da indivisibilidade dos direitos humanos, o tratado que lhes daria fonte legal foi formalmente desmembrado em 1966 para aprovação e adesão, se repartindo a parte Direitos Políticos e Cívicos da

parte de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, respectivamente, nos dois pactos anteriormente mencionados.

Esta divisão teve o propósito de encerrar as discussões dos bastidores do grande palco<sup>42</sup> que se arrastavam desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 pela ONU, já que à época se vivia a divisão leste oeste proporcionada pela Guerra Fria entre Estados Unidos da América – EUA e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, que defendiam ideologias antagônicas e distintas.<sup>43</sup>

De um lado, havia o interesse em priorizar a “liberdade”, a libertação do cidadão e das instituições que tanto interessavam ao capitalismo, com a segurança de eleições livres e de regimes abertos e ao contrário, se tinha claramente uma ideologia fundada na “igualdade”, ainda que a base da divisão da miséria e que mantida a opressão.

Nesta já longínqua divisão reside parte da falta de efetividade dos direitos humanos, por duas razões que podem ser apontadas de plano, no âmbito das discussões internacionais: a quebra da indivisibilidade dos direitos humanos e a tratativa programática dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Não deveria haver hierarquia entre os direitos de liberdade e igualdade, e a estranheza na divisão foi minimizada por Fábio Konder Comparato<sup>44</sup> que alude ao fato dos preâmbulos serem idênticos, asseverando que os

---

<sup>42</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

<sup>43</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. V. 1.

<sup>44</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

redatores já entendiam os direitos humanos como um sistema único:

Essa divisão do conjunto de direitos humanos em dois pactos distintos é, em grande medida, artificial [...] De qualquer forma, os redatores estavam bem conscientes de que o conjunto dos direitos humanos forma um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os pactos é idêntico.

Efetivamente, e a despeito dos preâmbulos idênticos, a cisão em dois documentos significou que não houve consenso e, sim, institucionalizou o dissenso, pois os direitos de liberdade e de igualdade nunca mais foram tratados da mesma forma em âmbito internacional, sendo certo que, as normas atinentes ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foram mais cogentes e os Estados assumiram papéis de abstenção no sentido de manter os direitos dos cidadãos.

Já o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) não possui a mesma forma de redação e cogência, sendo sim, um conjunto de recomendações e compromissos assumidos de forma flexível.

Assim, apesar de se constituir num tratado internacional, suas normas representam um avanço programático, pois traduzem mais a preocupação do impacto econômico das medidas necessárias ao desenvolvimento do que propriamente um real compromisso de efetividade e resultados.

De certa forma, prevaleceu o ideal dos capitalistas, mesmo após 18 anos de discussões, ou, no dizer de Costas

Douzinas:<sup>45</sup> “Consequentemente a tentativa de se produzir uma declaração inclusiva e obrigatória foi abandonada [...] Os direitos humanos, acompanhando as prioridades ocidentais foram hierarquizados”.

A divisão dos direitos humanos em uma hierarquia foi conveniente para os Estados, especialmente os capitalistas, já que libertou os indivíduos para o consumo e afastou dos Estados uma cobrança pelos encargos prestacionais que decorreriam de uma normatização mais efetiva dos direitos prestacionais advindos da igualdade e da implantação dos direitos sociais. Ressalte que, os direitos de liberdade, em princípio, não requerem ação dos Estados, implicando, quando muito, em custos reduzidos para sua promoção.

Lado outro, os direitos de liberdade sempre foram uma forma de ofender aos regimes comunistas aliados de Moscou, sendo conveniente aos capitalistas normas mais cogentes para serem oportunamente utilizadas na guerra fria, que foi um palco dos menos nobres para os direitos humanos serem desrespeitados e usados como bandeira para acusações de parte a parte.

Neste momento, criou-se uma tratativa na qual os direitos de liberdade eram objeto de normas mais específicas e efetivas, requerendo comportamentos dos Estados e os direitos de igualdade eram tratados por normas superficiais, tornando-se um objetivo e não um direito.

Tal fato foi reiteradamente repetido, tornando inviáveis discussões importantes, afastando do centro dos trabalhos o componente econômico, tornando a distância

---

<sup>45</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

de desenvolvimento dos países algo comum e separado da efetivação dos demais direitos.

Desde então, a tutela cultural, social e econômica possui inúmeras convenções que servem de arcabouço legislativo para estes temas, mas em todas, as discussões sobre a economia e a sociedade são tratadas de forma futurística, nunca se estabelecendo qualquer tipo de arranjo factível.

A luta pela igualdade na área econômica tem ainda um capítulo interessante e que demonstra a forma como a finalidade da ONU não é clara, que consistiu no estabelecimento do direito ao desenvolvimento como direito humano.

Com efeito, após os horrores da guerra e com diversos países arrasados após o conflito, foi edificada a ONU, com os ideais de paz e o desenvolvimento.

Assim, a recuperação Europeia e a nova ordem econômica mundial foram concebidas em 1944 em Bretton-Woods, e, através do Plano Marshall, rapidamente se recuperou a economia da Europa e criou-se um novo horizonte para os demais países, que seria a busca por melhores níveis sociais e econômicos, baseado no desenvolvimento econômico.

Mas no âmbito da ONU, o desenvolvimento não foi um direito reconhecido de plano pela comunidade, especialmente, os Países desenvolvidos, mas sim, foi objeto de luta dos países em desenvolvimento, que necessitaram de trinta anos após o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) para ser reconhecido numa Convenção.

Chama atenção o fato de se tratar de uma necessidade fundamental a priori e fomentada pela própria ONU para os países desenvolvidos quando estes foram

afetados no pós-guerra, mas que não foram estendidos em seus efeitos aos demais países no período posterior.

Assim, após o Plano Marshall, que foi efetivo e rapidamente recuperou um continente destruído pela Guerra, em pouco mais de 05 anos, nada similar foi tentado ou imaginado nos anos que seguirem a todos os países subdesenvolvidos, especialmente os surgidos na descolonização.

Na verdade, do Plano Marshall adveio apenas o mito do desenvolvimento econômico e a política desenvolvimentista, que tanto colaborou para o estabelecimento de ditaduras capitalistas e destruiu o meio ambiente, numa busca por desenvolvimento que somente fez estabelecer ditaduras políticas nos países subdesenvolvidos, culminando no processo de exploração pós-colonial.

Assim, e a despeito dos ideais da ONU, somente em 1986 foi reconhecido pela ONU o Direito ao desenvolvimento, cuja luta remonta a década de 1960, quando as nações do chamado terceiro mundo procuravam uma identidade única, a despeito do segundo mundo socialista e do primeiro mundo capitalista desenvolvido.

Neste contexto de guerra fria surge o bloco dos países não alinhados e as conferencias internacionais visando à cooperação dos países subdesenvolvidos para o desenvolvimento. Em 1972 o Juiz da Corte Internacional de Justiça, o senegalês Keba Mbaye,<sup>46</sup> proclama o direito ao desenvolvimento humano, que passa a ser perseguido no âmbito da ONU como autêntico direito dos países do sul (sul global – subdesenvolvido).

---

<sup>46</sup> NEGRINI, Maria Carolina. ONU e direito ao desenvolvimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23957>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU admite o direito ao desenvolvimento pela primeira vez em 1977 e após a resistência dos países desenvolvidos, manifestada de questões ambientais a políticas e numa votação emblemática, a Assembleia Geral das Nações Unidas de 1986, aprova a Resolução nº 41/128, que declara o direito ao desenvolvimento como direito humano.

Sobre a importância do reconhecimento ao Direito ao desenvolvimento, destacou Celso Lafer<sup>47</sup> que se tratava de uma alternativa criada pelos países periféricos ao antigo antagonismo leste oeste, destacando o empenho destas Nações em propor uma identidade cultural coletiva própria. O reconhecimento do direito ao desenvolvimento trouxe uma concepção nova de direito, contrapondo e explicitando a função do Estado, já que na sua aceção individual, o direito ao desenvolvimento implica na satisfação das condições das pessoas se desenvolverem no âmbito dos Estados, que por sua vez tem na aceção coletiva o direito de se desenvolver enquanto nação.

Mas toda a luta para o reconhecimento do direito ao desenvolvimento também não o salvou do destino das demais normas de igualdade. De fato, especialmente em âmbito internacional, as normas de tutela ao desenvolvimento são fadadas a ser eternamente programáticas como as demais normas que buscam a igualdade, sendo que sua base também exige esforços estatais consideráveis, quando mais se atualizar a seu viés de sustentabilidade, representados pelo pilar ambiental.

A inoperância das normas programáticas que traduzem os direitos sociais no âmbito da ONU se reflete de diversas formas na comunidade internacional contemporânea: grande desigualdade social, pobreza

---

<sup>47</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

extrema e fome contrastam com desperdício e luxo. A desigualdade dos países nunca esteve tão elevada quanto nesta época, mas nada mais emblemático que a situação dos refugiados, para revelar o quão programática tem sido a tratativa na ONU dos Direitos Sociais.

### **3 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E OS REFUGIADOS OU MIGRANTES ECONÔMICOS: PARADIGMA E RESULTADO DA PRIORIZAÇÃO POLÍTICA DA ONU**

É cediço que o direito ao desenvolvimento não se restringe ao horizonte econômico, ou seja, o desenvolvimento possui aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais.<sup>48</sup> De igual modo, o direito ao desenvolvimento possui características únicas que devem ser destacadas e que servem para evidenciar a profundidade da cisão entre direitos sociais e liberdades ao mesmo tempo em que explica os reflexos sociais das opções (ou negações) da comunidade internacional.

O direito ao desenvolvimento possui dois níveis muito particulares: um primeiro nível que parte do indivíduo para a sociedade e desta até o plano global com os Estados e um segundo que segue o caminho inverso, ou seja, parte dos Estados para a sociedade até o indivíduo, sendo certo que ao percorrer estes níveis, todos os demais direitos humanos fundamentais são exercitados, em maior ou menor intensidade.

---

<sup>48</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. Caderno de Direito Constitucional EMAGIS 2006*. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/](http://www.dhnet.org.br/)>. Acesso em: jun. 2016

Desta forma, o direito ao desenvolvimento, apesar de ser tido como direito de terceira dimensão,<sup>49</sup> possui claramente duas vertentes, o desenvolvimento do indivíduo (individual ou ligada à liberdade) e o desenvolvimento do Estado (social ou ligada à igualdade), que até em face da própria liberdade, não são necessariamente as mesmas, conexas e convergentes.

A amplitude do direito ao desenvolvimento é explicada por Sílvia Menicucci de Oliveira:

[...] o direito ao desenvolvimento como o direito a um processo de desenvolvimento não é apenas um direito umbrella ou o sumário de um conjunto de direitos. É o direito a um processo que expande as capacidades ou liberdades dos indivíduos de melhorar seu bem-estar e de realizar o que eles valorizam [...]

[...] Os resultados do desenvolvimento são a realização dos diferentes direitos humanos, e os meios como eles são realizados constituem o processo de desenvolvimento, o qual deve ser caracterizado por: transparência, responsabilidade, equidade, não-discriminação, redução das desigualdades e sustentabilidade. Os resultados do processo de desenvolvimento são a realização conjunta dos direitos humanos, e o processo de desenvolvimento que conduz a esses resultados também é um direito humano. Portanto, o processo de desenvolvimento engloba um programa de políticas e contínua realização dos direitos humanos, e os recursos para sua realização são gradualmente obtidos por meio do

<sup>49</sup> Devido a sua repercussão social ou difusa, reconhecido por Paulo Bonavides (2009), Sarlet (1998) e Valério de Oliveira Mazzuoli (2014).

crescimento econômico de maneira consistente com as normas de direitos humanos [...].<sup>50</sup>

Assim, a busca pelo desenvolvimento não é uma forma de desenvolvimento estatal, mas sim uma forma de desenvolvimento humano, em todas as potencialidades do indivíduo, em seus status econômico, social e cultural, com o estado se desenvolvendo para atingir este objetivo.

Mas, o que acontece quando o indivíduo tem obstaculizado pelo Estado o seu direito ao desenvolvimento? Esta embaraçosa questão ainda busca respostas ao mesmo tempo em que questiona de forma implícita a própria função do Estado e da ONU, como entidades que foram construídas para a promoção dos objetivos humanos.

Efetivamente, quando um indivíduo tem cerceado pela construção de políticas e investimentos públicos equivocados ou manifestamente contrários aos objetivos da coletividade, a sua condição de desenvolver-se plenamente é obstaculizada e surge um direito, inicialmente de desenvolvimento e posteriormente de sobrevivência e resistência, oponível a toda comunidade internacional de Estados dada a prioridade humana.

Este reflexo pode ser perfeitamente verificado nas iniciativas individuais de imigração oficial, imigração clandestina, busca de refúgio e migração econômica. Um reflexo prático e de difícil solução, já que a oponibilidade *erga omnes* dos direitos humanos foi construída, ao menos no seu pilar igualitário, em normas estritamente

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Sílvia Menicucci de. Financiamento internacional do desenvolvimento: seu papel na implementação do direito ao desenvolvimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri-SP: Manole, 2005.

programáticas e que dependem apenas da vontade dos Estados, quando mais, de sua solidariedade.

Os refugiados ou migrantes econômicos são um destacado exemplo desta categoria de pessoas, pois se constituem de pessoas que deixam (ou são obrigadas a deixar) o seu Estado para buscar condições de sobrevivência ou mesmo de opções de vida melhores das que teriam caso permanecessem em seu Estado de origem. Este tipo de deslocamento humano é produto de uma conjuntura construída por políticas dos Estados, em suas permanentes crises.<sup>51</sup>

A estes migrantes têm sido negado o status de refugiado, mas será que a luz dos Direitos Humanos e especificamente pelo Direito ao Desenvolvimento (e sua não efetividade pelo Estado e pela Comunidade Internacional) não seriam refugiados? Caberia uma primeira classificação dos migrantes, como a sugerida por Feller *apud* Jubilut,<sup>52</sup> para se verificar quem está se convencido chamar refugiado ou migrante econômico.

A aludida classificação contextualiza as regras legais aos casos contemporâneos de migrantes, especificando a condição de refugiado ou não a estes, sendo que são quatro as hipóteses de migrantes que compõem os deslocamentos atuais, sendo a primeira os refugiados em função de comprovada perseguição ou violência direcionada a pessoa ou grupo, hipótese que a convenção é imediatamente aplicável.

---

<sup>51</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>52</sup> FELLER, Erica *apud* JUBILUT, Liliana Lyra. Migrações e desenvolvimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 123-54.

Num segundo caso, Feller coloca os fluxos de grandes populações, que, em tese aspiram à condição de refugiados, mas que na prática é difícil a sua efetividade, por causas ligadas as condições concretas de cada caso.

Segue a Autora numa terceira hipótese, que seria o deslocamento forçado por razões que não são perseguição e guerra, exemplificando com causas ambientais, climáticas ou naturais, as quais não ensejariam a aplicação da Convenção de 1951.

Numa quarta hipótese, a Feller assevera sobre o que chama convenientemente de fluxos migrantes mistos, nos quais há migrantes em sentido clássico e outros que poderiam pleitear o refúgio, sendo que os primeiros não se enquadram na aplicação da Convenção de 1951, já que migram volitivamente a perseguir melhores condições de vivência.

A classificação elucida bem a divisão que há que ser feita e demonstra a lacuna existente entre os refugiados legais e os migrantes clássicos, na qual se enquadram os migrantes (ou refugiados) ambientais e os migrantes (ou refugiados) econômicos.

Nunca é demais lembrar que esta lacuna é composta por seres humanos detentores dos Direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e assim devem ser considerados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A análise da questão dos inúmeros migrantes econômicos pode ser usada como paradigma a partir do qual se observa que pela ausência de regulamentação que torne efetiva a tutela dos Direitos Humanos Econômicos, como o direito ao desenvolvimento, o que ocorre na prática é a restrição dos direitos humanos individuais, notadamente àqueles que foram priorizados nos pactos da cisão de 1966.

As atuais normas internacionais de direitos de igualdade são programáticas pela opção política herdada da Guerra Fria, ou seja, são normas que só fizeram protelar o desenvolvimento social, político e econômico mundial. Naquela oportunidade se colocou os direitos sociais num patamar inferior aos direitos de liberdade uma vez que estes implicam em sua maioria na simples não interferência do Estado, ao passo que os direitos sociais custariam esforços econômicos através de prestações, ao mesmo tempo em que valorizariam a proposta socialista, num contexto de Guerra Fria.

Isso se explica pelo fato de que tais normas são todas *soft law*, baseadas em harmonia e cooperação internacional, um cenário cada vez mais distante, especialmente ante a selvageria de mercados que se tornou o mundo globalizado. Desta forma o direito ao desenvolvimento foi evidenciado muito mais como uma forma de emancipação estatal do que um direito individual.

Assim, estas normas não se prestam a evitar o problema das migrações (ou fugas), pois não conseguem compelir a comunidade internacional a promover de forma efetiva o desenvolvimento dos Estados, e tampouco podem responder como tratar os migrantes, cada vez mais numerosos, respondendo qual o status que o refugiado ou migrante econômico tem.

#### 4 CONCLUSÃO

A partir da cisão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizada em 1966 com a divisão dos Direitos Humanos e dois pactos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

Políticos (PIDCP), criou-se um círculo vicioso no qual a pobreza imposta pelo modo de produção industrial desenvolvimentista se impôs, tendo como reação a saída forçada de indivíduos de seus países que forçam as fronteiras dos países desenvolvidos, tal qual no Império Romano quando das invasões bárbaras.

De certa forma, a mesma política que se sobrepôs ao ideal imaginado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, acabou por criar um Direito de insurgência a partir do Direito humano ao desenvolvimento, que permite que o indivíduo busque a sua felicidade noutro lugar que não no seu Estado, em mais uma demonstração que o Estado não está a prestar um trabalho digno a seu criador, o indivíduo.

Ao mesmo tempo, estas mesmas normas, dada a sua ineficiência, não podem contrastar com os direitos civis e políticos dos indivíduos, dentre os quais, o direito que o indivíduo tem de livre busca pelo desenvolvimento, porém, neste caso, a grande dificuldade que se revela é a inexistência de uma entidade supranacional cogente em que possa ser imputada a exigência do cumprimento em face de um Estado.

No lapso de 1948 a 1966 a ONU perdeu muita de sua força na medida em que se distanciava a mundo dos horrores da guerra, de forma que os Estados, neste período, recuperaram suas antigas ambições imperiais, agora voltadas para a área econômica, da mesma forma que esqueceram as necessidades humanas. Este fato levou a expressarem a luta pelo desenvolvimento como um desejo de desenvolvimento estatal, não individual, notadamente representado pelos anseios das elites governamentais dos países subdesenvolvidos. As normas programáticas serviram muito bem aos anseios dos países desenvolvidos, que se livraram de certa forma do fardo da igualdade, garantindo a abertura proporcionada pelos direitos de

liberdade, priorizados e exigidos pelo desenvolvimentismo.

A eficácia dos direitos humanos restou inevitavelmente prejudicada em seu aspecto formal, pois apesar de num primeiro momento parecer que as referentes a liberdades tinham algum grau de eficácia mais elevado, resta claro hoje que, era apenas um contraponto na guerra política entre comunistas e capitalistas, já que o contestado estabelecimento do direito ao desenvolvimento resta prejudicado no indivíduo que busca noutro país o exercício de sua liberdade de buscar uma vida digna e feliz.

O estabelecimento dos direitos individuais pelas suas liberdades foi aparentemente mais bem resolvido que os direitos sociais, porém, os direitos humanos são efetivamente um todo e não se pode contemplar um em detrimento de outro. A questão dos refugiados ou migrantes econômicos demonstra que a inclusão social não poderia ser negligenciada como foi e o preço que se paga é o do retrocesso e o da restrição das liberdades, ante a ineficiência do Estado.

Mesmo não havendo uma autoridade global que posse gerir e ingerir nas demandas sociais e prestacionais entre os Estados e entre os indivíduos e os Estados, a confecção de normas programáticas no nível da igualdade entre os Estados tem causado a protelação e o desvirtuamento do objetivo de desenvolvimento humano. E a prática reiterada de declarações programáticas e futurísticas tem transformado os objetivos de desenvolvimento econômico intangíveis ao mesmo tempo em que possibilitam reações com a crise dos refugiados num sistema que deveria proteger os Direitos Humanos.

Os esforços da ONU tem que ser orientados na persecução de normas efetivas e criação de mecanismos de cogência de suas decisões desenvolvimentistas, de forma a implementar o desenvolvimento, como única forma de dar

efetividade aos direitos humanos previstos na Declaração Universal.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra. Migrações e desenvolvimento. In: AMARAL JR., Alberto do (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NEGRINI, Maria Carolina. ONU e direito ao desenvolvimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/23957>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

OLIVEIRA, Sílvia Menicucci de. Financiamento internacional do desenvolvimento: seu papel na implementação do direito ao desenvolvimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri-SP: Manole, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. *Caderno de Direito Constitucional EMAGIS*. 2006. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/](http://www.dhnet.org.br/)>. Acesso em: jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. V. 1.

## OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL VISTOS SOB O ENFOQUE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NA REINCIDÊNCIA

Aparecida Dutra de Barros Quadros<sup>53</sup>

Laís Freire Lemos<sup>54</sup>

### RESUMO

Os direitos humanos tiveram no Brasil seu ápice com a Constituição de 1988. Inúmeros direitos e garantias fundamentais foram reconhecidos. Muitos dos direitos garantidos ou prometidos não foram implementados e/ou são por vezes, sonogados. Esta é a situação atual do cárcere no Brasil, onde se vê constantes degradações aos direitos humanos. Os direitos humanos não nascem todos de uma vez, sendo produto de processos históricos. Também não são definitivos e a cada nova situação, emergem necessidades que carecem de positividade e concretização. As mesmas barbáries de outrora que levavam a população às praças assistirem as mutilações, são vistas hoje no sistema carcerário como as rebeliões, motins e outras práticas de terror. O Estado, detentor do *ius puniendi*, é o maior violador dos direitos humanos no

---

<sup>53</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

<sup>54</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

sistema prisional, onde não há infraestrutura mínima que possa garantir ao custodiado condições de dignidade. O direito penal brasileiro visa punir àqueles que violam ou violaram bens jurídicos, mas o resultado do sistema penitenciário é a reincidência. A DUDH estabelece que ninguém será submetido à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, mas o sistema carcerário brasileiro é o retrato dessa infringência. O sistema penitenciário brasileiro está em crise e necessita-se de ações voltadas à proteção dos direitos dos aprisionados, a fim de não lhes suprimir mais do que lhes é imposto e do que é devido à sociedade.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; normas constitucionais; sistema carcerário; reincidência.

## ABSTRACT

Human rights had in Brazil its culmination with the 1988 Constitution. Countless rights and fundamental guarantees were recognized. Many of the rights guaranteed or promised have not been implemented and / or are sometimes evaded. This is the current situation of the prison in Brazil, where there are constant degradations to human rights. Human rights are not born all at once, but rather products of historical processes. Nor are they definitive and with each new situation, needs emerge that lack positivation and concretization. The same barbarities that once led the population to the streets to witness mutilations are seen today in the prison system as rebellions, riots and other terrorist practices. The State, the

holder of *ius puniendi*, is the greatest violator of human rights in the prison system, where there is no minimum infrastructure that can guarantee custody conditions of dignity. Brazilian criminal law aims to punish those who violate or violated legal rights, but the result of the penitentiary system is recidivism. The UDHR states that no one shall be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment, but the Brazilian prison system is the portrait of this breach. The Brazilian penitentiary system is in crisis and it needs actions aimed at protecting the rights of the prisoners, in order not to suppress them more than they are imposed and what is due to society.

**Keywords:** Human rights; constitutional norms; prison system; recidivism.

## 1 INTRODUÇÃO

Falar de direitos humanos não é tarefa nada fácil em nossa atualidade. Vivemos sob a égide de leis garantistas, que colocam em destaque a proteção dos direitos fundamentais, porém, sem encontrar toda sua efetividade no plano prático.

Com o surgimento do neoconstitucionalismo, após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo, destacamos o marco teórico da força normativa da Constituição e como objetivo a busca por sua maior eficácia e principalmente, dos direitos humanos e fundamentais.

Corroborando a maior abrangência dos direitos humanos no neoconstitucionalismo, Michel Villey<sup>55</sup> destaca que eles são um produto da época moderna. Nesse sentido, toda a ordem jurídica procede do Estado e está fechada em suas leis.

Os direitos humanos tiveram no Brasil seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde se reconheceram inúmeros direitos e garantias fundamentais ao ser humano, para que pudessem viver com dignidade e respeito.

Sob este enfoque, buscaremos analisar a situação atual do sistema carcerário brasileiro, onde a cada dia se vê maiores degradações aos direitos humanos, como a superlotação, ambiente precário, alimentação insuficiente, más condições de higiene e facilidade de contágio por doenças.

Ao ser exposto às situações degradantes e precárias, o preso cria em seu íntimo uma situação de revolta, o que faz eclodir em tentativas de fuga, violência contra outros presos e rebeliões.

O que se deve ter sempre em mente, ao se tratar do sistema penitenciário, é que, o criminoso, é antes de tudo, um ser humano, e por isso, deve ter assegurado todas as suas condições de dignidade e direitos a serem preservados.

O problema que permeia a pesquisa é buscar descobrir como o sistema penitenciário, a partir do momento que não tem a infraestrutura mínima necessária oferecida pelo Estado, possa garantir ao preso custodiado condições mínimas de dignidade e quais são os reflexos que o traz na reincidência criminal.

---

<sup>55</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3.

O objetivo da pesquisa é mostrar a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro que vai de desencontro aos direitos fundamentais da pessoa humana e descumprimento de sobremaneira os direitos humanos, as leis, tratados e convenções que versam sobre o tema.

Tudo isso é justificado pelo alto grau de reincidência criminal existente hoje no Brasil, que pode ser dado por inúmeros fatores, porém, o de maior destaque é a superlotação e amontoamento de presos que pode propiciar a troca de experiências criminais e se tornar uma escola do crime, onde, ao reverso do pretendido, o preso não retorna socializado à sociedade, mas sim, sabedouro de todas as artimanhas criminosas e prontos para delinquir novamente quando em liberdade.

Feitos todos os apontamentos, baseia-se a pesquisa no método bibliográfico, onde no primeiro momento se faz os apontamentos acerca dos direitos humanos, constituição, contemporaneidade até adentrarmos de fato ao tema proposto, com suas considerações.

## **2 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO**

A temática central da Constituição é o reconhecimento dos direitos humanos como referência axiológica para a promoção da dignidade da pessoa humana. É o texto constitucional de um Estado que dá forma aos direitos humanos por ele reconhecidos. Contudo, para a concretização dos preceitos estabelecidos na Carta Constitucional é necessário um olhar transdisciplinar para a ação estatal em suas múltiplas nuances.

José Luiz Bolzan de Moraes, citando Norberto Bobbio, adverte que os “direitos humanos não nascem todos de uma vez” sendo sim produtos de processos

históricos formulados por circunstâncias sócio-históricos-econômicos e portanto se fala em gerações ou dimensões de direitos humanos<sup>56</sup>.

A primeira dimensão de direitos é ligada aos direitos civis e políticos que se traduzem em liberdades negativas, ou seja, um não fazer do Estado, abstendo-se de intervenção, a fim de garantir aos indivíduos o livre exercício de suas liberdades fundamentais, como direito à vida.

A segunda dimensão, por sua vez, está relacionada às liberdades positivas, como os direitos econômicos, sociais e culturais, que devem ser traduzidas em ações legislativas para o seu reconhecimento legal, e, de igual forma, atuações estatais para a sua concretização.

A terceira dimensão relaciona-se às questões atinentes à solidariedade social em busca da promoção da paz, do meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento, dotados de mecanismos jurídicos eficazes para a hermenêutica jurisdicional dos conteúdos constitucionalizados.

Como se vê, os direitos humanos, são universais, generalizantes e históricos, mas não são definitivos, pois em face da evolução natural das sociedades no tempo e dos processos políticos jurídicos, a cada nova situação, emergem novas necessidades que carecem de reconhecimento, positivação e concretização.

Mesmo diante do Estado Democrático de Direito que vivenciamos com o implemento da Constituição de 1998, como também ocorre em diversos outros organismos internacionais, muitos dos direitos humanos não foram implementados, ou ainda mais grave, são por vezes, e

---

<sup>56</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

infelizmente muitas vezes, sonogados, pois como nos ensina Morais:

Por óbvio que nem sempre a formalização de um texto constitucional impediu que a prática fosse desenvolvida em desacordo com a expressão contida na Carta Magna, da mesma forma que em muitos momentos esta não representou aquilo que se pretendia ser a materialização da *vontade política de um povo* – como expressou Dalmo Dallari – mas, pelo contrário, serviu para dar um véu de legalidade e de legitimidade a um poder arbitrário - como ocorrido seguidamente, e.g. na história constitucional latino americana em suas experiências burocráticas-autoritárias.<sup>57</sup>

Discute-se na contemporaneidade, o amadurecimento dos direitos humanos no cenário nacional, traduzido na eficácia das normas constitucionais enquanto humanitárias e transformadoras, posto que, insuficiente se torna, se apenas consubstanciar o seu conteúdo em normas programáticas inseridas em um texto do Estado que se pretendeu Democrático de Direito por meio do processo legislativo.

Anota José Joaquim Gomes Canotilho que:

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nele contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através de sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma

---

<sup>57</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade atual e imediata através da sua 'passagem' a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.<sup>58</sup>

E acerca do agente concretizador do caráter eficaz das normas, Canotilho completa:

Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, concluiu-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam o norma em contato com a realidade. No específico plano da concretização normativo constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das manifestações mais relevantes. Em face do caráter aberto, indeterminado e polissémico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou de concretização – legislativo, judicial, administrativo – se aproxime a norma constitucional da realidade.<sup>59</sup>

É de se observar, que sejam os direitos de primeira dimensão ou os de segunda ou terceira dimensões, mas acertadamente esses últimos, todos demandam direitos prestacionais que ultrapassam a

---

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

<sup>59</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

atuação do legislador a fim de serem eficazmente usufruídos de forma individual ou coletiva.

As liberdades positivas, uma vez tendo atuado o legislador na prestação positivada dos direitos sociais, econômicos e culturais, requerem então a concretização do ente público estatal com a implantação de políticas adequadas para a satisfação dos direitos sociais.

Como se vê, as normas de direitos humanos inseridas no texto constitucional, requerem além dessa positivação, visto que, deverá o conjunto de direitos e garantias fundamentais, na busca da máxima efetividade, ser interpretado pelo princípio da unidade da constituição, pelo princípio do efeito integrador, pelo princípio da máxima concordância prática ou da harmonização e pelo princípio da força normativa da constituição, como destaca Canotilho:

A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (=resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativo no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas

constitucionais dentro da ‘base de compromisso’ cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade).<sup>60</sup>

O legislador buscando dar cabo à sua função institucional, elaborou mecanismos jurídicos a fim de permitir ao cidadão o recurso às promessas constitucionais para a garantia de seus direitos fundamentais. A exemplo, tem-se os remédios constitucionais *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandato de Segurança – Individual e Coletivo, Mandado de Injunção e as Ações de Controle de Constitucionalidade.

Por esses mecanismos, o legislador incumbiu o poder judiciário de responder às demandas postas em juízo, para o fim de buscar a satisfação às necessidades da coletividade em demandas individuais ou difusas, ocorre que ao judiciário não está afetado a atividade prestacional de implantação de políticas públicas, não possuindo esse legitimação para assim exercer, decorrendo daí uma crise institucional a qual acarreta o não atendimento dos direitos humanitários na forma eficiente como idealizado na Carta Maior.

José Luiz Bolzan de Moraes tratando da jurisprudencialização da Constituição nos traz a reflexão que essa crise repercute nos direitos humanos, como também repercute na própria funcionalidade do Estado, enquanto estrutura triparte – legislativo, executivo, judiciário - onde assistimos a uma disputa intestina de poder, em cujo embate a centralidade é assumida pela função jurisdicional em afronta à separação e harmonia das funções estatais: “Ganha projeção neste texto aquilo que se passou a nomear como *judicialização da política*, em especial desde a centralidade assumida com a ascensão da

---

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

função jurisdicional, particularmente ante o crescimento do seu papel como jurisdição constitucional”.<sup>61</sup>

Deve-se reconhecer que por esse modelo institucional, a função de governo se vê fragilizada diante de sua incapacidade de atender ou de atender eficazmente as promessas constantes no texto constitucional, ocorrendo então o afloramento de outros centros de poder, seja estatal ou não estatal, sob a denominação de expressão e participação democrática na nova roupagem dos espaços públicos, com a pluralização de instâncias de poder, seja na esfera pública ou privada. Moraes<sup>62</sup> acrescenta sobre a sacralização da jurisdição constitucional que:

É nesse contexto que ganha sentido discutir a judicialização da política como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar – não apenas o mal-estar da civilização de que falava Sigmund Freud, mas de um mal-estar na civilização (no projeto civilizatório moderno) – seja por seus desvios, seja como consequências de suas crises ensejadoras de sua fragilização, desestruturação, incapacidade, seja, ainda, por seus próprios limites, decorrentes da fórmula que está na sua base, a qual traz uma *colagem* entre política de inclusão (democracia social) e economia de exclusão (capitalismo).<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>62</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>63</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

O judiciário atua onde há conflito, e a crise surge diante de promessas constitucionais inseridas como garantias fundamentais para o exercício da dignidade humana que não foram e não são cumpridas, e mesmo, naquelas que o foram, o aparecimento de novas demandas e novas dimensões de direitos, enquanto processo natural de desenvolvimento das necessidades da humanidade, que desaguam na insatisfação popular.

### 3 DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS

A Constituição enquanto instrumento de organização do poder e instrumento de liberdade deve ser repensada, pois a crise institucional entre as esferas de poder acarreta instabilidade e insegurança na concretização das práticas humanitárias, ficando o indivíduo, enquanto sujeito desse processo de transformação, reduzindo diante da falácia da democracia representativa.

A democracia representativa, como observa Morais,<sup>64</sup> no modelo atual, transformou-se tão somente em um instrumento incapaz de responder a todos os anseios e pretensões da sociedade, referindo-se a “*fantochização da democracia*”, que enfraquece a política diante da escassez de alternativas de escolha, em razão da desidentificação das candidaturas e desdiferenciação de propostas políticas, o que leva o cidadão à apatia política face o reconhecimento da ineficácia do processo eleitoral consubstanciado nas eleições periódicas.

Urge refletir sobre as ideias de democracias e de direitos humanos praticados no cotidiano e que formam

---

<sup>64</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

parte da cultura popular difundida pelos meios de comunicação e pelas instâncias políticas tradicionais de representação, quais sejam: partidos políticos, sindicatos, poderes legislativos, executivo e outros.

Necessário debruçar nesta seção acerca de deficiências, defeitos e falências que nos remete os conceitos de democracia e direitos humanos, visto que Democracia e Direitos Humanos estão, em regra, associados a lógicas insuficientes e estreitas em relação ao reconhecimento e ao desenvolvimento do ser humano, pois:

Deve-se por outro lado, observar uma inevitável correspondência entre os direitos humanos e a democracia, posto que, se essa se enfraquece são aqueles os primeiros e principais atingidos, não repercutindo unicamente nos seus âmbitos civis e políticos, mas em todas as suas dimensões, uma vez que, a quebra do regime democrático implica o desfazimento dos espaços da e para a política, pois como aponta Renato Janine Ribeiro, somente é legítimo, na política, o regime democrático. Dito de outra forma, fora da democracia, não há espaços para direitos humanos, sem democracia, não há solução possível para os déficits humanitários. Fora da democracia não há, sequer, espaços para as práticas políticas, admitindo-se a contradição entre poder autoritário e ação política”.<sup>65</sup>

Democracia deve ser entendida como prática plural de controle e exercício do poder de cidadãos soberanos e não somente como forma de governo.

---

<sup>65</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Os direitos humanos, por sua vez, tratam-se da consolidação representativa das lutas pela dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em demandas institucionalizadas ou não pelos Estados, que servem de instrumento de controle contra os excessos de poder que possam reduzir ou aniquilar a condição de ser humano em suas variadas facetas: étnicas, culturais, econômicas e sociopolíticas.

A realidade, entretanto, é diversa, pois o que se vê são processos de desempoderamento humano em um contexto em que há claramente uma ausência de cultura desses direitos, e, a pouca que existe, se além a procedimentos judiciais, que mais favorecem a separação da teoria e da prática, que verdadeiramente a promoção dos direitos humanos.

Isto ocorre porque o exercício dos instrumentos de controle se dá em regra pela via jurídica e pós-violatória de forma a subentender que os direitos humanos somente tem importância a partir do momento em que são violados e então se volta às práticas jurídicas para a busca da efetivação do direito violado, ao revés de ser concebido como processo de abertura e consolidação de espaços e lutas pela dignidade humana.

Contudo, a compreensão desses institutos (Democracia e Direitos Humanos), por esse modelo simplicista, tão somente leva à reduzir desses conceitos. Em consequência natural dessa redução alguns grupos se sobressaem, beneficiam-se com uma ordem social suprema, embora controlada pelo capitalismo, pelo racismo e por outras ofensas aos direitos humanos.

Esse modelo simplista se instala porque os cidadãos se vêm incapacitados de se posicionarem mediante um julgamento crítico e então, aderem cegamente ou passivamente à máquina econômica e política, na acepção vil de poder.

Os cidadãos se vêm desvestidos do espírito politizador, argumentativo e reivindicante, quedando-se inerte aos modelos de sociedade organizada.

## 4 DIREITOS HUMANOS

David Sánchez Rubio expõe o abismo entre o que é dito e o que é feito, entre o ser e o dever ser, entre a maneira de se pensar e de se praticar direitos humanos. Esse abismo, conforme constata o autor, está na maneira passiva, conformada e indolente (insensível, negligente, que não se dedica àquilo que se deveria dedicar, apático, indiferente, distante da situação) do próprio ser humano.<sup>66</sup>

Por essa indolência, continuamos deixando as coisas como estão, continuamos todos a viver e conviver descumprindo, destruindo ou ignorando os direitos humanos.

Vivemos desprovidos dos direitos humanos porque somos incapazes de sermos nós mesmos os protagonistas de nossas ações. Fugimos de nossa realidade e passamos a forjar um eu diferente. Um ser humano incapaz de sua própria autonomia e sua própria autoestima.

Qualquer que seja a relação econômica, jurídica, ética, política, cultural e sexual, passamos a viver massificadamente sem identidade própria, aceitando a inefetividade do reconhecimento e garantia dos direitos humanos como natural e normal.

Constata-se portanto, que grande é ainda o desafio presente no cenário dos direitos humanos no âmbito nacional, pois abissal é a distância entre os direitos

---

<sup>66</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

humanos e o se tem efetivamente produzido para a sua proteção.

Há uma profundidade insondável entre os discursos reiterados no cotidiano brasileiro e as normas jurídicas que os reconhecem. E mais distorcido, inoperante e ineficaz está o efetivo cumprimento dos direitos humanos.

Há no país um compromisso político insuficiente e escasso para com os direitos humanos e conseqüentemente a população é guiada para os conflitos, os quais são as conseqüências da discriminação social, pois o que ocorre é a ausência de direitos para todos.

As pessoas merecem na universalidade a mesma saúde, a mesma educação, as mesmas condições de saneamento básico e infraestrutura urbana, pois como escreve Morais:<sup>67</sup> Universalidade de direitos humanos significa uma única calçada.

Para tanto, é necessário uma maior articulação com o fim de ultrapassar essa acepção simplícista de direitos humanos e a enfrentá-la como complexa que é.

É preciso priorizar nossas próprias práticas humanas, pois essas são as que fazem e desfazem, constroem ou destroem os direitos humanos. É dessa forma que as teorias dos direitos humanos surgem e são elaboradas tal como o processo de democratização.

Hélio Gallardo, citado por Sánchez Rubio,<sup>68</sup> apresenta que a expressão *direitos humanos* é composto de ao menos cinco elementos, quais sejam: luta social,

---

<sup>67</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>68</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

reflexão filosófica ou dimensão teórica e doutrinária (em uma dimensão teórica filosófica, reconhecimento jurídico-positivo) e institucional (dimensão normativa institucional), eficácia e efetividade jurídica (eficácia jurídica estatal) e sensibilidade sociocultural.

Esses elementos são postos em plano secundário devido a indolência do ser humano que o impede de reconhecê-los. Mas são exatamente esses elementos que permitem o enfrentamento do abismo entre o discurso e a prática dos direitos humanos e assim transportá-lo ou ao menos minimizar a distância que impede o ser humano de se desenvolver de forma independente.

Contudo, os elementos “principais”: reflexão filosófica ou dimensão teórica e doutrinária, isto é, uma dimensão teórica filosófica, o reconhecimento jurídico-positivo e institucional, traduzido em dimensão jurídica normativa institucional e a eficácia e efetividade jurídica-eficácia jurídica estatal, nos conduzem a grave equívoco, seja no plano teórico, no plano institucional normativo ou no plano da eficácia jurídica, pois vejamos:

No plano teórico: em regra, associamos direitos humanos ao que ouvimos ao longo da história por meio dos pensadores e filósofos, e passamos a crer serem esses especialistas que criam os direitos humanos, nos esquecendo porém que direitos humanos são produtos gerados na sociedade pelos próprios atores sociais, são as próprias pessoas que escrevem suas histórias, suas lutas e que nos deixam sua cultura transmitindo legados socioculturais.

No plano institucional e normativo: - dimensão jurídica normativa institucional – não se pode descuidar da importância dos movimentos ocorridos ao longo da história, bem como, os avanços obtidos no plano institucional e normativo, seja em âmbito nacional ou

internacional – pois marcaram a história, por exemplo, os movimentos da burguesia no processo de afirmação das sociedades modernas, e também, os movimentos operários do século XX com as suas lutas por espaços e reivindicações, como também, ao levarem ao conhecimento do mundo os excessos praticados no campo econômico e social com graves violações às culturas, à ética, enfim, aos direitos humanos.

Esses movimentos produziram revoluções nas instituições e no plano legislativo, porém, foi um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que se deu excessiva exposição e obteve-se importância aos direitos humanos, fechou-se os olhos para as violações diárias aos direitos humanos praticados em todo o mundo e tão grave quanto as outras violações. Enxergou-se o macro e invisibilizou-se o micro, porém, ambos dotados de mesma importância e necessidade de serem protegidos.

No plano da eficácia jurídica: a existência de Tribunais de Justiça para se fazerem as denúncias de violações de direitos humanos em regra é o principal recurso utilizado para a garantia dos direitos fundamentais do Estado. Mas a crítica é que não são suficientes, não são eficientes e não são eficazes.

Basta olhar que mesmo naqueles Estados em que se proclamam o Estado de Direito reconhecendo-se os direitos fundamentais por meio de estatutos jurídicos, quantas violações aos direitos humanos ocorreram e ocorrem, como é o caso do Estado brasileiro.

E essas violações, quando judicializadas quantas obtêm sentenças favoráveis? E dessas sentenças, quantas são efetivas?

É preciso reconhecer que de fato, o Judiciário é o terceiro gigante e no campo de direitos humanos é mais gigante que os outros dois poderes. O que outrora era

tímido, fortaleceu-se por meio da centralização do poder, e pode, o judiciário, introduzir-se e manifestar-se sobre atos administrativos e também sobre atos do legislativo, por meio de soluções dadas às demandas levadas a sua apreciação, seja por meio das ações individuais, por meio da utilização dos remédios constitucionais e mais ainda, no julgamento do controle de constitucionalidade, na sua tarefa suprema de interpretar a constituição.

De fato, é um avanço, mas não na medida e proporção que os direitos humanos são violados, pois nesse plano de eficácia jurídica, reduzimos os direitos humanos à categoria de demanda judicial, e pior, na triste e esmagadora maioria pós-violação, ficando relegada a dimensão pré-violatória.

Dessa forma, é forçoso concluir que direitos humanos está reduzido a normas, instituições e teorias, e isto, direitos humanos está afeto a um grupo de pessoas encarregadas de interpretar as normas e também a um grupo de funcionários responsáveis pelas políticas públicas do assistencialismo, a exemplo do conhecido lema institucional: País sem miséria – País rico é país em pobreza; porém, o que vemos é crescer o mercado e as práticas financeiras, sem repartir o bolo econômico.

Não podemos deixar de ressaltar as ações dos ativistas de direitos humanos, os quais, em regra, agem com mais paternalismo e menos resolutividade, ficando os cidadãos que se vem atendidos por essas ações subordinadas a uma dependência econômica e assistencial.

Por essa forma de olhar os direitos humanos nos colocamos no ideal simplicista da cultura restrita e insuficiente de direitos humanos.

## 5 UMA PRÁTICA DE DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

No estudo anterior concluímos que o modelo de direitos humanos hoje concebido é excessivamente jurídico positivo. É também formalista, pós-violatório e delegatório.

Procurando aprofundar em uma concepção mais complexa a partir de práticas sociais e ações humanas que levem o ser humano ao empoderamento e partindo da propositura teórica de Hélio Gallardo, como ressaltou Sánchez Rubio, temos como referencial básico de direitos humanos a autonomia dos indivíduos ou das pessoas.<sup>69</sup>

Essa autonomia capacita o indivíduo a adotar uma postura própria com autonomia e autoestima a ser ele mesmo o autor de suas produções e levantar bandeiras de luta frente aos obstáculos que o impeça de criar e ressignificar sua existência enquanto ser humano.

Os direitos humanos estão atrelados a um processo de luta pela abertura e conquista de espaços de liberdade e dignidade humana, como já dissemos em linhas anteriores, é produto de processos históricos formulados por circunstâncias sócio-histórico-econômicos e portanto universais, generalizantes e temporários, daí falar-se em gerações ou dimensões de direitos humanos.

Direitos humanos são práticas sociais, culturais e institucionais capazes de enfrentar qualquer tipo de poder que impeça o ser humano de ser sujeito de sua própria vida e decisões, portanto, é fundamental que os atores das funções estatais façam da constituição um corpo vivo, que

---

<sup>69</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

se transforma por sua própria prática, como nos alerta Moraes.<sup>70</sup>

Os direitos humanos tem nos movimentos sociais ao longo da história alguns imaginários e demandas distintas, mas todos reivindicam e por diversas razões, tornando-se hegemônicos na busca do empoderamento para a luta pelos ideais, pois o objetivo é um só: a busca pelos direitos humanos.

Porém, outras demandas virão, novas lutas surgirão e o problema reside quando se tem no imaginário que a causa é uma só e os demais devem se adaptar. Fica, dessa forma, impossível novos avanços.

Ressalte-se que os direitos humanos devem ser reconhecidos e trabalhados também na dimensão pré-violatória para que as ações humanas sejam efetivas e por esse enfoque afastamos da dimensão jurídica e estatal e passamos a trabalhar o reconhecimento e garantia dos direitos humanos por outros atores não estatais e não jurídicos, e, também, por outros atores jurídicos e não estatais.

Por fim, devemos reconhecer que são nossas próprias relações, práticas e tramas sociais, sejam jurídicas ou não jurídicas, que podem nos responder se fazemos ou não direitos humanos, se desenvolvemos práticas de reconhecimento, respeito, inclusão, ou, desenvolvemos práticas de império, dominação ou exclusão. Enfim, se de fato, enquanto atores sociais, estamos construindo ou destruindo os direitos humanos.

---

<sup>70</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

## 6 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

O direito penal brasileiro visa punir àqueles que violam ou violaram bens jurídicos e materiais de terceiros, tais como a vida, a honra, a integridade, a propriedade, liberdade, dentre outros. Porém, ao punir o transgressor, o direito penal não se atentou para as condições degradantes e a falta de infraestrutura do sistema carcerário, o que acaba indo ao desencontro do ideal de ressocialização pretendido.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH),<sup>71</sup> estabelece em seu artigo V, que: “Ninguém será submetido à tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

O sistema prisional brasileiro é o retrato da infringência da DUDH. Necessita-se com urgência de políticas públicas voltadas para a proteção e resguardo dos direitos humanos dos aprisionados, a fim de não lhes suprimir mais do que lhes é imposto, do que é devido à sociedade.

O ambiente carcerário é deplorável, com más instalações, má qualidade na alimentação, superlotação e ambiente favorável a maior prática de crimes, tonando-se uma verdadeira escola de transgressores. O cenário das rebeliões e fugas são em sua maior parte, resultados da situação degradante em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

Não se deve eximir o preso de pagar sua dívida com a sociedade, porém, o Estado como detentor e

---

<sup>71</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2016.

aplicador da pretensão punitiva, deve fornecer as devidas condições para que, o aprisionado seja reeducado e ressocializado, para que assim, a pena imposta tenha cumprido o seu devido objetivo.

Ao contrário do que é idealizado nesse sistema, se vê o presídio como uma verdadeira escola do crime, onde os presos são amontoados com outras pessoas que praticaram os mais variados tipos de crimes, de diferentes idades, e temperamento, fazendo com que, o que se objetivava ressocializar, acaba por gerar conhecimentos a mais das práticas criminosas, acarretando reincidência.

Outro fato que merece destaque é a falta de segurança existente no interior dos presídios, propiciando frequentes brigas, rebeliões e mortes. O artigo III da DUDH estabelece que: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.<sup>72</sup>

É iminente o desrespeito pelas políticas públicas carcerárias brasileiras ao estabelecido na DUDH, uma vez que, o preso não conta com nenhuma segurança, o que deveria ser ofertado pelo poder público, uma vez que se torna o guardião de sua liberdade.

Vê-se aprisionados de diversos estereótipos, idades e grau de reincidência, além de diferentes crimes cometidos amontoados em uma mesma cela, onde prevalece a lei do mais forte, como se fosse uma selva, onde não há limites e restrições.

Não estamos idealizando um sistema carcerário perfeito, visto que, isto seria uma utopia, porém, deve-se ter em mente que o Estado deve colocar em prática seus objetivos e fazer valer as garantias humanitárias, propiciando assim, àqueles que se viram restritos de sua

---

<sup>72</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2016.

liberdade e sem esperança de voltar a exercer com dignidade o seu papel na sociedade, venha a resgatá-la e saiam do ambiente carcerário reabilitados.

## **7 OS DIREITOS HUMANOS E O (NÃO) CUMPRIMENTO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS**

A lei que regulamenta as execuções penais (Lei n.º 7210/84 – LEP), estabelece em seus artigos 10 e 11 que o Estado tem o dever de prestar assistência ao preso, objetivando orientar seu retorno à convivência social.

Ainda segundo a Lei de Execuções Penais, a assistência poderá ser material, à saúde, educação, jurídica, social e religiosa. Porém, o Estado não conta com a infraestrutura capaz de custear o que estabelece, deixando o acautelado refém de sua ineficácia, e dado a própria sorte.

O ambiente carcerário, por si só já é propício ao aparecimento de patologias, mas, quando associado a superlotação, instalações insuficientes e pouco arejadas, umidade, falta de ventilação e iluminação, instalações sanitárias inadequadas, torna-se um ambiente inabitável.

A infringência ao disposto na Lei de Execuções Penais não é relacionada apenas questões materiais e de saúde. No campo da educação, religião e apoio jurídico, os presos também sofrem descaso em seus direitos.

No que concerne a práticas educativas, criação de oficinas para aprendizagem e trabalhos alternativos, são poucos e insuficientes os recursos, de modo que, apenas um percentual muito abaixo do desejável, conseguem usufruir do benefício, prejudicando de sobremaneira o caráter principal da pena, que é de reeducar para reinserir na sociedade.

Necessário se faz que o poder público efetive suas obrigações, faça valer o disposto na Constituição Federal, DUDH, diversos tratados sobre Direitos Humanos e na Lei de Execuções Penais, tendo como enfoque o princípio da dignidade humana, buscando o aperfeiçoamento do sistema, e, tendo como premissa que a “assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, conforme prevê o artigo 10 da LEP.

## **8 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INFRINGÊNCIA NO SISTEMA CARCERÁRIO**

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes conferidos ao ser humano, eis que propicia condições dignas para que viva em sociedade.

Hoje não se discute mais o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que já é consagrado universalmente, inclusive nas nações que vivem sob o regime ditatorial. A luta que se trava agora é pela sua efetiva aplicação prática.<sup>73</sup>

No sistema penitenciário brasileiro a situação não é diferente. O Estado, detentor do *ius puniendi* é o seu maior violador. A realidade das prisões é deplorável. Os condenados ao cárceres não detém quase nenhuma dignidade quando inseridos no ambiente penitenciário. Os problemas enfrentados são vários, destacando-se a superlotação, falta de segurança, infraestrutura precária, falta de acompanhamento médico e jurídico, dentre outros tantos.

---

<sup>73</sup> GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 61.

Inseridos nesse sistema e postos nas condições acima descritas, a ressocialização do egresso torna-se quase impossível, enfrentando ainda a barreira do preconceito.

A realidade do sistema penitenciário brasileiro hoje não é muito distante da vivida há séculos atrás, onde foram cometidas todas as atrocidades e barbáries contra o indivíduo, não havendo nenhum respeito por sua dignidade.

Sob esse diapasão merece destaque a obra de Michael Foucault, o clássico *Vigiar e Punir*,<sup>74</sup> na qual retrata o cumprimento da pena como a forma mais cruel possível, onde a finalidade era uma pena corporal, aflitiva e de suplício.

Os indivíduos que cometiam algum crime eram postos frente a fúria dos poderosos. Suas penas eram friamente calculadas, a fim de que o criminoso sofresse o máximo possível, e, assim, a pena cumprisse efetivamente seu papel e se tornasse um exemplo para os demais indivíduos, visando o não cometimento mais daquele tipo de crime.

A pena de prisão surgiu na virada dos séculos XVIII para o XIX, principalmente por conta dos revolucionários franceses, os iluministas, que não aceitavam as formas desumanas e cruéis aplicadas ao criminoso.<sup>75</sup> Passou-se assim a punir não o corpo em si do criminoso, mas seu direito à liberdade, o que é aplicado até hoje.

Mudou-se a forma de punição, porém, o caráter continua a ser desumano e desrespeitando os direitos

---

<sup>74</sup> FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

<sup>75</sup> GRECO, Rogério. *Sistema prisional*: colapso atual e soluções alternativas. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 134.

fundamentais dos aprisionados. O corpo do condenado não sofre os mesmos suplícios como outrora narrado por Foucault, mas há outros sofrimentos como o mental, material, moral e social.

O Estado, único detentor do direito de punir quem comete crimes, já que em nosso sistema jurídico não se admite a autotutela, é totalmente relapso ao cumprir o que prescreve e fazer valer o defesa dos direitos humanos e preservar a dignidade dos aprisionados, sendo que, deveria ser o primeiro a observá-lo, uma vez que vivemos sob a concepção de um Estado Democrático de Direito.

O ambiente de uma cela carcerária é o mais inócuo de todos. São péssimas as instalações, ambiente fétido, úmido, sem ou com pouca ventilação, ausência de irradiação solar. No que se refere ao tratamento, os aprisionados vivem no limite do possível, com alimentação restrita, isolamento, condições mínimas de higiene e saneamento básico, falta de assistência médica, jurídica e religiosa.

Vê-se com o relatado, a crise do sistema penitenciário e a mudança no aspecto do suplício outrora sofrido conforme Foucault. As mesmas barbáries cometidas que levavam a população às praças assistirem as mutilações, são vistos hoje por nós, ao assistirmos as rebeliões, os motins, homicídios dentro das celas, queimas de colchões, estupros, visitantes sendo feitos reféns, dentre outras práticas de terror.

Se o Estado tem como objetivo ao condenar o indivíduo fazer ele pagar sua dívida perante a sociedade, levando-o para um ambiente sob sua custódia com o escopo de reeduca-lo para que possa ser reinserido na sociedade, ao agir de desencontro com a proteção do preso e violando sua dignidade, obtém como resposta social, o reverso do pretendido.

Quanto maior o prazo que o indivíduo preso fica exposto a essas situações degradantes e sem amparo e respeito de sua dignidade, maior se torna a probabilidade de voltar a delinquir e reincidir no crime, e especializando em outras modalidades.

Para Rogério Greco, o convívio carcerário torna possível a organização de novos grupos criminosos, que, após a conquista da liberdade, darão início a uma série de crimes já previamente acordados quando se encontravam juntos na prisão.<sup>76</sup>

Feitas essas considerações, constata-se que o Estado não logrou êxito em estipular a prisão como forma de se punir e coibir novas práticas criminosas, uma vez que ele é o primeiro a contribuir e de forma majoritária para o fracasso do sistema.

Para que o ideal almejado do sistema prisional tivesse efetividade, o Estado deveria fazer valer suas políticas públicas, sua função precípua, de respeitar e fazer serem respeitados dos direitos e a dignidade dos indivíduos presos.

A prisão como medida de punição e inibição da prática criminal deve ser revista, haja vista que a privação da liberdade sem as garantias de um mínimo existencial e sem atender ao princípio da dignidade da pessoa humana deturpa a personalidade do preso, transformando-o num ser irreconhecível socialmente. Não acrescenta nada, ao contrário, destrói, aniquila a personalidade daquele que a conheceu de perto.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 135.

<sup>77</sup> GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 136.

## 9 CONCLUSÃO

O sistema penitenciário brasileiro está em crise. O Estado que deveria ser o guardião dos direitos e garantias fundamentais dos que aprisiona, é o seu primeiro transgressor. Isso assusta, ao nos darmos conta que vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde os direitos humanos devem ser preservados acima de qualquer ressalva.

Percebe-se que, com o decorrer dos séculos, o caráter da pena não mudou. Apenas foi revestido de um manto do politicamente aceitável e correto, sem que, com isso, propiciasse condições dignas e humanas para que quem cometeu um crime pudesse se redimir perante a sociedade, pagar sua dívida e retornar ao seu seio como uma pessoa apta ao convívio sadio.

Ao analisar a obra de Foucault e nos depararmos com os horrores praticados no passado por quem cometeu algum crime, com a depredação de seu corpo, sendo levado ao suplício de uma morte extremamente lenta e violenta, onde a população se reunia ao entorno para presenciar, como se fosse um espetáculo, vemos que hoje, no íntimo do Estado, as atrocidades são as mesmas.

Com os ideais iluministas e a Revolução Francesa, foram sendo reconhecidos e incorporados às Constituições, ganhando sempre mais força e proteção, não se admitindo mais as penas corporais e aflitivas. Desde então, surgiram as prisões e a pena passou a ter, em tese, caráter educativo e ressocializador.

Porém, diante da falta de estrutura e interesse do Estado, detentor da pretensão punitiva, vemos graves retrocesso, onde se pune o criminosos cerceando não só sua liberdade, mas todos os seus direitos fundamentais.

O Estado busca dar a sociedade uma resposta de que está cumprindo seu efetivo papel e punindo os criminosos, porém, não tem aparato para fazer o preso cumprir com dignidade o que lhe é imposto. A sociedade fica novamente como espectadora do martírio penitenciário.

Ao restringir a liberdade do indivíduo por meio da pena privativa de liberdade, o Estado passa a tratá-lo com desprezo, indiferença, fulminando todos seus direitos indissociáveis à sua pessoa e a sua dignidade.

A vida e o cárcere lhes impõe uma nova forma de agir, e, aliada a condições desumanas, traz ao presidiário o sentimento de revolta, e aliado a fatores vivenciados na prisão, faz com que volte a delinquir.

Tudo isso nos faz questionar a validade da pena privativa de liberdade hoje no Brasil, e as conclusões não são as melhores quando vistas sob o aspecto do alto número de criminosos reincidentes.

Do que adianta o Estado cercear a liberdade do indivíduo com o escopo de fazê-lo pagar pelo crime cometido e assim dar um a resposta a sociedade, se não oferece condições mínimas para que a pena cumpra efetivamente seu papel ressocializador. A pena privativa de liberdade se transmudou em inocuização do condenado, retribuição do mal causado, sofrimento fora daquilo que lhe fora imposto na sentença penal condenatória.

Concordamos com os palavras de Rogério Greco, ao afirmar que o sistema prisional não foi feito para a sociedade de uma forma geral, mas sim para um grupo determinado de miseráveis, pertencentes às camadas

sociais mais baixas, em flagrante ofensa ao princípio da igualdade.<sup>78</sup>

A seletividade do sistema prisional recai de forma cruel sobre aquele que não possuem a liberdade material para a ter acesso à Justiça, o que repercute imediatamente sobre a dignidade humana, ficando a mercê de um Estado arbitrário e desumano, contrariando os postulados do Estado Democrático de Direito.

É de bom tom trazer as palavras de Carlos Eduardo Ribeiro Lemos, citado por Rogério Greco, que assim assevera:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade – em direitos e dignidade – e os direitos fundamentais não forem reconhecidas e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>79</sup>

Feitas todas essas considerações, conclui-se que no Brasil, a pena privativa de liberdade não surte os efeitos almejados, uma vez que não conta com infraestrutura e aparatos a garantir o mínimo existencial ao indivíduo, resguardando seus direitos e sua dignidade, de forma a criar revolta e desconstruir a personalidade do preso,

---

<sup>78</sup> GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 342.

<sup>79</sup> LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro *apud* GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 70.

acarretando um elevado número de criminosos reincidentes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2016.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

# A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO COROLÁRIO DAS CONQUISTAS DO *STATUS* *LIBERTATIS*

Cláudio Márcio Bernardes<sup>80</sup>

Maria Solange Costa Fonseca<sup>81</sup>

## RESUMO

A liberdade de expressão e de consciência no efetivo Estado democrático de direito, enquanto condição preferencial para a fundação de sociedades livres, permeia intimamente os embates atuais quanto às relações do Estado com os meios de comunicação. Entretanto é imprescindível estabelecer um diálogo entre o conceito de liberdade e as diversas doutrinas políticas, notadamente o liberalismo cujo desígnio dominante é assegurar as condições políticas que são necessárias para o exercício da liberdade pessoal. A livre manifestação, gênero que comporta as demais liberdades: de pensamento, de crença, de ideologia, de consciência, compõe um direito natural, relativo mesmo à raça humana. Tudo que for impeditivo dessa liberdade pode significar autoritarismo. Este artigo

---

<sup>80</sup> Servidor Público do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, graduado em Letras - Português e Inglês - pela Fundação Educacional de Divinópolis (UEMG), pós-graduado em Linguística pela Faculdade São Luís (SP), graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna e pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva, mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna.

<sup>81</sup> Advogada. Diretora Jurídica da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Pará de Minas. Graduada em Letras Português e Inglês pela Universidade de Formiga – UNIFOR, graduada em Direito pela Universidade de Itaúna e pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS, Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna.

procura demonstrar que as garantias obtidas no Estado liberal em franca oposição aos regimes absolutistas devem ser entendidas como um avanço significativo da liberdade, amplamente considerada. Para tanto, o método de pesquisa dedutivo, através de pesquisa bibliográfica e documental, será utilizado na formulação dos postulados defendidos.

**Palavras-chave:** democracia; Estado; liberalismo; liberdade de expressão.

## ABSTRACT

The freedom of expression and of conscience in the effective democratic state of law, as a preferential condition for the foundation of free societies, permeates closely the current conflicts regarding the State's relations with the media. However, it is essential to establish a dialogue between the concept of freedom and the various political doctrines, notably liberalism whose dominant design is to ensure the political conditions that are necessary for the exercise of personal freedom. Free manifestation, a genre that includes the other freedoms: of thought, of belief, of ideology, of consciousness, composes a natural right, relative to the human race. Anything that is impeding this freedom can mean authoritarianism. This article seeks to demonstrate that the guarantees obtained in the liberal state in open opposition to the absolutist regimes should be understood as a significant advance of freedom, widely considered. For this, the deductive research method, through bibliographical and documentary research, will be used in the formulation of the defended postulates.

**Keywords:** democracy; State; liberalism; freedom of expression.

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é garantia assegurada a qualquer indivíduo de se manifestar, buscar e receber ideias e informações de todos os tipos, com ou sem a intervenção de terceiros, por meio das linguagens oral, escrita, artística ou qualquer outro meio de comunicação.

Quando surgiu no século XVIII, o liberalismo foi caracterizado pela ideia de que o indivíduo possui direitos naturais e inalienáveis como o direito a se expressar publicamente, o direito à liberdade religiosa e ao direito natural. Segundo John Locke, seu maior defensor, a propriedade e os bens materiais são consectários desses direitos. Nesse sentido o liberalismo pregou a defesa da liberdade no campo político e foi uma reação ao estado absolutista.

O problema que se apresenta é tentar demonstrar se, na prática cotidiana, o indivíduo tem a prerrogativa de expressar-se livremente, conforme sua vontade, de acordo com suas convicções, ideias e opiniões, tendo dessa forma garantido o direito fundamental à liberdade de expressão assegurada pela Constituição.

Assim, o objetivo primordial deste estudo é realizar uma análise conceitual da liberdade de expressão, se ela deve ser relativizada, bem como demonstrar que a liberdade de expressão não deve ser cerceada arbitrariamente, sendo um dos princípios primordiais de uma democracia madura.

No desenvolvimento do estudo, para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo,<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22.

processo que faz referência aos dados da experiência ou as normas e regras em relação a leis e princípios gerais, como a pesquisa teórica, com compilação e revisão de material bibliográfico.

A metodologia de pesquisa para a realização da pesquisa utilizará o procedimento bibliográfico, na consulta empreendida a material teórico-bibliográfico e documental disponível, com a utilização de livros, textos e artigos doutrinários, além de leis que possuam relação direta ou indireta com o tema.

## 2 O IDEAL DE DEMOCRACIA RELATIVIZADO NO BRASIL

O Brasil vive uma crise de identidade ética parecida com a metáfora do cachorro raivoso que corre desesperadamente atrás de um caminhão e, quando este para, não sabe o que faz, se continua latindo, avança na roda ou abandona a tarefa quixotesca. Historicamente costuma-se falar na ditadura militar dos anos 70 e esquecer os demais períodos por que passamos. A princípio, o despotismo português no Brasil-Colônia foi devastador e aniquilou quase todos os movimentos de emancipação. A proclamação da República, através de um golpe militar, iniciou um longo processo de estabelecimento de coronéis no Poder, sob o beneplácito do povo, que assistia a tudo passivamente. A era Vargas representou um golpe dentro de outro golpe, o da República *café-com-leite* e... mais autoritarismo. Finalmente vem a tão decantada e assombrosa ditadura militar (que ainda desperta saudosistas de nova intervenção), através de outro golpe, sob a alegação de nos proteger do comunismo que se projetava no Mundo pós-guerra, na segunda metade do Século XX. Os detentores do Poder, sob a justificativa de

proteger o povo de si mesmo, o alijava do processo e, somente em 1989, conseguimos uma eleição cujo voto seria direto e universal.

De lá para cá, dois presidentes foram depostos através do processo de *impeachment*. Cotidianamente as multidões se acotovelam em praças públicas para fazer coro à *voz rouca das ruas*, mas as reivindicações ainda são multifacetadas, disformes, em busca de algum novo líder messiânico. Os representantes eleitos, por sua vez, tentam se fazer de mortos e produzem textos normativos casuísticos, tendentes a lhes atender o fisiologismo e atingir os manifestantes, como se o problema decorresse do efeito e não da causa.

A complacência e o servilismo ante o poder político que se circunscreve a determinados lugares sociais, termina por despolitizar a cotidianidade dos cidadãos e por questionar ações e expressões de reivindicação que, por estar fora do molde estabelecido, são denegridas e desqualificadas (tal como está acontecendo com o movimento dos indignados).<sup>83</sup>

Nessa mesma linha de atacar os efeitos e ignorar as causas, o Conselho Nacional do Ministério Público, através da Recomendação de caráter geral CN-CNMP n° 01<sup>84</sup>, de 03 de novembro 2016, estabeleceu diretrizes sobre

<sup>83</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 108.

<sup>84</sup> RECOMENDAÇÃO DE CARÁTER GERAL CN-CNMP N° 01, DE 03 DE NOVEMBRO 2016. Dispõe sobre a liberdade de expressão, a vedação da atividade político-partidária, o uso das redes sociais e do e-mail institucional por parte dos Membros do Ministério Público e

a vedação da atividade político-partidária, o uso das redes sociais e do e-mail institucional por parte dos membros do Ministério Público. O ápice da Recomendação do CNMP, que se aplica não somente aos promotores ou procuradores como também aos servidores em geral e também aos estagiários, resume o seu objetivo central: “não comprometer a imagem do Ministério Público”.

VIII – É dever do membro do Ministério Público guardar decoro pessoal e manter ilibada conduta pública e particular que assegure a confiança do cidadão (artigo 37, caput da CR/1988), sendo que os conseqüências de se externar um posicionamento, inclusive em redes sociais, **não podem comprometer a imagem do Ministério Público** e dos seus órgãos, nem violar direitos ou garantias fundamentais do cidadão.<sup>85</sup> (grifo nosso)

Façamos um recorte do texto em comento para contextualizar os acontecimentos atuais que levaram à edição dessa Recomendação. O Brasil vive uma crise ético-moral sem precedentes em sua história. Em meio a escândalos que assolam diariamente os noticiários, a Operação Lava Jato<sup>86</sup> apresenta ao Mundo uma novidade

---

estabelece diretrizes orientadoras para os Membros, as Escolas, os Centros de Estudos e as Corregedorias do Ministério Público brasileiro. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o\\_-\\_03-11-2016\\_doc\\_final1\\_1.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_-_03-11-2016_doc_final1_1.pdf). Acesso em: 10 nov. 2016.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>86</sup> BRASIL, Ministério Público Federal. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em 10/11/2016. “O nome do caso *Lava Jato* decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente

que, até então, não fazia parte do cenário nacional: a prisão de autoridades de alto escalão, de empreiteiros bilionários e a repatriação de bilhões de reais aos cofres públicos. Paralelamente as pessoas foram às ruas e se manifestaram de uma maneira igualmente avassaladora. As redes sociais serviram como porta-voz dessas manifestações e dirigiram a atividade dos poderes constituídos e também do Ministério Público, como órgão essencial à Justiça.

A cruzada contra a corrupção sistêmica ganhou contornos internacionais e o Ministério Público Federal lançou, na efervescência do movimento, a Campanha *Dez medidas contra a Corrupção*<sup>87</sup>. Em contrapartida à Campanha, e entendido por muitos como retaliação, o Poder Legislativo, através do presidente do Senado, Renan Calheiros, senador processado por supostamente ter recebido benefícios de empreiteiras brasileiras, começou a questionar as altas remunerações percebidas por servidores

---

investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou. A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa”.

<sup>87</sup> BRASIL, *Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 10 nov. 2016.

públicos brasileiros. Para se ter uma ideia da motivação da contraofensiva, quando se consulta o *Portal da Transparência do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*,<sup>88</sup> considerando a menor remuneração de um promotor de justiça, referente ao mês de setembro de 2016 (o último disponível no *site*), tem-se o valor de R\$ 26.125,17. Considerando os diversos auxílios: moradia, livro, saúde etc. (sobre os quais não incide nenhum imposto) no valor de R\$ 7.874,25, chega-se a um montante de R\$ 33.999,52. Como a maior remuneração do Poder Judiciário é a de um Ministro do Supremo Tribunal Federal: atualmente reajustado em R\$ 36,7 mil, segundo o Senado Federal,<sup>89</sup> o valor da remuneração de um promotor de justiça do Estado de Minas Gerais, ultrapassa o teto remuneratório, consoante o art. 37, inciso XI, da Constituição da República de 1988.<sup>90</sup>

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os

---

<sup>88</sup> MINAS GERAIS, *Ministério Público*. Disponível em: [http://www-antigo.mpmg.mp.br/sistemas/index.php/transparencia/index/remuneracao?ano=2016&mes=09&cargo=MEMBROS&situacao=Ativo&ordenaacao=crescente&coluna=mamp&nome=&linhas\\_por\\_pagina=100&links\\_por\\_pagina=25](http://www-antigo.mpmg.mp.br/sistemas/index.php/transparencia/index/remuneracao?ano=2016&mes=09&cargo=MEMBROS&situacao=Ativo&ordenaacao=crescente&coluna=mamp&nome=&linhas_por_pagina=100&links_por_pagina=25). Acesso em 10 nov. 2016.

<sup>89</sup> BRASIL, Senado Federal. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/03/aprovado-pela-ccj-aumento-de-salario-para-ministros-do-stf-vai-ao-plenario>. Acesso em 10/11/2016.

<sup>90</sup> BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 10/11/2016.

proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

A proibição do Conselho Nacional do Ministério Público pode até não visar atingir diretamente as manifestações dos servidores contra os altos salários do Ministério Público. A questão é que ela fere de morte a liberdade de expressão dos cidadãos pertencentes à instituição na medida em que prevê processo administrativo para aqueles que contrariarem a Recomendação. O curioso é que, para justificar a proibição, avocou-se justamente a liberdade de expressão e de pensamento.

CONSIDERANDO que a manifestação de pensamento e a liberdade de expressão e de consciência são direitos fundamentais constitucionais do cidadão (incisos IV, VI e IX, do art. 5º, da CR/1988) que devem conviver harmonicamente com outros

direitos e garantias constitucionais fundamentais, tais como a dignidade humana, o direito à intimidade, à imagem, a honra e a privacidade (artigo 1º. Inciso III, art. 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil; [...]).<sup>91</sup>

Os milhões de demandas judiciais no Brasil revelam empiricamente um fenômeno assustador: o brasileiro anda descrente com a classe política que o representa e aposta todas as suas esperanças no Judiciário. Assim buscou-se fortalecer o sistema judicial por meio de altos salários pagos a juízes e promotores (basta conferi-los nos portais de transparência) em despeito de uma remuneração inferior destinada, por exemplo, aos professores, os maiores responsáveis pela formação técnica básica do povo brasileiro. Confira-se abaixo o Projeto de Lei 3.396/2016<sup>92</sup> da Assembleia Legislativa de

---

<sup>91</sup> RECOMENDAÇÃO DE CARÁTER GERAL CN-CNMP Nº 01, DE 03 DE NOVEMBRO 2016. Dispõe sobre a liberdade de expressão, a vedação da atividade político-partidária, o uso das redes sociais e do e-mail institucional por parte dos Membros do Ministério Público e estabelece diretrizes orientadoras para os Membros, as Escolas, os Centros de Estudos e as Corregedorias do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <[http://www.cnpm.mp.br/portal\\_2015/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o\\_-\\_03-11-2016\\_doc\\_final1\\_1.pdf](http://www.cnpm.mp.br/portal_2015/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_-_03-11-2016_doc_final1_1.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

<sup>92</sup> MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei nº 3.396/2016*. Altera a Lei 21710, de 30 de junho de 2015, que dispõe sobre a política remuneratória das carreiras do Grupo de Atividades de Educação Básica do Poder Executivo, altera a estrutura da carreira de Professor de Educação Básica e dá outras providências. Disponível em:

Minas Gerais que dispõe sobre a remuneração dos professores da educação básica do estado. Tome-se, por exemplo, um professor com especialidade plena, nível I, que recebe mensalmente um salário de R\$ 1.620,62 (conforme o quadro ilustrativo abaixo), por uma carga horária de 24 horas, além das inúmeras tarefas relacionadas a sua atividade de preparação de aulas, correção de provas, lançamento de notas. Esse mesmo professor, que deve ter um curso superior de licenciatura para lecionar, tem de sobreviver com menos de dois salários mínimos.

**ANEXO IV**  
(a que se refere o art. 5º da Lei nº , de de de 2016)

**"ANEXO V**  
(a que se refere o art. 9º da Lei nº 21.710, de 30 de junho de 2016)

**TABELAS DE VENCIMENTO DAS CARREIRAS DO GRUPO DE ATIVIDADES DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO PODER EXECUTIVO**

\*V.1 – A – Vigência a partir de 1º de janeiro de 2016

V.1 – A.1 – Tabela de Vencimento da Carreira de Professor de Educação Básica

Carga horária: 24 horas

NÍVEL DE ESCOLARIDADE	GRAU	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	L	M	N	O	P
	NÍVEL															
Licenciatura Plena	I	1.620,62	1.661,14	1.702,67	1.745,23	1.788,86	1.833,59	1.879,42	1.926,41	1.974,57	2.023,93	2.074,53	2.126,40	2.179,56	2.234,05	2.289,90
Especialização	II	1.782,88	1.827,25	1.872,83	1.919,76	1.967,75	2.016,94	2.067,37	2.119,05	2.172,03	2.226,33	2.281,99	2.339,04	2.397,51	2.457,45	2.518,89
Certificação	III	1.960,95	2.009,98	2.060,23	2.111,73	2.164,52	2.218,64	2.274,10	2.330,96	2.389,23	2.448,96	2.510,19	2.572,94	2.637,26	2.703,19	2.770,77
Mestrado	IV	2.157,05	2.210,97	2.266,25	2.322,90	2.380,98	2.440,50	2.501,51	2.564,05	2.628,15	2.693,86	2.761,20	2.830,23	2.900,99	2.973,51	3.047,85
Doutorado	V	2.372,75	2.432,07	2.492,87	2.555,19	2.619,08	2.684,54	2.751,67	2.820,46	2.890,96	2.963,24	3.037,32	3.113,26	3.191,09	3.270,88	3.352,64

Fonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais

A democracia prevista na Constituição de 1988 vem, sem dúvida, se amadurecendo ao longo dos tempos. Por ter índole adolescente, há quem acredita que ela somente se estabelecerá se vier de cima para baixo, através da atividade legislativa ou de atos do Executivo.

Vive-se em uma democracia real quando o controle das instituições é alvo de competição e existe alternância de poder. Em uma democracia que se circunscreve a uma técnica de governo para eleger a elite representante e para legislar e administrar leis os resultados são manifestos: o mundo das relações humanas torna-se despolitizado, mesmo estando estas embebidas de relações de poder, e os seres humanos são isolados e desvinculados da prática ativa e diária.<sup>93</sup>

Ainda é incipiente no país alguma mudança cultural, apta a transformar verdadeiramente a realidade social. Para tanto, ela se faz construída não de cima para baixo, como por decretos legislativos, mas de baixo para cima, por meio de cidadãos verdadeiramente livres para manifestar a consciência igualmente livre. Mas essa liberdade material só é conquistada através do amplo acesso ao conhecimento e do seu amplo compartilhamento. Dessa forma, pode-se realizar o que Habermas conceituou como *condição ideal de fala*, em que o cidadão exerce sua capacidade de se expressar sobre todos os assuntos, livremente, garantido por condições socioculturais favoráveis.

O processo de apresentação vai do abstrato ao concreto, sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de direitos, representado. Ora, tal sistema

---

<sup>93</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 108.

deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo. Já foi ventilado o significado das expressões "direito positivo" e "regulamentação legítima". O conceito "forma jurídica", que estabiliza as expectativas sociais de comportamento do modo como foi dito, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, nos fornece os meios suficientes para introduzir *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito: (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. Esses direitos exigem como correlatos necessários: (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. [ ] (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. [ ] (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento,

em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).<sup>94</sup>

A ampliação do agir comunicativo, marcado por sociedades democráticas, livres e iguais, dá-se não só pelo senso comum da maioria. As minorias também devem ter voz nesse processo, sem sofrerem restrições autoritárias. Do contrário, corre-se o risco de anular as coletividades e se instalar outra ditadura, a do pensamento majoritário. A democracia de fato se realiza na interação com o outro, baseado na tolerância com as diferenças.

### 3 A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK E AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Atribui-se ao jurista Karel Vasak a cunhagem da expressão *gerações de direitos humanos*. Em 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, o jurista empregou a expressão baseando-se nos princípios da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Os direitos de liberdade (1ª geração), de igualdade (2ª geração) e de fraternidade (3ª geração) estariam, pois, relacionados a momentos distintos da história mundial.

Alguns teóricos preferiram a palavra dimensão à geração, mas, basicamente o significado que se deu aos significantes foi essencialmente o mesmo. Bem antes dessa classificação, e acrescentando-se a essa clássica dimensão histórica o Estado absolutista, Georg Jellinek<sup>95</sup>, jurista e filósofo do direito, na segunda metade do século XIX,

<sup>94</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 159-160.

<sup>95</sup>JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.

formulou sua teoria do status. Para o teórico, essa subordinação entre o cidadão e o Estado é inevitável e faz parte do poder de autolimitação do próprio Estado.

O Estado, em primeiro lugar, faz parte do mundo dos fatos, e, portanto, está envolvido no mundo da realidade no sentido objetivo, isto é, não tem existência fora de nós. É uma variedade de eventos que se desdobram no tempo e no espaço. Mas esses fatos precisam ser percebidos, mesmo por aqueles que não sabem nada sobre o homem e seus propósitos, uma vez que o que realmente existe, existe independentemente de qualquer subjetivismo. Assim vemos e reconhecemos fatos sociais nas relações humanas semelhantes às de certos animais. O que acontece em colmeias ou formigueiros, nós percebemos, mas não podemos interpretar em toda sua justeza. Ainda hoje não está claro para a ciência que forças orgânicas ou psicológicas são aquelas em que repousam esses instintos geradores das sociedades animais; ou seja, somente nos são conhecidos suficientemente os fatos exteriores, mas não as forças que estão trabalhando internamente em cada um dos membros da sociedade. Interpretamos, no entanto, sem querer, no nosso foro íntimo, estes fatos, valendo-nos de analogias. Se não fosse por isso, veríamos apenas em certas sociedades uma sucessão de fatos sem sentido, um organismo não humano. Mas, tal modo de considerar o Estado, exclusivamente pelo seu aspecto exterior, isto é, objetivo, como o haveremos de chamar, oferece somente uma imagem pobre e insuficiente cientificamente. Os fatos sociais podem compreender-se tão somente pela condição de conhecer os

atos psíquicos que os determinam e os acompanham, porque todos os fatos externos à sociedade, do mesmo modo que todas as mudanças que têm lugar na vida dos homens, são condicionados pela vontade, cuja direção e conteúdo são dados pela plenitude do ser psicológico e pela atuação do homem. Mas, com este tipo de conhecimento, o Estado transporta-se do mundo objetivo para o mundo subjetivo. (tradução livre).<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> JELLINEK, Georg. *Teoria general Del Estado*. Cidade do México: FCE, 2000. “El Estado, en primer lugar, forma parte del mundo de los hechos, y por consiguiente, está encajado dentro del mundo de lo real en el sentido objetivo, esto es, que tiene existencia fuera de nosotros; es una variedad de hechos que se desenvuelven en el tiempo y en el espacio; pero estos hechos necesitan poder ser advertidos, incluso por quien no sepa nada acerca del hombre y sus fines, pues lo que existe realmente, existe independientemente de todo subjetivismo; así vemos y reconocemos en las relaciones humanas hechos sociales semejantes a los de ciertos animales. Lo que pasa en las colmenas o en los hormigueros, lo percibimos nosotros; pero no podemos interpretarlo con toda justeza. Aún hoy no está claro para la ciencia qué fuerzas orgánicas o psicológicas son aquellas sobre las que descansan estos instintos generadores de las sociedades animales; esto es, solo nos son suficientemente conocidos los hechos exteriores, pero no las fuerzas que están obrando internamente en cada uno de los miembros de la sociedad. Nosotros interpretamos, sin embargo, involuntariamente, en nuestro fuero interno, estos hechos, valiéndonos de analogías. Si no fuera por esto, veríamos tan sólo en ciertas sociedades una sucesión de hechos sin sentido, un organismo no humano. Pero un modo tal de considerar al Estado, exclusivamente desde su aspecto exterior, esto es, objetivo, como le habremos de llamar, ofrece solamente una imagen pobre, e insuficiente científicamente, del mismo. Los hechos sociales pueden comprenderse tan sólo con la condición de conocer los actos psíquicos que los determinan y acompañan; porque todos los hechos exteriores de la sociedad, del mismo modo que todos los cambios que tienen lugar en la vida de los hombres, van condicionados por la voluntad, cuya dirección y contenido están dados por la plenitud del ser psicológico y por la actuación del hombre. Mas con esta suerte de conocimiento se traslada el Estado del mundo de lo objetivo al mundo de lo subjetivo.” (JELLINEK, 2000, p. 159).

Segundo a teoria do escritor alemão, são quatro os possíveis status do indivíduo na sua relação com o Estado: o passivo (*status subjectionis*), o negativo (*Status libertatis*), o, o positivo (*Status civitates*) e ativo (*Status activus civitates*).

O status passivo corresponde a um *contrato social* entre o cidadão e o Estado, em nome de uma proteção estatal baseada na relação de fidelidade. Essa fidelização demonstra-se deletéria em ambientes sociais marcados pelo autoritarismo estatal. Onde predomina o Estado democrático, essa subordinação costuma ser menos notória. O Estado moderno minimizou os abusos cometidos pela Igreja Católica em nome da fé irracional durante a Idade Média. Experimentou-se alguma liberdade, mas a intervenção do monarca ainda era marcante.

A influência estatal nos destinos do cidadão é menos verificada no status negativo. Nele aumenta-se a autonomia do indivíduo, que, apesar de dever submissão ao Estado, desvencilha-se do seu poder absoluto. Essa chamada liberdade negativa corresponde a uma não intervenção estatal na condução das atividades do cidadão, agora emancipado do jugo estatal. É associado ao Estado liberal, em que se destaca o princípio da liberdade, preconizado pela Revolução Francesa. Por ser objeto do presente estudo, será visto mais detalhadamente adiante.

Se o status negativo significa uma não intervenção do Estado, o positivo pode ser entendido como o seu contraponto. Uma vez liberto do autoritarismo, os cidadãos passaram a buscar a igualdade a corrigir as mazelas decorrentes da segunda Revolução Industrial. O Estado do bem-estar social passou a ser a tônica do início do Século XX, marcado por controvérsias entre os detentores do capital e os trabalhadores. Esses conflitos não ficaram restritos ao universo trabalhista, os Estados

iniciaram também uma sangrenta disputa de poder que culminou com duas grandes guerras mundiais.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a posterior divulgação da Carta das Nações Unidas, houve uma nova consciência do papel do homem no Planeta. A destruição massiva de pessoas serviu para se criar um novo ambiente, com foco maior na preservação. O status ativo desenvolve-se na medida em que o indivíduo passa a se imaginar como parte essencial do mundo ao seu redor e a entender que os recursos naturais são vitais e, acima de tudo, escassos. A fraternidade constitui o ideal de vida em sociedade, a despeito do individualismo egoísta.

#### **4 O STATUS LIBERTATIS COMO PRINCÍPIO EMANCIPADOR DO SER HUMANO.**

Ao contrário do status passivo, o status ativo ou cívico é reconhecido pela autonomia do cidadão diante do seu contexto no Mundo. Com o fim do absolutismo, surgiu a necessidade de o homem se posicionar na sociedade como ser livre, detentor da racionalidade, o que o torna diferente dos outros animais. Essa emancipação humana somente se manifesta na medida da abstenção do Estado. O *Status Libertatis* foi marcante a partir das grandes revoluções europeias do final do Século XVIII. Considerado o “pai do liberalismo”, John Locke (Wrington, 29 de agosto de 1632 — Harlow, 28 de outubro de 1704), divulga a sua teoria do Estado liberal e a propriedade privada em suas obras *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil* e *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Segundo o filósofo inglês, todos os homens, ao nascer, possuem direitos naturais - direito à vida, à liberdade e à propriedade. Suas ideias ajudaram a derrubar o absolutismo na Inglaterra e, por conseguinte, em outros

países europeus. O ideal de liberdade está primitivamente ligado ao liberalismo econômico e político, valores que até então não estavam monopolizados pelo monarca.

O Estado de direito construído pelo liberalismo, é um conceito político, consistindo em instrumento da luta política da burguesia contra o Estado Absolutista centralizador e os resquícios feudais e estamentais. A economia liberal necessitava de segurança jurídica, que o monarca absoluto não assegurava devido à suas frequentes intervenções na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e ao exercício de seu poder discricionário na alteração e revogação de leis. Toda construção constitucional liberal, edificando o Estado de direito, sempre visou a certeza do direito. O laço, que vinculava as funções estatais às leis gerais, protegia o sistema de liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado.<sup>97</sup>

Historicamente, essa noção da liberdade da propriedade remete a *Magna Charta Libertatum*, documento de 1215, que assinala um acordo entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês, autolimitando o poder do monarca, impedindo assim o exercício do poder absoluto.

A liberdade pessoal é, historicamente, o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter

---

<sup>97</sup>SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 269.

proteção, o que ocorre desde a *Magna Charta*, considerada geralmente como o antepassado dos *Bill of Rights*. Mas é preciso distinguir entre a liberdade pessoal e os outros direitos naturais: a primeira é o fundamento do Estado de Direito, que se baseia no princípio *rule of law*, ao passo que os segundos são o pressuposto do Estado Liberal, ou seja, do Estado limitado. O alvo da primeira é o poder arbitrário; o da segunda, o poder absoluto. O fato de que o poder tenda a ser arbitrário quando se amplia o caráter absoluto não significa que um e outro ponham o mesmo problema quando se trata de escolher os meios para combatê-los. O Reconhecimento gradual das liberdades civis, para não falar da liberdade política, é uma conquista posterior à proteção da liberdade pessoal. Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa.<sup>98</sup>

Apesar da importância da Magna Carta, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que o sentido de liberdade, seja de expressão, seja de propriedade, seja da livre consciência se potencializaram. A igualdade dos cidadãos deve ser material, respeitando-lhe as suas convicções, fruto da liberdade individual.

Derradeira confirmação, depois do esforço de renovação marcado pela Revolução de 1848: a Constituição de 14 de fevereiro de 1852. Inaugurando um regime autoritário,

<sup>98</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier 2004, p. 133.

ainda assim ela julga obrigada, em seu artigo 1º, a "reconhecer, confirmar e garantir os grandes princípios proclamados em 1789, e que são a base do direito público dos franceses". Ela explicita alguns deles no artigo 26, que confia ao Senado o cuidado de se poro à publicação das leis que atendem contra "... a liberdade de cultos, a liberdade individual, a igualdade dos cidadãos perante a lei, a inviolabilidade da propriedade."<sup>99</sup>

Segundo Jellinek, a respeito das liberalidades preconizadas pelo Estado liberal, a liberdade existe apenas no singular. Todas as ações que não são nem obrigatórias nem proibidas estão no espaço das liberdades.

A soberania do Estado é um poder objetivamente limitado, que é exercido no interesse geral. É um poder exercido sobre as pessoas que não são, em todos os aspectos, subordinadas, ou seja, acima do livre domínio. Por isso, todo membro do Estado está ligado a um status, no qual ele é senhor absoluto, uma esfera que o liberta do Estado, uma esfera que exclui o *imperium*. Esta é a esfera da liberdade individual, o status negativo, o *status libertatis*, em que os propósitos estritamente individuais são cumpridos pela atividade livre do indivíduo. Toda a atividade do Estado é realizada no interesse de seus súditos. (tradução livre)<sup>100</sup>

<sup>99</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 74.

<sup>100</sup> JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912. "La sovranità dello Stato è un potere

O conceito inicial de liberdade estava intimamente associado à propriedade. Mas, mais do que o *ter*, o significado é imanente ao próprio ser humano, como qualidade do *ser*, que nasce livre e assim permanece até o fim da sua existência. O livre arbítrio é, pois, a maior marca da humanidade.

O primeiro caminho pode ser trilhado não apenas se se perguntar o que é liberdade em si – isso conduziria, a um ambicioso projeto de uma filosofia da liberdade: ele pode ser também trilhado a partir da indagação acerca da estrutura do conceito de liberdade – isso é menos ambicioso, mas, por isso as perspectivas de êxito são maiores e, além disso, são criadas condições para uma resposta a questões mais amplas. À pergunta acerca da estrutura da liberdade pode ser dada, em um primeiro momento, uma resposta de cunho negativo. A liberdade não é um objeto como, por exemplo, um chapéu. É certo que é possível falar da liberdade que alguém tem, da mesma forma que se fala de um chapéu eu se tem. Mas, no caso da liberdade, esse “ter” não se refere a uma relação de posse entre uma pessoa e um objeto. Por isso, parece plausível supor

---

obbiettivamente limitato, che si esercita nell'interesse generale. Esso è una potestà esercitata sopra persone, che no sono in tutto e per tutto subordinate, cioè a dire sopra nomini liberi. Al membro dello Stato appartiene perciò uno status, nel quale egli è signore assoluto, una sfera libera dallo Stato, una sfera che esclude l' imperium. Questa è la sfera della libertà individuale, dello status negativo, dello status libertatis, nella quale li scopi strettamente individuali sono adempiuti mediante la libera attività dell'individuo. Tutta quanta l'attività dello Stato è esercitata nell'interesse dei sudditi.” (JELLINEK, 1912, p. 97)

que a liberdade é uma qualidade, uma qualidade que, por exemplo, pode ser atribuída a pessoas, ações e sociedades.<sup>101</sup>

O exemplo fornecido por Robert Alexy no trecho acima ilustra bem a diferença entre o *ter* e o *ser* livre. A propriedade está ligada ao fato de adquirir um chapéu, como no exemplo dado por ele. Mas, o que garante o seu uso, livre de qualquer impedimento, ou seja, a faculdade de usar ou não chapéu, tem a ver com a liberdade de escolha. E essa deve ser inalienável.

## 5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE CONSCIÊNCIA NO EFETIVO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O livre arbítrio, apesar de ser um direito natural imanente ao ser, somente pode ser pensado na sua confluência com o outro. Se todas as pessoas o praticassem sem a responsabilidade necessária, viveríamos o caos social. Essa limitação decorre inclusive da tolerância. É na tolerância que se vivifica a plena liberdade, baseada no respeito mútuo. Nesse caso, tem-se a influência do direito a regular as relações sociais.

Constituem fundamentos da liberdade a liberdade de ir e vir, a liberdade do pensamento, de palavra, de imprensa e de crítica; a liberdade de credo político religioso. A liberdade de expressão, de comunicação, enfim. Com esses fundamentos, todos, por igual, teremos

---

<sup>101</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 219.

oportunidade e em consequência, o direito de seguir a nossa vocação e, dentro dela, desenvolvermos ao máximo a nossa capacidade. Liberdade, que implica em responsabilidade, significa o direito de todos aspirarmos e lutarmos pela verdadeira segurança política, econômica e emocional, aperfeiçoando-a cada vez mais, conseqüentemente, não permitindo nenhuma forma de discriminação, seja de raça ou de cor, de religião ou credo político e ainda, de situação econômica das pessoas. Liberdade é ter o direito de opor-se ao arbítrio e à ilegalidade do poder da autoridade, seja ela qual for contra qualquer grupo ou indivíduo. É permitir a livre ação dos representantes do povo no Governo, sem serem intimidados e obstados pelas armas, pela espionagem e pressões de qualquer espécie. Liberdade é o respeito à lei, que está acima dos homens que a manipulam e a ela, sobretudo, se devem curvar. A liberdade, portanto, não é absoluta. Se aceitarmos que nos conta a Bíblia, o primeiro censor foi o próprio criador. Ao criar o homem e a mulher, deu-lhes plena liberdade, isto é, livre arbítrio – a liberdade de querer, a liberdade de escolha. Adão e Eva poderiam servir-se de todos os frutos do Paraíso, menos de um. Estabeleceu, assim, a primeira restrição, o primeiro “não pode”. Deixou patente, com isso, que podia haver para o ser humano plena liberdade, mas não a liberdade absoluta. Teimoso, porém, estimulado pela companheira, o homem quis tentar exatamente a liberdade absoluta. O resultado, todos sabemos. O homem, pois nasceu livre. Junto com a liberdade, contudo, a restrição como que para

adverti-lo de que, como tudo, igualmente para ela há fronteiras.<sup>102</sup>

A livre manifestação, gênero que comporta as demais liberdades: de pensamento, de crença, de ideologia, de consciência, enfim, compõe um direito natural, relativo mesmo à raça humana. Tudo que for impeditivo dessa liberdade pode significar autoritarismo. Nesse ponto, pode-se perguntar: não há limite então para a manifestação? A resposta a essa questão deriva da liberdade do outro, de também se manifestar. O direito tem, portanto, o condão de regulamentar esse limite, promovendo uma restrição, hábil a equilibrar o agir comunicativo. Do contrário, como já visto, as pessoas iriam se digladiar até a extinção ou, menos catastroficamente, minimizar a voz das minorias.

A lei fundamental individualizou expressamente os direitos que podem ficar no âmbito de uma reserva de lei restritiva. Esta autorização de restrição expressa tem como objetivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, visa criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva. Além disso, a exigência de autorização constitucional expressa visa exercer uma função de advertência relativamente ao legislador, tornando-o consciente do significado e alcance da limitação de

---

<sup>102</sup> PEREIRA, J. A. *Comunicação e o direito de expressão*. São Paulo: Hemus, 1971, pp. 50-51.

direitos, liberdades e garantias, e constituir uma norma de proibição, pois sob reserva de lei restritiva não se poderão englobar outros direitos salvo os autorizados pela Constituição. Só nos casos expressamente previstos na Constituição podem ser restringidos os direitos, liberdades e garantias e só a lei os pode restringir.<sup>103</sup>

A Constituição da República de 1988, em seu capítulo mais importante: o dos direitos e garantias fundamentais, amplifica a liberdade de consciência e sua mais profunda tradução, a manifestação. Ao longo do artigo 5º, enumeram-se as liberdades relacionadas à do pensamento: da consciência, em especial, de religião e das convicções política, filosófica, artística, intelectual. O fator histórico que chancela a ampla, geral e irrestrita manifestação do pensamento, conquistada tardiamente no Brasil, registrou-se com a Constituição de 1988, assinalando a abertura política. A partir dela, qualquer tipo de restrição ou censura da expressão não são mais toleráveis.

A liberdade de manifestação de pensamento constitui um dos aspectos externos da liberdade de opinião. A Constituição diz no art. 5º, inciso IV: é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato, e art. 220 dispõe que a manifestação de pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. Esta exteriorização do pensamento pode dar-se

<sup>103</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 452-453.

entre interlocutores presentes ou ausentes. No primeiro caso, pode verificar-se de pessoa a pessoa (em forma de diálogo, de conversação) ou de uma pessoa para outras (em forma de exposição, de conferência, palestras, discursos) No segundo caso, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular sigilosa (carta, telegrama, telefone, ligado ao direito à privacidade) ou expressar-se para pessoas indeterminadas. Sob forma de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão e rádio, que mereceram normas especiais na Constituição.<sup>104</sup>

A Recomendação do CNMP constitui, pois, um retrocesso a ferir de morte o direito à liberdade de expressão no Brasil. Não se coaduna com o Estado democrático de direito o cerceamento das opiniões políticas, ideológicas ou filosóficas. O que foi conquistado a duras penas pela sociedade não pode ser restringido pelas instituições, como o Ministério Público, que possuem como missão constitucional defender a ordem jurídica e a democracia material, em seu sentido mais ampliado possível.

## 6 CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser extraídas do presente estudo:

1) Na prática, a liberdade de expressão deve garantir duas coisas: em primeiro lugar, que não haja

<sup>104</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 244.

interferência de qualquer parte, pública ou privada, que vise a impedir a expressão dos cidadãos. Em segundo lugar, se plenamente existente, ela deve garantir a todos as pessoas iguais condições de exercício desta liberdade.

2) O ideal de democracia previsto na Constituição de 1988 ainda é incipiente no país. Portanto, sendo a liberdade de expressão produtora e, ao mesmo tempo, produto da opinião pública, não haverá liberdade e autonomia do indivíduo sem liberdade de expressão, assim como não haverá democracia sem formação democrática da opinião pública com qualidade deliberativa.

3) Segundo a teoria de Jellinek, são quatro os possíveis status do indivíduo na sua relação com o Estado: o passivo (*status subjectionis*), o negativo (*Status libertatis*), o positivo (*Status civitates*) e o ativo (*Status activus civitates*). Entretanto o *status libertatis* foi marcante a partir das revoluções europeias do final do Século XVIII, através dos trabalhos sobre política publicados por John Locke, considerado *o pai do liberalismo*. Assim o *status libertatis* pode ser considerado como princípio emancipador do ser humano do jugo autoritário.

4) A liberdade de expressão consiste em direito constitucionalmente previsto e reconhecido a todo indivíduo, sem distinção. É a livre manifestação de pensamento, de crença, de ideologia, de consciência. Enfim, compõe um direito natural, relativo mesmo à raça humana. Tudo que for impeditivo dessa liberdade pode significar autoritarismo. Enquanto o liberalismo entende a liberdade como ausência de interferência e controle do Estado, a democracia identifica a liberdade no poder que o cidadão tem de estabelecer leis a si próprio e de não obedecer a outras normas além daquelas preestabelecidas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, *Ministério Público Federal*. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL, *Ministério Público Federal*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL, Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/03/aprovado-pela-ccj-aumento-de-salario-para-ministros-do-stf-vai-ao-plenario>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e pratica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Cidade do México: FCE, 2000.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.

MINAS GERAIS, Assembleia Legislativa. Projeto de Lei nº 3.396/2016. Altera a Lei 21710, de 30 de junho de 2015. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/atividade\\_parlamentar/tramitacao\\_projetos/interna.html?a=2016&n=3396&t=PL](https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2016&n=3396&t=PL). Acesso em: 10 nov. 2016.

MINAS GERAIS, Ministério Público. Disponível em: [http://www-antigo.mpmg.mp.br/sistemas/index.php/transparencia/index/remuneracao?ano=2016&mes=09&cargo=MEMBROS&situacao=Ativo&ordenacao=crescente&coluna=mamp&nome=&linhas\\_por\\_pagina=100&links\\_por\\_pagina=25](http://www-antigo.mpmg.mp.br/sistemas/index.php/transparencia/index/remuneracao?ano=2016&mes=09&cargo=MEMBROS&situacao=Ativo&ordenacao=crescente&coluna=mamp&nome=&linhas_por_pagina=100&links_por_pagina=25). Acesso em: 10 nov. 2016.

PEREIRA, J. A. *Comunicação e o direito de expressão*. São Paulo: Hemus, 1971.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RECOMENDAÇÃO DE CARÁTER GERAL CN-CNMP Nº 01, DE 03 DE NOVEMBRO 2016. Disponível em: [http://www.cnpm.mp.br/portal\\_2015/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o\\_-\\_03-11-2016\\_doc\\_final1\\_1.pdf](http://www.cnpm.mp.br/portal_2015/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_-_03-11-2016_doc_final1_1.pdf). Acesso em: 10 nov. 2016.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

## O DIREITO GERAL DE LIBERDADE NO ESTADO SOCIAL: uma análise do Direito Geral de Liberdade, conceito levantado por Robert Alexy, na perspectiva do Estado Social

Junio César Doroteu<sup>105</sup>

Laís Orlandi Rosa<sup>106</sup>

### RESUMO

O Estado Social é visto como o modelo de Estado onde os direitos fundamentais estão concretizados em direitos sociais, presentes na Constituição, como forma de direcionar a efetivação dos direitos dos sujeitos sociais, individualmente e de forma coletiva. Já a *liberdade* pode ser considerada como a falta de obstáculos e restrições de qualquer espécie que uma pessoa pode sofrer. Esse conceito é extremamente amplo e abrange situações diversas. O Direito Geral de Liberdade significa dizer que o indivíduo titular dos direitos fundamentais tem a proteção de suas ações (norma permissiva), situações e posições jurídicas. A metodologia utilizada neste trabalho foi a da pesquisa teórico-bibliográfica

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; Direito Geral de Liberdade; estado social; liberdade.

<sup>105</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Ciências Penais pela PUC-MG e em Direitos Sociais pelo Unicentro Newton Paiva. Bacharel em Direito pela UFMG. Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

<sup>106</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Fundação de Ensino Superior de Passos. Advogada.

## RESUMEN

El Estado social es visto como un modelo de estado donde los derechos fundamentales estan concretos en los derechos sociales, con el fin de dirigir la aplicación de los derechos de los sujetos sociales, individual y colectivamente. Ya *libertad* puede ser considerado como una falta de obstáculos y restricciones de cualquier naturaleza que una persona puede sufrir. El concepto es muy amplio y abarca diversas situaciones. La Ley General de Libertad consiste en que cada titular de los derechos fundamentales tienes la protección de sus acciones (estándar permisiva), situaciones y posiciones legales. La metodología utilizada en esta ponencia fue la literatura teórica.

**Palabras clave:** derechos fundamentales; derecho general a la libertad; estado social; libertad.

## 1 INTRODUÇÃO

Entre os direitos fundamentais, necessários e imprescindíveis para a dignidade da pessoa humana, está o direito de liberdade. A liberdade é um direito imanente ao ser humano, anterior à sociedade e ao próprio Estado, que a reconhece, a regula e a restringe.

Como direito, a liberdade ganha concepções diferentes de acordo com o tipo de Estado em que está

inserida. No Estado Liberal, por exemplo, não passou de uma ideia sustentada pela burguesia na busca pela expansão dos seus empreendimentos e obtenção do lucro. Por sua vez, no Estado Social, o direito de liberdade assume outros contornos, passando a ser entendida não apenas como um direito individual, mas como um direito que deve servir ao indivíduo e à coletividade, deixando de ser uma mera ideia para assumir uma função concreta, realizada a partir de prestações positivas do Estado, que busca reduzir as desigualdades para igualar a todos o direito de liberdade.

Dada a relevância do direito de liberdade, tal direito foi – e é, objeto de estudo ao longo dos tempos. Nesse sentido, um dos estudiosos dos direitos fundamentais, o alemão Robert Alexy, defendendo o direito de liberdade, criou a teoria do “*Direito Geral de Liberdade*”, estabelecendo que a liberdade é a falta de obstáculos, resistências, restrições de qualquer espécie que uma pessoa pode sofrer. Alexy<sup>107</sup> defende uma ideia de liberdade ampla, irrestrita, geral, mas que poderá, em algumas situações, ser ponderada.

A partir da teoria de um Direito Geral de Liberdade pregada por Alexy, pretende o presente trabalho analisar se é possível aplicar esse Direito Geral de Liberdade num modelo de Estado Social, onde a liberdade deve ser moldada como um direito que, ao mesmo tempo em que é do indivíduo, deve atender aos anseios da coletividade.

O tema será abordado a partir de uma análise teórico-bibliográfica sobre o conceito de Estado Social e do Direito Geral de Liberdade pregado por Robert Alexy.

De início, o artigo abordará o conceito de Estado Social, suas origens e características. Numa próxima

---

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

seção, será analisado o conceito de justiça no Estado Social. Após, será trabalhado o conceito de liberdade e, em seguida, a teoria do Direito Geral de Liberdade.

A seção seguinte será dedicada à aplicação do Direito Geral de Liberdade no estado social, partindo-se, então, às conclusões que foram tiradas.

## 2 METODOLOGIA

O artigo se baseia em pesquisa teórico-bibliográfica dos temas estado social e Direito Geral de Liberdade na perspectiva de Robert Alexy. Inicialmente levantou-se a bibliografia básica para um melhor entendimento conceitual e histórico dos temas a serem tratados, bibliografia essa mencionada no referencial teórico.

Assim, buscou-se caracterizar o termo *Estado Social*, e suas características, fazendo alusão aos outros tipos de Estado, da mesma forma em que foi realizado um estudo histórico sobre a origem do pensamento do Estado Social e de seus anseios para a população.

Posteriormente foram apontados alguns conceitos do termo liberdade, na visão de pensadores como Aristóteles e Hobbes, objetivando, dessa forma, um melhor entendimento conceitual e histórico desse direito fundamental.

Ainda foi realizado um estudo do Direito Geral de Liberdade apresentado por Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Nesse tópico também foram analisadas as consequências positivas e/ou negativas na execução de tal direito, identificando, desse modo, um possível nexos entre a aplicabilidade de tal direito fundamental no estado social.

Com o intuito de compreender melhor o Estado Social e a possibilidade de se efetivar o Direito Geral de Liberdade nesse modelo de Estado, o trabalho procurou conceituar, caracterizar e analisar essa aplicabilidade. Ao término foram apresentadas considerações a respeito dos assuntos tratados.

## 3 ORIGENS E CARACTERÍSTICAS DO ESTADO SOCIAL

Para se falar em Estado Social de Direito, necessário remontar às características do Estado Liberal de Direito, já que revisitar esse conceito de Estado em muito facilitará o entendimento sobre o Estado Social.

O Estado Liberal de Direito surgiu após a Revolução Francesa de 1789, no final do século XVIII, constituindo-se em regime jurídico-político da sociedade pós-revolução, regime esse que sedimentava as novas relações econômicas e sociais recém estabelecidas, colocando, de um lado, os capitalistas (burgueses em ascensão), e do outro, a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência).

O lema da Revolução de 1789 era “liberdade, igualdade e fraternidade”, principais anseios da burguesia, classe dominada e discriminada que, após a Revolução, tornou-se dominante e discriminadora. Na verdade, a burguesia almejava liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia, visando à abolição das discriminações, e fraternidade dos camponeses e *sans-cullotes*, com o intuito de que eles apoiassem a revolução e lutassem por ela.

A igualdade pregada pela burguesia era apenas a igualdade formal, que não assegurava aos indivíduos uma

igualdade de fato, pois o abismo entre a classe dominante e a classe dominadora não deixou de existir, ao contrário, tornou-se mais amplo com a expansão do capitalismo efetivado pela burguesia emergente.

A ideia de liberdade nesse Estado Liberal também não passou de ideia.

Marx<sup>108</sup> afirma que a Revolução de 1789 não passou de uma hipocrisia fundamental, pois o universalismo por ela pregado pode dar aos que estão economicamente em estado de opressão a ilusão de que são livres e, com isso, tirar-lhes a consciência da escravidão. Como não possuem meios para exercerem a liberdade, a liberdade conquistada na Revolução não passa de liberdade formal, desprovida de conteúdo real, que só existiria para os possuidores do poder, já que eles dispõem de meios econômicos para exercê-lo.

No modelo de Estado Liberal, a classe trabalhadora vivia ao largo da liberdade e da igualdade, já que havia um completo descompromisso do Estado com o aspecto social, fato que se agravou com a chamada Revolução Industrial, que submetia o trabalhador a condições desumanas e degradantes, o que resultou na Revolução Russa de 1917, movimento erguido pelos trabalhadores com o objetivo de resistir à exploração.

A Revolução Russa contou com a adesão de grande número de operários do ocidente europeu, representando, dessa forma, uma possibilidade de ruptura do Estado Liberal, o que fez com que a burguesia, ávida por estancar o movimento, adotasse mecanismos que afastassem os trabalhadores da reação revolucionária.

Um desses mecanismos foi o intervencionismo estatal no campo econômico e social, buscando acabar

com a postura absenteísta do Estado, que verteu sua preocupação para os aspectos sociais das classes desfavorecidas, conferindo-lhes uma melhor qualidade de vida, com o único intuito de conter o avanço revolucionário. Também nessa perspectiva, foi necessário substituir a igualdade formal, que apenas contribuiu para o aumento das distorções econômicas, pela igualdade material, que almejava atingir a justiça social. Surge, então, o Estado Social.

O Estado Social, como visto, surgiu com as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social.

Para o Estado Social de Direito, a liberdade necessária é vista como liberdade de fato, e não apenas de direito, como ocorrida no Estado Liberal. O que se almeja no Estado Social é uma liberdade igual para todos, conquistada a partir da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade. Esse modelo de Estado parte da ideia de que as pessoas, só pelo simples fato de serem pessoas, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. Essa proteção se materializa por intermédio dos direitos sociais, que parte da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidades e da vontade de vencer tais situações para estabelecer uma relação solidária entre os membros de uma mesma sociedade política.

Os direitos e garantias no Estado Social são, ao mesmo tempo, direitos de *libertação do poder* e *direitos à proteção do poder contra outros poderes*. Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e direitos de promoção social. Na visão do Estado Social, liberdade e libertação são termos que andam juntos, visto que se completam.

---

<sup>108</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 81.

Atualmente, o Estado Social é visto como modelo de Estado onde os direitos fundamentais estão concretizados em direitos sociais, presentes na Constituição, lei maior de um ordenamento jurídico, como forma de direcionar a efetivação dos direitos dos sujeitos sociais, individualmente e de forma coletiva, enquanto conjunto destes sujeitos. O Estado Social é, portanto, aquele que viabiliza a concreção dos preceitos e regras que garantem tais direitos.

O Estado Social, garantidor das liberdades e da igualdade material, instaurador da justiça para todos, ainda apresenta-se utópico na maior parte do mundo. É necessária vontade política para efetivação dos direitos buscados pelo Estado Social, assim como é imprescindível que as massas populares e os diversos segmentos sociais lutem pela reivindicação de tais direitos, sem prescindir do papel do Poder Judiciário para a concretização de tais direitos.

#### 4 O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO SOCIAL

Como visto, o Estado Social surge como possibilidade real de efetivação dos direitos de igualdade e liberdade. Ele (o Estado Social) caminha na direção da efetivação dos direitos humanos, sobretudo em relação aos menos favorecidos, buscando uma sociedade onde a justiça seja uma justiça efetiva e não apenas uma forma de abstração. E essa justiça, segundo John Rawls<sup>109</sup>, um dos mais expressivos representantes da Filosofia do Direito no século vinte, deve se pautar numa visão essencialmente política, consensual, capaz de sobrepor-se a toda e qualquer doutrina e permitir a coexistência de classes de

---

<sup>109</sup> RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press, 1971.

forma bem equilibrada e determinada. Trata-se da noção de Justiça Social.

A justiça social não presume a ausência de desigualdade, mas a desigualdade assume um papel garantidor da igualdade. No dizer aristotélico, a desigualdade é uma realidade que impulsiona o Estado Social a agir dentro dos princípios da liberdade e da igualdade, tomando esses direitos como valores fundamentais para o exercício da cidadania, numa sociedade concreta.

#### 5 O CONCEITO DE LIBERDADE

Ao analisar o Direito Geral de Liberdade é necessário antes compreender o conceito de *liberdade*. Esse direito fundamental possui um dos conceitos mais amplos e abertos do mundo jurídico, isso porque tudo aquilo que é considerado bom, satisfatório, justo pode ser colocado na esfera de liberdade.

Etimologicamente a palavra *liberdade* está correlacionada à palavra latina *libertas*, com o sentido de diferenciar os escravos e prisioneiros dos cidadãos na Roma antiga. Para o dicionário filosófico, liberdade tem o significado de “condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo, autodeterminação, independência, autonomia”.<sup>110</sup>

Para Tomas Hobbes, *liberdade* é a capacidade que cada indivíduo possui de usar seu próprio poder, da forma que bem entender, desde que para preservar sua própria natureza, ou seja, da sua vida e, em virtude do exposto, o homem poderá fazer tudo aquilo que o seu auto

---

<sup>110</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 163.

juízo e razão apontem como sendo adequados para esse propósito.<sup>111</sup>

Hobbes continua sua conceituação quando define que liberdade é a ausência de impedimentos externos. Esses impedimentos externos não raramente tiram parte do poder de fazer ou não fazer das pessoas, mas tais impedimentos não podem “obstar a que se use o poder que lhe resta, conforme o que o seu juízo e razão lhe ditarem”.<sup>112</sup>

O conceito de liberdade é ainda definido por diversos outros autores e pensadores, sendo um deles o filósofo Aristóteles, que preconizou uma concepção de liberdade que engloba aquilo que é considerado externo (necessidade) ao que sucede quando se realiza uma opção deliberadamente (contingência). Aristóteles afirma: “[...] nas coisas de fato, nas quais o agir depende de nós; e onde estamos em condições de dizer não, podemos também dizer sim. De forma que se cumprir uma boa ação depende de nós, dependerá também de nós não cumprir uma ação má”.<sup>113</sup>

Para o Estagirita, liberdade possui aquela pessoa que dentro de si possui um princípio de agir e de não agir. A liberdade é considerada, portanto, o poder pleno e incondicional da determinação própria de vontade ou, ainda, o poder de ser autodeterminada.

Robert Alexy cita Aldous Leonard Huxley na tentativa de poetizar o conceito de *liberdade*, quando diz: “liberdade é um nome maravilhoso. É por isso que você está tão ansioso para fazer uso dele. Você acha que se chamar o encarceramento de verdadeira liberdade as

<sup>111</sup> HOBBS, Tomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 112.

<sup>112</sup> HOBBS, Tomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 112.

<sup>113</sup> Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

pessoas vão se atrair pela prisão. E o pior disso tudo é que você tem razão”.<sup>114</sup>

Muitas outras são as definições de *liberdade* como, por exemplo: “A liberdade liga-se ao poder de decisão, de escolha,”<sup>115</sup> ou, ainda, o conceito clássico de Jean-Paul Sartre que define o direito fundamental de liberdade como uma condenação: “o homem é condenado a ser livre”.<sup>116</sup>

Para Alexy, a liberdade não pode ser comparada a um objeto. Dessa forma, por mais que se diga que um indivíduo possui liberdade, a relação é muito maior do que mera posse. Liberdade é uma qualidade, qualidade essa que pode ser atribuída não somente a pessoas, como também a ações e sociedades.<sup>117</sup>

O conceito de liberdade para Alexy então é similar ao de Thomas Hobbes, uma vez que liberdade, para esses autores, pode ser considerada como a falta de obstáculos, resistências, restrições de qualquer espécie que uma pessoa pode sofrer. Obviamente, tal conceito é extremamente amplo e abrange situações diversas.

E nesse ponto a *liberdade jurídica* se faz presente. Afinal, só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação. Assim, “se o objeto da

<sup>114</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 218.

<sup>115</sup> TELES, Luiza Maria Silveira. *Filosofia para jovens: uma iniciação à filosofia*. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1996, p.30.

<sup>116</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 241.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 219.

liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em um ‘liberdade negativa’.<sup>118</sup>

Nesse ínterim, a liberdade negativa e a liberdade positiva diferem-se em um ponto: no primeiro caso há uma alternativa de ação e na segunda hipótese não se fala em alternativa, existe ali, apenas, uma ação a ser tomada. A liberdade positiva é, portanto, mais restrita que a primeira.

Fato é que o conceito de liberdade não está totalmente definido pela doutrina, pela filosofia. Ao contrário, diariamente o termo liberdade ganha novos entendimentos, como também alterações são operadas em seu conceito.

## 6 O DIREITO GERAL DE LIBERDADE

Compreender o que é de fato o *Direito Geral de Liberdade* é também estudar como tal direito fundamental está vinculado à história alemã. Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, levanta questões importantes a respeito dos *direitos fundamentais* e suas funcionalidades, conceitos e efetividade.

Num dos tópicos analisados por Alexy encontra-se o Direito Geral de Liberdade, que, de acordo com o referido autor, deu o primeiro passo na decisão do Tribunal Constitucional Alemão, caso esse popularmente conhecido como o Caso Elfes,<sup>119</sup> que declarou inconstitucional uma determinada lei que restringia a liberdade de viajar, embasado no artigo 2, parágrafo 1, da Lei Fundamental da Alemanha, que dispõe: “Art. 2, § 1 LF: “[Direitos de liberdade] Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222.

<sup>119</sup> BVerfGE 6, 32

sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

Esse caso foi decidido partindo da interpretação do Tribunal Constitucional Alemão acerca da concessão do Direito Geral de Liberdade, que implica na configuração de duas etapas hermenêutico-institucionalizadora: a) Uma teoria objetiva, outorgadora de direitos subjetivos imediatos, e b) Uma teoria estrita, que restringe aplicação ao Direito Geral de Liberdade especificando a liberdade para certos casos.

O Tribunal Federal Alemão sempre deixou claro a garantia dos direitos subjetivos do artigo 2, parágrafo 1, na qual interpretou que livre desenvolvimento de personalidade como “liberdade de ação humana no sentido mais amplo”. E essa interpretação por demasiada ampla e subjetiva recebeu o nome de *Direito Geral de Liberdade*.<sup>120</sup>

Algumas consequências são apontadas diante de uma interpretação tão ampla, ou seja, a interpretação de “um direito fundamental autônomo, que garante a liberdade geral da ação humana”, isso seria o mesmo que dizer a Liberdade Geral de ação é a liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se quer (e omitir o que quiser também).<sup>121</sup> E isso significaria a análise de dois importantes pontos:

- 1- “de um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva) ”.
- 2- [...] o

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 343.

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 343.

direito, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos).<sup>122</sup>

Ou seja, o suporte fático/interpretativo para o artigo 2, parágrafo 1 é extremamente amplo, pois trata de todas as ações dos titulares dos direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as ações do estado nas ações dos indivíduos (norma de direito).

Alexy vai além e salienta que o conceito de Liberdade Geral não é somente essas normas permissivas e de direito como concepção mais ampla, pois elas se referem “apenas” as ações do indivíduo titular do direito fundamental. Alexy salienta que o Tribunal Federal Alemão interpreta como proteção além das ações, protege também situações e posições jurídicas do titular, ou seja, não protege apenas o seu “fazer” mas também “ser” fático e jurídico e somente após essa ampliação é que podemos falar de Liberdade Geral.<sup>123</sup>

E com o suporte fático tão amplo da Liberdade Geral viu-se a necessidade de uma cláusula de restrição à altura, uma cláusula restritiva tão ampla quanto o próprio conceito de Direito Geral de Liberdade. O Tribunal Federal Alemão criou, então, uma fórmula que diz que toda norma de Liberdade Geral deve ser compatível com a Constituição Alemã. Compatibilidade essa que deve ser formal e material. Tal restrição não responde a todas as questões apresentadas por um direito tão amplo, mas auxilia na aplicabilidade do direito fundamental geral de liberdade.

---

<sup>122</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 343.

<sup>123</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 343-344.

Um dos maiores problemas apresentados no conceito e execução do Direito Geral de Liberdade é a sua amplitude que obviamente apresenta consequências. Uma das principais objeções quanto a tudo que foi exposto até o momento é objeção que salienta que tal direito (o geral de liberdade) é vazio de conteúdo, sem substância e, por virtude disso, tal direito se apresenta sem parâmetro para decidir sobre a admissibilidade de restrições de liberdade. É o mesmo que dizer que o Direito Geral de Liberdade não possui o suporte fático da própria liberdade. E assim não falaríamos em uma liberdade de ação e sim em liberdade contra intervenção estatal.

Robert Alexy trata dessa objeção a respeito do Direito Geral de Liberdade, subdividindo o tema, primeiramente ele trata da falta de conteúdo e salienta que a esfera jurídico-material está inteiramente ligada à esfera jurídico-procedimental e, por isso, a ausência de uma esvaziaria o conteúdo. A partir daí Alexy apresenta duas teses que superam essa objeção:

Na Tese da Ausência de Suporte Fático, Alexy defende que o Direito Geral de Liberdade tem uma característica estrutural e que essa estrutura não representa a fundamentação. Afinal há duas estruturas, uma externa e outra interna. A estrutura externa diz respeito à liberdade de se fazer ou não fazer o que quiser, desde que tal norma seja formal e materialmente compatível com a constituição. A questão nessa objeção (falta de conteúdo) está na estrutura interna defensora de que o suporte fático possui determinadas características que podem ser diversas ações, como por exemplo, a expressão de um pensamento, uma música ou a expressão religiosa, só que no caso das normas permissivas em geral tem por característica exclusiva de “ser uma ação”.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 347.

Alexy aceita que é correto esse pensamento, mas não aceita a tese da ausência de suporte fático, pois segundo ele, “mesmo os pressupostos evidentes de uma consequência jurídica podem ser expressos como elemento de seu suporte fático e muitas vezes isso é supérfluo e despido de finalidade”, mas caso do Direito Geral de Liberdade esse “ser uma ação” tem uma finalidade e isso não pode ser considerado supérfluo ou superficial, pois trata-se de uma questão *prima facie* que é protegida forma explícita e clara. E quando se fala em função de um elemento de suporte fático em uma norma de direito fundamental dividida entre suporte fático e cláusula de restrição é exatamente isso que enseja. Afinal só pode ser objeto de oposição a amplitude do suporte fático, mas isso não atinge o conteúdo e sua adequação como meio de descrição daquilo que é *prima facie* protegido, dessa forma não atinge.

Já a Tese da Ausência da Substância defende a ideia que o Direito Geral de Liberdade não teria substância porque não haveria como aplicar critérios e parâmetros a aplicabilidade de restrições que podem ou não serem impostas. É o mesmo que dizer que a liberdade de fazer ou deixar de fazer o que quiser não pode sofrer restrições ou sofrer restrições fora de seu contexto, com isso as restrições ou falta delas é o que definiria o Direito Geral de Liberdade.

Alexy trata dessa objeção com a possibilidade do sopesamento (“o aumento no grau de afetação de um princípio exige um correspondente aumento no grau de importância na satisfação do princípio colidente”). Alexy traz ainda que a realização do sopesamento não está expressa formalmente para se resolver questões de Direito Geral de Liberdade, mas que isso não é um fator que atrapalhe o desenvolvimento do sopesamento nos casos de

Liberdade de Ação.<sup>125</sup> Aliás, a aplicação do sopesamento em casos que envolvam o Direito Geral de Liberdade é possível, então esse direito não pode ser sem substância, uma vez que só se faz sopesamento com algo que tenha substância.

Alexy trata ainda de outras objeções ao Direito Geral de Liberdade, uma vez que tal direito de fato é de conceito e aplicação extremamente amplo, mas defende a existência e efetividade de tal direito, transpondo assim todas as barreiras que por ventura possam surgir em sua aplicação.

## **7 APLICAÇÃO DO DIREITO GERAL DE LIBERDADE NO ESTADO SOCIAL**

A aplicação do Direito Geral de Liberdade em um Estado Social possivelmente pode remeter a uma série de conflitos ou então é uma perfeita utopia. Afinal, como afirma Karl Doehring “o Estado Social é a expressão de uma ideia de justiça específica dentro da Constituição que, contudo, deve encontrar o seu limite, em a previsibilidade e a segurança jurídica sejam atingidos”.<sup>126</sup> Assim, devido ao conceito extremamente amplo que é dado ao Direito Geral de Liberdade, qual seja, Liberdade Geral, não é somente normas permissivas e de direito em uma concepção ampla, pois elas se referem “apenas” às ações do indivíduo titular do direito fundamental. Além das ações, o Direito Geral de Liberdade protege também situações e posições jurídicas do titular do direito fundamental. Assim, protege o seu “fazer” mas também “ser” fático e jurídico do titular.

---

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 349.

<sup>126</sup> DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 316.

O Estado Social, na medida em que é concebido como um estado do indivíduo e do coletivo, não deixaria esse espaço tão amplo para o Direito Geral de Liberdade. A liberdade que o Estado Social busca é a da legitimidade das garantias sociais e processuais e, para isso, seria necessária a redução da liberdade de todos. Tudo em busca de uma liberdade igualitária, típica de um estado que privilegia não só o indivíduo, mas o coletivo.

## 8 CONCLUSÃO

Como visto, no Estado Social a liberdade necessária é vista como liberdade de fato, e não apenas de direito, como ocorrida no Estado Liberal. O que se almeja no Estado Social é uma liberdade igual para todos, conquistada a partir da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade. Daí porque a ideia do Direito Geral de Liberdade, como sustentado por Robert Alexy, não encontra aplicação plena nesse tipo de estado.

O conceito de Liberdade Geral para o autor alemão inclui normas permissivas e de direito como concepção mais ampla, que se referem a um direito fundamental autônomo, garantidor da liberdade geral da ação humana. E essa visão ampla do direito fundamental à liberdade, se entendida e aplicada tal como concebida por Robert Alexy, iria de encontro aos sustentáculos basilares do Estado Social, que busca uma liberdade pautada na igualdade e não somente uma igualdade individual.

Um direito de liberdade autônomo desconsideraria as desigualdades e essas, ainda que existentes num Estado Social, não podem ser desconsideradas, antes, porém, devem ser corrigidas em busca de uma liberdade igual para todos.

Alexy defende a possibilidade de aplicação do sopesamento de princípios quando se refere ao Direito Geral de Liberdade e esse sopesamento é, de fato, o nexó necessário para compatibilizar a ideia de um Direito Geral de Liberdade com os objetivos de um Estado Social, isso porque o sopesamento da liberdade individual vai dar a medida necessária da liberdade de um indivíduo frente ao coletivo, corrigindo distorções e equilibrando o individual e o coletivo, onde este deve prevalecer em detrimento daquele.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, Editores, 2001.

DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HOBBS, Tomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Edipro, 2015.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press, 1971.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TELES, Luiza Maria Silveira. *Filosofia para jovens: uma iniciação à filosofia*. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

## **DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA VISÃO CRÍTICA E REALISTA**

Alberto Magalhães de Oliveira<sup>127</sup>

Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende<sup>128</sup>

### **RESUMO**

O artigo analisa os direitos humanos e o Estado Democrático de direito a partir de uma visão crítica. O objetivo é analisar se os direitos humanos, bem como a democracia, estão sendo vividos e respeitados de forma real, buscará demonstrar que por trás da ilusão dos direitos humanos e da democracia existe a realidade, onde, o poder do povo é substituído pela vontade de quem está no poder e os direitos humanos são utilizados como mero instrumentos de poder para realização desta vontade. Para validação desta hipótese, fará uma análise da evolução dos direitos humanos, desde a acepção originária de direito natural até sua proteção internacionalizada, nos moldes atuais, e também analisará os aspectos relevantes do Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange à democracia.

---

<sup>127</sup> Graduado em direito pela Universidade de Itaúna, especialista em direito do trabalho pela UNOPAR, licenciado em Filosofia pela FAERPI, mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna.

<sup>128</sup> Graduada em direito pela Universidade de Itaúna, mestranda em Direito Fundamentais pela Universidade de Itaúna, Advogada Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Itaúna.

**Palavras-chave:** democracia; direitos humanos; Estado democrático de direito.

## ABSTRACT

The article analyzes the human rights and the democratic rule of law from a critical view. The goal is to analyze if human rights and democracy are being experienced and respected in a real way, will seek to demonstrate that behind the illusion of human rights and democracy there is reality, where the power of the people is replaced by the will of those in power and human rights are used as mere instruments of power to carry out this will. To validate this hypothesis, will analyze the evolution of human rights, from the original meaning of natural law to its internationalized protection in the current form, and also examine the relevant aspects of the law of a democratic state, especially with regard to democracy.

**Keywords:** democracy; human rights; democratic state.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos humanos é de considerável importância para uma correta compreensão do modelo de Estado Democrático de Direito. Para que seja alcançado o status de *democrático* e de *direito*, o Estado deve passar por diversas transformações internas e externas, dentre elas. Dentre elas, podemos citar a evolução do Estado

Autoritário para o Estado Liberal e posteriormente para o Estado Social de Direito até o desenvolvimento para o Estado Democrático de Direito.

Para que houvesse a evolução supramencionada, foi necessário que os direitos das pessoas acompanhassem a evolução do Estado e juntamente a ele evoluíssem. Pode-se dizer, portanto que a evolução do Estado é caracterizada pela evolução da proteção dos direitos humanos e/ou fundamentais.

Tratamos de direitos humanos e/ou fundamentais, pois como veremos no decorrer deste artigo existem autores que tratam esses direitos como sinônimos; outros pesquisadores os dividem como sendo os direitos humanos na ótica externa de Estado e os direitos fundamentais na ótica interna, constitucionalmente protegidos.

Passadas essas considerações iniciais, trataremos do problema que permeia esta pesquisa: Os direitos humanos são de fato protegidos no Estado Democrático de Direito?

Para responder esta questão faremos uma análise crítica e realista da atual situação do Estado Democrático de Direito que vivemos no Brasil e como são protegidos os direitos humanos no momento que nos encontramos.

Além disso, trataremos do conceito e características dos direitos humanos, bem como dos direitos humanos no decorrer da evolução do Estado para chegar ao Estado democrático de Direito.

Esta pesquisa tem por objetivo levantar as questões inerentes às falhas na proteção dos direitos humanos, mesmo no estado em que intitulamos “Democrático de Direito”, onde o poder deveria ser exercido de forma mais direta e efetiva pelo povo e para o povo. Ademais, embora tenhamos dado passos largos para a efetiva proteção dos direitos humanos, não se pode afirmar que esses direitos

são de fato protegidos e demonstraremos, através de fatos concretos, as deficiências do Estado na efetivação dos direitos humanos.

## 2 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Como o próprio nome expressa, em uma definição sintética e simplista, direitos humanos são aqueles relacionados a todos os seres humanos, independente de raça, cor, credo ou nacionalidade.

O assunto é bastante discutido nos dias atuais, porém os direitos humanos sempre existiram, em diferentes graus de proteção, sendo que estes direitos fundamentaram a própria criação do Estado, uma vez que o principal motivo de sua criação foi o intuito de resguardar as pessoas, protegendo os direitos, a vida e segurança dos indivíduos que o povoam.

A origem dos direitos humanos é atemporal, sendo que o termo foi utilizado, de maneira mais ampla, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Conceituar os direitos humanos de forma completa não é tarefa simples. Desta forma, muitas vezes este termo utilizado como sinônimo de “direitos fundamentais” ou ainda “direitos naturais”, sendo certo, contudo, que embora o nome que se dê a esses direitos, tratamos aqui dos direitos de maior importância para o ser humano.

Conforme ensina Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra

velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>129</sup>

Na próxima seção será estudada a transição dos direitos naturais aos direitos humanos.

## 2 O CAMINHO DOS DIREITOS NATURAIS AOS DIREITOS HUMANOS

O direito natural está inserido na existência do próprio homem e na sua busca por uma sociedade justa e conforme ensina Costas Douzinas, “o Direito Natural foi por muitos séculos a capital da província da jurisprudência e da filosofia política”.<sup>130</sup>

Assim como as leis da natureza, como por exemplo a Lei da Gravidade, o direito natural seria uma ordem objetiva de regras ou normas com objetivo de buscar a justiça, da qual o homem, intuitivamente, tem conhecimento. A ideia de lei natural aparece completamente desenvolvida por Aristóteles, quando diz:

De um lado, há a lei particular e, do outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é segundo a natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

<sup>130</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 39.

Sófocles, quando, a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver procedido justamente, enterrando Polinices: era esse seu direito natural: Não é de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos que estas leis existem e ninguém sabe qual a origem delas.<sup>131</sup>

Assim, o direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo, sendo que, quando há confronto entre os dois, o direito natural, como ideal de justiça, deve permanecer e conforme salienta Norberto Bobbio:

O Jusnaturalismo é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um 'direito natural' (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo).<sup>132</sup>

Estas normas de conduta intersubjetiva eram inerentes à própria condição humana, sendo intuitivas por natureza e completam-se como ideário de justiça, conforme orienta Costas Douzinas, “a justiça, o objetivo natural da vida política e o tópico de suma importância na filosofia clássica, era o complemento necessário do direito natural<sup>133</sup>”.

Com o advento do cristianismo, o direito natural foi modificado, não mais sendo um direito provindo da natureza mas sim do próprio homem, dado a ele por Deus; nas palavras de Costas Douzinas:

---

<sup>131</sup> ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1959, p. 86.

<sup>132</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 655.

<sup>133</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 49.

A lei não mais deriva do externo, mas da natureza humana, da razão humana. O homem é celebrado como um ser racional e é concedida a ele uma posição preeminente acima do restante da natureza [...]. A Natureza, invenção da imaginação filosófica grega, foi transformada na criação de um ser todo-poderoso. [...]. Deus colocou a lei natural em nossos corações (Carta de São Paulo aos Romanos, II:15). Esse foi o início da ideia de que a consciência é a lei de Deus enraizada no coração.<sup>134</sup>

Desta forma, o direito natural ganha semblantes religiosos, dando plenos poderes e transformando em lei todas as regras ditadas pela Igreja que, neste ponto, passa a controlar o próprio Estado, modificando totalmente os objetivos dos direitos naturais, que até então buscavam a justiça como complemento, para passar a buscar um respeito à Deus e a suas normas sem questionamentos. Conforme ensina Costas Douzinas, “os novos poderes legisladores da Igreja e do Estado são legitimados e o ensino do Direito Natural foi absorvido pela teologia [...] liberdade e igualdade, não justiça, serão os gritos de guerra do Direito Natural moderno”.<sup>135</sup>

Os seres humanos, agora acostumados a seguir as leis sem questioná-las, uma vez que vindas da própria divindade, viram os direitos naturais darem lugar ao direito positivo, ou seja, aquele imposto por uma autoridade imbuída no poder legislador. Esse processo aconteceu devido ao grande poder dos direitos naturais em relação ao revolucionismo, suas ideias com potencial incendiário eram mal vistas por quem estava no poder, conforme

---

<sup>134</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 66-67.

<sup>135</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 74.

salienta Jeremy Bentham, “esses direitos não eram apenas sem sentido ou falácias; eles eram também maliciosos e anárquicos”.<sup>136</sup>

Para o positivismo jurídico a validade da norma independe de critérios de mérito externos ao direito, decorrentes de outros sistemas normativos, como a moral, a ética ou a política, basta que seja ela criada por uma autoridade competente, negando inclusive, a existência de um direito natural, em outras palavras, somente vale o que for escrito por autoridade reconhecida pelo ordenamento jurídico com poderes para isto, devendo a lei ser seguida independente de seu conteúdo, seja ele moral ou não.

O positivismo jurídico possibilitou o nascimento de leis impostas por detentores do poder que nem sempre buscavam a justiça, muitas vezes nem levavam em conta os seres humanos como iguais, inclusive tornando legal o preconceito, como no caso das leis de Nuremberg, criadas em 1935, que legalizaram o preconceito contra outros seres humanos, como judeus, ciganos e negros, tudo dentro da expressa legalidade positivista, porém, tais perseguições, completamente desprovidas de qualquer sentido, eram aceitas na Alemanha em virtude do positivismo jurídico.

A segunda guerra mundial como consequência indireta do positivismo jurídico terminou por dar início aos direitos humanos, conforme leciona Costas Douzinas:

Os direitos humanos entraram no cenário mundial após a Segunda Guerra Mundial. [...] Seus momentos simbólicos incluem os tribunais de Nuremberg e Tóquio, a assinatura da

---

<sup>136</sup> JEREMY BENTHAM. Anarbitical fallacies; beun na examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. In: WALDRON, Jeremy (ed). *Nonsense upon stilts*. Londres: Methuen, 1987, p. 46.

Carta das Nações Unidas (1945) e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Seguindo a esses atos fundamentais, a comunidade internacional lançou uma longa campanha de estabelecimento de padrões. Centenas de convenções, tratados, declarações e acordos de direitos humanos foram negociados e adotados pelas Nações Unidas, por organismos regionais, tais como o Conselho da Europa e a Organização da Unidade Africana, e por Estados. Os direitos humanos diversificaram-se de direitos civis e políticos, ou “negativos”, da “primeira geração”, associados ao liberalismo, para direitos econômicos, sociais e culturais, ou “positivos”, da segunda geração”, associados à tradição socialista, e, finalmente, para direitos de grupos e de soberania nacional da “terceira geração”, associados ao processo de descolonização. A primeira geração, ou direitos “azuis”, é simbolizada pela liberdade individual; a segunda, ou direitos vermelhos”, por reivindicações de igualdade e garantias de um padrão de vida decente, ao passo que a terceira, ou direitos “verdes”, pelo direito à autodeterminação e, tardiamente, pela proteção ao meio ambiente.<sup>137</sup>

Assim, os direitos humanos chegam ao seu status atual, sendo protegido internacionalmente por meio de diversas normas escritas, nas palavras de Norberto Bobbio:

Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para

---

<sup>137</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.<sup>138</sup>

A próxima seção abordará as características e o funcionamento dos direitos humanos.

### 3 CARACTERÍSTICAS E FUNCIONAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Para fins deste artigo, os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não serão utilizados como sinônimos. Sem aprofundar no mérito da questão terminológica, serão diferenciados meramente para fins didáticos, sendo os direitos fundamentais considerados como aqueles constitucionalmente garantidos e os direitos humanos, como aqueles inerentes a todos os homens, em todos os tempos, característica próxima aos direitos naturais, sempre levando em consideração que todos os seres humanos são iguais. Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a

<sup>138</sup> Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1988, p. 30.

expressão ‘direitos humanos’, guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.<sup>139</sup>

Deste modo, a divisão dos referidos termos atenta para facilitar a didática das explicações, uma vez que direitos fundamentais por serem dependentes de constitucionalização por parte de cada Estado, dependerá do ordenamento jurídico interno para sua efetividade, no caso do Brasil, o parágrafo único do artigo 5º da Constituição deixa explícito sua aplicação imediata. Quanto aos direitos humanos, por serem direitos inerentes ao próprio ser humano, não necessita de ordenamento jurídico para torna-lo efetivo (ou pelo menos era assim que deveria ser), conforme explica José Adércio Leite Sampaio:

Direitos humanos seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de *jus cogens* a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 40.

Universal de 1948 (dimensão internacional dos direitos humanos). Também humanos ou do homem seriam aqueles direitos definidos não tanto por uma norma positiva de um tal ordenamento jurídico, interno ou mesmo internacional, mas sim pela concepção de “homem” que se adote como fonte ou como valor, pelo seu referencial axiológico que se impõe a toda e qualquer ordem jurídica, imaginada pelos Modernos como “direitos naturais absolutos e intemporais”, ou como, mais recentemente, direitos morais e “sedimentações da consciência e da experiência históricas, axiológicas e jurídicas do homem” que hão de fundamentar os sistemas jurídicos concretos (dimensão filosófica dos direitos humanos).<sup>140</sup>

Assim, conforme exposto, não seria necessário nem ao menos que o indivíduo fosse ligado a um Estado, uma vez que o direito é inerente à própria condição de humano, sendo este seu caráter de universalidade, conforme explícito na própria Declaração Universal Dos Direitos Humanos, em seu artigo II:

Artigo II: 1- Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou

<sup>140</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 8-9.

internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.<sup>141</sup>

Considerando os “direitos humanos” como aqueles inerentes à própria condição humana, e principalmente sobre o viés da proteção internacional destes direitos, podemos dizer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é seu mais importante documento, marco na história dos direitos humanos, tendo sido proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Existem diversas normas que tratam dos direitos humanos em âmbito mundial, o que pode ser denominado internacionalização dos direitos humanos, conforme ensina Ana Letícia Baraúna Duarte Medeiros:

Sob o forte impacto provocado pela 2ª Guerra Mundial, que impulsionou a criação das Nações Unidas e a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – primeiro texto jurídico, de natureza internacional, sobre a matéria -, constitui-se o chamado sistema global de proteção da pessoa humana, iniciando-se assim, a internacionalização dos direitos humanos. Na esfera da ONU, inúmeros documentos foram produzidos (Carta das Nações Unidas de 1945; Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966;

<sup>141</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948; Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher de 1979; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965; Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989).

Denomina-se, genericamente, por Tratado, todos os acordos entre Estados, sendo que Carlos Roberto Husek o define como sendo “o acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público – Estados, organismos internacionais e outras coletividades – destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional”.<sup>142</sup> Estes tratados se comprometem com diversas regras e, conforme definição de Ricardo Seitenfus, podem possuir diferentes nomenclaturas, como protocolos, convenções, pactos, cartas e acordos, senão vejamos:

O termo Carta tem sido utilizado para designar um tratado em que se estabelecem direitos e deveres, ou para denominar instrumentos constitutivos de organizações internacionais, como a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945. Convenção é o tratado em que se criam normas gerais, por exemplo: Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984. Acordo, em

<sup>142</sup> HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 21.

geral, é o tratado utilizado para fim sobretudo econômico, financeiro, comercial ou cultural, por exemplo: Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, OMC de 1994. Pacto é também utilizado para designar um tratado solene, como o Pacto da Sociedade da Liga das Nações ou Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos de 1966.<sup>143</sup>

Independente da nomenclatura utilizada para os tratados é importante ressaltar que eles têm poder de impor que os Estados cumpram as regras com as quais consentiram sem reservas, ou seja, vinculam os Estados; noutro giro, as declarações são consideradas apenas normas gerais do direito internacional, de modo que não possuem essa obrigatoriedade pois não possui esse poder vinculativo.

No entanto a declaração Universal dos direitos humanos, devido à sua relevância, mesmo não tendo força de lei, em uma visão puramente técnica-positivista, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, conforme defende Flávia Piovesan:

Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei”[...] “apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constantes dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os

<sup>143</sup> SEITENFUS, Ricardo. *Textos fundamentais do direito das relações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo dos direitos humanos.<sup>144</sup>

Estes Tratados permitiram a formação de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, seja em âmbito global, através da ONU (Organização das Nações Unidas), seja em âmbitos regionais, particularmente América, África e Europa, consistindo em sistemas complementares ao sistema global.

Entretanto, a força jurídica vinculante dos Tratados somente se aplica aos Estados que consentiram com sua adoção tendo em vista que o Estado pode ou não ratificar um Tratado e, uma vez ratificado, ainda é possível fazer reserva a uma determinada parte, ou seja, não aceitar determinada imposição feita pelo Tratado. Quanto aos termos empregados, a declaração de Viena esclarece em seu artigo 1º:

1. Para os fins da presente Convenção:

a)“tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

b)“ratificação”, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado;

<sup>144</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp.143;146.

c)“plenos poderes” significa um documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado;

d)“reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.<sup>145</sup>

Verifica-se, portanto, que os direitos humanos protegidos por tratados, não possuem obrigatoriedade sobre todos os Estados, bastando fazer reserva ou não ratificá-los, deste modo os direitos humanos perdem seu caráter universal, ou seja, não é aplicável a todos, mas apenas àqueles que ratificarem, sem reservas, tal tratado de direitos humanos.

#### **4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS**

O ser humano, que inicialmente vivia como nômade, percebeu que era mais vantajoso viver em comunidade. Deste modo, organizaram-se inicialmente

<sup>145</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 30 out. 2016.

como famílias, que pode ser considerada a primeira organização estatal. Estas famílias cresceram e viraram aldeias, estas se organizaram em clãs e posteriormente, nasceram as cidades, e com elas o Estado. Nas lições de Márcio Eduardo Pedrosa Morais:

O termo "Estado" advém do latim *status*, significando ordem, estado. Tal denominação nem sempre foi usada, só sendo aceita a partir dos séculos dezesseis e dezessete. Na Grécia Antiga, os gregos usavam a expressão *polis* para denominar a sociedade política. Já para os romanos, o termo usado era *civitas*. Na Idade Média eram utilizados os termos principados, reino, enquanto que para os povos germânicos, *reich* e *staat*.<sup>146</sup>

O termo Estado, como forma de organização da sociedade, tal como conhecemos na atualidade foi utilizado a primeira vez por Nicolau Maquiavel, na obra *O Príncipe*, que dizia que "todos os Estados, os domínios que tiveram e têm poder sobre os homens, são estados e são ou repúblicas ou principados".<sup>147</sup>

O Estado evoluiu do absolutismo, ou totalitarismo, ao atual Estado Democrático de Direito. No Estado absolutista todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, estavam concentrados nas mãos dos reis e este poder era absoluto e ilimitado, todas as outras pessoas

---

<sup>146</sup> MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: 30 out. 2016.

<sup>147</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Coimbra, Atlântida., 1935, p. 7.

viviam para servi-lo, este era o objetivo da sociedade, seus súditos não possuíam direito algum.

Em contraponto ao absolutismo surge o Estado Liberal de Direito que cria o constitucionalismo, ou seja, é criada uma Constituição, lei máxima, que restringia o poder do rei e dava uma certa liberdade aos súditos/cidadãos, neste ponto é criado os direitos humanos de primeira dimensão, básicos à existência da vida, citando como exemplos, o direito à liberdade e a vida.

Devido a diversas desigualdades criadas pelo liberalismo, que colocaram os trabalhadores em condições miseráveis, uma vez que foram explorados ao limite pelos detentores dos meios de produção, consequência da ausência Estatal nas relações privadas, nasceu o Estado Social de Direito, e com ele os direitos de segunda dimensão, como por exemplo, direito ao trabalho, lazer, educação e moradia.

Nas lições de Márcio Eduardo Pedrosa Morais:

Os regimes totalitários e socialistas não conseguiram proteger o indivíduo, muito menos ser uma alternativa viável para a possibilidade de um desenvolvimento humano, político, jurídico e social. O Estado Democrático de Direito nasce para possibilitar que todos os homens, indistintamente, possam através de sua fala (aí a importância da linguagem para a política, e principalmente, para a filosofia atual) expor, discursivamente, elegeer regras para delimitar o novo contorno da sociedade.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Democracia pode ser entendida como poder do povo, deriva da palavra *demokratía*, que por sua vez, é composta por *demós* (que significa povo) e *kratos* (que significa poder). No caso brasileiro, o preâmbulo da Constituição, bem como o artigo 1º, citam-no como Estado Democrático de Direito, sendo que o parágrafo único do artigo 1º preceitua que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*”. Eis que surge o problema do Estado Democrático atual, os representantes, na maioria das vezes, representam apenas interesses próprios, e não do povo propriamente dito, neste sentido é o que sinaliza David Sánchez Rubio:

Esta democracia entendida como o poder do povo também se camufla com as instituições estatais e representativas. A escolha de representantes pelo povo acaba por tirar-lhe o poder, para somente ser exercido pelo único poder válido: o estatal. A cidadania somente manda simbolicamente, já que a partir de seu esvaziamento de conteúdo, todo o poder político é outorgado às instituições representativas e do Estado. Nesta mesma linha, o poder constituinte se opõe ao poder constituído, que é o poder institucionalizado e formalizado por meio de normas, leis, procedimentos, órgãos e instituições.<sup>149</sup>

Deste modo, o voto se torna, quase que unicamente, o poder do povo, entretanto no Estado Democrático, o poder do povo deveria ser maior que apenas isso, proporcionando, realmente, uma participação de todos. A democracia, como a conhecemos, resumida às eleições, acabam por excluir o povo das decisões do

---

<sup>149</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 109-134.

Estado, permitido a alguns o controle de todo o restante do povo, ocultando a dominação econômica em um manto de democracia através do voto, neste caminho ensina David Sánchez Rubio:

Os efeitos se manifestam na dupla intenção de, por um lado, provocar a desmobilização da sociedade civil e, por outro, o ocultamento da dominação socioeconômica e da existência de oposições e assimetrias entre as forças e os atores sociais. Pela redução da democracia às eleições, não vigora a participação cidadã e social que fica de fora do tempo e do espaço dos anúncio eleitorais.<sup>150</sup>

Verifica-se, afinal, que o Estado Democrático de Direito, na realidade, é o mesmo Estado Liberal de Direito, com pequenas diferenças, pois neste a liberdade é total, deixando o mais fraco a mercê do mais forte, sem limitações, enquanto que naquele, existem pequenas limitações à exploração do mais fraco, basicamente pode-se explorar, mas não até a exaustão.

Podemos fazer uma analogia com o trabalhador dos tempos antigos para o trabalhador da atualidade: no início, o trabalhador era visto como coisa, escravo, ganhava o necessário para sobreviver; hoje, o trabalhador, cidadão, continua ganhando o necessário para sobreviver, porém, no mínimo, tem uma folga por semana.

As aparências se modificaram, mas as situações fáticas permanecem as mesmas do Estado Liberal, com pequenas mudanças pontuais. A participação do cidadão nas decisões do Estado é apenas superficial, de aparências,

---

<sup>150</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 114.

estabelecendo-se a democracia como o poder da classe dominante e não mais poder do povo cada classe luta pelo seu interesse e a democracia que deveria dar a cada um poder de participação semelhante, acaba por dar mais poder aos poderosos, acentuando ainda mais as diferentes classes sociais.

Na atual “democracia das aparências”, tecnocrática, ou seja, onde o poder dos técnicos dominantes dos meios de produção supera o poder do próprio governo, o povo não participa nem tem condições para participar, sobre a questão da fala para participar das decisões, do interesse de classes e da participação dos cidadãos no Estado Democrático de direito, podemos citar como referência Jürgen Habermas:

[...] o crescimento relativo das forças produtivas não representa mais um potencial transbordante e rico de consequências emancipatórias, que pudesse romper as legitimações de uma ordem de dominação existente. Pois, desde agora, a principal força produtiva, o próprio progresso técnico-científico assimilado à administração, tornou-se fundamento da legitimação. Essa nova forma de legitimação perdeu contudo a antiga figura de ideologia [...] difere das mais antigas por separar os critérios de justificação da organização da vida em comum e, portanto, das regulamentações normativas da interação; nesse sentido ela os despolitiza, fixando-se, ao contrário nas funções de um sistema subordinado ao agir racional com respeito afins [...] fere, portanto, um interesse que se prende a uma das duas condições fundamentais da nossa existência cultural: a linguagem, ou mais precisamente, a forma de socialização e de individualização

determinada pela comunicação na linguagem corrente. [...] A consciência tecnocrática faz desaparecer esse interesse prático, por trás do interesse pela ampliação do nosso poder de manipulação técnica. A reflexão provocada pela nova ideologia deve ir além de qualquer interesse de classe historicamente determinado e pôr a descoberto a contextura de interesses de uma espécie, como tal, que se constitui a si mesma.<sup>151</sup>

Na próxima seção, será estudada a temática dos *direitos humanos no Estado Democrático de Direito*.

## **5 DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Atualmente vivemos em uma verdadeira globalização das aparências, onde importa o parecer e não o ser, em tal realidade também se inclui os direitos humanos e o Estado Democrático de direito, onde o primeiro parece se referir a todos os humanos e o segundo parece referir-se ao poder (vontade) do povo, deste modo todos saem satisfeitos, vivendo a aparência de um Estado Democrático que, aparentemente, respeita os direitos humanos.

Nas palavras de David Sánchez Rubio:

É quadro típico, tópico e clássico ter como pacífica a separação que existe entre o que se diz e o que se faz em matéria de

---

<sup>151</sup> HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia *In: Escola de Frankfurt*. São Paulo: Abril Cultural, 1975, pp. 325; 327. (Coleção Os Pensadores).

direitos humanos. Quase todo o mundo tem na cabeça a ideia de que é muito diferente a teoria e a prática sobre os direitos humanos. Este abismo é considerado indiscutível e muito difícil de superar. Muito se escreveu e muito se disse sobre as possíveis causas desse distanciamento, mas poucos são os estudos que partem da premissa de que talvez esta separação entre o que é dito e o que é feito entre o plano do ser e do dever ser, resida na nossa própria maneira de pensar os direitos humanos. Bem possível é que sob uma cultura interessadamente conformista, indolente, acomodada e passiva, convém entender direitos humanos a partir destes planos aparentemente tão distintos. É como se existisse uma cultura de impotência que, com a desculpa desse abismo entre o dito e o feito, adota a atitude de continuar deixando as coisas como estão.<sup>152</sup>

Os direitos humanos se referem a todos os seres humanos, independente de classe, Estado ou nacionalidade, porém, é permitido aos Estados formularem reservas a Tratados sobre direitos humanos. Ora, se eles se aplicam a qualquer ser humano, como pode um Estado deixar de aplicá-lo, sendo que o ser humano é um elemento necessário a existência do próprio Estado? Seriam estas reservas fruto da vontade realmente democrática dos cidadãos?

Para exemplificar este paradoxo podemos tomar como base a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que foi a convenção que mais recebeu reservas por parte dos Estados, atingindo a essência de universalidade dos direitos humanos, conforme ensina Flávia Piovesan:

<sup>152</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 122.

Observe-se, contudo, que embora esta Convenção signifique um grande avanço para a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres, ela apenas apresenta como mecanismo de implementação a sistemática de relatórios. Vale dizer, caberia aos Estados-partes enviar relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas para a implementação dos direitos enunciados na Convenção. Tais relatórios são encaminhados ao Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Ainda assim, esta foi a Convenção que mais recebeu reservas por parte dos Estados signatários. Trata-se do instrumento internacional que mais fortemente recebeu reservas, dentre as Convenções internacionais de Direitos Humanos, considerando que ao menos 23 dos mais de 100 Estados-partes fizeram, no total, 88 reservas substanciais. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação da Mulher pode enfrentar o paradoxo de ter maximizado sua aplicação universal ao custo de ter comprometido sua integridade. Por vezes, a questão legal acerca das reservas feitas à Convenção atinge a essência dos valores da universalidade e integridade.<sup>153</sup>

As reservas podem assumir outras nomenclaturas, como por exemplo, declarações unilaterais ou declarações interpretativas, Ana Letícia Barauna Duarte Medeiros, ao

<sup>153</sup> PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos reprodutivos como direitos humanos. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwizl-68gIvQAhWKgpAKHfBuB\\_YQFggiMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.mppe.mp.br%2Fsiteantigo%2F192.168.1.13%2Fuploads%2Fp1KdxISyI758jG-2x2XOxQ%2FoQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ%2FArtigo\\_-\\_Direitos\\_reprodutivos\\_como\\_direitos\\_humanos\\_-\\_Flv.doc&usg=AFQjCNHnmUGn-jjh0XXJ1RItbX7qQyo0Dw&sig2=Ph2gRbdHiALSak21XA7wMA&ad=rja](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwizl-68gIvQAhWKgpAKHfBuB_YQFggiMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.mppe.mp.br%2Fsiteantigo%2F192.168.1.13%2Fuploads%2Fp1KdxISyI758jG-2x2XOxQ%2FoQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ%2FArtigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc&usg=AFQjCNHnmUGn-jjh0XXJ1RItbX7qQyo0Dw&sig2=Ph2gRbdHiALSak21XA7wMA&ad=rja)>. Acesso em 02 nov. 2016.

falar sobre o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, é enfática sobre o assunto e explica que estas reservas são um grande obstáculo ao fortalecimento do sistema:

Para a Convenção Americana, uma vez em conformidade com as disposições estabelecidas na Convenção de Viena, um Estado pode se valer de “reservas”, consoante, anuncia o artigo 75, desde que não seja incompatível com o objeto e as finalidades a que se destina. Entretanto, quais seriam as finalidades e o objeto da Convenção Americana? É exatamente neste ponto que a hermenêutica dos países acaba divergindo. Parece claro que o efeito mais sensível dessa possibilidade reside na dificuldade de consolidação plena do sistema interamericano, na medida em que os Estados, por força de pressões políticas internas e, na maioria das vezes, sem pensar na pessoa humana como beneficiária primeira do direito internacional dos direitos humanos, terminam por ratificar “parcialmente” o documento.<sup>154</sup>

Além de tratados não ratificados e de inúmeras reservas, podemos ver, no cenário mundial, diversas situações de afronta a direitos humanos, como por exemplo a guerra do Kosovo, que foi a primeira guerra com o intuito oficial de proteção dos direitos humanos, conforme ensina Costas Douzinas:

Os bombardeiros voavam a altitudes extremamente elevadas (algo em torno de 15.000 pés), o que os colocava fora do alcance da artilharia antiaérea. A tática foi

---

<sup>154</sup> MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Direito internacional dos direitos humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

bem-sucedida: as forças da OTAN concluíram sua campanha sem uma única baixa. Porém houve sérios efeitos colaterais também: primeiro, o completo domínio aéreo sem a disposição de engajamento em uma batalha terrestre não impediu as atrocidades sérvias. Evidências surgidas após a guerra mostram que os piores massacres ocorreram após o início dos bombardeiros. (...). É razoável concluir que o objetivo declarado da guerra de “evitar uma catástrofe humanitária” falhou horripelantemente. Em segundo lugar, em consequência das elevadas altitudes de voo dos bombardeiros, a probabilidade de “dano colateral” civil aumentou significativamente. Civis foram mortos em trens e ônibus, em estações de TV e hospitais, na embaixada chinesa e em outras áreas residenciais. Um dos erros mais grotescos foi a morte de 75 refugiados albaneses cujo comboio desorganizado fora atingido repetidas vezes, em 14 de abril. Parte da justificativa dada por uma OTAN arrependida foi a impossibilidade de se distinguir facilmente tratores e trailers de tanques e transportadores blindados a uma altitude de 15.000 pés.<sup>155</sup>

Esta decisão certamente não foi tomada por um povo soberano, realmente democrata, mas por uma minoria, com interesses no mínimo questionáveis e, infelizmente, a maioria da população fica estagnada, acomodada, anestesiada, voltando às lições de David Sánchez Rubio quando diz que “*a cultura sobre a qual se*

---

<sup>155</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 146.

*assenta nossa defesa dos direitos humanos ou é mínima ou é anestésica”*.<sup>156</sup>

O Brasil, estado democrático de direito, pelo menos no papel, não fica de fora das violações aos direitos humanos, assim como todos os outros Estados. A anistia internacional, órgão presente em mais de 150 países, cita em seu relatório anual 2015/2016 diversas violações aos direitos humanos cometidos pelo Brasil.

A título de exemplo, podemos citar, uso excessivo de força pela polícia e a ausência de investigação das mortes provocadas por ela. Importante citar, na íntegra, o preâmbulo, em referência ao Brasil, citado no referido relatório:

Graves violações de direitos humanos continuaram sendo denunciadas, como homicídios cometidos pela polícia, tortura e maus-tratos de pessoas presas. Jovens negros moradores de favelas e periferias corriam maiores riscos. As forças de segurança, com frequência, usaram força excessiva ou desnecessária para reprimir manifestações. Conflitos por terras e recursos naturais provocaram a morte de dezenas de pessoas. Comunidades rurais e seus líderes continuaram a sofrer ameaças e ataques de proprietários de terras, principalmente no Norte e Nordeste do país. Lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI) continuaram a enfrentar discriminação e violência. Intensificou-se a oposição da sociedade civil às novas leis e emendas constitucionais que ameaçavam retroceder direitos sexuais e reprodutivos, bem como

<sup>156</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 129.

direitos das mulheres e das crianças; jovens e mulheres tomaram a frente dessas mobilizações. O Brasil não se candidatou à reeleição para um assento no Conselho de Direitos Humanos da ONU.<sup>157</sup>

Mesmo em um Estado Democrático de Direito há o desrespeito aos direitos humanos. Parcela da responsabilidade impõe-se aos detentores do poder que ensinaram aos demais a seguir as leis sem questioná-las. Deste modo, como os direitos humanos, na maior parte das vezes, não possui força obrigatória, impositiva, não há necessidade de segui-los. Se, na atualidade não há respeito aos direitos humanos, pelo menos não em âmbito Estatal ou mundial, importante termos em mente que os direitos humanos podem ser respeitados na esfera particular, pessoal, assim podemos enviar um recado aos detentores do poder, de que queremos o respeito aos direitos humanos.

Nesta linha, ensina David Sanchez Rúbio:

São práticas que se desenvolvem diariamente, o tempo todo e em qualquer lugar, e não se reduzem a uma única dimensão normativa, filosófica ou institucional, nem tampouco a um único momento histórico que lhes dá uma origem. Direitos humanos guardam mais relação com o que fazemos em nossas relações com nossos semelhantes, seja sob lógicas ou dinâmicas de emancipação ou de dominação, que com o que nos dizem

<sup>157</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2015/2016, O Estado dos Direitos Humanos no mundo. Disponível em <[https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016\\_Final\\_Web-1.pdf](https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf)>. Acesso em 02 nov. 2016.

determinados especialistas (mesmo que também repercuta em nosso imaginário e em nossa sensibilidade sobre direitos humanos).

As dimensões formal, institucional e doutrinária devem complementar-se com o âmbito no qual são os próprios seres humanos através das tramas sociais que os constituem como sujeitos e como objetos que podem ou não, diariamente, construir e reconhecer direitos de maneira solidária e recíproca, aí está a clara dimensão política quem têm, além da conexão que possuem com a necessidade de que o povo ganhe poder e o exerça de forma emancipadora.<sup>158</sup>

Em suma, são nossas relações e práticas, jurídicas ou não, que demonstram se respeitamos direitos humanos. Se não podemos mudar todo o Estado, ou todo o mundo, que sejamos capazes de sermos respeitadores dos direitos humanos em âmbito pessoal, deste modo, teremos um povo com poder e respeito aos direitos humanos.

Conforme observou Mahatma Gandhi: “A democracia e a violência não se dão. As nações que hoje são democráticas de nome, ou se tornam abertamente totalitárias ou, se querem ser democráticas de verdade, devem corajosamente tornar-se não-violentas”.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 129

<sup>159</sup> ROHDEN, Huberto. *Mahatma Gandhi: o apóstolo da não-violência*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.175.

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2015/2016, *O Estado dos Direitos Humanos no mundo*. Disponível em <[https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016\\_Final\\_Web-1.pdf](https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf)>. Acesso em 02 nov. 2016.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro: 1959.

JEREMY BENTHAM. Anarbitical fallacies; beun na examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. In: WALDRON, Jeremy (ed). *Nonsense upon stilts*. Londres: Methuen, 1987.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 30 out. 2016.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. In: *Escola de Frankfurt*. São Paulo: Abril Cultural, 1975. (Coleção Os Pensadores).

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Coimbra: Atlântida, 1935.

MEDEIROS, Ana Leticia Barauna Duarte. *Direito internacional dos direitos humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: 30 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

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

PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos reprodutivos como direitos humanos*. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiz1-68gIvQAhWKgpAKHfBuB\\_YQFggiMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.mppe.mp.br%2Fsiteantigo%2F192.168.1.13%2Fuploads%2Fp1KdxISyI758jG-2x2XOxQ%2FoQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ%2FArtigo\\_-\\_Direitos\\_reprodutivos\\_como\\_direitos\\_humanos\\_-\\_Flv.doc&usg=AFQjCNHnmUGn-jjh0XXJ1RItbX7qQyo0Dw&sig2=Ph2gRbdHiALSak21XA7wMA&cad=rja](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiz1-68gIvQAhWKgpAKHfBuB_YQFggiMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.mppe.mp.br%2Fsiteantigo%2F192.168.1.13%2Fuploads%2Fp1KdxISyI758jG-2x2XOxQ%2FoQBSFV2tIXvW3yLQu7NdnQ%2FArtigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc&usg=AFQjCNHnmUGn-jjh0XXJ1RItbX7qQyo0Dw&sig2=Ph2gRbdHiALSak21XA7wMA&cad=rja)>. Acesso em 02 nov. 2016.

ROHDEN, Huberto. *Mahatma Gandhi: o apóstolo da não-violência*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEITENFUS, Ricardo. *Textos fundamentais do direito das relações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WALDRON, Jeremy (ed). *Nonsense upon stilts*. Londres: Methuen, 1987.