

A evolução dos direitos fundamentais*

Virgílio Afonso da Silva

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

[atualmente Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo]

1. Esclarecimentos iniciais

Antes de iniciar a análise do tema proposto, faz-se necessário que alguns esclarecimentos preliminares sejam feitos. É co-

↑541|542↓

mun, quando o tema da evolução dos direitos fundamentais é abordado, que o enfoque seja meramente histórico. Mais do que isso: é comum que essa abordagem histórica limite-se pura e simplesmente à busca de antecedentes históricos, de preferência dos mais longínquos, como o Código de Hamurábi, e a uma enumeração de que artigos, em que declarações garantem - ou garantiam - quais direitos.¹ Como será facilmente perceptível, não é esse o enfoque que será privilegiado aqui, pois isso seria extremamente empobrecedor. Pouco acrescenta à teoria dos direitos fundamentais essa análise meramente histórico-enumerativa.

Isso não significa, claro, que a história dos direitos fundamentais não terá qualquer papel na análise que aqui será feita, mas tão somente que tal análise histórica será justificada *na medida de sua conexão* com o tema.

* Este artigo é uma reprodução, com mínimas adequações, da prova escrita que realizei como parte do concurso público para Professor Doutor do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. As provas escritas, nesses concursos, são realizadas da seguinte forma: os candidatos recebem, com 24 horas de antecedência, 10 temas integrantes do programa de algumas disciplinas do departamento. No dia da prova, sorteia-se um dos pontos e os candidatos têm, inicialmente, uma hora para fazer anotações e, depois, quatro horas para realizar a prova, sem possibilidade de consultas. É dentro dessas limitações de tempo e acesso à informação que este artigo e suas lacunas devem ser compreendidos.

¹ Cf., sobre o hábito dos pesquisadores brasileiros, na área jurídica, em buscar fundamentos (pseudo-)históricos, Luciano Oliveira, "Não fale do Código de Hamurábi!: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito", in Luciano Oliveira, *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

2. Introdução

Ainda que as doutrinas brasileira e latino-americana tenham dado pouca atenção, é possível dizer que talvez não tenha havido tema mais polêmico e mais discutido no âmbito do direito público inglês na década de 1990 do que o tema "declaração de direitos fundamentais". Qualquer breve pesquisa em periódicos como *Public Law* ou *Oxford Journal of Legal Studies* confirmaria essa tendência. Isso porque, embora a Inglaterra seja considerada como um dos países-berço da idéia de direitos fundamentais, como será visto mais adiante, até 1998 não havia uma declaração vigente na Inglaterra nos moldes conhecidos em outras democracias contemporâneas.

Em 1990, Ronald Dworkin publicou um livro intitulado *A Bill of Rights for Britain*, em que fazia uma veemente defesa da necessidade de adoção de uma declaração de direitos que vinculasse, entre outros, também o parlamento.² A dificuldade dessa adoção, no caso da Inglaterra, era óbvia: a idéia de supremacia do parlamento, central no direito constitucional inglês, ficaria seriamente

↑542|543↓

abalada,³ pois uma declaração que vinculasse até mesmo o parlamento, pressupondo, nesse sentido, uma espécie de controle de constitucionalidade, acabaria por transformá-lo em submisso. Nesse sentido, Jeremy Waldron, o grande debatedor contra as teses de Dworkin, defendia sem restrições a idéia de que qualquer declaração de direitos que vinculasse o parlamento seria antidemocrática.⁴ O debate culmina com a aprovação, em 1998, do *Human Rights Act*, que entrou em vigor em 2000.

Diante dessa polêmica, mais do que atual, é possível se indagar, apoiando-se no título de um artigo de William Brennan Jr.: por que ter uma declaração de direitos fundamentais?⁵ Esse é, entre outros, o mote deste texto, cujo fio condutor poderia ser sintetizado em quatro

² Cf. Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, London: Chatto & Windus, 1990.

³ Cf., por exemplo, Jeffrey Goldsworthy, "The Philosophical Foundations of Parliamentary Sovereignty", in Tom Campbell / Jeffrey Goldsworthy (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Dartmouth: Ashgate, 2000, pp. 229 e ss.

⁴ Cf. Jeremy Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1993), pp. 18 e ss.

⁵ Cf. William Brennan Jr., "Why Have a Bill of Rights?". *Oxford Journal of Legal Studies* 9 (1989): 425-440.

perguntas básicas: Por que deve haver uma declaração de direitos? Como fundamentá-los? Como surgiram? Como evoluíram?

A despeito de ser comum que se inicie com a fundamentação desses direitos, farei, aqui, uma inversão e deixarei esse tópico para o final, por razões que ficarão claras posteriormente.

3. Precusores das declarações de direitos

Como salientei no início, não é meu objetivo procurar, em declarações remotas, por precusores e reminiscências das declarações contemporâneas. A idéia, aqui, é apenas esclarecer o que foi abordado no tópico anterior, ou seja, por que se pode dizer que a Inglaterra, sempre apontada como precursora da idéia de direitos fundamentais, não tinha uma verdadeira declaração até 1998.

Duas são as razões principais: (1) documentos como a *Magna Carta*, de 1215, o *Petition of Rights*, de 1629 e, especialmente, o *Bill of Rights*, de 1689, eram ou são declarações destinadas a garantir privilégios e prerrogativas a uma classe - a nobreza, como mostra o exemplo da *Magna Carta* - ou, no caso do *Bill of Rights* de 1689, de um órgão, o Parlamento. A eventual presença,

↑543|544↓

nessas declarações, de alguns direitos mais amplos - como o direito de petição - não altera essa característica principal: elas não eram declarações de direito no sentido atual do termo; (2) as declarações de direitos, em seu sentido atual, pressupõem a vinculação de todos os poderes estatais - incluindo o poder legislativo - a suas disposições, o que não ocorria na Inglaterra até o advento do *Human Rights Act* de 1998.⁶

Isso não significa, obviamente, que não existiam na Inglaterra idéias no sentido da consagração dos chamados "direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis" dos seres humanos. O grande exemplo disso é sem dúvida Locke. Mas isso não culminou, contudo, na

⁶ Cf., para mais detalhes sobre a vinculação do parlamento inglês ao *Human Rights Act*, Nicholas Bamforth, "Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998", *Public Law* 1998: 572-582.

promulgação de uma verdadeira declaração de direitos, o que ocorreria somente em 1776, nos Estados Unidos da América, e em 1789, na França.

4. As grandes declarações

A seguir analiso, muito brevemente, as duas grandes declarações de direitos acima mencionadas.

4.1. A declaração de Virginia

Ao contrário do que ocorreria na França alguns anos mais tarde, a promulgação de declarações como a de Virginia ou a própria declaração de independência dos Estados Unidos não tinham como objetivo principal romper com uma ordem absolutista. Sua justificação consistia sobretudo na idéia de "declarar" os direitos que todos os seres humanos congenitamente possuiriam e que, de resto, já eram em grande parte realidade em uma sociedade não-estamental. Pode-se dizer, por isso, que a idéia revolucionária, presente na declaração francesa de 1789, não poderia existir em uma sociedade como a norte-americana, em que não havia estamentos e que uma declaração nos moldes da francesa não poderia, por conseguinte, surgir nos Estados Unidos.

Além disso, um embate central na revolução e na declaração francesas, relativo ao conceito de liberdade, é o que mais interessa neste ponto, razão pela qual passo, de imediato, ao próximo tópico.

↑544|545↓

4.2. A revolução francesa

Como foi dito acima, a idéia central da própria revolução e de sua declaração de direitos era a superação de um regime absolutista. Por isso, como salientam Jean Rivero e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é possível identificar, na declaração de 1789, artigo por artigo, uma reação a abusos cometidos pelo *Ancien Régime*.⁷ Assim é que, segundo Rivero, na garantia do direito à segurança individual, identifica-se uma reação às chamadas *lettres de*

⁷ Cf. Jean Rivero, *Libertés publiques*, v. I, Paris: PUF, 1973, p. 52 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248.

cachet, por meio das quais, no regime que se superava, eram fundamentadas prisões abusivas; a liberdade religiosa era, por sua vez, uma resposta à perseguição aos protestantes; a igualdade de acesso aos cargos públicos, uma resposta aos privilégios nobiliárquicos, etc.

Mas, ao contrário do que se imagina com frequência atualmente, com a distância de mais de duzentos anos, a própria idéia de uma declaração de direitos não era consensual. Neste ponto, vale retomar a pergunta: "por que ter uma declaração de direitos?".

5. Dois conceitos de liberdade

Isaiah Berlin, em sua famosa aula inaugural na Universidade de Oxford, em 1958, distinguia dois conceitos de liberdade. De um lado, haveria a chamada liberdade negativa que, em linhas gerais, pode ser definida como a necessidade de garantia de uma esfera livre de ingerências estatais, para que os indivíduos, em suas relações entre si, possam se auto-regular. Já a liberdade positiva, um pouco menos clara na obra de Berlin, consistiria na possibilidade de participar do debate político, de poder influenciar as decisões políticas e legislativas.⁸ Essa não é, contudo, uma contraposição recente e pode ser encontrada, entre outros, no pensamento de Benjamin Constant e na sua distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos.⁹

↑545|546↓

E qual é a relação entre essa distinção e a declaração de direitos da revolução francesa? Nos debates que precederam essa declaração, ficou muito nítida a polarização por essas duas concepções de liberdade. Baseados na idéia de Rousseau,¹⁰ muitos defendiam que uma declaração de direitos seria desnecessária em um Estado em que a participação dos cidadãos (liberdade positiva ou liberdade dos antigos) fosse garantida, já que não seria possível conceber que os próprios cidadãos desrespeitassem seus direitos. Como se sabe, no entanto,

⁸ Cf. Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", in Isaiah Berlin, *Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 166 e ss.

⁹ Cf. Benjamin Constant, "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819)", in Benjamin Constant, *Écrits politiques*, Paris: Gallimard, 1997: 589-619. A mesma idéia já havia sido defendida anteriormente pelo próprio Constant: cf. Benjamin Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, II, 6.

¹⁰ Cf. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, I, 7.

a concepção vitoriosa foi a concepção negativa e liberal - e, nesse sentido, lockeana - de liberdade como garantia de uma esfera de ação sem a ingerência estatal.¹¹

Esse conceito de liberdade - negativa, liberal ou dos modernos - entrou para os manuais de direito constitucional como as *liberdades públicas* ou direitos fundamentais de *primeira geração*. Passo, a seguir, a examinar as chamadas "gerações" de direitos.

6. As gerações de direitos

O termo "gerações de direitos" é recente e atribuído a Karel Vasak. Ainda que largamente utilizado, não é ele, contudo, um conceito aceito sem ressalvas. A mais importante delas é, sem dúvida, a que sustenta que a idéia de "gerações" de direitos poderia ser erroneamente compreendida com base no raciocínio de que uma geração supera a geração anterior. Esse não é o caso, pois, como se sabe, as gerações, a despeito de potenciais colisões, são complementares. Por isso, muitos autores preferem o termo "dimensões" dos direitos fundamentais.¹² Nesse trabalho, contudo, utilizarei ambos os termos como sinônimos.

↑546|547↓

6.1. As liberdades públicas

As liberdades públicas, como acaba de ser afirmado, constituem a primeira geração de direitos fundamentais e consistem nos direitos que garantem uma esfera de liberdade de atuação dos indivíduos contra ingerências estatais. Exemplos mais importantes dessas liberdades, também chamadas de direitos de defesa, são a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de associação, de reunião e o direito de propriedade.

¹¹ Cf. contemporaneamente sobre esse debate Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, pp. 361 e ss. e, do mesmo autor, "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and the Republican Versions", *Ratio Juris* 7 (1994): 1-13.

¹² É necessário ressaltar, contudo, que também o termo "dimensões dos direitos fundamentais" não é unívoco e é empregado, especialmente na Alemanha, com outra acepção. Cf., por todos, Bernd Jeand-Heur, "Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen". *Juristenzeitung* 50 (1995): 161-167 e Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1993, nn. 259 e ss.

Mas esses direitos de primeira geração não incluíam somente as liberdades públicas, ainda que se dê sempre maior ênfase a elas. Outros dois aspectos fundamentais de teorias contratualistas, especialmente na versão de Rousseau, também devem ser inseridos nessa primeira geração: o direito à segurança e o direito à participação política.

O primeiro deles - o direito à segurança - será visto mais adiante. Aqui interessa mais de perto o direito à participação política ou simplesmente "direitos políticos".

6.2. Os direitos políticos

É facilmente perceptível que os chamados direitos políticos, que foram sendo lentamente conquistados nos séculos XIX e XX, a despeito de terem uma configuração muito distinta das liberdades públicas, podem também ser inseridos na idéia de direitos de liberdade.¹³ Com a idéia de direitos políticos, ressurge a concepção positiva - ou republicana, ou "dos antigos" - de liberdade, defendida por Rousseau, já referida acima.¹⁴ Liberdade, nesse sentido, é sinônimo de participação na tomada de decisões, o que os direitos políticos, ainda que indiretamente, propiciam. Além disso, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi justamente com o exercício cada vez maior dos direitos políticos que se inicia também a pressão por outros direitos que superassem a idéia das meras liberdades negativas,¹⁵ como se verá visto a seguir.

↑547|548↓

6.3. Os direitos sociais e econômicos

Esse novos direitos, chamados de direitos sociais e econômicos, e que são considerados como a segunda geração dos direitos fundamentais, surgem, contudo, não só em decorrência de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, mas, sobretudo, por causa da pressão dos movimentos sociais (e socialistas), que sustentavam, em linhas gerais, que as

¹³ Há autores que incluem também os direitos a prestações positivas do Estado no conceito de liberdade. Cf., por todos, Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1919, pp. 114 e ss.

¹⁴ Sabe-se, contudo, que Rousseau, a despeito de algumas contradições, defendia que essa participação deveria ser direta, o que não é o caso do exercício dos direitos políticos contemporâneos. Cf. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, III, 15.

¹⁵ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 43.

liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto. Nesse sentido, essas liberdades eram consideradas como meramente formais e somente uma igualdade material poderia fazer com que todos pudessem exercê-las.

Não é o caso aqui de narrar as lutas socialistas do século XIX, de resto conhecidas por todos, e que foram em grande parte responsáveis pela consagração dos direitos sociais e econômicos (o que ocorreu, contudo, somente no século XX, com as constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919). Importante aqui é ressaltar que, ao contrário do que afirmava Schmitt, os direitos sociais não podem ser considerados como direitos "socialistas",¹⁶ pois são, na verdade, uma forma de garantir a estabilidade e a manutenção do capitalismo, se não liberal, pelo menos daquele de cunho social.

No plano dogmático, a diferença entre os direitos sociais e econômicos, de um lado, e as liberdades públicas, de outro, costuma ser definida da seguinte forma: enquanto essas últimas exigem uma abstenção estatal, os primeiros exigem, ao contrário, uma prestação. Essa é, contudo, apenas uma tendência, não uma diferença dogmática. Aqui é necessário que se faça uma breve digressão dogmática sobre a questão.

6.3.1. Prestações positivas em sentidos amplo e restrito

Ao contrário do que uma análise superficial pode fazer crer, nem toda exigência de prestações por parte do Estado é decorrência de direitos sociais ou econômicos. Aqui, utilizo uma distinção feita por Robert Alexy entre prestações em sentido amplo e prestações em sentido estrito. Somente essas últimas, como se verá, podem ser consideradas como decorrências de direitos sociais ou econômicos.

↑548|549↓

Alexy parte de um conceito de direitos sociais que, ainda que possa soar estranho, por não fazer menção expressa à igualdade, ajusta-se perfeitamente àquilo que a constituição, em seu art. 6º, dispõe. Segundo ele, direitos sociais são direitos a algo, cujo titular, se dispusesse de meios financeiros para tanto e se houvesse oferta suficiente, poderia conseguir por seus

¹⁶ Cf. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München: Duncker & Humblot, 1928, p. 169.

próprios meios.¹⁷ Não parece ser outra a intenção da constituição brasileira ao garantir, no art. 6º, um direito à saúde, à educação, ao lazer, à moradia etc. Aquele que, para usar os termos de Alexy, "dispõe de meios para tanto", não necessita desses direitos sociais.

Mas há outros direitos a prestações estatais que não se enquadram nesse raciocínio. Alexy menciona, por exemplo, os direitos a uma prestação normativa, especialmente aqueles destinados a garantir a segurança dos indivíduos.¹⁸ O Estado tem o dever de agir, nesse sentido, para garantir a segurança dos indivíduos por meio da elaboração de leis penais eficazes. Esse seria apenas um dentre vários exemplos possíveis de direitos a prestação estatal positiva que não são direitos sociais. Daí a razão dessa breve digressão dogmática.

Mas os direitos sociais, ao contrário do que, em geral, ocorre com as liberdades públicas, suscitam um outro problema: a sua efetividade.

6.3.2. A efetividade dos direitos sociais

É muito comum que se sustente que a efetividade (ou a não-efetividade) dos direitos sociais é uma questão de "vontade política". Ainda que essa explicação não seja de todo equivocada, ela encobre, entre outras coisas, um problema dogmático importante.¹⁹ Esse problema decorre, a meu ver, de uma diferença no conteúdo do dever-ser das liberdades públicas e dos direitos sociais que, ainda que trivial, não pode ser ignorado, dadas as suas conseqüências, até mesmo no plano da separação de poderes.

↑549|550↓

Segundo Alexy, há uma diferença estrutural entre direitos a abstenções e direitos a prestações estatais.²⁰ A explicação é simples, mas as conseqüências são altamente complexas. As liberdades públicas, ao exigirem sobretudo uma abstenção, *vedam toda e qualquer* medida

¹⁷ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 454.

¹⁸ Aqui reaparece, como se vê, uma outra idéia central do contratualismo, mencionada no tópico 6.1.

¹⁹ E encobre também o problema dos chamados "custos dos direitos", o qual não será aqui abordado.

²⁰ Cf. Robert Alexy, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen" in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 278.

estatal que desobedeça essa exigência.²¹ Já os direitos a prestações, em sentido amplo e estrito, exigem apenas as medidas que sejam *eficazes* para realizá-los.

Um exemplo pode ilustrar essa diferença: a liberdade de imprensa exige que o Estado se abstenha de tomar toda e qualquer medida que cerceie essa liberdade. O controle da efetividade desse direito é simples e se resolve na verificação da existência de alguma medida que desrespeite essa exigência.

Já um direito como o direito ao trabalho pode ser realizado de diversas formas, seja pela abertura de frentes de trabalho, seja por meio de incentivos à atividade industrial, seja por meio da redução dos "custos" trabalhistas para incentivar um maior número de contratações.²² O grande problema aqui é: não se exigem *todas* essas medidas, mas apenas *uma* ou *algumas* que se mostrem eficazes para atingir ou fomentar o objetivo buscado. Esse novo elemento, que não existe, em geral, na idéia de liberdades públicas e faz parte da própria idéia de direitos a prestações positivas é a fonte de diversos problemas.

O primeiro deles refere-se à decisão acerca do que é e do que não é eficaz. Quem deve decidir? O Legislativo, o Executivo ou, o que muitos clamam, especialmente no Brasil, o Judiciário? Os efeitos dessa simples diferença estrutural entre esses direitos,²³ sobretudo na separação de poderes, pode ser imenso, já que pode requerer, entre outras coisas, uma releitura do papel do Judiciário, pois poderá ser exigido, dependendo do arranjo institucional adotado, que os juízes passem a interferir nas decisões sobre políticas públicas, área reservada, por excelência, aos poderes Executivo e Legislativo.

↑550|551↓

No debate constitucional brasileiro atual, muito se tem falado, até mesmo em artigos na grande imprensa, em "reserva do possível". Esse conceito, oriundo de uma decisão do

²¹ "Desobedecer uma exigência de abstenção" é aqui utilizado como "desobedecer *desproporcionalmente* uma exigência de abstenção". Sobre o problema, Cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

²² Cf., nesse sentido, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55.

²³ Sobre a idéia de diferença estrutural, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 623 e ss.

Tribunal Constitucional alemão²⁴ e difundido em português sobretudo por Canotilho,²⁵ nada mais é do que a expressão prática decorrente dessa exigência dos direitos a prestações estatais em um cenário de recursos escassos. Se não é possível realizar tudo o que a constituição exige - e a constituição brasileira não exige pouco - é necessário que prioridades sejam definidas e quem deve defini-las, segundo essa linha de raciocínio, são os órgãos democraticamente legitimados para tanto. O Judiciário, se respeitar a "reserva do possível", não poderia, portanto, definir essas prioridades.²⁶

6.4. Os direitos de solidariedade

A evolução dos direitos fundamentais não se esgota, contudo, com o reconhecimento de direitos sociais e econômicos. Nas últimas décadas, cresce, cada vez mais, especialmente no plano internacional, a importância dos chamados direitos de solidariedade, também conhecidos, em algumas de suas acepções, por direitos difusos.

O grande problema, aqui, é a definição dessa "terceira geração de direitos". É possível, neste passo, afirmar que tal definição costuma ser tão difusa quanto os próprios direitos. A característica comum que uniria uma gama de direitos tão diversos como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade ou ao meio-ambiente seria o fato de que todos eles, além de não terem titularidades definíveis, como ocorre com as liberdades públicas e os direitos sociais, destinar-se-iam a realizar o terceiro dos pilares da Revolução Francesa. Assim, enquanto as liberdades públicas realizariam a *liberdade* e os direitos sociais, a *igualdade*, os direitos de terceira geração tenderiam a realizar a *fraternidade*.

↑551|552↓

A imprecisão conceitual que domina os chamados direitos de terceira geração pode gerar, ademais, um problema que costuma ser caracterizado como "vulgarização dos direitos fundamentais". Com isso, não se quer rejeitar, obviamente, a importância de tais direitos,

²⁴ Cf. BVerfGE 33, 303.

²⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 545.

²⁶ De uma certa forma, a idéia de "reserva do possível" no âmbito dos direitos sociais e econômicos é uma manifestação daquilo que os norte-americanos chamam de *judicial restraint*. Sobre a temática, cf., por todos, Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. ed., New Haven / London: Yale University Press, 1986 e John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.

mas sim apontar para o fato de que a ausência de contornos dogmáticos claros pode fazer com que a cada vez mais novos direitos, de fundamentalidade duvidosa, sejam inseridos nessa terceira geração.²⁷

Diante desse fato, cabe, agora sim, como havia sido mencionado no início deste trabalho, indagar: o que são direitos humanos? quais são eles? como fundamentá-los?

7. A fundamentação dos direitos humanos

Neste tópico, não pretendo discutir aquilo que chamo de fontes inspiradoras dos direitos fundamentais e que são por vezes confundidas com a sua fundamentação. É por isso que não se fará aqui menção, por exemplo, à doutrina cristã, como é comum que se faça, especialmente com base nas obras de Jean Rivero e Jacques Robert.²⁸

O elemento justificador, por excelência, das primeiras declarações de direitos foi, sem dúvida, o recurso à idéia de direitos naturais. Isso pode ser notado, para me limitar às duas grandes declarações de direitos fundamentais, por meio da recorrente menção à idéia de direitos inatos e, por isso, inalienáveis e imprescritíveis. O recurso a essa idéia tem uma razão simples, que pode ser expressada pelo contratualismo lockeano, segundo o qual o Estado tem o dever de respeitar alguns direitos básicos - especialmente a liberdade e a propriedade - porque tais direitos, por serem naturais e inalienáveis, não podem ser dispostos nem mesmo por seus titulares. E como todo o poder do Estado decorre, em linhas gerais, da transferência de direitos e competências dos indivíduos para o ente estatal, esses direitos naturais estão

↑552|553↓

excluídos automaticamente dessa transferência.²⁹ Essa idéia, que não era uma criação de Locke, pode ser encontrada, por exemplo, também em Aristóteles que, com base na *Antígona*, diferenciava as leis particulares, que seriam, em linhas gerais, o que hoje se entende

²⁷ Cf., sobre isso, Roger Pelloux, "Vrais et faux droits de l'homme: Problèmes de définition et de classification", *Revue du Droit Public* 1 (1981): 53-68.

²⁸ Cf. Jean Rivero, *Libertés publiques*, v. I, pp. 34 e ss. e Jacques Robert, *Libertés publiques*, Paris: Montchrestien, 1971, pp. 32 e ss. É necessário salientar que tanto Rivero quanto Robert consideram o pensamento cristão como uma "fonte inspiradora" da declaração de 1789 e não necessariamente pretendem ver nesse pensamento uma fundamentação dos direitos humanos em geral.

²⁹ Cf. John Locke, *Second Treatise on Civil Government*, XI, § 135.

por direito positivo, das leis comuns, que expressariam a idéia de direitos naturais e absolutos.³⁰

Esse recurso a direitos naturais, que cumpriu sua função nas primeiras declarações de direitos, foi pouco a pouco sofrendo uma erosão.³¹ No século XIX, e também no século XX, as teorias do direito natural sofreram um ataque especialmente dos utilitaristas, que, para usar a expressão de Bentham, classificavam a idéia de direito natural como completo *nonsense*.³²

Após a segunda guerra mundial, no entanto, o recurso aos direitos naturais passa por um renascimento, sobretudo na Alemanha, como reação aos horrores do holocausto. O maior representante dessa corrente é, sem dúvida alguma Gustav Radbruch, que, de defensor do positivismo no entre-guerras, passa a temperar suas teses com alguns ingredientes jusnaturalistas.³³ Mas é no plano internacional, contudo, que o reavivamento das idéias jusnaturalistas ganha maior relevo.

8. Direitos humanos na ordem internacional

A reação aos horrores do holocausto foi, no plano internacional, sentida de pronto. Em dezembro de 1948, a Assembléia Geral da ONU promulga a

↑553|554↓

Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu art. 1º, consagra a idéia central dos direitos naturais: "Todos os homens *nascem* livres e iguais em direitos". A partir de então, é possível afirmar que toda a evolução dos direitos humanos vivida na ordem interna é repetida, ainda que com maior rapidez, na ordem internacional.

³⁰ Cf. Aristóteles, *The Art of Rhetoric*, I, 15, 1375a / 1375b. Cf. também Tony Burns, "Sophocles' Antigone and the History of the Concept of Natural Law", *Political Studies* 50 (2002): 545-557.

³¹ Para o termo "erosão do paradigma do direito natural", ainda que em abordagem diversa, cf. Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, pp. 41 e ss.

³² Cf., por todos, Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies*, in John Bowring (ed.), *The Complete Works of Jeremy Bentham*, vol. II, New York: Russel & Russel, 1962, p. 501. Para uma crítica recente, cf. H.L.A. Hart, "Utilitarianism and Natural Rights", in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 181 e ss. Sobre as idéias de Bentham sobre o ponto, cf. Jeremy Waldron, "Nonsense upon Stilts? - a reply", in Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London / New York: Methuen, 1987, pp. 151 e ss.

³³ Cf. Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946): 105-108.

Isso significa dizer, entre outras coisas que: (1) as três gerações analisadas anteriormente reproduziram-se também na ordem internacional; (2) o recurso ao direito natural, aceito inicialmente tanto no âmbito interno, como se viu, quanto no âmbito internacional, passou a sofrer, a partir de determinado momento, intensos ataques também na ordem internacional; e (3) a falta de efetividade dos direitos fundamentais, verificada na ordem interna sobretudo no casos dos direitos sociais, repete-se, na ordem internacional, com maior extensão e com maior força.

8.1. As gerações de direitos na ordem internacional

Ainda que a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* consagre alguns direitos sociais e econômicos em seus artigos finais, ela é, sem dúvida, uma declaração de liberdades, ou seja, dos direitos da chamada primeira geração. A razão é trivial: esses foram os direitos que mais diretamente foram violados durante a segunda guerra mundial.

Uma consagração mais enfática dos direitos da chamada segunda geração só veio a ocorrer quase vinte anos mais tarde, com o *Pacto sobre Direitos Sociais e Econômicos*, de 1966. Também no plano internacional, repete-se o já analisado problema da falta de efetividade desses direitos, já que a vinculação real dos Estados nacionais a esses direitos é quase inexistente.³⁴

Por fim, é principalmente a partir da década de 1970 que os chamados direitos de terceira geração passam a merecer atenção na ordem internacional, sobretudo com o *Pacto sobre o Patrimônio Universal*, de 1972, e com o *Pacto sobre a Diversidade Biológica*, de 1992, além das tentativas ainda em curso, como o *Protocolo de Kyoto*.

↑554|555↓

8.2. A fundamentação dos direitos humanos na ordem internacional

Como já mencionado, o recurso a direitos naturais, que foi a fonte fundamentadora por excelência das primeiras declarações internacionais, passa por grave crise já há algum tempo. No plano internacional, esse paradigma traduz-se na idéia de universalismo dos direitos

³⁴ Cf., nesse sentido, Enrique Ricardo Lewandowski, *A proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 178.

humanos. Por essa acepção, tais direitos, por serem inerentes ao ser humano, seriam garantidos a todos, independentemente de culturas, tradições, religiões e nacionalidades.

O grande problema dessa estratégia justificadora reside no fato, inegável, de que a idéia de direitos naturais e, portanto, de direitos universais, é uma concepção ocidental. Diante disso, não são poucos os autores que recusam tal universalismo por encará-los como uma imposição e uma dominação ocidentais. Esses são os autores, que, em geral, recorrem ao chamado *relativismo* no plano dos direitos humanos na ordem internacional. Não sem uma certa dose de ironia, Tugendhat afirma que, se direitos humanos fossem, de fato, universais, não haveria a necessidade de controle de fronteiras ou a exigência de vistos para a entrada em determinados países, já que a liberdade de locomoção, como um direito humano universal, deveria ser respeitada também entre fronteiras.³⁵

8.3. A efetividade dos direitos humanos na ordem internacional

Por fim, a última das características vistas na evolução dos direitos fundamentais na ordem interna e que se repete, com ainda mais intensidade, na ordem internacional, é a falta de efetividade. Essa maior intensidade ocorre porque, ao contrário do que ocorre na ordem interna, em que há não somente as garantias, mas também os assim chamados *remédios constitucionais* para sanar - ou pelo menos assim tentar - eventuais abusos das autoridades no âmbito dos direitos e liberdades fundamentais, na ordem internacional, espe-

↑555|556↓

cialmente devido à soberania dos Estados nacionais, tais instrumentos não estão disponíveis.³⁶

Nesse âmbito, vale o valor do *discurso* e das *palavras*. Ainda que não seja possível desenvolver mais o tema, e a despeito das constantes violações a direitos humanos, no Brasil e no mundo, pode ser ainda possível crer, mesmo em face de acontecimentos recentes, que "o

³⁵ Cf. Ernst Tugendhat, "Die Kontroverse um die Menschenrechte", in Stefan Gosepath / Georg Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 60.

³⁶ Não ignoro, claro, a existência, no plano internacional, de alguns mecanismos semelhantes aos remédios constitucionais ou com os mesmos objetivos, mas tais mecanismos encontram na soberania dos Estados nacionais quase sempre uma barreira de difícil transposição.

valor das palavras persistirá e aumentará, ameaçando cada vez mais o uso arbitrário da força física".³⁷

9. Bibliografia citada

Alexy, Robert. "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", in: Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 262-287.

_____. *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

Aristóteles, *The Art of Rhetoric*. London: Penguin Classics, 1992.

Bamforth, Nicholas. "Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act". *Public Law* (1998): 572-582.

Barcellos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Bentham, Jeremy. *Anarchical Fallacies*. (The Complete Works of Jeremy Bentham, vol. II), ed. John Bowring, New York: Russel & Russel, 1962.

Berlin, Isaiah. "Two Concepts of Liberty", in Isaiah Berlin, *Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 2002: 166-217.

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven / London: Yale University Press, 1986.

Brennan Jr., William. "Why have a Bill of Rights?". *Oxford Journal of Legal Studies* 9, 4 (1989): 425-440.

Burns, Tony. "Sophocles' Antigone and the History of the Concept of Natural Law", *Political Studies* 50 (2002): 545-557.

Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

Constant, Benjamin. "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819)", in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*, Paris: Gallimard, 1997: 589-619.

_____. *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*. in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*, Paris: Gallimard, 1997: 118-302.

Dworkin, Ronald. *A Bill of Rights for Britain*. London: Chatto & Windus, 1990.

Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

³⁷ Enrique Ricardo Lewandowski, *A proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, p. 179.

- Goldsworthy, Jeffrey. "The Philosophical Foundations of Parliamentary Sovereignty", in: Tom Campbell / Jeffrey Goldsworthy (ed.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Dartmouth: Ashgate, 2000: 229-250.
- Habermas, Jürgen. "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and the Republican Versions", *Ratio Juris* 7 (1994): 1-13.
- _____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- Hart, H.L.A. "Utilitarianism and Natural Rights", in: H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983: 181-197.
- Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1993.
- Jeand'Heur, Bernd. "Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen: Zur Erwiderung der Grundrechtsfunktionen und deren Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik". *JZ* 1995: 161-167.
- Jellinek, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1919
- Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- Lewandowski, Enrique Ricardo. *A proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Locke, John. *Second Treatise on Civil Government*. London: Thomas Tegg et al., 1823.
- Oliveira, Luciano. "Não fale do Código de Hamurábil: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito", in Luciano Oliveira, *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- Pelloux, Roger. "Vrais et faux droits de l'homme: Problèmes de définition et de classification", *Revue du Droit Public* 1 (1981): 53-68.
- Radbruch, Gustav. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946): 105-108.
- Rivero, Jean. *Libertés publiques*, v. I, Paris: PUF, 1973, p. 52 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248.
- Robert, Jacques. *Libertés publiques*, Paris: Montchrestien, 1971
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Gallimard, 1964.
- Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*, München: Duncker & Humblot, 1928.
- Silva, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- _____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

Tugendhat, Ernst. "Die Kontroverse um die Menschenrechte", in: Stefan Gosepath / Georg Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998: 48-61.

Waldron, Jeremy. "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies* 13, 1 (1993): 18-51.

_____. "Nonsense Upon Stilts? - a reply", in: Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London / New York: Methuen, 1987.