



Rua Henrique Schaumann, 270, Carquena César — São Paulo — SP

CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SAC/UR: 0800 055 7888

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

servi@editorasaraiva.com.br

Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDONIA/RORAIMA/ACE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4221 — Fax: (92) 3633-4792 — Manaus

BAHIA/SERGIPÉ

Rua Alagoinha Ulhôa, 23 — Boitas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-6959 — Salvador

BAURIO (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Celso, 255/257 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauru

CEARÁ/PARÁIBA/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarécoelho

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fátima

DISTRITO FEDERAL

SIA, SUI, trecho 2, Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3225-2806

Fax: (62) 3224-5016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3392-5662 — Fax: (67) 3392-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Helen Prudente, 449 — Lapa Nova

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Teresina Aparecida, 186 — Bairro Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Lauriano, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARABÁ/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Conselheiro do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBERÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO

Av. A. L. Kemner, 231 — Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

RIO GRANDE DO SUL

Porto Alegre

Av. Américana, 92 — Barral Funda

Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-10335-1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Provesam, Flávia
Temas de direitos humanos / Flávia Provesam.
— 4. ed. — São Paulo : Saraiva, 2010.
Bibliografia.

1. Direito constitucional 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título.

10-06536 CDU-347.121.1:341:342

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos humanos e direito constitucional internacional 347.121.1:341.342

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Cuna

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Produção editorial Clarissa Barroschi Maria

Preparação de originais Márcia Lúcia de Oliveira Godoy

Apoio Cristina Garcia

Arte e diagramação Cristina Aparecida Aguiar de Feijó

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Bongari

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

Maquiagem Márcia Candida Machado

SUMÁRIO

Prefácio — Fábio Konder Comparato	15
<i>Nota à 4ª edição</i>	19
<i>Nota à 3ª edição</i>	21
<i>Nota à 2ª edição</i>	25
<i>Nota à 1ª edição</i>	31

PARTE I

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO

Capítulo 1

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: gênese e principiologia	37
2. O Estado brasileiro em face do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos	46
3. A incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos pelo Direito brasileiro	48
4. O impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira	60
5. Considerações finais	67

Capítulo 2

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A REDEFINIÇÃO DA CIDADANIA NO BRASIL

1. O Movimento de Internacionalização dos Direitos Humanos	68
2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o seu impacto no Direito brasileiro	72

Data de fechamento da edição: 22-7-2009

Divulgas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido no Lei n. 9.810/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

8. Conclusão

Considerando a investigação desenvolvida, pode-se afirmar que o Poder Legislativo Federal cumpre com seu papel ao elaborar normas que, em sua maioria, atendem ao objetivo de proteção às pessoas com deficiência.

O Poder Executivo, por sua vez, elabora programas, mas ao mesmo tempo deixa de cumprí-los e observá-los, sendo certo que é o Poder que mais viola os direitos deste grupo.

O Poder Judiciário, por seu turno, tem acompanhado a evolução normativa e vem reconhecendo e dando efetividade a estes direitos. É ele, com sua força vinculante, um importante meio para fazer com que o Poder Executivo cumpra as obrigações constitucionais e internacionais as quais está adstrito. Contudo, este Poder só pode agir mediante provocação. O grande problema, nesta esfera, é a existência de sérios obstáculos ao acesso à justiça — causados muitas vezes pelo próprio Judiciário.

Porém, a maior dificuldade está na ausência de conscientização da sociedade, bem como no desenvolvimento de uma cultura inclusiva, os mais eficazes meios de garantir o respeito às pessoas com deficiência. Nesse sentido, a advertência de Cláudia Maximino³⁰: “A luta das pessoas com deficiência não se restringe apenas às esferas de Poder, é preciso muito mais: combater o preconceito e motivar a conscientização não apenas do Poder Público, mas de toda a população”.

PARTE V

DIREITOS HUMANOS, ESTADO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

³⁰ Presidente da Associação Brasileira de Portadores de Síndrome da Talidomida.

CAPÍTULO 18

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA CONSOLIDAÇÃO DA CIDADANIA*

1. Introdução

A proposta deste capítulo é examinar a responsabilização do Estado, no que tange ao processo de consolidação da cidadania.

A partir do enfoque jurídico, opta-se inicialmente por delinear o perfil constitucional do Estado brasileiro, em conformidade com a ordem jurídica de 1988. Também sob esse prisma, serão traçados os contornos da concepção de cidadania, tendo em vista a chamada concepção contemporânea de direitos humanos.

Desenvolvidos esses tópicos, o estudo passa a se concentrar na relação entre Estado e cidadania, isto é, passa-se à análise jurídica da responsabilização do Estado, no que se refere à cidadania. Nesse momento será investida a responsabilidade do Estado quanto à construção e observância dos direitos fundamentais.

Por fim, este trabalho apresentará conclusões, no sentido de oferecer uma contribuição à busca de novas estratégias capazes de redefinir e recriar a relação entre Estado e cidadania.

2. Delineando o Perfil Constitucional do Estado Brasileiro

Desvendar os delineamentos constitucionais do Estado brasileiro surge como uma questão preliminar, quando se objetiva avaliar a responsabilização desse Estado no que diz respeito à cidadania.

Inicialmente, cabe afirmar que a ordem constitucional de 1988 apresenta um duplo valor simbólico: é ela o marco jurídico da transição democrática,

* Este capítulo é baseado na tese de nossa autoria *A defesa do Estado e da cidadania: a responsabilidade do Estado e a consolidação da cidadania*, apresentada e aprovada no XXIII Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, em novembro de 1997.

bem como da institucionalização dos direitos humanos no País. A Carta de 1988 representa a ruptura jurídica com o regime militar autoritário que perpetuou no Brasil de 1964 a 1985.

A partir da Constituição de 1988, há uma redefinição do Estado brasileiro, bem como dos direitos fundamentais.

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a instituição de um Estado democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

Prossigue a Constituição de 1988 afirmando, ineditamente, em seus primeiros artigos — especialmente os arts. 1º e 3º do texto — princípios fundamentais, que demarcam os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado brasileiro, nos expressos termos do art. 1º, II e III, da Constituição, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado, consagrados no art. 3º da Carta de 1988.

Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social. A busca do texto em resguardar o direito à dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais.

Constata-se uma nova topografia constitucional, tendo em vista que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea¹, o que, mais uma

vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais².

Todavia, a Carta de 1988 não se atém apenas em alterar a topografia constitucional tradicional e elevar a cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. O texto de 1988 ainda inova, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, não mais se limitando a assegurar direitos individuais. Passa a Carta de 1988 a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, aqueles pertinentes a determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um, caracterizados que são pela indefinição objetiva e indivisibilidade de seu objeto³. A esse respeito, basta comparar a denominação atribuída ao Capítulo I do Título II da Constituição de 1988 — “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” — com a Constituição anterior, que consagrava tão somente direitos e garantias individuais⁴.

Atente-se, ademais, que a Constituição de 1988, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, § 1º. Inadmissível, por consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, uma vez que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando à existência de novos sujeitos de direitos, a Carta de 1988 também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais. Vale lembrar que, ao longo da história constitucional brasileira, as Cartas de 1824 e 1891 foram

¹ Observe-se que o art. 60, § 4º, apresenta as cláusulas pétreas do texto constitucional, ou seja, o núcleo intocável da Constituição de 1988. Integram esse núcleo: I) a forma federativa de Estado, II) o voto direto, secreto, universal e periódico, III) a separação dos poderes e IV) os direitos e garantias individuais. Vale ressaltar que a Constituição anterior resguardava como cláusulas pétreas a Federação e a República (art. 47, § 1º, da Constituição de 1967, emendada em 1969).

² Note-se que, diversamente da Carta de 1988, que consagra princípios e direitos fundamentais nos primeiros títulos, para depois tratar da organização do Estado, a Constituição de 1967 optava, primeiramente, por tratar da organização nacional (Título I), para, num segundo momento, tratar dos direitos (Título II — arts. 145 a 154).

³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 11-18. (Coleção Primeira Leitura). Também nosso artigo: A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 38, p. 75-89, dez. 1992.

⁴ Cf. art. 153 da Constituição de 1967, emendada em 1969.

Constituições Liberais, já a Constituição de 1934 e seguintes (com exceção da Carta de 1937) podem ser classificadas como Constituições Sociais⁵.

Ainda que assim o seja, a Carta de 1988 expande, consideravelmente, o universo de direitos sociais, integrando-os na declaração dos direitos fundamentais. Observe-se, em contrapartida, que a Carta Constitucional de 1967, ao situar alguns preceitos de cunho social no título dedicado à ordem econômica e social, não fazia qualquer alusão explícita aos direitos sociais propriamente ditos, envolvendo em sua declaração de direitos tão somente os direitos da nacionalidade, os direitos políticos, os partidos políticos, os direitos e garantias individuais e as medidas de emergência, do estado de sítio e do estado de emergência (Capítulos I a V do Título II, dedicado à Declaração de Direitos).

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de afirmar no art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplificação, destacam-se determinados dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, dentre os deveres do Estado e direitos do cidadão, a saúde (art. 196), a educação (art. 205), a cultura (art. 215), as práticas desportivas (art. 217), a ciência e a tecnologia (art. 218), dentre outros.

A essa ordem social conjugam-se uma ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como determinada o art. 170 da Carta de 1988. A ordem econômica da Constituição de 1988 busca combinar a livre iniciativa e concorrência (arts. 1º, IV, e 170, IV) com a atuação do Estado, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja como agente econômico que desenvolve atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País (arts. 173 e 174, respectivamente). Compartilha-se da interpretação de Eros

Roberto Grau, a quem o modelo definido na ordem econômica na Constituição de 1988 é um modelo aberto que, a partir de uma interpretação dinâmica, é capaz de instrumentalizar as mudanças da realidade social, podendo ser descrito como modelo de bem-estar⁶.

Saliente-se, ademais, que a ordem econômica na Constituição de 1988 faz opção pelo sistema capitalista, que, todavia, não está em contradição com o modelo de Estado voltado ao bem-estar social, cunhado no título definidor da ordem social dessa mesma Carta. Esclareça-se: o Estado de bem-estar social não se confunde com o Estado socialista e com o regime da propriedade coletiva dos meios de produção, mas implica um modelo de Estado que concretize o direito a prestações positivas, o que resulta no desafio de arquivetar uma estrutura tributária e fiscal condizente com esse modelo — difícil-toso desafio⁷ que, no entanto, transcende ao objeto desta investigação.

À luz da Carta de 1988, reforça-se a ideia de que a participação estatal é imprescindível sob muitos aspectos, particularmente no campo social, sendo hoje pensável um retorno ao modelo absenteísta. Como realça Celso Bastos, ao tratar do Estado Social, “o problema todo cifra-se a compagnar um Estado que, embora necessário em dimensões mais amplas que as a ele conferidas pelo liberalismo clássico, nem por isso chega ao ponto de asfixiar a iniciativa e a criatividade da empresa privada. Esse modelo se dá o nome de Estado Social, com isso significando a convivência de um Estado provedor em muitos aspectos, mas ainda assim não castrador do dinamismo da sociedade. A partir dele sabe-se que o desenvolvimento social não se pode dar com as costas voltadas para o Estado nem se estabelecer a pureza da sociedade. A organização desta passa necessariamente pelo Estado. O problema é como controlá-lo de molde a impedir que enverede pelo corporativismo”⁸.

Em síntese, extraem-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. Consagra-se a preeminência ao social. Com o Estado Social, como observa Paulo Bonavides⁹, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Esta-

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 323.

⁷ Este desafio se torna ainda mais difícil em face do questionamento do Estado por sua ineficiência e corrupção, discurso que ainda inclui a desregulamentação e privatização. Sobre esse questionamento, ver Luís Roberto Barroso, *A crise econômica e o direito constitucional*. Tese de final de curso, XIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado, Manaus, outubro de 1993.

⁸ BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 306.

⁵ Note-se que foi a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, que ineditamente na história constitucional brasileira alargou a dimensão dos direitos fundamentais, no sentido de também incluir os direitos sociais. Com efeito, a característica básica de Weimar — o sentido social dos novos direitos — foi incorporada à Carta de 1934. Com a tutela dos direitos sociais, objetivava-se disciplinar aquela categoria de direitos que assinavam o primado da sociedade sobre o Estado, afastando o absentismo estatal do século XIX, para consolidar a reabilitação do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.

do-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável.

O texto constitucional de 1988 confirma, nesse sentido, o esgotamento do modelo liberal de Estado, em face do aumento de bens merecedores de tutela, que exige a eficiência de um Estado de Bem-Estar Social intervencionista e planejador.

Ao atestar a insuficiência do paradigma liberal-individualista, fundado no Estado liberal não interventor e limitado juridicamente, voltado ao resguardo dos domínios da privacidade e à tutela dos direitos e liberdades de cunho individual, a Carta de 1988 busca responder à emergência de um novo padrão de conflituosidade, bem como à exigência de novos direitos fundamentais.

Da Constituição de 1988 emerge uma ordem jurídica própria dos Estados intervencionistas, cuja dinâmica está condicionada à eficiência e competência na obtenção de resultados, que se subordinam à concretização de políticas públicas.

O desafio de constitucionalismo inaugurado em 1988 é implementar uma ordem jurídica própria dos Estados intervencionistas em um contexto marcado pela globalização econômica¹⁰ e por políticas neoliberais. Testemunha-se, assim, a gradativa redefinição do papel do Estado, que transita de agente interventor para um agente regulador da ordem econômica, em virtude dos sucessivos processos de privatização. A respeito, basta atentar ao le-

gado de Emendas à Constituição de 1988, especialmente as promulgadas a partir de 1995. A análise deste legado permite constatar que é o código neoliberal que tem inspirado as aludidas reformas constitucionais, com a corrosiva descaracterização da Carta de 1988. O desmantelamento das molduras constitucionais do modelo de Estado consagrado pela Carta de 1988 faz-se claro quando do exame das emendas promulgadas¹¹.

Este excessivo ímpeto de reforma da Constituição tem esvaziado e mitigado a força normativa da Carta de 1988, em particular no que tange aos direitos sociais. Intensifica-se o processo de pulverização das molduras jurídicas do Estado de Bem-Estar Social, sob o impacto das diretrizes do processo de globalização econômica. Acentua-se a abertura da economia brasileira ao mercado mundial, com intensos programas de privatização, que no dizer de Aloysio Biondi tem implicado o “desmonte do Estado”, a partir da entrega do patrimônio público ao mito das forças do mercado, o que tem causado o empobrecimento do Estado¹².

¹⁰ Neste sentido, basta examinar o teor da Emenda n. 6, de 1995 (que revogou o art. 171, que definia empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, permitindo a adoção de benefícios e proteção especial, bem como alterou a sistemática constitucional referente à pesquisa e lavra de recursos minerais); da Emenda n. 7, de 1995 (que alterou a sistemática constitucional referente à ordenação de transportes aéreo, aquático e terrestre); da Emenda n. 8, de 1995 (que alterou a sistemática constitucional referente aos serviços de telecomunicações); da Emenda n. 9, de 1995 (que alterou a sistemática constitucional referente à exploração de jazidas de petróleo); da Emenda n. 19, de 1998 (que instituiu a reforma administrativa); da Emenda n. 20, de 1998 (que instituiu a reforma previdenciária); e da Emenda n. 45, de 2004 (que introduziu a reforma do Poder Judiciário). A este elenco de reformas, há que se somar a proposta de emenda a respeito da reforma tributária, que incorpora esta mesma lógica, contextualizada no quadro maior de reforma do Estado. Cabe registrar que, na exposição de motivos da proposta de reforma tributária, há expressa menção de que tal proposta atende às orientações do Fundo Monetário Internacional e das agências financeiras internacionais.

¹¹ Ver Aloysio Biondi, *O Brasil privatizado*, Ed. Fundação Perseu Abramo, 1999. Ressalte-se que os próprios formuladores do Consenso de Washington, dentre eles Joseph Stiglitz, Vice-Presidente do Banco Mundial, hoje assumem a necessidade do “Pós Consenso de Washington”, capaz de incluir temas relativos ao desenvolvimento humano, à educação, à tecnologia e ao meio ambiente — enfim, entende-se fundamental apontar as funções que o Estado deve assumir para assegurar um desenvolvimento sustentável e democrático (FMI questiona Consenso de Washington, *Folha de S. Paulo*, 30-9-1999). Há que se destacar, ainda, que o então diretor-gerente do FMI, Michel Camdessus, em seu último discurso oficial, afirmou que “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas. (...) A pobreza é a ameaça sistêmica fundamental à estabilidade em um mundo que se globaliza” (Camdessus crítica desmonte do Estado, *Folha de S. Paulo*, 14-2-2000).

¹⁰ O processo de globalização econômica tem-se orientado por regras ditadas no chamado “Consenso de Washington”, que é fruto de um seminário realizado em 1990, reunindo o Departamento de Estado dos Estados Unidos, os Ministérios das Finanças dos demais países do Grupo dos Sete e os Presidentes dos vinte maiores bancos internacionais (como o Fundo Monetário e o Banco Mundial). O Consenso de Washington passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e estabilização de economias “emergentes” — notadamente latino-americanas. Tem por plataforma o neoliberalismo (mediante a redução das despesas públicas), a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para eliminar o déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior. Esse consenso estimulou a transnacionalização dos mercados e a privatização do Estado, condenando os tributos progressivos e os gastos sociais, em prol da austeridade monetária. O processo de globalização econômica tem agravado o dualismo econômico e estrutural da realidade latino-americana, com o aumento das desigualdades sociais e do desemprego, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social.

3. Desvendando os Contornos Jurídicos da Cidadania

Passa-se, assim, ao terceiro tópico deste estudo, que se volta à compreensão dos contornos jurídicos do conceito de cidadania. Vale dizer, fixado o perfil constitucional do Estado brasileiro, objetiva-se investigar a concepção de cidadania acolhida pela Carta de 1988.

Esta reflexão proporcionará subsídios que orientarão o tópico subsequente, dedicado à responsabilidade do Estado no processo de consolidação de cidadania.

No entanto, antes mesmo de focar os contornos jurídicos da cidadania à luz da Carta de 1988, importa primeiramente tratar da denominada concepção contemporânea de cidadania.

3.1. A concepção contemporânea de cidadania

A partir de uma perspectiva histórica, observa-se que o discurso jurídico da cidadania sempre enfrentou a tensa dicotomia entre os valores da liberdade e da igualdade.

No final do século XVIII, as modernas Declarações de Direitos refletiam um discurso liberal da cidadania. Tanto a Declaração francesa de 1789 como a Declaração americana de 1776 consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado.

Caminhando na história, verifica-se por sua vez que, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortaleceu-se o discurso social da cidadania e, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918. Do primado da liberdade transita-se ao primado do valor da igualdade, objetivando-se eliminar a exploração econômica. O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos e prestações sociais. Tanto a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 como as Constituições sociais do início do século XX (ex.: Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana de 1917 etc.) primaram por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o

direito basililar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto.

Essa breve digressão histórica tem o sentido de demonstrar o quão dicotômica se apresentava a linguagem dos direitos: de um lado, direitos civis e políticos; e do outro, direitos sociais, econômicos e culturais.

Considerando esse contexto, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 introduz extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3 a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28).

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes.

Como estabeleceu a Resolução n. 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas: "todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente, e são indivisíveis e interdependentes". Essa concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1993, quando afirma, em seu § 5º, que os "direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase".

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, inerentes à dignidade humana e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 enuncia a concepção contemporânea de cidadania. Essa concepção foi posteriormente endossada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Por fim, há que se destacar que um novo componente veio a integrar a concepção contemporânea de cidadania. Trata-se do chamado "processo de especificação do sujeito de direito". A partir dele, o sujeito de direito deixa de ser visto em sua abstração e generalidade e passa a ser concebido em sua

concretude, em suas especificidades e peculiaridades. Daí falar-se na tutela jurídica dos direitos das mulheres, crianças, grupos raciais minoritários, refugiados etc. Isto é, aponta-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo "especificado", com base em categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc. É nesse cenário que, após a Declaração Universal de 1948, são elaboradas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outros importantes instrumentos internacionais.

O processo de especificação do sujeito de direito, conjugado com a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, vem a doar a tônica contemporânea da concepção de cidadania.

3.2. A Constituição brasileira de 1988 e a concepção contemporânea de cidadania

Como já apreciado no tópico referente ao perfil constitucional do Estado brasileiro, há que se ressaltar que a Carta de 1988 empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional insaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Nesse cenário, questiona-se se a Constituição Brasileira de 1988 acolheu a concepção contemporânea de cidadania.

A começar pelo caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos, a resposta é afirmativa.

Como já visto, a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A opção da Carta é clara ao afirmar que os direitos sociais são direitos fun-

damentais, sendo pois inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Logo, a Constituição de 1988 acolhe a concepção contemporânea de cidadania no que diz respeito à indivisibilidade dos direitos humanos.

Relativamente ao alcance universal dos direitos humanos, o princípio da dignidade humana, como princípio fundamental da Carta de 1988, por si só, sustenta a concepção de que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa, sem qualquer discriminação. O texto enfatiza que todos são essencialmente iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Além de afirmar o alcance universal dos direitos humanos, o texto constitucional ainda reforça essa concepção, na medida em que realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, transcendendo, por sua universalidade, as fronteiras do Estado. Vale dizer, a Carta de 1988 acolhe a corrente universalista, repudiando assim a ideia do relativismo cultural, que busca condicionar o elenco de direitos humanos às especificidades de determinada cultura.

Essa concepção está embasada na interpretação de dois dispositivos inéditos na história constitucional brasileira: o art. 4º, II, e o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

À luz da Carta de 1988, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, destaca-se ineditamente o princípio da prevalência dos direitos humanos. Se o Brasil se orientar pela observância deste princípio ao se relacionar com os demais Estados da ordem internacional, é porque assume que os direitos humanos são um tema global, de legítimo interesse da comunidade internacional.

Ao lado desse princípio, a ênfase nos direitos humanos vem reforçada a partir de valores inovadores a guiar o Brasil no contexto internacional, como o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, a concessão de asilo político e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (*vide* o art. 4º, incisos VIII, IX, XI).

Observe-se que, em uma breve síntese da história constitucional brasileira, durante a Constituição imperial de 1824 a preocupação se concentrava na defesa dos valores da independência nacional, soberania e não intervenção, na medida em que eram consolidadas as fronteiras nacionais. Já a partir da República (Constituição de 1891 e seguintes), a preocupação se ateu à defesa da paz e à solução pacífica dos conflitos, ou seja, consolidadas

as fronteiras nacionais, a preocupação constitucional passa a ser com a vocação pacifista do Brasil.

Além das inovações introduzidas pelo art. 4º, ao consagrar princípios inovadores a reger o Brasil no cenário internacional, um outro dispositivo merece destaque, qual seja, o art. 5º, § 2º. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada: a de norma constitucional.

Conjugando os arts. 1º, III, 4º e 5º, § 2º, outra conclusão não resta senão a aceitação pelo texto constitucional do alcance universal dos direitos humanos.

Além de acolher a universalidade e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, a ordem constitucional de 1988 reflete também o processo de especificação do sujeito de direito. De fato, traz ela, a título de exemplo, capítulos dedicados à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e aos índios. Ao propor um tratamento jurídico especial e diferenciado a esses grupos, a Carta de 1988 demarca o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua concretezude e particularidades.

Conclui-se, portanto, que a Constituição brasileira de 1988 endossa a concepção contemporânea de cidadania, por refletir a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, bem como o processo de especificação do sujeito de direito.

4. A Responsabilidade do Estado no Processo de Consolidação da Cidadania

Delineados o perfil constitucional do Estado Brasileiro, bem como a concepção de cidadania consagrada pela ordem de 1988, importa neste momento analisar a responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. Vale dizer, importa focar a responsabilidade do Estado no tocante aos três elementos essenciais da cidadania: a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito.

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, cabe ao Estado brasileiro a proteção e defesa dos direitos civis e políticos, bem como a implemen-

tação e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isto é, essas duas categorias de direitos merecem plena e absoluta observância.

Acredita-se que a ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. É uma pré-concepção que reforça a equivocada noção de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (os direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento.

Compartilha-se, pois, da noção de que os direitos fundamentais — sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais — são acionáveis e demandam séria e responsável observância.

Essa afirmação tem seu significado acentuado em face do perfil constitucional do Estado brasileiro, como já visto em tópico anterior. A ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo, cuja concretização é confiada aos órgãos constitucionalmente previstos. Surge verdadeira configuração normativa da atividade política¹³.

Ainda com relação à responsabilidade do Estado quanto à indivisibilidade dos direitos, frise-se que a Carta de 1988 consagra o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Com base nesse princípio, toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e nesse sentido devem-se orientar os Poderes Públicos. Cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental¹⁴. Impõe-se, assim, aos poderes constituídos, em seu âmbito próprio de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora desse princípio.

¹³ A Constituição tem sempre como tarefa a realidade: juridificar constitucionalmente essa tarefa ou abandoná-la à política é o grande desafio. Observa Canotilho que "todas as Constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar o político" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 28).

¹⁴ A esse respeito, nosso estudo *Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 37, p. 63-74, jun. 1992.

Nessa ótica, compete ao Poder Legislativo, como destinatário das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais: a) proceder em tempo razoavelmente útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exequibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa da lei; c) não emanar preceitos formais ou materialmente incompatíveis com essas normas¹⁵.

Por sua vez, ao Poder Judiciário compete: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima; e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras¹⁶.

No que tange ao poder Executivo, incumbem-lhe um importante papel na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que, no exercício de sua competência planificadora, regulamentar, provedora de prestações, os órgãos da administração e do governo desenvolvem tarefas de realização de direitos fundamentais¹⁷.

O princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que esse princípio investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Todos os direitos fundamentais — entenda-se tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais — passam, assim, a dispor de força jurídica vinculante.

Já no que toca à universalidade dos direitos humanos, a responsabilidade do Estado concentra-se no desafio da extensão universal da cidadania, sem qualquer discriminação. Concentra-se ainda na tarefa de conferir cum-

primento às obrigações internacionais assumidas relativamente aos direitos humanos, decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Como já dito, esses tratados recebem, por parte do constituinte de 1988, um tratamento jurídico diferenciado, na medida em que são recebidos em grau constitucional. Logo, cabe ao Estado conferir séria e rigorosa observância aos instrumentos internacionais de direitos humanos, que vinculam juridicamente o Estado brasileiro.

Também é tarefa do Estado dar visibilidade a esses tratados, por meio de campanhas de divulgação dos atos internacionais assinados pelo Brasil, a fim de esclarecer quais os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na área da proteção e promoção dos direitos humanos.

Por fim, com relação ao processo de especificação do sujeito de direito, cabe ao Estado instituir políticas públicas que introduzam um tratamento diferenciado e especial aos grupos sociais que, por exemplo, sofram forte padrão discriminatório.

Em suma, a responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania está condicionada ao fortalecimento de estratégias que sejam capazes de implementar os três elementos essenciais à cidadania plena, quais sejam, a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito.

5. A Política Nacional de Proteção dos Direitos Humanos

Como demonstrado no tópico anterior, a responsabilidade do Estado, no que tange à cidadania, atém-se ao dever jurídico-constitucional de observar, proteger e promover a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos, bem como respeitar o processo de especificação do sujeito de direito.

Nesse sentido, atendo-se particularmente à política nacional de proteção aos direitos humanos, há que questionar em que medida tem implementado os valores que integram a concepção de cidadania. Em outras palavras, importa investigar o modo pelo qual essa política incorpora a natureza indivisível e universal dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito.

Para tanto, merece especial atenção o Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado pelo Governo Federal em 13 de maio de 1996.

A grande contribuição do Programa Nacional de Direitos Humanos é atribuir aos direitos humanos o *status* de política pública. Vale dizer, a proteção

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 461.

¹⁶ Idem, p. 475-476.

¹⁷ Idem, p. 476.

aos direitos humanos não mais é concebida como fruto de um mero acaso, como um incidente de percurso, mas passa a ser objeto de planejamento governamental.

O Programa concentra um universo de propostas de ações governamentais, visando à implementação de políticas públicas para a proteção e promoção dos direitos humanos no Brasil, com especial enfoque à proteção dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade. Apresenta ainda propostas voltadas à educação para a cidadania, como também propostas voltadas às ações internacionais para a proteção e promoção dos direitos humanos. São lançadas metas de curto, médio e longo prazos.

Adotando como referência a concepção contemporânea de direitos humanos, no tocante à universalidade dos direitos humanos, o Programa Nacional afirma que os direitos humanos são direitos globais, universais e internacionais. Nas primeiras palavras de sua introdução, o Programa enfatiza que os direitos humanos são direitos de todos e devem ser protegidos em todos os Estados e Nações. Há ainda a afirmação de que, para o Governo brasileiro, a adesão a tratados internacionais de proteção aos direitos humanos é um passo decisivo e essencial na promoção desses direitos.

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, contudo, o Programa Nacional expressamente reconhece que o "programa atribui maior ênfase aos direitos civis, sem abdicar de uma compreensão integral e indissociável dos direitos humanos".

Na realidade, ao examinar o Programa, não se verifica uma medida sequer voltada à proteção e promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais. Essa talvez seja a mais grave falha do Programa Nacional de Direitos Humanos, que contém uma ampla projeção de metas e avanços no campo dos direitos civis e lamentavelmente encerra a ausência de qualquer previsão acerca dos direitos sociais. Desse modo, não se verifica, dentre as propostas de ações governamentais, qualquer medida referente à proteção dos direitos ao trabalho, à educação, à saúde, dentre outros direitos sociais básicos.

Finalmente, em 13 de maio de 2002, foi adotado o Programa Nacional de Direitos Humanos II, contemplando metas no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais. O novo Programa Nacional de Direitos Humanos incorpora ações específicas no campo da garantia do direito à educação, à saúde, à previdência e assistência social, ao trabalho, à moradia, a um meio ambiente saudável, à alimentação, à cultura e ao lazer, assim como propostas voltadas para a educação e sensibilização de toda a sociedade brasileira com vistas à construção e consolidação de uma cultura de respeito aos direitos humanos.

Quanto ao processo de especificação do sujeito de direito, destacam-se as ações do Programa endereçadas especialmente às crianças e adolescentes, às mulheres, à população afrodescendente, às sociedades indígenas, aos estrangeiros, aos refugiados e migrantes brasileiros, aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias socialmente vulneráveis.

Na prática, observa-se que os principais avanços na política nacional de proteção dos direitos humanos têm-se centrado em medidas voltadas à proteção dos direitos civis. Merecem destaque projetos que tratam da parceria entre pessoas do mesmo sexo, da obrigatoriedade de atendimento do aborto legal pela rede pública de saúde, de medidas contra a violência e impunidade, dentre outros.

Com relação especialmente às medidas contra a violência e a impunidade, cabe ressaltar o forte impacto do caso de Diadema, ocorrido em São Paulo, em 31 de março de 1997. O caso da Favela Naval, de Diadema, trouxe como especial significado a ruptura com o silêncio, revelando às escâncaras o padrão de violência policial¹⁸. Esse episódio fez com que, ineditamente, surgisse o consenso das mais diversas facções sociais de que mudanças são necessárias e urgentes, com relação à proteção dos direitos humanos.

Há que se refletir a respeito das transformações e avanços ocorridos no País, no que tange à política de direitos humanos, desde 31 de março de 1997. Dentre essas mudanças, destacam-se: a) a aprovação da lei que tipifica o crime de tortura; b) a criação da Secretaria Nacional de Direitos Humanos; c) os intensos debates a respeito da competência para julgar os crimes praticados por policiais militares, cabendo menção à lei que transferiu para a Justiça Comum os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares;

¹⁸ A respeito do padrão de violência policial, no que tange ao perfil das vítimas de violação, percebe-se que, se no período do regime militar ditatorial as vítimas em geral eram integrantes da classe média (estudantes, professores universitários, advogados, economistas), no período da democratização as vítimas de violência policial são pessoas pobres, sem qualquer liderança destacada (incluindo pedreiros, ajudantes de máquina, mecânicos). Vale dizer, se no autoritarismo as violações se orientavam por critério de natureza político-ideológica, na democratização passam a eleger o critério econômico-social. Isto é, as vítimas passam a ser as pessoas com maior grau de vulnerabilidade, o que permite que as violações sejam acobertadas pela máscara da "invisibilidade social". Observa-se que a democratização no Brasil foi incapaz de romper com as práticas autoritárias do regime militar, apresentando como reminiscência um padrão de violência sistemática praticada pela polícia militar. Diante desse quadro, o caso de Diadema trouxe como especial significado a ruptura com o silêncio, na medida em que revelou com absoluta clareza o padrão de violência policial.

d) os debates acerca da federalização das violações de direitos humanos, introduzida, finalmente, com a Emenda n. 45/2004; e) as propostas de reforma das polícias à luz do Estado Democrático de Direito (o que inclui a necessidade de mudanças na formação da polícia, nos códigos disciplinares, bem como o desafio da desmilitarização das polícias); e f) a adoção da lei a respeito da instituição de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas.

Contudo, ainda que significativos avanços tenham ocorrido em prol da proteção dos direitos civis, o mesmo não se verificou com relação aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Em 21 de dezembro de 2009, foi adotado o Programa Nacional de Direitos Humanos III, tendo como mérito maior lançar a pauta de direitos humanos no debate público como política de Estado, de ambiciosa vocação transversal. O Programa contempla 521 ações programáticas, alocadas em seis eixos orientadores: interação democrática entre Estado e sociedade civil; desenvolvimento e direitos humanos; universalização dos direitos humanos em um contexto de desigualdades; segurança pública, acesso à justiça e combate à violência; educação e cultura em direitos humanos; e direito à memória e à verdade.

Espelha o PNDH-III a própria dinâmica da historicidade dos direitos humanos, que refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social voltado à proteção da dignidade humana. Direito ao meio ambiente, direito ao desenvolvimento sustentável, direito à verdade, direitos dos idosos, direito à livre orientação sexual, direito aos avanços tecnológicos, entre outros, são temas que emergem na agenda contemporânea de direitos humanos. O Programa é reflexo das complexidades da realidade brasileira no campo dos direitos humanos, a conjugar uma pauta pré-república (por exemplo, o combate e a prevenção ao trabalho escravo) com desafios da pós-modernidade (por exemplo, o fomento à implementação de tecnologias socialmente inclusivas e ambientalmente sustentáveis). A abrangência do Programa é reflexo da abrangência mesma que os direitos humanos assumem desde a Declaração Universal de 1948, a reunir em um só documento os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais sob o prisma da universalidade e da indivisibilidade.

O PNDH-III tem o mérito de tecer a interação e o diálogo entre a ordem internacional e constitucional, refletindo as atuais tendências na luta pela afirmação dos direitos humanos. Se no período dos regimes ditatoriais a agenda dos direitos humanos era uma agenda contra o Estado, com a democratização os direitos humanos passam a ser também uma agenda do Estado

— que combina a feição híbrida de agente promotor de direitos humanos e, por vezes, agente violador de direitos.

Por fim, conclui-se que o sucesso da atuação do Estado, no que tange à consolidação da cidadania, está absolutamente condicionado à tarefa de repensar e reimaginar a atuação estatal sob uma nova lógica e referência. Essa referência é a concepção inovadora de cidadania inspirada na tríade “direitos humanos, democracia e Estado de Direito”, como termos interdependentes e inter-relacionados.

6. Conclusões

1. Desvendar os delineamentos constitucionais do Estado brasileiro surge como uma questão preliminar, quando se objetiva avaliar a responsabilidade desse Estado, no que diz respeito à cidadania.

2. Com a Constituição de 1988 há uma redefinição do Estado brasileiro, bem como dos direitos fundamentais. Extraem-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. O Estado constitucional democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável. O texto constitucional de 1988 confirma, nesse sentido, o esgotamento do modelo liberal de Estado, estabelecendo um Estado de Bem-Estar Social intervencionista e planejador. O desafio de constitucionalismo inaugurado em 1988 é implementar uma ordem jurídica própria dos Estados intervencionistas em um contexto marcado pela globalização econômica e por políticas neoliberais.

3. No que se refere à concepção de cidadania, a partir de uma perspectiva histórica, observa-se que o discurso jurídico da cidadania sempre enfrentou a tensa dicotomia entre os valores da liberdade e da igualdade. No final do século XVIII, as modernas Declarações de Direitos refletiam um discurso liberal da cidadania. Verifica-se, por sua vez, que, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortaleceu-se o discurso social da cidadania. Essa breve digressão histórica tem o sentido de demonstrar o quão dicotômica se apresentava a linguagem dos direitos: de um lado, direitos civis e políticos, e do outro, direitos sociais, econômicos e culturais.

4. Considerando esse contexto, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 introduz extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com

o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais. Seja por incluir em seu texto não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 demarca a concepção contemporânea de cidadania, posteriormente endossada pela Declaração de Viena de 1993.

5. Há que destacar que um novo componente veio a integrar a concepção contemporânea de cidadania. Trata-se do chamado "processo de especificação do sujeito de direito". A partir dele, o sujeito de direito deixa de ser visto em sua abstração e generalidade e passa a ser concebido em sua concretude, em suas especificidades e peculiaridades. O processo de especificação do sujeito de direito, conjugado com a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, vem a doar a tônica contemporânea da concepção de cidadania.

6. A Constituição brasileira de 1988 endossa a concepção contemporânea de cidadania, por refletir a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, bem como o processo de especificação do sujeito de direito.

7. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania há de ser aferida a partir de três critérios essenciais à cidadania: a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito.

8. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, cabe ao Estado brasileiro a proteção e defesa dos direitos civis e políticos, bem como a implementação e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isto é, essas duas categorias de direitos merecem plena e absoluta observância. Frise-se ademais que a Carta de 1988 consagra o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Com base nesse princípio, toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e, nessa direção, devem se orientar os poderes públicos.

9. No que tange à universalidade dos direitos humanos, a responsabilidade do Estado concentra-se no desafio da extensão universal da cidadania, como também no desafio de conferir cumprimento às obrigações internacionais assumidas relativamente aos direitos humanos, decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Cabe ao Estado conferir séria e rigorosa observância aos instrumentos internacionais de direitos humanos, que vinculam juridicamente o Estado brasileiro. Também é tarefa do Estado dar visibilidade a esses tratados, por meio de campanhas de divulgação dos atos internacionais assinados pelo Brasil, a fim de esclarecer quais os com-

promissos assumidos pelo Estado brasileiro, na área da proteção e promoção dos direitos humanos.

10. Com relação ao processo de especificação do sujeito de direito, cabe ao Estado instituir políticas públicas que introduzam um tratamento diferenciado e especial aos grupos sociais que, por exemplo, sofram forte padrão discriminatório.

11. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania está condicionada ao fortalecimento de estratégias que sejam capazes de implementar os três elementos essenciais à cidadania plena, quais sejam, a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito.

12. O sucesso da atuação do Estado e de suas instituições, no que tange à consolidação da cidadania, está absolutamente condicionado à tarefa de repensar e reinventar a atuação estatal, sob uma nova lógica e referência. Essa referência é a concepção inovadora de cidadania.

Capítulo 19

A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*

Flávia Piovesan e Renato Stanzziola Vieira

1. Introdução

A proposta deste capítulo é enfocar o especial momento que vive o constitucionalismo brasileiro, marcado pela normatização de seus princípios fundamentais, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana. Nesse intento, será primeiramente delineada a atual feição do Direito Constitucional brasileiro, influenciado que fora, principalmente, pelas Cartas alemã de 1949, portuguesa de 1976 e espanhola de 1978. Em seguida, será abordada a relação entre princípios e o Direito, bem como seu desenvolvimento através da recente história da ciência jurídica ocidental. Será avaliado de que modo os princípios, concebidos originariamente, sob a perspectiva privatista, como fonte subsidiária do Direito, passaram, sob a perspectiva publicista, a assumir o caráter de normas impositivas preponderantes nos principais sistemas constitucionais ocidentais.

Em um passo seguinte, em conformidade com a hermenêutica constitucional contemporânea, serão abordados os conceitos de normas, princípios e regras.

Ao fim, culminar-se-á com a análise da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, quer como comandos valorativos a orientar a interpretação principiológica da Constituição brasileira, quer como comandos dotados de uma função prática, norteadora do processo de aplicação do Direito Constitucional em concreto, passo último de sua implementação no

* Este capítulo é baseado na pesquisa *A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais*, desenvolvida com o auxílio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), tendo como orientadora Flávia Piovesan e como orientando Renato Stanzziola Vieira (advogado, mestre em Direito pela PUCSP e auxiliar de ensino voluntário na disciplina de Direito Constitucional na PUCSP).

cotidiano como suprema norma jurídica. Neste tópico conclusivo será sustentada a absoluta preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro, enquanto princípio fundamental a prevalecer em relação a todos os demais, doando especial sentido e racionalidade à ordem jurídica inaugurada em 1988.

2. O Panorama Atual do Direito Constitucional Brasileiro

O Direito Constitucional ocidental, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, tem sofrido profundas transformações quer em sua parte dogmática, quer em sua consequente aplicação, sobretudo no que concerne à proteção conferida à pessoa humana.

Ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o Pós-Guerra a esperança de reconstrução destes mesmos direitos.

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a nova feição do Direito Constitucional ocidental e, por outro, a emergência do chamado "Direito Internacional dos Direitos Humanos", tamanho o impacto gerado pelas atrocidades então cometidas.

Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Note-se que estes eram exatamente os lemas do movimento do constitucionalismo instaurado no final do século XVIII, que fizeram nascer as primeiras Constituições escritas: limitar o poder do Estado e preservar direitos¹.

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observa-se, desde logo, que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das

¹ A respeito, ver o artigo 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, semente do movimento do constitucionalismo: "Toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política — até porque tal feição seria incompatível com a vigência de regimes militares ditatoriais. A respeito, basta acenar à Constituição Brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto é, conquanto essa radical transformação date já da década de 40, no caso brasileiro somente em 1988 é que se erigiu um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca. Ressalte-se, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro das Constituições alemã (Lei Fundamental — *Grundgesetz*, 23 de maio de 1949), portuguesa (2 de abril de 1976) e espanhola (29 de dezembro de 1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana.

A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direito Constitucional não só como o tradicional ramo político do sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça. Cabe também anotar o verdadeiro sentido antropológico² constante de todos esses documentos, por conta do explícito compromisso de proteção ao ser humano e de seus valores coletivos, em suas várias possibilidades. E tal parâmetro tornou o Direito Constitucional mais abrangente, pois mediante essa renovada dimensão é que se consolidou seu ápice sobre todas as demais searas jurídicas em cada Estado organizado³. Com isso, o Direito Constitu-

² Aporta, a respeito, Canotilho, sobre a Constituição portuguesa, em lição perfeitamente pertinente também à Carta brasileira: "A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturada do Estado de Direito. (...) pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrador" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 244). Acerca, ainda, do sentido antropológico aqui mencionado, ressalte-se a contribuição da obra de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002) que, dentre outras passagens, assenta: "O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro" (p. 26).

³ Sobre tal abrangência, confira-se a disciplina, dada diretamente pela Constituição, acerca de institutos tais como o direito de família, o direito de propriedade de imóveis urbanos e rurais, o cla-

cional converteu-se em lastro não só das ações e institutos tipicamente político-estatais, mas também no principal garantidor de direitos fundamentais, em seu sentido holístico, de todos os cidadãos⁴.

Tão densas transformações ensejaram, como consequência, uma profunda reformulação na própria base e nos fundamentos do Direito Constitucional. Basta atentar, a título de exemplo, ao rol dos princípios que cada Constituição passou a elencar como fundamentais, com preponderância para o princípio da dignidade da pessoa humana⁵. E a importância desta radical

mado direito de antena: o direito ambiental, dentre outros. Reconhecendo esse novo influxo, veja-se, dentre os civilistas, Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴ Ver o "prefácio" da Carta de 1988 transcrito na obra de Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 3. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 496-497; "O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança, é a Constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, mora, sabe, pode se curar. A Constituição nasce do fundo de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. (...) É a Constituição coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destruiu tabus, tomou o partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobreviverá para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça".

⁵ Na Carta brasileira, além de sua previsão expressa no art. 1º, III, veja-se a afirmação de Ana Paula de Barcellos, acerca de sua própria difusão pelo Texto, com diversos níveis de especificação (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 155-190). Na Lei Fundamental Alemã, vem o princípio já no pórtico: Art. 1º (Proteção da dignidade da pessoa humana) (1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e protegê-la (2) O Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito directamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial" (*A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, com um ensaio e anotações de Nuno Regeiro, Coimbra: Coimbra Ed., 1996). Também assim, na Constituição portuguesa, de 12 de abril de 1976: "Art. 1º (República Portuguesa) Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (*Constituição da República Portuguesa* — 2ª revisão — Coimbra: Almedina, 1989). Deve-se notar inclusive que a Constituição portuguesa teve a precaução de vedar expressamente emendas constitucionais que maculem os seus princípios fundamentais (art. 288). Por fim, destaque-se a disposição expressa da Carta espanhola de 29 de dezembro de 1978: "TÍTULO PRIMEIRO" — De los derechos y deberes fundamentales: 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de

mudança merece ser examinada, já que não só motiva o estudo da peculiar hermenêutica constitucional — inconfundível que é com aquela inaugurada por Savigny (subdividida em lógica, histórica, gramatical, sistemática) —, como também porque o estudo dos princípios fundamentais de cada Constituição revela seu núcleo, donde extrai toda sua força normativa e, por isso, necessariamente, molda todo o cenário jurídico a ela subjacente.

3. Os Princípios e sua Relação com o Direito

Desde Aristóteles, em sua *Metafísica*, tomam-se os *principii* como os princípios fundamentais do objeto estudado, como causas do devir⁶. Esse, contudo, não é o único sentido que se lhes atribuiu, na filosofia, havendo sabidamente

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (*Constitución española*, 2. ed., Madrid: Civitas, 1997).

⁶ Assim, veja-se no livro 1, item 2, 1.40-47: "... ora, os princípios e as causas são os mais cognoscíveis, porquanto é em razão deles e por meio deles que todas as outras coisas se tornam conhecidas, e não eles por meio do que lhes está subordinado" (*Metafísica*, trad. Leonel Vallandro, Porto Alegre: Globo, 1969). A respeito, leciona Fábio Konder Comparato: "na linguagem filosófica clássica, não se falava em fundamento e sim em princípio. Em conhecida passagem de sua *Metafísica*, Aristóteles, exercitando o gênio analítico e classificatório que o celebrizou, atribui a *arqué* várias acepções. Em primeiro lugar, o sentido de começo de uma linha ou de uma estrada, ou então, o de ponto de partida de um movimento físico ou intelectual (o ponto de partida de uma ciência por exemplo). É também considerado princípio, segundo Aristóteles, o elemento primeiro e imanente do futuro, ou de algo que evolui ou se desenvolve (as fundações de uma casa, o coração ou a cabeça dos animais). O filósofo lembra, igualmente, que se fala de princípio para designar a causa primitiva e não imanente da geração, ou de uma ação (os pais em relação aos filhos, o insulto em relação ao combate). Assinala, ainda, que a palavra pode ser usada para indicar a pessoa, cuja vontade racional e causa de movimento ou de transformação: como, por exemplo, os governantes no Estado, ou o regime político de modo geral. Ademais, considerou princípio, numa demonstração lógica, as premissas em relação à conclusão. Arrematando, unificou todas essas acepções da palavra, afirmando que princípio é sempre "a fonte de onde derivam o ser, a geração, ou o conhecimento", ou seja, a condição primeira da existência de algo" (*Fundamento dos direitos humanos*, texto mimeografado, aula inaugural do Curso de Efetivação dos Direitos Humanos no Brasil, São Paulo, 1998, p. 1-2). Miguel Reale, por sua vez, assim ensina: "Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *principios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *presupostos necessários*" (*Introdução à filosofia*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 46, grifos no original).

te quatro acepções aceitas⁷: a) aceção ontológica, pela qual há verdadeira relação de dependência entre o princípio e o que dele deriva (o primeiro é o fundamento do último); b) aceção lógica, pela qual o princípio funciona como diretriz de outras proposições (seria ele o seu ponto de partida, dotado de generalidade quando em comparação com o dele surgido); c) aceção cronológica, no sentido de antecedente e posterior (*prioris* e *posterius*), estritamente no que tange à sucessão temporal entre ambos; d) normativo, donde o princípio é a diretriz da norma posta, o seu fundamento de validade, de maneira a existir necessariamente consonância desta com aquele.

A importância da aceção normativa dos princípios, que claramente se encadeia com a aceção lógica, é a que justificadamente tem merecido ao longo da história maior detença dos juristas e tem recentemente motivado densos trabalhos na área do Direito Constitucional⁸. Pesquisas orientadas a partir do vetor que aqui se estuda são responsáveis pela preservação e busca da força normativa da Constituição, contribuintes também de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico nacional como um todo.

Com efeito, ao se tratar de princípio jurídico no presente panorama jurídico, não mais se está a referir aos "princípios gerais de direito" do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, como fonte subsidiária à lei escrita; mas, antes, se está a referir aos princípios constitucionais, fonte primária por excelência do Direito, elementos primeiros a serem levados em conta quer pelo legislador, quer pelo aplicador da lei ao caso concreto.

⁷Ver José Ferrater Mora, *Dicionário de filosofia*, 4. ed., Buenos Aires: Ed. Sulamericana, 1958; e também de Martin T. Ruiz Moreno, *Vocabulário filosófico*, 2. ed., Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1941.

⁸Veja-se, por exemplo, o ensinamento de Luis Roberto Barroso: "o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie" (*Intepretação e aplicação da Constituição*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, fls. 141). Pesquisem-se, ainda, os trabalhos de Ruy Samuel Espíndola (*Conceito de princípios constitucionais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999). Edilson Pereira de Farias (*Colisão de direitos: a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre: SAFE, 1996), Clémerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997), Walter Claudius Rothenburg (*Princípios constitucionais*, Porto Alegre: SAFE, 1999), Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002), dentre outros.

Ora, se a Carta de 1988 rege todo o ordenamento com inegável preponderância, aquilo que para ela mesma pareceu fundamental não pode, em hipótese alguma, pelo jurista e pelo cidadão, ser tomado como supletivo. Ao se permitir tomar como secundária a base mesma do modelo constitucional, corrrompe-se como um todo o sistema jurídico que a ele necessariamente se amolda. Compartilha-se da visão de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem: "Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo"⁹.

Compartilha-se da lição de J. J. Gomes Canotilho, na expectativa de que todo(a) estudioso(a) deva ser um principialista, "amigo de princípios"¹⁰. E ainda: "hoje, a subordinação à lei e ao direito por parte dos juízes reclama, de forma incontornável, a principialização da jurisprudência, ou seja, a mediação judicativo-decisoria dos princípios jurídicos relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos a decisão judicial"¹¹.

No dizer de Canotilho: "o direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios"¹².

⁹ *Curso de direito administrativo*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, fls. 545. De igual maneira, con corda-se na íntegra com a seguinte lição: "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra" (A eficácia das normas constitucionais de justiça social, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 57/8, p. 15-283). Sampaio Dória sustentava que "...em direito constitucional, princípios são as bases orgânicas do Estado, aquelas generalidades do direito público, que como naus da civilização, devem sobrenadar às tempestades políticas e às paixões dos homens" (*Princípios constitucionais*, São Paulo: São Paulo Ed., 1926, fls. 17-18).

¹⁰ *Direito constitucional e teoria*, cit., p. 1130.

¹¹ A "principialização" da jurisprudência através da Constituição, *Revista de Processo*, n. 98.

¹² A "principialização" da jurisprudência através da Constituição, *Revista de Processo*, n. 98, p. 84. Para o autor: "Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito: o Estado

Tal percurso, marcado por profícua discussão dogmática, que envolveu vários dos cânones da ciência do Direito ocidental, inicialmente tratado somente na seara privatística, para posteriormente avançar ao âmbito publicístico, será apreciado no tópico seguinte, para que, ao final, melhor se compreenda como se alcançou o atual estágio do Direito Constitucional.

4. A Evolução da Tratativa dos Princípios Jurídicos

A contemporânea doutrina¹³ aponta como marco inaugural da chamada "era das codificações" o surgimento da "Escola Histórica do Direito", que se deu na Alemanha, com a obra primeira de Gustav Hugo¹⁴, logo superada em profundidade e divulgação, com a magistral obra de Friedrich Karl von Savigny, idealizador do sistema jurídico como algo orgânico, sumamente ligado à ideia de nação — *Volksgeist* (espírito do povo).

A chamada Escola Histórica em muito se aproximou, na análise que dela se faz atualmente, do direito positivado, já que sua ligação e suas lições eram predominantemente relativas ao ramo do Direito Civil, e ao estabelecimento de Códigos Cíveis disciplinadores da vida em cada sociedade organizada¹⁵. Nesse sentido, são palavras do próprio Savigny, membro-fundador da Universidade de Berlim, em 1810: "el objetivo de la ciencia jurídica es, por tanto, presentar históricamente las funciones legislativas de un Estado". E os princípios fundamentais da legislação, seriam os seguintes: "a. la ciencia legisla-

democrático é Estado de direito é só sendo-o é que é democrático". (...) Além disso: "O Estado Constitucional só é constitucional se for democrático" (Canotilho, op. cit., p. 226).

¹³ Norberto Bobbio, O positivismo jurídico, in *Lições de filosofia do direito*, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1999; Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, 2. ed., trad. A. M. Botelho Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967; Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del derecho contemporáneo*, 2. ed., Madrid: Tecnos, 1989.

¹⁴ A referência, aqui, é de sua obra *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, publicada em 1798. Para a análise de seu significado e da formação de mencionada escola, ver Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do direito*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 1980.

¹⁵ Não se desconhece a polémica travada entre o próprio Savigny e Thibaut (professor em Heidelberg, a partir de 1806), em que o último visava a implementar a codificação na Alemanha, a exemplo do que já ocorrera em França, em 1804. Naquele episódio, Savigny propugnava pela não codificação (no que restou vencedor até o império de Otto von Bismarck), sob o argumento de que uma codificação seria algo inorgânico, não pautada pela vontade do povo. A respeito desse episódio, com minúcias, ver a obra de Franz Wieacker, *História do direito privado*, p. 445/446.

tiva es una ciencia histórica: b. es también una ciencia filosófica: c. ambas deben unirse, deben ser totalmente históricas y filosóficas a la vez”¹⁶.

Do sistematismo de Savigny, ainda com a herança da Escola Histórica de Direito — que, segundo Ferraz Jr., teve o grande mérito de pôr a si a questão do caráter científico da Ciência do Direito¹⁷ — passou-se ao conceitualismo de Georg Puchta (sucessor daquele, na cátedra da Universidade de Berlim) e, finalmente, à teoria de Rudolf von Ihering, curiosamente, aluno desse último.

Em uma primeira fase¹⁸, Ihering passa a depurar ainda mais as noções de “conceitos” e “quase conceitos” inauguradamente postas por Puchta, e, numa última fase — que mais importa para esse estudo —, passa a tratar dos chamados princípios jurídicos. Então, não só passou o próprio Ihering a abertamente criticar os ensinamentos quer de Savigny, quer de Puchta¹⁹, como a se preocupar com a própria finalidade do direito, o que o conduziu a uma — até então inaugural — interpretação teleológica do sistema jurídico, cunhando o paradigma da jurisprudência dos interesses. A respeito desta análise evolutiva, destacam-se as palavras de Willis Santiago Guerra Filho: “nessa mudança de paradigmas, não se pode deixar de assinalar a evolução da ideia inicial de Ihering, até chegar à atual jurisprudência das Valorações, onde os interesses são transmutados em valores, consagrados em princípios jurídicos, positivados em geral na Constituição, um passo que, segundo G. Radbruch, faltou ser dado por Ihering, para escapar ao determinismo de sua posição original”²⁰.

À jurisprudência dos interesses inaugurada por Ihering, segue-se a jurisprudência dos valores, inspirada pela obra de Gustav Radbruch, entusiasta da Constituição Alemã de Weimar (efêmera, de 1919-1933), propugnando por um direito justo: “a categoria direito justo é pois a única a que devemos atribuir um valor universal; não, porém, a cada uma das aplicações que dela pudermos fazer”²¹. Enaltecia, ainda, esse jurista, que o direito natural necessitava se re-

¹⁶ *Metodologia jurídica*, trad. J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires: De Palma, 1979, p. 5-6.

¹⁷ *A ciência*, cit., fls. 29.

¹⁸ A respeito das “fases” de Ihering, consultar Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do direito*, ainda do mesmo autor, *A Teoria da Norma Jurídica em Rudolf von Ihering*, in *Ihering e o direito no Brasil*, João Maurício Adeodato (coord.), Recife: Ed. Universitária, 1996.

¹⁹ Ver *A luta pelo direito*, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 4-6.

²⁰ Direitos subjetivos, direitos humanos e jurisprudência dos interesses, in *Ihering e o direito no Brasil*, cit., p. 256.

²¹ *Filosofia do direito*, trad. Cabral de Moncada, 2. ed., São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia Editores, 1937, p. 27.

vigorar e, caso conflitasse com o direito positivo, aquele primeiro é que deveria vingar, e que se deve partir sempre do valor, para se analisarem os fatos, e não aqueles é que fundamentam as valorações”²². Culminando, ainda, Radbruch: “a justiça é o único princípio constitutivo da ideia de direito”²³.

Na mesma trilha, com o escopo de permear o direito positivo de preceitos valorativos, veio o professor italiano Giorgio Del Vecchio, lutando confesadamente pela infusão de preceitos de direito natural no próprio campo do direito positivo, entre outras razões, porque “as regras particulares do direito não são realmente inteligíveis se não são postas em relação aos princípios dos quais elas descendem”²⁴. Aliás, tal revalorização do direito natural cumpriu a importante tarefa de realçar a constatação de que o direito positivo não é, inescapavelmente, completo, devendo, pois, socorrer-se — segundo Del Vecchio — dos princípios de direito natural quer para disciplinar todas as situações, quer para carregar-se de um substrato ético, sem o qual, nem mesmo seria Direito²⁵. A Del Vecchio atribui-se ainda a colação da frase hoje célebre de Feuerbach, no sentido de que, por vezes, deve-se mesmo sair do direito posi-

²² A importância de tal afirmação parece pertinente ao cotidiano brasileiro moderno já que fatos indesejados socialmente (*v.g.*: índices de criminalidade) têm motivado reações institucionais — e até mesmo legislativas — seguramente contrárias aos valores insculpidos em nossa Constituição. É dizer, ainda: a gravidade do fato e sua repercussão não justifica que, na ordem constitucional, sejam aviltados os valores nos quais se declarou solenemente pretender viver. A respeito, para o direito de liberdade, veja-se exemplificativamente a Lei n. 8.072/90 e as merecidas críticas proferidas por Alberto Silva Franco, em seu *Crimis faliantes*, 4. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²³ *Filosofia do direito*, cit., fls. 49. Nesse sentido, confiram-se os apontamentos de Karl Larenz: “A ideia de Direito é o valor central a que, em última instância, todo o Direito está referido, como algo com sentido. E como a ideia de Direito outra coisa não é senão a ideia de justiça, Radbruch pode dizer que o Direito é a realidade que tem o sentido de servir a justiça. O que não significa que todo o Direito positivo seja necessariamente um Direito ‘justo’. Mas, enquanto ‘Direito’, está, de acordo com o seu sentido, sob a exigência da justiça — ‘está orientado’ a essa ideia. O que, sem dúvida, Stammler já dissera, só que para ele a ideia de Direito era apenas um critério de apreciação, enquanto para Radbruch é também um princípio fundamental constitutivo, ou seja, o princípio fundamental do Direito positivo, que dá a este o seu sentido” (*Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamego, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 134).

²⁴ *Los principios generales del derecho*, trad. e apêndice de Juan Ossorio Morales, Prólogo de Felipe Clemente de Diego, 3. ed., Barcelona: Bosch, 1979, fls. 64.

²⁵ Expressamente, *Supuestos, concepto y principio del derecho* (*Trilogia*), trad. Cristóbal Masso Escotet, Barcelona: Bosch, 1962, fls. 301. Para atestar com o autor, é inegável que o princípio do *remium laudare*, provindo do Direito natural, consubstancia-se em preceito a ser observado, e valor a ser prestigiado, pelo próprio direito legislado.

tivo para que possa, novamente, ao direito positivo retornar — "Hier muss ich also aus dem positiven hinaus, um in das Positive wieder hineinzukommen"²⁶

Enaltecendo os princípios gerais de Direito, em relação ao direito já positivado, destacam-se os ensinamentos de Emilio Betti, sobretudo a se considerar seu curso de Direito Civil ministrado na Universidade de Roma, entre 1947 e 1948, que deu origem à obra seminal *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*²⁷. Embora ainda tratando de princípios de direito na seara privatista, esse estudioso assume que possuiriam eles uma carga genética, uma característica de diretriz, um critério teleológico de interpretação. A respeito: "ciertamente que 'principios' designa cualquier cosa que se contraponen conceptualmente a acabamiento, a consecuencia que deriva y así a norma completa y formulada, es el pensamiento, la idea germinal, el criterio de valoración que la norma actúa poniéndola en obra, median- te una específica formulación. Lo que guarda relación con el problema práctico resuelto por la norma, inspirando su *ratio iuris*, en sentido teleológico, en cuanto suministra el criterio de solución"²⁸.

Até esta parte logrou-se vislumbrar como a doutrina do direito privado desenvolveu a interpretação do próprio direito positivo de maneira principio- lógica, permeando os textos legais de preceitos éticos, valorativos, ora bus- cando até mesmo lastro no direito natural. No entanto, com os ensinamentos de Josef Esser, professor de Tübingen nos idos de 1956 e sua obra *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*²⁹, a tratativa dos princípios não mais como do direito, mas sim da Constituição, começa a ser delineada com maior densidade.

Ao reiterar as críticas à pretensa completude do direito positivado, en- sina o autor alemão que é a jurisprudência quem "cria" o direito; e o faz me- diante "decisões segundo princípios", formando-se assim uma verdadeira "jurisprudência de princípios". Tal arte, segundo ele, consistiria em transformar

²⁶ *Las principios*, cit., fls. 66. Ressalte-se, por fim, ainda, o tributo à noção supletiva de princípio, como força mediata, indireta, de legitimação, acolhida, como já mencionado neste trabalho, entre nós, pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º.

²⁷ Obra traduzida para o espanhol sob o título *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. e prólogo de José Luiz de los Mozos, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975). Para que se con- firme, em curtas linhas, o que se vem a afirmar, atente-se para o próprio autor às fls. 99, 116 e 125 da obra.

²⁸ *Interpretación*, cit., fls. 283.

²⁹ Traduzida para o espanhol em 1961, sob o título *Principio y norma en la elaboración judicial del derecho privado*, trad. Eduardo Valenti Fiol, Barcelona: Bosch.

princípios, até então não escritos, em princípios positivos, procedimento pelo qual: a) reconhece-se, firmemente, a força normativa de princípios para as decisões judiciais a cada caso concreto; b) refuta-se o ensinamento de que o direito positivo necessariamente contém, *in germine*, os princípios que são pela decisão exarados. Isto é: nega-se que os princípios sejam simplesmente "des- cobertos" do sistema, pois tal arte consistiria em "fantasmagoria da dialética jurídica, en el esfuerzo de sistematización positivista, la cual pretende otorgar a lo positivo el nimbo de lo lógico, no há hecho outra coisa hasta ahora que enmascarar la función de los principios"³⁰. Assim ensinando, aber- tamente assume o autor a possibilidade de riscos ao dogma da segurança jurídica, mas prefere aqueles, em detrimento da manutenção de tal conceito, pois privilegia a adaptação à vida concreta, mutável, em nítida postura asse- melhada ao direito da "common law"³¹.

Merece ainda realce a seguinte lição do autor, que já significa uma apro- ximação com o ponto de vista hoje consolidado: "Esta cuestión no es uno de tantos seudoproblemas insolubles entre las posiciones jusnaturalistas y po- sitivistas, sino que es susceptible de una contestación en todo punto realista, si en lugar de precipitarnos a dar una respuesta unitaria y prematura em- pezamos por establecer las pertinentes distinciones. Una solución ficticia y capciosa sería, por ejemplo, decir: Todo principio es derecho positivo dentro del ámbito en que há sido positivizado. Pues de aquí deducirían unos que lo importante es saber si há sido formulado en alguna parte, en último extremo en el texto constitucional, mientras que otros sólo considerarían como posi- tivación su expresión pormenorizada en una norma o institución creada por la ley o la jurisprudencia. Ambas actitudes son falsas. Los principios no es- critos son los más fuertes, aun en el campo de lo positivo. Donde más evi- dente es esto, es en materia constitucional, donde vemos a cada paso como

³⁰ *Principio y norma*, cit., fls. 15.

³¹ Nesse sentido, confira-se sua posição: "Sólo el abandono de una idea esquemática de seguri- dad abre el camino para estudiar las más profundas garantías del pensamiento jurídico, del autocontrol dogmático y de los principios y tradiciones formadas *lege artis*. Pues la eterna anti- nomia entre los postulados de la seguridad jurídica y de la adaptación a la vida queda así pues- ta en un plano más real, en el que se plantea una y otra vez la tarea concreta de poner coto a sus exageraciones, es decir, reducir las a sus necesidades objetivas, dentro de las cuales es posi- ble una garantía eficaz. Se trata, portanto, de un asunto totalmente realista, si uno no se deja extraviar por lo indefinido del vago concepto de la 'seguridad jurídica' y pone la atención en la manera como, bajo los presupuestos efectivos de la elaboración contemporánea del derecho, puede evitarse una nueva oleada de superficialidad y capricho en la utilización del sentencias previas, ideas directrices, opiniones doctrinales y teorías" (Principio y norma, cit., fls. 35-36).

principios escritos son pronto desplazados por obra de la coyuntura política, mientras que las verdades elementales permanecen incólumes. (...) Por consiguiente, también en el derecho constitucional existen principios no escritos válidos, pues son presupuestos positivos y necesarios de aquél. Las bases de la organización de una determinada forma estatal son 'derecho constitucional no escrito', es más, por lo regular representan 'normas constitucionales de rango superior' que pueden convertir en 'anticonstitucionales' a otras disposiciones secundarias. Justamente el concepto 'material' de constitución des-cansa en la admisión de semejantes principios immanentes y obligatorios.³² Culmina esse autor em esclarecer, com Goldschmidt: "un derecho sin principios no puede haber existido jamás"³³.

Com Karl Larenz, o entendimento da ciência jurídica com balanceamento, sem pendore para o jusnaturalismo ou para o positivismo, ou ainda com maior precisão, "para além do jusnaturalismo e do positivismo"³⁴, parece haver ganhado, enfim, sua maior força, ao mesmo tempo que se logrou ainda mais fortalecer a ideia de uma doutrina de princípios jurídicos, indispensável para qualquer análise³⁵. Aliás, tal autor, em seu *Derecho justo, fundamentos*

³² *Principio y norma*, cit., fls. 89/91. Ainda, nota de rodapé a fls. 93 da obra consultada: "las disposiciones constitucionales sobre los 'derechos fundamentales' de los ciudadanos son derecho positivo (lo serían aunque no estuvieran consignados), y además, a diferencia de la constitución de Weimar, son derecho efectivo, no una simple obligación para el legislador. Son normas sustanciales, mientras no lo son los principios de organización de la democracia parlamentaria. Y, sin embargo, constituyen derecho constitucional positivo lo mismo que aquellos derechos fundamentales".

³³ *Principio y norma*, cit., fls. 15

³⁴ *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*, trad. E. Galán Gutierrez e Al Truyol Serra, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1942, fls. 177-183.

³⁵ Assim, ver: "Tanto el positivismo como el jusnaturalismo destruyen, por onde, la figura concreta del Derecho, su totalidad y plenitud de sentido, en cuando que lo consideran ya solamente como algo particular contingente sin un principio unitario inmanente, ya como algo abstracto general y, por consiguiente, falso de contenido material. Por lo tanto, la ciencia jurídica sólo está en el camino recto si se aparta tanto de uno como del outro, y toma conciencia de la peculiar esencia del Derecho, que escapa así a las abstracciones del positivismo jurídico como a las del jusnaturalismo" (*La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*, fls. 180). También: "Nada hay más superficial que ver su esencia simplemente en la vinculación del juez a las leyes o acaso en la interpretación formal literal de las mismas. Ciertamente, el positivismo jurídico se movió en esta dirección por haber coincidido con la necesidad de seguridad de la sociedad liberal burguesa. Como actitud científica, significa en primer lugar la limitación voluntaria de la ciencia jurídica a una materia que le era dada, ya consista ésta en las leyes existentes, ya en sentencias, o ya en las concepciones dominantes de la clase social eventualmente directora. Toda funda-

de ética del derecho, elenca o que nomeia de princípios do direito justo, que, pelo fato de serem tais, gozam de plena vigência normativa, tal qual qualquer texto de lei³⁶. Dentre eles, para o que importa nesse estudo, os princípios constitucionais avultam em magnitude e também em abrangência.

Os próprios princípios constitucionais, atente-se, são tratados por fundamentais ao sistema jurídico e, segundo Larenz, exerceriam uma função de bloqueio, na exata medida em que: "cuando un ordenamiento, como ocurre com el nuestro, há elevado determinados principios al rango constitucional, basta que se compruebe que una norma es inconciliable con tales principios para que haya que rechazar su validez"³⁷.

mentación metafísica del Derecho, toda valorización supraempírica del mismo, toda orientación hacia su idea, queda rechazada. (...) De este modo, la ciencia jurídica positivista se desintegra, de una parte, en la 'jurisprudencia' como 'ciencia pura de la norma', y de otra, en una sociología y una psicología de la vida jurídica" (*La filosofía*, cit., p. 37). Bem é de ver que tal argumentação, na exata medida em que tece essas críticas ao sistema juspositivista, vai de pleno encontro à já estudada teoria de Josef Esser, no sentido em que a função jurisprudencial não há nunca de se esgotar na mera repetição dos ditames legais, sendo antes imperativa uma interpretação (interpretación que é sempre levada a cabo: sendo certo que ela mesma é aplicação do direito) progressiva, evolutiva, criativa, para que a letra da lei não se baste por si mesma, sendo imperativo jurídico e racional atingir o justo valor posto em discussão.

³⁶ Confira-se: "Las reglas jurídicas generales y los principios de un Derecho positivo tienen vigencia en el tiempo como las normas particulares y las regulaciones, aunque el comienzo de la vigencia no pueda siempre fijarse en un momento temporal determinado con precisión, como ocurre con las reglas del Derecho consuetudinario, y tienen vigencia en el interior del ámbito de este ordenamiento jurídico. Es, por tanto, como nosotros decíamos: los principios de un Derecho positivo tienen vigencia del mismo modo que éste y toman parte del modo de ser del Derecho positivo" (*Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, reimpresso da primeira edição, trad. Luis-Diez Picaso, Madrid: Civitas, 1993, p. 195).

³⁷ *Derecho justo*, p. 30. Hoje, contudo, esse entendimento, que à época própria significou grande avanço, já se encontra suplantado, pois análise dos princípios constitucionais, hodiernamente, privilegia seu nítido caráter normativo positivo; sua sindicabilidade como norma constitucional; mormente quando se trata de princípios fundamentais. Nesse sentido, compartilha-se da visão de Ana Paula de Barcellos: "Como é fácil perceber, sem a eficácia positiva ou simétrica as normas examinadas nestam esvaziadas logo de início e, com elas, o próprio Estado de Direito, já que este pressupõe a submissão — exigível diante do Judiciário, caso descumprida — de governados e governantes à lei, seja esta o fruto da elaboração dos poderes públicos constituídos, seja, com muito mais razão, a Constituição Federal. Restringir a eficácia jurídica possível dos princípios constitucionais em relação às modalidades interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso é admitir que os governantes não estão vinculados à norma constitucional de forma relevante, podendo simplesmente ignorar seus comandos sem qualquer consequência jurídica" (*A eficácia jurídica*, cit., p. 204-205).

Ainda, plenamente apto a denotar a superação entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, bem como a culminância normativa de um princípio constitucional, consagra o artigo 20, III, da Lei Fundamental de Bonn: "art. 20: princípios fundamentais: direito de resistência: (3): 'o poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito'". Com isso, evidentemente se ressalta a possibilidade de desencontro entre "lei" e "Direito", donde, a partir da doutrina que vem a ser analisada, a se conceber a busca por um ideal de justiça, esse penderá necessariamente para o Direito, e não necessariamente para a Lei. Por isso, vem a lição de Larenz: "nessa fórmula expressa-se que 'lei' e 'direito' não são por certo coisas opostas, mas ao direito corresponde, em comparação com a lei, um conteúdo suplementar de sentido"³⁸.

Formulou, também, Larenz, uma tipologia própria de princípios jurídicos, dentre os quais não se excluem os constitucionais, a saber: "princípios abertos" (*öffene Prinzipien*) e princípios normativos (*Rechtssatzförmigen Prinzipien*). Os primeiros significariam a motivação da lei, guias para a legitimação, situando-se numa etapa primeira, na concretização dos dizeres constitucionais, tais como a autodeterminação, a busca pela plena igualdade; já os segundos, gozando de maior concretude, incidiriam imediatamente, conforme as situações fáticas, tais quais o *non bis in idem*; *nulla poena sine lege*³⁹.

³⁸ *Metodologia da ciência do direito*, fls. 522. Veja-se, a respeito, importante aresto do Tribunal Constitucional Alemão: "A vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação de poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi no entanto modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da justiça está vinculada à lei e ao Direito. Com isso recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito em geral se identificam facticamente, mas não sempre e necessariamente: O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir mais de um Direito, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme à Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita: achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência" (*BwFGE* 34, 269, 287, in Karl, Larenz, *Metodologia*, cit., fls. 523). O mesmo aresto encontra-se parcialmente transcrito na dissertação de mestrado de Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. Confira-se, ainda, Luis Alfonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, Porto Alegre: SAFE, 1995, fls. 209-210.

³⁹ Não comporta o presente texto a análise minudente dessa classificação. A respeito, ver *Metodologia*, cit., fls. 177-178 e também a obra de Carlos Eduardo Lopez Rodriguez, *Introdução ao pensamento jurídico e à obra de Karl Larenz*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, fls. 50.

Deste modo, logrou-se sustentar que o norte de qualquer interpretação em matéria jurídica não pode mais simplesmente ater-se às clássicas tendências juspositivistas ou jusnaturalistas; quer porque a assunção acabada de uma teoria desconsidera totalmente os valores trazidos pela antagonista, como principalmente porque sequer há de ser essa a metodologia a ser adotada. Com efeito, não existe interpretação de lei, simples e isoladamente, em sistemas jurídicos atuais, onde avulta a hierarquia constitucional no ordenamento, a partir do remodelamento do Direito Constitucional ocidental pós-1945. Por isso, o próximo passo é uma aproximação com a atual interpretação constitucional que se entende razoável, visando, ao final, assentar as razões da defesa intransigente da força normativa dos princípios fundamentais consantes da Constituição brasileira, com destaque para a dignidade da pessoa humana.

5. A Atual Hermenêutica Constitucional: a Concretização

Foi a partir das lições de Konrad Hesse, juiz do Tribunal Constitucional da República Alemã, professor dentre outros de Friedrich Muller na Universidade de Freiburg, que surgiu a noção de concretização das normas constitucionais. Assim, o ditame hoje consagrado de que: "interpretação constitucional é concretização ('Konkretisierung')". Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco, é o que deve ser determinado mediante a inclusão da realidade a ser ordenada. Assim, interpretação tem caráter criador: o conteúdo da norma só se torna completo com sua interpretação; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma"⁴⁰. Nas palavras de seu seguidor, Gomes Canotilho, a ideia de concretização, primeiramente esboçada por Konrad Hesse, pode ser assim explicada: "processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma completa — norma jurídica — que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais temos o resultado final da concretização. Essa 'concretização normativa' é, pois, um trabalho técnico-jurídico: é, no fundo, o lado 'técnico' do procedimento estruturante

⁴⁰ *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*, trad. Luis Alfonso Heck, Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 61. Há também as mesmas passagens na obra *Escritos de derecho constitucional*, seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalon, 2. ed., Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, p. 40-41.

da normatividade: A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma: é, sim, a construção de uma norma jurídica⁴¹.

Desde logo, bastante claro parece que tanto a compreensão da norma constitucional como a sua final concretização somente ocorrem em face de problemas concretos. É dizer: o intérprete deve relacionar a norma que se pretenda aplicável ao próprio problema posto, ou, novamente com Hesse: "não existe interpretação constitucional desvinculada de problemas concretos"⁴². Essa nova metódica constitucional vem ainda lapidada pelos ensinamentos de Friedrich Muller, ao elaborar, com inspiração na teoria da concretização, sua teoria estruturante da norma jurídica, conforme se verá em breve.

Por ora, enfatiza-se que a interpretação constitucional ganha esses específicos contornos justamente por sua especificidade, historicamente e mesmo quando cotejada com o direito infraconstitucional. Com efeito — e não se perca de vista a temática diretamente pertinente aos princípios fundamentais, genéricos que são — constrói-se o moderno Direito Constitucional na ideia de normas propositalmente abertas, sem a pretensão de abarcar tipicamente todas as hipóteses fáticas previsíveis. E assim há mesmo de ser, pois, mais que nenhuma outra lei, é da Constituição que, com primazia, se exige perenidade, ductibilidade, para fazer face às mudanças sociais e políticas em cada sociedade. E isso porque a obsolescência da norma constitucional acarreta, já se mencionou neste estudo, a derrubada de todo o substrato de qualquer ordem jurídica. Por conta dessas características, principalmente, chegou Friedrich Muller a averbar que os métodos clássicos de interpretação (*Auslegung*) concebidos por Savigny não se amoldam ao Direito Constitucional; e, em nenhuma hipótese, ao direito público, não passando de um "mal-entendido" o pretense encaixe daquela metodologia nessa seara⁴³. Em verdade, "as regulações da Constituição não são nem completas nem perfeitas. (...) a incompletude da Constituição pode ter a sua razão nisto, que não é necessária uma regulação jurídico-constitucional. A Constituição não codifica, senão ela regula somente — muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais — aquilo que aparece como importante e carente de determinação; todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante. Por causa disto,

a Constituição de antemão não propõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistemática"⁴⁴. A ideia, enfim, de tal formulação de textos constitucionais significa que devam eles ser, em verdade, abertos ao tempo.

Nesse mesmo sentido, as modernas Constituições impõem-se verdadeiramente como ordens moralmente imperativas, consubstanciam elas o referencial primeiro de justiça a ser buscado por uma dada sociedade. Nas Constituições se plasmam os valores, princípios e regras que se entendeu coletivamente serem prevalentes. Por tais previsões, as Constituições são, nas palavras de Hesse, "a própria ordem jurídica da comunidade"⁴⁵.

Por se construir dessa maneira a atual metodologia da norma constitucional, é que modernamente se tem distinguido, a partir da seminal obra de Friedrich Muller, entre o programa (*Normprogramm*) e o âmbito da norma (*Normbereich*), aliados ambos aos fatos que vêm a justificar ou não sua incidência. Assim, nas palavras do autor: "O texto da norma não 'contém' a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibi-

⁴¹ *Elementos*, cit., fls. 39-40. Exemplifica ali, o autor, hipóteses em que, conscientemente, são deixadas em aberto, tais quais a parte econômica da Constituição, as atividades de partidos políticos. Tudo, em verdade, porque "... a vida que ela quer ordenar, é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pelas Constituições. Por isso, o Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo prego de modificações constitucionais frequentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão" (*Elementos*, cit., fls. 40). Podem ser lembrados como exemplo, nesse caso, no Brasil, as previsões da Lei 9.709, de 18-11-1998, acerca dos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular; a Lei n. 9.096, de 19-9-1995, acerca dos partidos políticos; a Lei n. 10.257, de 10-7-2001, regulamentando os arts. 182 e 183 da Carta.

⁴² Constitución y derecho constitucional, in *Manual de derecho constitucional* (coautoría com Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Wolfgang Heyde, tradução e apresentação de Antonio López Pina, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996), fls. 5. Sobre serem moralmente retas, vem: "Este no constituye un fin en si mismo, no se trata de ordenar por ordenar; lo importante es el contenido de dicho ordenamiento: debe ser el moralmente recto y, por ende, legítimo. El canon de dicha rectitud en los tiempos actuales, que han cobrado conciencia de la historicidad de todo Derecho, no es inferible de un Derecho natural existente al margen del pensamiento y la acción humanos. Igualmente injustificado resulta remitirse a un positivismo escéptico, para el que, sin referencia a contenido alguno, Derecho es cualquier regulación que haya sido definida como tal por las instancias competentes (...). La función directriz de la Constitución consiste en asumir estos cánones y — sobre todo, en los derechos fundamentales — dotarlos de fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico. Por su parte, esta Constitución contribuye, sea como eslabón intermedio, sea como lazo de unión, a garantizar la existencia de un ordenamiento jurídico moralmente recto".

⁴¹ Canotilho, *Direito constitucional*, cit., fls. 1127.

⁴² *Elementos*, cit., fls. 62; *Escritos de derecho*, cit., fls. 42.

⁴³ *Métodos de trabalho do direito constitucional*, trad. Peter Naumann, edição comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 33-39.

lidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem 'significado', enunciados não possuem 'sentido' segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho 'concretizador ativo' do 'destinatário' e com isso à 'distribuição funcional dos papéis' que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da Constituição e do direito⁴⁶.

Significa, enfim, a teoria de Muller, um adensamento da concretização proposta por Hesse, na medida em que, partindo-se do "programa da norma", tido como a prescrição literal do texto, caminha-se para o "âmbito da norma", onde se encontra a realidade social, que será regulamentada. Assim, em síntese, da indissociável ligação entre Direito e realidade, para que, enfim, se dê a final concretização da norma constitucional: "o âmbito da norma é um fator coconstitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais, que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma"⁴⁷.

⁴⁶ *Métodos de trabalho do direito constitucional*, fls. 49. Noutras palavras, Canotilho, notando que toma "âmbito da norma" por "domínio da norma": *Direito constitucional*, cit., fls. 1142.

⁴⁷ Muller, *Métodos de trabalho*, cit., p. 49. Novamente, o seguimento de Canotilho, que didaticamente expõe, acerca da concretização da norma constitucional: "... não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto da norma. O significado do texto aponta para um referente, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas a uma racionalidade formal (como o positivismo) mas também a uma racionalidade material. Compreende-se, pois, que: (1) seja necessário delimitar um domínio ou sector de norma constituído por uma quantidade de determinados elementos de facto (dados reais); (2) os elementos do domínio da norma são de diferente natureza (jurídicos, económicos, sociais, psicológicos, sociológicos); (3) a análise do domínio da norma seja tanto mais necessária (a) quanto mais uma norma reenvie para elementos não jurídicos e, por conseguinte, o resultado de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise empírica do domínio da norma e (b) quanto mais uma norma é aberta, carecendo, por conseguinte, de concretização posterior através dos órgãos legislativos. Por outras palavras: se a importância da análise do domínio material se move numa escala cujos limites são: (1) a determinação máxima do texto da norma nos casos de preceitos em que o imperativo linguístico do texto é forte (exs.: prazos, definições, normas de organização e de competência); (2) a determinação mínima do texto da norma, como acontece nos preceitos que reenviam para elementos não jurídicos ou que contêm 'conceitos vagos' (exs.: sectores básicos da economia, 'correção das desigualdades de riqueza e de rendimentos', 'dignidade humana')". *Direito constitucional*, cit., fls. 1145). A recepção dessa teoria no Brasil pode facilmente ser constatada a partir da leitura da obra de Clémerson Clève, que, ao

Por tal percurso, concretizando-se a norma constitucional, advém a normatividade. Assim, claro resta que a "normatividade" não está no texto em si, mas no resultado da junção entre seu teor abstrato e sua aplicação à realidade escolhida, culminando pela formulação de uma "*norma de decisão*"⁴⁸. Somente mediante a junção entre o "programa da norma", como ordem jurídica, e o "âmbito da norma", como a realidade normatizada, extrai-se sua concretude.

Em virtude das características distintas da norma constitucional, aliada à sua própria razão de ser, justifica-se o entendimento do real significado da chamada *concretização* de suas normas — sobretudo pela densidade, generalidade e carga material contidas em textos constitucionais.

6. Os Princípios, os Valores e as Regras

Para que se atinja maior clareza na compreensão dos princípios constitucionais fundamentais, imprescindível é o estudo das concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, pioneiros que foram na tratativa dos princípios.

A partir de seu *Taking Rights Seriously*, publicado ainda nos idos de 1977⁴⁹, o professor americano Ronald Dworkin, em crítica ao que nomeou de "modelo de regras", pontificou que a "norma" (*norm*), em sentido lato, alberga como abonar expressamente a teoria de Muller, expõe: "Não cabe confundir norma com o texto da norma, porque a prescrição jurídica positiva é tão somente a cabeça do 'iceberg'. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normatividade, feita dos fatos e relações de natureza política e social. Essa concepção normativa permite ampla margem de atuação para o operador jurídico que, utilizando os métodos clássicos de interpretação, desenvolverá uma metódica concretista (não há interpretação sem problemas concretos a resolver) que deve transitar entre a norma (programa normativo mais domínio normativo) e o problema concreto a resolver. Neste caso, a norma de decisão, aquela que resolverá o problema concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto desafiante de mera aplicação (execução), como querem os vântos positivistas" (*A fiscalização*, cit., fls. 24/5, nota de rodapé n. 12).

⁴⁸ Assim, o próprio autor entende que a ciência do Direito passa de mera "ciência normativa" para "ciência decisória", onde a metódica jurídica constitucional é aquela de "elaborar, formular regras para a imputação (faticamente com probabilidade suficiente) bem-sucedida das normas de decisão estabelecidas no caso individual às normas jurídicas gerais indicadas como existentes por trás dessas normas de decisão" (Muller, *Direito, linguagem, violência, elementos de uma teoria constitucional*, l. trad. Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho, Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 28).

⁴⁹ Consultou-se a 16. ed., Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

espécies tanto as "regras" (*rules*) quanto os "princípios" (*principles*). Isso porque, em sua concepção, com a qual se concorda, dentro do esquema das normas, a *regra* segue o sistema do "tudo-ou-nada" (*all or nothing fashion*), sendo que a sua incidência ou não a cada caso concreto liga-se puramente a uma questão de vigência. Com isso, a incidência de uma dada regra ao caso concreto, por si, exclui a de outras, que não se amoldam perfeitamente àquela situação. Com os princípios, por outro lado, normas que também eles são, a dimensão é já de valor, de peso, donde a incidência de um deles não necessariamente afasta a incidência de outro.

Por tal diversidade, é que se solidifica a noção de que enquanto a convivência de regras é antinômica, a de princípios é necessariamente conflitual; enquanto as regras se autoexcluem, os princípios coexistem; enquanto no modelo estrito das regras há relação de exclusão total de uma, em face da incidência de uma outra, com os princípios ocorre algo diverso, pois que se configura um balanceamento, uma harmonização entre ambos, um juízo de ponderação⁵⁰.

De sua sorte, Robert Alexy, em seu *Theorie der Grundrechte*⁵¹, não só corroborou a lição de Dworkin, encarecendo o aspecto deontológico dos princípios, como bastante contribuiu para a diferenciação deles, em face dos valores. Assim, num primeiro momento: "tanto as regras como los princípios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. Las distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas"⁵².

Enfatizou ainda mencionado professor que, enquanto o conflito de regras deve ser resolvido por uma "cláusula de exceção" — o que é facilmente inteligível, com arrimo novamente em Dworkin, pois se imagina tal cláusula de rodapé n. 24).

⁵⁰ Essa é a síntese de Canotilho, que também referenda os ensinamentos de Dworkin, a fim de 1087/1088 de seu *Dirrito constitucional*. Repetise-se, ainda, não só o autor português acata as lições do filósofo americano, como o toma como "um dos mais criativos cultores da filosofia e metodologia jurídica contemporâneas" (apud Edison Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, cit., nota de rodapé n. 24).

⁵¹ Traduzido para o espanhol, sob o título *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁵² *Teoría de los derechos*, cit., fls. 83.

sua facilmente como regra de especialidade, temporalidade, superioridade da norma —, a colisão de princípios resolve-se por um critério de "precedência condicionada", dependente exclusivamente do peso, da importância, maior ou menor de cada um dos princípios em cotejo⁵³. Ainda relacionando-se ao conflito de princípios, encareceu Alexy, unicamente por critérios de proporcionalidade, ponderação entre um e outro, é que se atinge a adequada aplicação da norma⁵⁴.

Quanto à distinção por ele sustentada, entre princípio e valor, vem que, se é certo que os princípios possuem carga deontológica, no sentido de proibição, facultatividade ou permissão de condutas, os valores expressam somente um critério axiológico, donde são os últimos passíveis de análise como algo métrico, o que não se dá com os princípios. Assim, a Constituição brasileira é "boa", ou a Constituição é "melhor do que a que tínhamos"; o valor, diferentemente dos princípios, em conclusão, pode ser neutro, positivo ou negativo⁵⁵.

Assim, sintetiza-se: "a diferencia entre princípios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* el mejor es, en modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente".

⁵³ *Teoría de los derechos*, cit., p. 92. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, nesse ponto, o que importa é a "fundamentalidade social" de cada um dos princípios em cotejo (*A eficácia jurídica*, cit., p. 86).

⁵⁴ Assim: "como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas injustificadas implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental" (*Teoría de los derechos*, cit., p. 94). No desenvolvimento da análise das normas princípios, Alexy estabelece íntima conexão com a máxima de proporcionalidade, trasladada entre nós também por "razoabilidade" (ver, a respeito, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001), assim, sucintamente: "entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha; el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él" (*Teoría de los derechos*, cit., p. 112-113).

⁵⁵ Ainda acerca da análise dos valores, especificamente sobre o texto de 1988, veja-se a crítica ponderação de Eduardo Silva Costa. Os valores e a Constituição de 1988, *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal n. 109, Brasília, 1991.

vamente debido. Así, pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico”⁵⁶.

Aponte-se, ainda, com fulcro nessa distinção, que, por meio dos estudos sobretudo de Ronald Dworkin, parece haver se solidificado definitivamente a noção de que, nos casos de vagueza da lei, de conceitos indeterminados, de colidência de normas de igual hierarquia, particularmente em questões constitucionais — os chamados “*hard cases*” —, não se soluciona a questão com base na “discricionariedade judicial”, e sim com supedâneo nos princípios elencados no texto constitucional⁵⁷.

E, nessa convivência conflitual, vejam-se, no texto brasileiro, os exemplos de colisão entre o art. 5º, IV, com o 5º, X; o art. 5º, XXII, com os arts. 182 e 191⁵⁸, o art. 5º, XXIV, com os arts. 182 e 184⁵⁹, o art. 5º, LXVII, com o mesmo artigo, em seus §§ 1º e 2º, o art. 170, *caput* com seus incisos

⁵⁶ É bem verdade que Eros Roberto Grau, em seu *O direito posto e o direito pressuposto* (2. ed., São Paulo: Malheiros, 1988), tratando da mesma distinção, prefere, seguindo Habermas, tratar de valores como algo guiado por critérios teleológicos, e não axiológicos (ver fls. 78-79). De igual maneira, ressalte-se a contribuição a esse estudo dos ensinamentos de Antonio Enrique Pérez Luño, ao enfocar três funções de valores, a saber: *fundamentadora; orientadora; crítica* (ver: *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 2. ed., Madrid: Tecnos, 1986, fls. 288). Doutrina relevante contribuição ainda traz o mesmo autor, na distinção entre princípios e valores, ao enaltecer que: “Los principios, por su parte, entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas. De otro lado, los principios ya poseen un significado hermenéutico (metodológicos), ya actúan como fuentes del derecho (ontológicos) o como determinaciones de valor (axiológicos), reciben su peculiar orientación de sentido de aquellos valores que especifican o concretan” (*Derechos humanos*, cit., p. 292).

⁵⁷ Note-se que tal ideia já veio sendo construída vagarosamente pela doutrina neste trabalho referenciada, merecendo novamente a menção a Karl Larenz: “además, la concreción de un principio en reglas de derecho y decisiones de casos es un proceso que nunca se cierra. A pesar de ello, algunos resultados de este proceso los vemos ya y hay que suponer que irá adelante. El principio no es, pues, sólo un simple ‘asunto intelectual’, sino que es también un facto real en el proceso de modernización y del perfeccionamiento del Derecho” (*Derecho justo*, cit., fls. 66).

⁵⁸ Há decisão, nesse sentido, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que parece adequadamente orientada pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, como o determinante à solução da questão ali suscitada. A respeito: *Revista Justiça e Democracia*, n. 1, fls. 239-246.

⁵⁹ Sobre esse conflito e a determinação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, veja-se os apontamentos de Gustavo Tepedino, em *Temas*, cit., Capítulo 12, principalmente fls. 274.

⁶⁰ Por fim, em adendo à discussão acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, enfocada por Flávia Provesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 11. ed., São Paulo:

II, IV e também o parágrafo único⁶¹; colisão interna do próprio art. 5º, X⁶².
Percebe-se, sem qualquer dificuldade, que a aplicação da norma constitucional pautada por seus princípios é determinante na prática que se queira implementar ao Direito Constitucional presente no Brasil. Ademais, decisões assim carregadas, se porventura se defrontarem com normas constitucionais aparentemente antinômicas, ou prestigiadoras de resoluções antagônicas, têm seu lastro mais seguro no cume do texto, em seu primeiro títu-

Saraiva, 2010), veja-se também a posição de Gustavo Tepedino, que inclusive demonstra a dualidade com a qual vem ainda tratado o tema, em nossos pretórios (*Temas*, cit., Capítulo 4, principalmente fls. 78-90). Além disso, ressalte-se a publicação da *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 22, com ementário de jurisprudência.

⁶¹ Em Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, questionando a validade da Lei n. 8.039, de 30 de maio de 1990 — que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares, em face do artigo constitucional referido, entendeu o Pretório Excelso, por maioria de votos, que “... para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços e bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”. Fundamentou a Corte ainda, com expresso supedâneo no próprio princípio constitucional fundamental constante do art. 1º, IV, que “... Esta Corte, no desempenho de suas altas funções político-jurídicas, não pode desconhecer e nem permanecer insensível ante a exigência de preservar a intangibilidade desses pressupostos de ordem axiológica, que devem nortejar e condicionar, enquanto referenciais de compulsória observância, a atividade estatal de regulamentação e de controle das práticas econômicas. (...)” E, ainda se argumentou naquela oportunidade: “... Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social (...)” (ADIn 319-DF, *Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal n. 149, fls. 666 e s.).

⁶² Tratou-se, aqui, de decisão proferida recentemente (em 21-2-2002) pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da Reclamação n. 2.040-DF, no rumoroso “Caso Glória Treviz”. Estando essa cantora mexicana custodiada, no aguardo do término de seu procedimento de extradição, veio a engravidar e acusou haver sido vítima de estupro cometido pelos próprios Policiais Federais. Havendo sido deferido um pedido de retirada de placenta da gestante, após o parto, para o fim de se certificar da paternidade, contra isso insurgiu-se a extradição, com lastro em seu direito de privacidade e intimidade. O Excelso Pretório assim decidiu a questão: “Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extradição, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição — atingidos pela declaração de a extradição haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação —, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violação sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extradição ou de seu filho. (...)”.

lo, relativo aos princípios constitucionais fundamentais. Inegável, assim, seu importantíssimo papel como norte para a compreensão da teleologia constitucional, o que, por sua vez, possibilita sua desejada concretização.

Argumenta-se, contudo, ainda hoje, que a principal distinção entre os princípios e as regras encontra-se somente na generalidade dos primeiros, em relação à concretude das últimas⁶³. Ora, esse critério não serve ao atual Direito Constitucional brasileiro, quer porque já se comprovou facilmente sua limitação de análise, pelo que nesse tópico se demonstrou, quer pela natureza mesma da norma constitucional, genérica por excelência — chame-se de regra ou de princípio —, pois é nutrida do escopo de perenidade e abrangência. Repisando: a Constituição é repleta de normas propositalmente abertas, que não descem a minúcias, e nem por isso se lhe retira a *vis normativa* que detém. A coerência argumentativa, ao lado da intransigente defesa da normatividade e supremacia da Constituição como um todo, impede peremptoriamente que se tome, a partir da “concepção fraca dos princípios”, como não impositivos, justamente os comandos que foram o norte da própria Constituição Federal; os que são reconhecidos pelo próprio texto como fundamentais.

Resalte-se, ainda, que há importantíssimas consequências no campo prático-decisório do Direito Constitucional, conforme se familiarize o jurista contemporâneo, com as distinções aqui estudadas⁶⁴. Com efeito, de posse dessas noções, há de se concluir que “afirmar que princípio constitucional é norma jurídica imperativa significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente, como se passa com as demais normas jurídicas”⁶⁵.

⁶³ Tal discussão é lembrada por Edilson Farias, que a toma por “concepção fraca dos princípios”, em contraposição à “concepção forte dos princípios”, adotada a última por Dworkin. Alexy, *Canotilho*, o autor, e no presente texto (*Colisão de direitos*, cit., p. 23).

⁶⁴ Essa imprescindível lembrança é trazida por Ana Paula de Barcellos, na obra já citada às fls. 45. Notar ainda que a autora toma por “eficácia jurídica” o “atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas” (p. 59). O termo, nesse texto, vem sendo utilizado por força normativa.

⁶⁵ Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica*, cit., fls. 56. Sustenta a autora que os princípios jurídicos — entre eles, os constitucionais por excelência —, a despeito de sua generalidade; de sua indeterminação quanto aos efeitos e meios para atingi-los, possuem necessariamente um “núcleo básico determinado”. E, nessa esfera, segundo a opinião da autora, chegam eles mesmos a se assemelhar às próprias regras, e o conseqüente lógico do “tudo-ou-nada”. A partir do núcleo, é que a indeterminação e generalidade avultam-se, e que passa então a valer a regra propriamente principiológica, da ponderação, do balanceamento (ver p. 46-53). Importante ainda encarecer, no núcleo básico dos princípios constitucionais fundamentais — com privilégio indistiguado

7. O Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana

Se, no atual cenário do Direito Constitucional ocidental, pode-se depreender que a hermenêutica que mais contribui para a efetividade das Constituições é aquela que privilegia e potencializa a força normativa de seus princípios fundamentais (a serem levados em conta desde o primeiro vislumbre da norma abstrata até o momento da decisão dos casos concretos), imperioso é ressaltar que, dentre eles, com força deontológica predominante, está o princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, sua importância chega mesmo a transcender os limites do positivismo, conforme já restou assentado neste texto, a respeito da evolução doutrinária relacionada aos princípios jurídicos⁶⁶.

Em face da vertente constitucionalista surgida após a Segunda Guerra Mundial, passa o Direito Constitucional, por suas características aqui já tratadas, a tutelar esse valor absoluto, na forma de princípio fundamental⁶⁷.

para o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana — é a própria ponderação que tem limites: “não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites” (*A eficácia jurídica*, cit. p. 253).

⁶⁶ Com todas as letras, consultar Cármen Lúcia Antunes Rocha (O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, texto mimeografado, em palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 29-8-1999); “Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal” (p. 4). Aliás, para a mesma autora, a dignidade humana consubstancia verdadeiro “superprincípio constitucional” (p. 10); “norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo” (p. 8). Reconhece também esse caráter de conceito apriorístico, José Afonso da Silva em seu *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, no capítulo específico intitulado “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”, fls. 146, também assim. Ana Paula de Barcellos, encarando que se trata de “axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente” (*A eficácia jurídica*, cit., p. 103-104).

⁶⁷ Ver Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica*, cit., p. 112. Acerca do entendimento da dignidade da pessoa humana como um valor absoluto, vêm as lições relativos e absolutos, de Immanuel Kant. Assim, aquele relativo, atribui-se-lhe um “preço” (*Wert*), pode-se substituí-lo por algo equivalente; o que é relativo existe apenas como meio, e submete-se a um “preço de mercado”. Já o valor absoluto, só esse é que possui “dignidade” (*Würde*), na medida em que supera qualquer preço, inadmitte substituição, é um fim em si (p. 146).

Trata-se, o princípio em tela, pela prevalência que lhe concedem os ordenamentos constitucionais que vem sendo estudados, de verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica⁶⁸.

Por tamanha envergadura, afirma-se, no entendimento mais engajado com a ordem constitucional implantada, que "princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo"⁶⁹. Já, no âmbito estritamente constitucional, "nenhum princípio é mais valioso para compen-diar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana"⁷⁰.

A positividade dessa esfera de intangibilidade ética, que se consubstancia na dignidade da pessoa humana, como característica imanente ao ser humano e sua racionalidade, segundo a quase unanimidade da doutrina, deu-se inauguralmente com a *GrundGesetz* de 1949⁷¹. E, sobre aquele documento normativo histórico, o entendimento que evidentemente se construiu em favor de sua incondicionalidade, de sua culminância como norma impositiva, deve valer para a Carta brasileira, moldada naquele modelo, conforme é já cediço. Por conta disso, tão imprescindível quanto a colação das lições de Konrad Hesse nesse aspecto, é seu acatamento para o cenário jurídico-constitucional que — inauguralmente — aqui se firmou em 1988: "O artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal,

⁶⁸ Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica*, cit., p. 206. De sua sorte, afirma José Afonso da Silva: "não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional" (*A eficácia jurídica*, cit., p. 147).

⁶⁹ Cármen Lúcia, *O princípio da dignidade*, cit., p. 13.

⁷⁰ Paulo Bonavides, *Teoria constitucional da democracia participativa*, Malheiros, 2001, fls. 233. Ressalte-se ainda que esse autor, ao tratar justamente da força normativa dos princípios fundamentais da Constituição, acerca do princípio da dignidade humana, leciona: "Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecida um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados" (p. 233).

⁷¹ Com efeito, todos os autores aqui estudados isso afirmam com segurança, à exceção de Edilson Pereira de Farias, que parece entender como texto inaugural a positivar tal mandamento a Constituição de Weimar, de 1919 (*Colisão de direitos*, cit. p. 51).

de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual e latente à 'dignidade do homem', está no respeito e na proteção da humanidade. A imagem do homem, da qual a Lei Fundamental parte no artigo 1º, não deve, nisso, nem individual nem coletivamente, ser mal entendida, ou dada outra interpretação. Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da 'massa' moderna. Ele é entendido, antes, como 'pessoa': de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar, também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a coconfigurar responsavelmente convivência humana. Somente assim, entendido não só como barreira ou obrigação de proteção do poder estatal, o conteúdo do artigo 1º da Lei Fundamental e os direitos do homem, dos quais o povo alemão por causa deste conteúdo, 'como base de cada comunidade humana', declara-se partícipe (artigo 1º, alínea 2, da Lei Fundamental), convertem-se em pressuposto da livre autodeterminação, sobre a ordem constituída, pela Lei Fundamental, da vida estatal deve assentar-se"⁷².

Como se tem percebido, para além de se configurar em princípio constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana possui um *quid* que a individualiza de todas as demais normas dos ordenamentos aqui estudados, dentre eles o brasileiro. Assim, deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio⁷³, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio

⁷² HESSE, Konrad, *Elementos*, cit., p. 109-111. A mesma trilha seguiu a Carta Portuguesa, já se viu aqui, sendo que, para aquele contexto, veja-se Canotilho (*Direito constitucional*, cit., p. 221); em referência à Carta de Espanha e seus dispositivos também nesse estudo já referenciados, consulte-se Francisco Fernandez Segado, *El sistema constitucional español*, in *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Garcia Belandier, Fernandez Segado e Hernandez Valle (organizadores), Madrid: Editorial Dykinson, 1992.

⁷³ É essa, expressamente, a doutrina de Kant, apontada por José Afonso da Silva (*Poder constituinte*, cit., p. 145); tido o primeiro, por Carmen Lúcia, aliás, como "o grande filósofo da dignidade" (*O princípio da dignidade*, cit. p. 5).

direito positivo, é esse princípio, imperante nos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais.

A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido⁷⁴.

8. Conclusões

Conclui-se, por conta do estágio em que se encontra o constitucionalismo brasileiro, motivado que fora pelas transformações experimentadas pelo contemporâneo Direito Constitucional ocidental, destacando-se nesse contexto as Cartas alemã, portuguesa e espanhola, que não há possibilidade de se estudar e aplicar o Direito Constitucional sem que se confira prevalência à tônica principiológica que este detém, com especial realce ao princípio da dignidade humana — princípio que nutre todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, há que se ater aos comandos constitucionais consagrados nos arts. 1º ao 4º da Carta de 1988, com nítida prevalência para o postulado da dignidade da pessoa humana, não só como critérios definitivos de interpretação da Carta, no que se constituem em parâmetro para aferimento de inconstitucionalidades; como, principalmente, norte e exigência da aplicação da Constituição aos casos concretos. Ressalte-se, nesse passo, que, fundamentais que são os princípios ali elencados, espraiam-se por toda a Constituição. Assim, percebam-se, dentre muitas outras passagens, os ditames dos arts. 18, *caput*; 19; 25, *caput*; 29, *caput*; 34 a 36; 37, *caput*; 60; 85, *caput*; 134, *caput*; 170; 182 a 186; 194; 196; 205; 225, *caput*; 226, §§ 5º e 7º; 227, *caput* e § 6º; 228; 230. Tanto é verdade que os princípios fundamentais encontram-se refletidos ao longo de todo o texto, com nítido caráter de prevalência, que, ainda que não se admita, maioritariamente entre nós, a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias⁷⁵, seguramente servem eles mesmos de óbice a emendas à Constituição, quando atentatórias aos valores neles consagrados.

Nessa análise, opta-se por conceber como princípios fundamentais aqueles contemplados nos arts. 1º ao 4º da Constituição, não somente porque foram os mesmos rotulados como tais pela Carta, mas sim porque se foi atingida a necessária e desejada segurança em sua tratativa puramente dogmática, a tipologia usualmente referida pela doutrina nesse tema é ainda moveidça. Assim, não se estabeleceu ainda uma unânime *opinio doctorum* acerca do tema ora versado. Nesse mesmo aspecto, no entanto, a tábua de uma-nimidade, como não poderia ser diverso, encontra-se na específica fundamentabilidade da dignidade da pessoa humana.

Com isso, repise-se: o presente estudo tem a pretensão de trazer contribuição ao implemento de uma prática constitucional obrigatoriamente vinculada ao que se encareceu no Texto como substrato fundamental ao sistema jurídico. Afinal, somente assim se celebra a verdadeira racionalidade do sistema em que hoje se vive. Em tal intento, parece, dentro das classificações aventadas em que variaram bastante os enfoques e as terminologias de cada autor, que o substrato mais seguro até o presente, para que sejam analisados os chamados princípios constitucionais fundamentais, é mesmo aquele designado no texto maior, atendida a importante e indiscutível prevalência da dignidade do ser humano.

A relevância, finalmente, do entendimento dos princípios fundamentais de nossa Constituição, como efetivas normas constitucionais, parece ser irretorquível. Mais genéricos que muitas das demais normas inseridas dentro do mesmo corpo legislativo, têm eles, assim, a máxima abrangência no ordenamento. Além disso, são o maior substrato quer do texto, quer, por consequência, da ordem jurídica que à vista dele se implementa. Por essas razões, cabe ao exegeta, a quem se confere a contínua missão de fazer concretos os

jurisprudência e doutrina majoritárias em negar a possibilidade de uma norma originariamente inconstitucional, ela mesma, ser inconstitucional. Sem prejuízo disso, cabe aqui ressaltar as importantes posições de Oscar Vilhena Vieira e Leda Pereira Mota, ao lado de Celso Spitzcovski. O primeiro deles, em seu *A Constituição e sua reserva de justiça*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 136; os últimos em seu *Direito constitucional*, São Paulo: Terra Editora, 1994, especificamente no momento em que tratam, em capítulo especialmente dedicado ao tema, das “normas constitucionais inconstitucionais”, a fls. 78-89. Merece, ainda, atenção, a tese alvitrada por Zaffaroni e Pierangeli, que incide diretamente no campo dos direitos fundamentais, ao sustentarem que o próprio art. 5º, XLIII, do Texto Maior é em si inconstitucional, na medida em que afronta os postulados de presunção de inocência (art. 5º, LVIII), igualdade (art. 5º, *caput*), e, por fim, humanidade e racionalidade da pena (art. 5º, XLVI e XLVII, *e*). Confira-se a opinião dos autores em *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, 3. ed., revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, fls. 138-139.

⁷⁴ No dizer de Ana Paula de Barcellos: “as normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentabilidade na ordem jurídica como um todo, a elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes” (*A eficácia jurídica*, cit., p. 202-203).

⁷⁵ Desde a ADIn 815-3, atuzada pelo Governo do Rio Grande do Sul, em face dos critérios de proporcionalidade estampados no art. 45, §§ 1º e 2º, da Constituição, sedimentaram-se nossas

preceitos constitucionais, deles partir em suas ações e exigências, sob pena de incorrer em inconstitucionalidades e, pior, macular o que de mais caro contém o sistema jurídico.

Ao concordar com a mais atualizada doutrina brasileira e estrangeira, no sentido de que “não há dispositivo constitucional despido de normatividade”⁷⁶, e que a própria normatividade não vem no texto mesmo, sendo antes o resultado de um complexo procedimento que envolve a minudente análise quer do caso concreto, quer da norma que se lhe julgue aplicável, a imperatividade — a força normativa — que se reclama da Constituição depende umbilicalmente do seguimento e aplicação de seus princípios fundamentais; dentre eles, principalmente, da intangibilidade do respeito à dignidade da pessoa humana.

O que deve, então, vingar, a bem da efetiva implementação de todos os ditames constitucionais, é mesmo o entendimento de que seus princípios constitucionais fundamentais valem como lei — lei constitucional. Possuem “eficácia jurídica positiva ou simétrica”⁷⁷, pois criam, sim, direito subjetivo ao cidadão, possibilitando-lhe exigir judicialmente a produção daqueles efeitos. E para tanto é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana.

Afirma o Ministro Celso de Mello que: “Todos os atos estatais que repugnam à Constituição expõem-se à censura jurídica — dos Tribunais especializados — porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Incumbente a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada”⁷⁸. Se assim o é, não se pode negar que a supremacia da Constituição inicia-se por seus princípios fundamentais, tendo ao centro a dignidade do

ser humano. Não como critérios somente interpretativos, e sim como normas constitucionais, incondicionalmente determinantes no sistema brasileiro.

O moderno constitucionalismo ocidental, inegavelmente, assume essa feição peculiar: o brasileiro, inauguralmente o faz em 1988.

Esta é a vertente contemporânea do Direito do Pós-Guerra, tanto no âmbito internacional como no âmbito local. Vale dizer o Pós-Guerra demandou o resgate do fundamento ético da experiência jurídica, pautado pelo valor da dignidade humana. Se no plano internacional, o impacto desta vertente se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor inerente à pessoa), no plano dos constitucionalismos locais, esta vertente se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana. Pontue-se, ainda, a interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e os Direitos locais, na medida em que aquele passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental⁷⁹.

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana — porque fonte e sentido de toda expertise jurídica.

⁷⁶ Para Canotilho: “Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referendárias, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais”, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionais. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cuja normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Diritto costituzional*, p. 1217).

⁷⁶ Entre nós: Clémerson Cléve, *A fiscalização*, cit., p. 42-43; na doutrina alienígena, principalmente, Canotilho, *Diritto costituzional*, cit.

⁷⁷ Na linguagem de Ana Paula de Barcellos: “a modalidade de eficácia jurídica simétrica descreve a perfeita identificação entre os efeitos desejados pela norma e a eficácia jurídica que lhe é reconhecida, na mesma imagem de dois triângulos simétricos opostos” (*A eficácia jurídica*, cit., p. 61, nota de rodapé n. 105). Notar que, dentre as diversas modalidades de eficácia tratadas pela autora, essa é que possui maior consistência.

⁷⁸ STF, ADIn 293-7/600, RT, 700/221, 1994.

CAPÍTULO 20

A LITIGÂNCIA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO USO DOS SISTEMAS NACIONAL E INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO*

1. Introdução

O objetivo central deste artigo é avaliar o modo pelo qual o Direito tem sido utilizado em prol de avanços sociais no Brasil, em particular mediante o exercício da litigância para a defesa do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, considerados em sua universalidade e indivisibilidade. Esta análise focará os desafios e perspectivas no uso das instâncias nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, destacam-se quatro eixos de reflexão a orientar o desenvolvimento deste ensaio:

- 1) Qual é o alcance da proteção normativa dos direitos humanos no Brasil? De que forma a gramática dos direitos humanos tem sido incorporada ao longo do processo de transição democrática?
- 2) De que modo o Direito tem sido usado como instrumento de defesa do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, perante as Cortes nacionais? Como avaliar as experiências nacionais de adoção do Direito como instrumento de avanços sociais? Quais são os principais êxitos e obstáculos?
- 3) De que modo o Direito tem sido usado como instrumento de defesa do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, perante as instâncias internacionais? Como avaliar as experiências internacionais de adoção do Direito como instrumento de avanços sociais? Qual tem sido o impacto dos ganhos obtidos?

* Este capítulo é baseado no relatório *O Direito como Instrumento de Transformação Social: A Litigância de Interesse Público em Defesa dos Direitos Humanos no Brasil*, fruto da consultoria desenvolvida por esta autora e por Miriam Ventura, a convite da Ford Foundation, em novembro de 2000. O presente texto foi publicado no livro *Many roads to justice*, organizado pela Ford Foundation, em 2002.

- 4) Quais são os desafios e perspectivas no uso dos sistemas nacional e internacional de proteção para a litigância de direitos humanos no Brasil? Quais são os limites e as possibilidades do instrumental jurídico para a obtenção de avanços sociais na defesa, proteção e promoção destes direitos? Quais são as estratégias para fortalecer o uso do Direito como instrumento de transformação social?

Para responder a estas questões faz-se necessário, preliminarmente, desvendar o contexto no qual elas se inserem, a partir do exame do impacto do processo de democratização no Brasil em relação aos direitos humanos.

2. A Crescente Incorporação da Gramática dos Direitos Humanos no Contexto da Democratização Brasileira

Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial, que perdurou de 1964 a 1985 no país, deflagra-se o processo de democratização no Brasil. Durante o regime autoritário, os mais básicos direitos e liberdades foram suprimidos, sob as marcas da tortura sistemática, das detenções arbitrárias, dos desaparecimentos forçados, da perseguição político-ideológica, da censura e da ditadura do poder Executivo Federal em relação aos demais poderes (com o rechaço aos princípios da separação dos poderes e da federação). As Forças Armadas, agindo como instituição, tomaram controle direto das funções governamentais, celebrando a fusão entre os militares e o poder.

O ano de 1985 demarca o processo de transição lenta e gradual à Democracia. Ainda que este processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário — em face de dificuldades em solucionar problemas internos — as forças de oposição da sociedade civil aceleraram o processo de queda dos militares. Como grande beneficiária do processo de abertura, a sociedade civil se fortalece, mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. Surgem novos atores sociais e novos movimentos sociais, que reforçam a democratização do cenário brasileiro, com suas demandas e reivindicações.

A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Este processo culminou na promulgação de uma nova ordem constitucional — nascia assim a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988.

A Carta de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. Esta é a sua racionalidade. O

texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático "pós-ditadura". Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), impõe-se como núcleo básico e formador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Introduz o texto constitucional avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. A Carta de 1988 consagra o fortalecimento da gramática dos direitos fundamentais, prevendo novos direitos e a titularidade de novos sujeitos de direitos (os sujeitos coletivos, como as associações, entidades de classe, sindicatos...). O texto de 1988 ainda alarga o campo das garantias constitucionais, introduzindo novas garantias constitucionais, como o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo, ao mesmo tempo que amplia o objeto da ação popular e da ação civil pública (que passa a tutelar todo e qualquer direito difuso ou coletivo). Ademais, intenta a Constituição fortalecer a tônica democrática, a partir da Democracia Participativa, mediante a instituição de mecanismos de participação direta da vontade popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14).

A Constituição brasileira de 1988 encontra-se, ainda, em absoluta harmonia com a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade de direitos. Consagra a universalidade de direitos, na medida em que estabelece a dignidade humana como valor fundante do Estado Democrático de Direito que busca instituir. Consagra a indivisibilidade de direitos, ao conjugar, ao lado da categoria de direitos civis e políticos, a categoria de direitos econômicos, sociais e culturais, sob o título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" (Título II da Constituição).

Não obstante os tantos avanços constitucionais, capazes de refletir a ansia pela democratização do País, pode-se, contudo, afirmar que a transição democrática não foi capaz de automaticamente assegurar a Democracia plena e nem tampouco a universalização da cidadania no Brasil. Adota-se a classificação de Guillermo O'Donnell, para quem: "É útil conceber o processo de democratização como processo que implica duas transições. A primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação

democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático".

Constata-se que, na experiência brasileira, a construção democrática envolveu, em um primeiro momento, a ruptura com o regime militar ditatorial, o que deflagrou o período de transição democrática, com o gradativo resgate da cidadania e das instituições representativas. A transição democrática, por sua vez, fez surgir como maior desafio a efetiva consolidação da Democracia, mediante o pleno exercício de direitos e liberdades fundamentais, na medida em que a garantia de eleições livres, por si só, não resultou automaticamente em uma sociedade justa e igualitária. Acredita-se que, embora a primeira etapa do processo de democratização já tenha sido alcançada — a transição do regime autoritário para a instalação de um regime democrático —, a segunda etapa do processo de democratização, ou seja, a efetiva consolidação do regime democrático, ainda está se concretizando, sob as dificuldades geradas pelo peso do legado de vinte e um anos de cultura autoritária. Há a certeza de que a democracia política (ainda que fundamental à vigência dos direitos humanos) não basta, revelando-se insuficiente. Requer-se e demanda-se a democracia social, econômica e cultural; a democracia de gênero; a democracia étnico-racial...

De todo modo, nestas últimas duas décadas houve um aumento extraordinário de movimentos sociais e organizações não governamentais voltadas às mais diversas esferas de defesa da cidadania, como atores centrais do processo de democratização.

No campo dos direitos humanos, emerge a necessidade de repensar e redefinir a agenda de atuação, que, no período do regime militar ditatorial, centrava-se, fundamentalmente, na defesa dos direitos civis e políticos, como forma de resistência às perseguições político-ideológicas, às detenções arbitrárias, aos casos de tortura e de desaparecimento forçado. Surgem novas pautas de atuação, que compreendem a pluralidade dos movimentos sociais, como o movimento de mulheres, o movimento negro, o movimento ambientalista, as entidades em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, dos direitos das pessoas portadoras do vírus HIV, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência, da moradia, terra, saúde, dentre outros. Testemu-

¹ Guillermo O'Donnell, *Transitions, continuities, and paradoxes*, in Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell e I. Samuel Valenzuela, (Orgs.), *Issues in democratic consolidation: the new south american democracies in comparative perspective*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992, p. 18.

nha-se o que Norberto Bobbio denomina "especificação do sujeito de direito"², com a transição do sujeito de direito abstrato e genérico, para o sujeito de direito especificado, categorizado, sob as perspectivas de gênero, raça-ethnia, idade...

No âmbito jurídico-normativo, o período pós-1988 é marcado pela produção de uma extraordinária normatividade nacional voltada à proteção dos direitos humanos, ao que se conjuge a crescente adesão do Brasil aos principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Desde o processo de democratização do País e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. Dentre os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destaque-se a ratificação: a) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1^o de fevereiro de 1984; b) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; c) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; d) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; e) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; f) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; g) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; h) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; i) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; j) do Protocolo à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) dos dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007; o) da Convenção para a Proteção das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em 1^o de agosto de 2008; e p) do

Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como do Segundo Protocolo ao mesmo Pacto visando à Abolição da Pena de Morte, em 25 de setembro de 2009. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998.

Além dos significativos avanços decorrentes da incorporação, pelo Estado brasileiro, da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, o pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. Pode-se afirmar que a maior parte das normas de proteção aos direitos humanos — concebidos como o exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais — foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração³.

² Nesse sentido, destacam-se os seguintes atos normativos: a) Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 — Define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, prevendo o racismo como crime inafiançável e imprescritível (anteriormente à Constituição de 1988, o racismo era considerado mera contravenção penal); b) Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 — Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente, considerada uma das legislações mais avançadas a respeito da matéria, ao estabelecer a proteção integral à criança e ao adolescente, destacando os seus direitos fundamentais, bem como a política de atendimento desses direitos; c) Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 — Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; d) Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995 — Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão da participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e fixa a responsabilidade do Estado por estas mortes, concedendo indenização aos familiares das vítimas; e) Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996 — Regulamenta o § 7^o do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde; f) Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996 — Insstitui o Programa Nacional de Direitos Humanos, que ineditamente atribui aos direitos humanos o status de política pública governamental, contendo propostas de ações governamentais para a proteção e promoção dos direitos civis e políticos no Brasil; g) Lei n. 9.299, de 7 de agosto de 1996 — Determina a transferência da Justiça Militar para a Justiça Comum do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares; h) Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996 — Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, cabendo ao Sistema Único de Saúde fornecer toda medicação necessária a seu tratamento; i) Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997 — Define e pune o crime de tortura, como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem, em consonância com o disposto no art. 5^o, XLIII, da Constituição de 1988; j) Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997 — Altera e aprimora a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), prevendo também a punição de crimes resultantes de preconceito de ethnia, religião ou procedência nacional; k) Lei n. 9.504,

³ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68-69.

Inferre-se, deste modo, quão recente é a adoção de medidas legislativas voltadas à cidadania, que contam com pouco mais de uma década de existência.

Neste contexto, constata-se que a bandeira dos direitos humanos tem sido intensa e insistentemente reivindicada pelos movimentos sociais, com amplo grau de êxito no âmbito normativo. O processo legislativo, por sua vez, tem sido capaz de permitir um espaço de interlocução a envolver a sociedade civil, com sua pluralidade de movimentos sociais, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. O Poder Legislativo é a arena para a qual muitas demandas referentes aos direitos humanos são endereçadas, o mesmo se afirmando com relação ao Poder Executivo, na medida em que se vê cobrado a implementar, por meio de políticas públicas, a proteção a estes direitos. Reflexo da crescente importância da temática dos direitos humanos no âmbito do Poder Legislativo é a criação de Comissões de Direitos Humanos nas Casas do Legislativo (por exemplo, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas estaduais e nas Câmaras municipais). No âmbito do Poder Executivo, a incorporação da agenda de direitos humanos revela-se na adoção de Programas de Direitos Humanos (por exemplo, o Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996 — atualizado em 2002 e em 2009, Programas Estaduais de Direitos Humanos em diversos Estados...) e na criação de Secretarias de Direitos Humanos (por exemplo, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, instituída em 1997).

Em face deste cenário, indaga-se: De que modo as demandas de direitos humanos têm sido endereçadas ao Poder Judiciário? Como compreender o grau de provocação deste poder por parte dos atores sociais em defesa de direitos? Em que medida o Poder Judiciário tem se convertido em *locus privi-legiado* de afirmação de direitos?

de 30 de setembro de 1997 — Estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo: l) Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999 — Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho; m) Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999 — Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas; n) Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001 — Introduz no Código Penal o art. 216-A, contemplando o tipo penal assédio sexual; o) Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002 — Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos II, que estabelece metas concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais; e p) Decreto n. 4.228, de 13 de maio de 2002 — Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas.

Em outras palavras: de que modo o Direito tem sido usado como instrumento de defesa do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, perante as Cortes nacionais? Como avaliar as experiências nacionais de adoção do Direito como instrumento de avanços sociais? Quais são os principais êxitos e obstáculos?

3. A Litigância de Interesse Público na Defesa dos Direitos Humanos perante as Cortes Nacionais

Segundo dados oficiais, de 1988, produzidos pela Fundação IBGE, apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal. Como explica Maria Teresa Sadek, “as razões para isso são inúmeras, indo desde a descrença na lei e nas instituições até a banalização da violência. (...) Por outro lado, ainda que em menor grau que no passado, é baixa a conscientização da população tanto sobre seus direitos como sobre os canais institucionais disponíveis para a solução de seus litígios”⁴.

Se apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal, há que se indagar qual é o perfil destes agentes que acionam a esfera jurisdicional. De acordo com a mesma autora, se se avaliar a justiça e as variações regionais, pode-se concluir que: “No que se refere às regiões, o IDH permite afirmar que o Nordeste e o Norte reúnem os mais baixos indicadores socioeconômicos do país, durante todo o período. Em contraste, o Sul, o Sudeste e o Centro-Oeste apresentam as melhores condições no que diz respeito às dimensões captadas pelo IDH. É notável como quanto mais alto é o IDH, melhor é a relação entre processos entrados e população. Ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano”⁵.

⁴ Maria Teresa Sadek, *Acesso à justiça*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 7.

⁵ Maria Teresa Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo, O Judiciário e a prestação da justiça, in Maria Teresa Sadek (org.), *Acesso à justiça*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 20-21. Acrescenta Maria Teresa Sadek, “A região Sudeste apresenta um maior número de processos do que faria supor o tamanho de sua população: possui, em média, 64% de todos os processos entrados no País, enquanto a sua população corresponde a 43% do total de habitantes do País. Da mesma forma, a região Sul abriga uma parcela de 15% da população brasileira e tem, em média, 20% dos processos entrados. Em contraste, a região Nordeste, contribuindo com 29% da população brasileira, participa, em média, com somente 6% dos processos entrados; a região Norte possui 7% da população e responde, em média, por somente 3% dos processos. Já a região Centro-Oeste apresenta uma participação equitativa no que se refere à população e aos processos — uma média de 6%” (p. 20-21).

Esta questão, por sua vez, suscita um outro questionamento: como qualificar o universo de demandas que é submetido ao Poder Judiciário? Seriam demandas que, em sua maioria, refletiriam a busca por garantia de direitos?

Ao responder a tal indagação, pondera Maria Teresa Sadek: "temos hoje uma Justiça muito receptiva a um certo tipo de demandas, mas pouco atenta aos pleitos da cidadania. (...) O que parece inquestionável é que temos um sistema muito mais comprometido com um excesso de formalismos e procedimentos do que com a garantia efetiva de direitos"⁶. Nesse sentido, o Judiciário deixa de ser utilizado para a garantia de direitos e passa a ser procurado principalmente para se obter vantagens. Compartilha-se da hipótese de que a utilização do Poder Judiciário está estreitamente relacionada a um grupo específico da sociedade, exatamente aquele que dispõe de mais recursos econômicos, sociais e intelectuais. Vale dizer, à luz deste diagnóstico, o Poder Judiciário vê-se inchado e repleto de demandas que pouco têm que ver com a garantia de direitos.

O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos humanos no Brasil reflete ainda um "estranhamento recíproco" entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional. De acordo com pesquisa realizada pela IUPERJ/ABM, 79,5% dos juízes entendem que uma dificuldade do Judiciário considerada essencial está radicada no fato de ele se encontrar distante da maioria da população. No mesmo sentido, pesquisas conduzidas não apenas no Brasil, mas na Argentina, Peru e Equador, evidenciam que 55% a 75% da população apontam para o problema da inacessibilidade do Judiciário⁷.

⁶ Maria Teresa Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo. O Judiciário e a Prestação da Justiça. in Maria Teresa Sadek (org.), *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 41. Acrescentam os autores: "Tornou-se lugar comum afirmar que sem uma Justiça acessível e eficiente coloca-se em risco o Estado de Direito. O que poucos ousam sustentar, completando a primeira afirmação, é que, muitas vezes, é necessário que se qualifique de que acesso se fala. Pois a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos — esta sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais" (p. 41).

⁷ Ver Alejandro M. Garro, *Access to Justice for the poor in Latin America*, in Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro (orgs.), *The (un)rule of law & the underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999, p. 293.

Este "estranhamento recíproco" tem implicado um reduzido universo de demandas submetidas ao Poder Judiciário a respeito dos direitos humanos⁸.

Acrescente-se, também, que esta problemática ganha maior complexidade quando se testemunha o impacto do processo de globalização econômica no que tange aos direitos humanos e, em particular, à redefinição do papel do Estado. O processo de globalização econômica, inspirado na agenda do chamado "Consenso de Washington", tem como plataforma os postulados da economia de matriz neoclássica, do que resulta a ênfase na redução das despesas públicas, na privatização, na desconstitucionalização/flexibilização dos direitos sociais, na disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, na reforma tributária e na abertura (seletiva para os países centrais, e indiscriminada para as economias semiperiféricas) do mercado ao comércio exterior. No dizer de Jürgen Habermas: "Hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais"⁹. A globalização econômica tem agravado as desigualdades sociais e o desemprego, aprofundando as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. É sob esta moldura que, por exemplo, as reformas do Poder Judiciário têm sido impulsionadas na América Latina. Vale dizer, as propostas de reforma do Poder Judiciário no Brasil buscam responder prioritariamente aos desafios lançados pela globalização econômica, que demandam maior "estabilidade" e "previsibilidade" do sistema judicial a menor custo, de forma a atrair o capital internacional. As massas excluídas não figuram como foco de atenção prioritária neste debate, nem tampouco a expansão de serviços de assistência judiciária à população pobre, na medida em que se vive a redefinição do papel do Estado e a dramática redução dos gastos públicos. Como afirma Jorge Correa Sutil: "Pode-se apresentar uma descrição geral das mais importantes reformas dos sistemas judiciais na América Latina, analisando suas causas e objetivos, sem que se refira à população excluída como um ator relevante. Uma conclusão preliminar e não muito otimista seria a de que as reformas judiciais na América Latina estão definitivamente relacionadas mais com a abertura dos mercados do que com qualquer outro fator. Não foram

⁸ Neste sentido, merece destaque a obra *Direitos Humanos: legislação e jurisprudência* (1999), organizada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que compila a mais significativa jurisprudência em direitos humanos produzida no País.

⁹ Jürgen Habermas, *Nos limites do Estado*, *Fólia de S. Paulo*, Caderno Mais!, p. 5, 18-7-1999.

elas provocadas pelos grupos despossuídos e nem tampouco foram eles os seus beneficiários¹⁰.

Neste cenário, indagar o modo pelo qual os próprios movimentos sociais têm se valido do Direito como instrumento de transformação social é questão que assume máxima relevância para a tutela dos direitos humanos no País, bem como para a transformação da arena judicial como um fórum estratégico para a obtenção de avanços sociais, na defesa do interesse público¹¹.

Além das razões já apontadas, outras razões se somam para explicar o baixo grau de provocação do Judiciário para a tutela dos direitos humanos no Brasil.

Como pode evidenciar o relatório *O Direito como Instrumento de Transformação Social: A Litigância de Interesse Público em Defesa dos Direitos Humanos no Brasil*, fruto da consultoria desenvolvida por esta autora e por Miriam Ventura, a convite da Fundação Ford, em novembro de 2000, determinados movimentos sociais, apenas recentemente, têm privilegiado a litigância como estratégia de defesa de direitos.

¹⁰ Ver Jorge Correa Sutil, *Judicial Reforms in Latin America: Good news for the Underprivileged?*; in: Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro (orgs.), *The (un)rule of Law & the underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999, p. 268. A respeito, cabe acrescentar que a reforma do Judiciário há de ser contextualizada no âmbito da reforma do Estado, que, segundo Luis Carlos Bresser Pereira, compreende quatro macrotemas: a) um problema econômico-político — a delimitação do tamanho do Estado (o que envolve a terceirização, privatização, publicização, ou seja, a transferência para o setor público não estatal de tarefas que outrora eram do Estado); b) um problema também econômico político, mas que merece tratamento especial, que é a redefinição do papel regulador do Estado (o que envolve problemas como o grau e estratégias de regulação); c) um problema econômico-administrativo — a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo (o que envolve problemas de natureza financeira — superação da crise fiscal, estratégica — redefinição das formas de intervenção no plano econômico-social; administrativa — superação da forma burocrática de administrar o Estado); d) um problema político — o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo intermediar interesses, garantir legitimidade e governar (o que envolve problemas como a legitimidade do governo perante a sociedade, a adequação das instituições políticas para a intermediação de interesses). In: *A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, p. 7-8, apud Ronaldo Porto Macedo e Ana Cristina Braga Martes, *A reforma do Judiciário e suas propostas*, texto apresentado no XXIV Encontro Anual da ANPOCS, outubro de 2000.

¹¹ O Judiciário, deste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, consequentemente, garantir a efetivação de direitos individuais e coletivos. Daí ser legítimo afirmar que o Judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania” (in Maria Teresa Sadek (org.), *Acesso à justiça*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 7).

A aludida consultoria concentrou-se em quatro áreas específicas, compreendendo o uso do Direito em prol do interesse público para a defesa: a) das mulheres; b) da população afrodescendente; c) dos direitos ambientais; e d) das pessoas portadoras do vírus HIV.

Constatou-se que, tanto o movimento de mulheres como o movimento dos afrodescendentes, a título de exemplo, nas décadas de 80 e 90, priorizaram seus esforços em demandas legislativas e relativas a políticas públicas, para, só agora, desenharem uma estratégia voltada à litigância de impacto em direitos humanos.

Ambos os movimentos obtiveram significativas conquistas no âmbito normativo constitucional e legal. No caso do movimento de mulheres, houve a incorporação da maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres no texto constitucional de 1988¹². O mesmo êxito apresentou o movimento dos afrodescendentes, capaz de organizar uma ampla articulação e mobilização ao longo dos trabalhos constituintes, visando à obtenção de conquistas na esfera constitucional. Em face desta mobilização, a Constituição Federal de 1988 é o primeiro texto constitucional da história brasileira a consagrar o racismo como crime e crime que, por sua gravidade, é inafiançável e imprescritível¹³.

¹² O êxito do movimento de mulheres, no tocante aos ganhos constitucionais, pode ser claramente evidenciado pelos dispositivos constitucionais que, dentre outros, asseguram: a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei n. 9.029, de 13-4-1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); c) a proteção especial da mulher do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei n. 9.799, de 26-5-1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); d) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12-1-1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e e) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º). Além desses avanços, merece ainda destaque a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

¹³ A Carta de 1988 estabelece o princípio da igualdade no *caput* do art. 5º, afirmando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O direito à igualdade e a proibição da discriminação vêm reforçados ao longo deste mesmo dispositivo constitucional, quando os incisos XLI e XLII determinam que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos

Há o consenso de que as estratégias destes movimentos têm valorizado intervenções junto ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo e não propriamente junto ao Poder Judiciário. Vale dizer, computam-se ganhos extraordinários no tocante à previsão de normas que protegem os direitos humanos e punem a discriminação, bem como no tocante à implementação de determinadas políticas públicas¹⁴. A mesma atenção, todavia, não se constata com relação à arena jurisdicional.

e liberdades fundamentais”, acrescentando que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. No campo dos direitos sociais, proíbe a Carta a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX). A fim de conferir cumprimento ao art. 5º, XLII, da Carta de 1988, foi adotada a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Observe-se que, até o advento da Carta de 1988, o racismo era considerado contravenção penal, ou seja, crime de menor potencial ofensivo, punido mediante pena de detenção (máximo de um ano) e multa, em conformidade com a Lei n. 1.390/51. Foi a Constituição Federal de 1988 que elevou o racismo de contravenção penal a crime — crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Enquanto a Lei n. 1.390/51 previa para a prática de racismo a pena de detenção e/ou multa, sendo a pena máxima de um ano, a Lei n. 7.716/89 estabeleceu a pena de reclusão, sendo a pena mínima de um ano e a pena máxima de cinco anos. Outra lei de destacada relevância é a Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, que estabeleceu a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A Lei n. 9.459/97 alterou a Lei n. 7.716/89, de forma a ampliar o seu objeto, originariamente restrito ao combate dos atos resultantes de preconceito de raça ou cor. Como mencionado, a Lei n. 9.459/97 compreende também a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de etnia, religião ou procedência nacional. Outro avanço da Lei n. 9.459/97 foi introduzir a “injúria discriminatória” (fundada em discriminação de raça, cor, etnia, religião ou origem), diferenciando-a da injúria genérica e conferindo-lhe um tratamento jurídico mais severo. Assim, se a injúria consistir na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, a pena será de reclusão de um a três anos e multa. Constata-se, deste modo, que uma das primeiras estratégias do movimento negro concentrou-se no desafio de obter uma legislação repressiva em face da discriminação racial. Neste sentido, o êxito do movimento pode ser evidenciado pelo art. 5º, XLII, da Carta de 1988, pela Lei n. 7.716/89 e pela Lei n. 9.459/97.

¹⁴ Destacam-se os esforços do movimento de mulheres, no sentido de cobrar a implementação de políticas públicas, por exemplo, na área da saúde da mulher, como atestam as demandas pela criação de serviços voltados à realização do “aborto legal” em hospitais da rede pública de saúde. Quanto ao movimento afrodescendente, destaca-se a recente adoção de políticas de cotas no Ministério da Justiça, no STF e em algumas Universidades. A respeito, vide “Ministério da Justiça cria cotas para negro, mulher e deficiente” (*Folha de S. Paulo*, 20-12-2001); “Editorial do STF prevê reserva de 20% das vagas para profissionais negros” (*Folha de S. Paulo*, 8-1-2002); Rio dá a negros e pardos 40% das vagas em Universidades públicas” (*Folha de S. Paulo*, 10-10-2001). Ver ainda o Programa Nacional de Ações Afirmativas, adotado no âmbito da Administração Pública Federal, em 13 de maio de 2002.

Quanto ao Poder Judiciário, a atuação do movimento de mulheres tem se concentrado destacadamente em casos de crimes passionais, que, por vezes, ressuscitam a arcaica argumentação da “legítima defesa da honra”, como linha de defesa¹⁵.

Além desta atuação de natureza essencialmente política, devem ser também destacadas relevantes análises e pesquisas sociológicas, sob a perspectiva de gênero, desenvolvidas por estudiosas feministas, com formação jurídica. Nesse sentido, merecem menção os estudos e pesquisas a respeito do modo pelo qual o Poder Judiciário tem fomentado uma jurisprudência em prol da igualdade entre os gêneros ou, ainda, se tem fomentado uma jurisprudência discriminatória, que, fundada em uma dupla moral, atribui diversos pesos e avaliações morais distintas a atitudes praticadas por homens e mulheres¹⁶.

Percebe-se que, no tocante aos direitos humanos das mulheres, os extraordinários ganhos constitucionais e legais não implicaram automaticamente a sensível mudança jurisprudencial, que, por vezes, adota como referência a normatividade pré-1988 e não a normatividade introduzida a partir da Carta democrática de 1988.

A experiência do movimento de mulheres permite afirmar que os ganhos legislativos não ecoaram, com toda sua amplitude, no Poder Judiciário. Daí a

¹⁵ Importa ressaltar, a respeito, importante decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em 1991, afastou a tese da “legítima defesa da honra”, ao afirmar que: “Não há ofensa à honra do marido pelo adúltero da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. (...) O adúltero não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do artigo 25, do Código Penal”. Ainda que afastada por decisão do Superior Tribunal de Justiça, em diversos casos o argumento da “legítima defesa da honra” renasce como estratégia de defesa. Basta mencionar, a título de exemplo, o cruel assassinato da jornalista Sandra Comide, motivado, segundo depoimento do autor do crime, por alegada traição da vítima. Tal como nos demais episódios da mesma natureza, vê-se a intensa mobilização e articulação política do movimento de mulheres em torno do caso, no sentido de acompanhar o julgamento, realizar um ativismo político via internet, denunciar o uso do argumento da “legítima defesa da honra”, evitando a conversão da vítima em ré, como tem sido usual nesta espécie de crime.

¹⁶ A respeito, cabe destaque aos estudos *A figura/personagem mulher em processos de família* (Silvia Pimentel, Beatriz Di Giorgi e Flavia Provesan, 1993); *Percepções das mulheres em relação ao direito e à justiça* (Silvia Pimentel e Valéria Pandiarijan, 1996); *Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociológica de gênero* (Silvia Pimentel, Ana Lucia P. Schritzmeyer e Valéria Pandiarijan, 1998). Também cabe destaque à coleção *As mulheres e os direitos civis*, publicada pela CEPIA — Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação, com apoio da UNIFEM, FNUAP, Fundação Ford e Comissão Europeia.

importância, compartilhada por todas as feministas entrevistadas ao longo daquela consultoria, de lançar estratégias para acionar a esfera jurisdicional, a partir de demandas, preferencialmente coletivas, que lancem ao Judiciário o desafio de implementar, na prática, os tantos avanços obtidos na lei. Cabe observar que as escassas experiências de litigância desenvolvidas por entidades de defesa dos direitos das mulheres demonstraram-se inviáveis, na medida em que desaguararam em um volume amplíssimo de ações individuais (por exemplo, no caso de violência doméstica), a que as próprias entidades viram-se impossibilitadas de responder, o que propiciou a redefinição das linhas de atuação. A experiência da litigância em *public interest law*, em entidades não governamentais na Argentina e no Chile, permite concluir que a selektividade de casos é um elemento central para o êxito desta litigância, não cabendo às entidades substituírem o Estado, na prestação do serviço de assistência jurídica gratuita, mas, sim, exigir do Estado a devida implementação deste serviço. A respeito, cabe destacar caso submetido pelo CELS à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem por objeto justamente denunciar a violação do direito de acesso à justiça em um caso concreto, em razão da reiterada omissão do Poder Público em prestar o serviço de assistência jurídica à vítima.

Compartilha-se, assim, da ideia de que a litigância em prol dos direitos humanos das mulheres há de ser capaz de se apropriar dos mecanismos coletivos de defesa de direitos, no sentido de potencializar os avanços constitucionais e internacionais. Há de ter como parâmetro a Constituição democrática de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. Antes de ser uma advocacia limitada ao "varejo", que busca atender às demandas individuais diárias, há de ser uma advocacia seletiva, capaz de escolher casos paradigmáticos, de elevado impacto social, que tenham a potencialidade de irradiar transformações jurisprudenciais e universalizar os ganhos judiciais. Por isso, é fundamental a seleção de casos, uma estratégia de planejamento e avaliação, uma advocacia jurídico-política, que conte com a atuação política e engajada do movimento de mulheres, tanto na escolha do caso como no trabalho de sua preparação e tramitação. É o momento de fazer despertar o potencial emancipatório e transformador que o Direito pode apresentar, por meio da litigância, rompendo-se com a visão, formada em razão do longo período ditatorial, de que o Direito é tão somente instrumento do arbítrio e da opressão.

Quanto ao movimento afrodescendente e sua relação com o Poder Judiciário, do mesmo modo que o movimento de mulheres, vislumbra-se um

baixo grau de provocação jurisdicional. Vencido o primeiro desafio de obter avanços legislativos, o segundo desafio passa a ser o da implementação da legislação junto às instâncias judiciais.

O balanço de mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, bem como da edição da Lei n. 7.716/89, aponta, todavia, à insuficiência da resposta estritamente repressiva-punitiva, pautada pelo esforço de implementação da legislação punitiva do crime de racismo. Passadas mais de duas décadas de vigência da Lei, as condenações criminais por racismo ainda são incipientes no País.

Com efeito, de um lado, há uma vertente jurisprudencial minoritária que aplica os preceitos constitucionais e legais, no sentido de punir a discriminação racial (com fundamento nas Leis n. 7.716/89 e 9.459/97) ou determinar o pagamento de indenização por danos morais, quando da sua ocorrência (com fundamento no art. 5º, X, da Constituição Federal).

Por outro lado, há um amplo número de decisões que não punem a discriminação racial, sob o argumento da ausência ou insuficiência de provas, ou ainda a inexistência de dolo, considerado como elemento subjetivo do delito. Nesta última hipótese, exige-se a difícil comprovação do "ódio racial". Há ainda casos que as vítimas qualificam como crime de racismo (nos termos da Lei n. 7.716/89) e esta qualificação posteriormente é classificada como injúria, nos termos da Lei n. 9.459/97 (que acrescentou um parágrafo ao art. 140 do Código Penal, que tipifica o crime de injúria). Reitere-se que, de acordo com a Lei 9.459/97, se a injúria consistir na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, a pena será de reclusão, de um a três anos e multa. Deste modo, objetivou a lei diferenciar a injúria genérica daquela fundada em discriminação (de raça, cor, etnia, religião ou origem), conferindo um tratamento jurídico mais severo a esta última. Ainda que este tratamento seja mais severo, é ainda mais brando que o tratamento conferido aos crimes previstos pela Lei n. 7.716/89. Além disso, o crime de injúria demanda ação penal privada, cujo prazo decadencial para o oferecimento de queixa é de apenas seis meses, enquanto o crime de racismo demanda ação penal pública. Por este motivo, quando há a desclassificação jurídica de uma conduta, de racismo para injúria, cabe à vítima oferecer a queixa no exíguo prazo restante ao cômputo dos seis meses, o que, por vezes, gera a impunidade.

Considerando os posicionamentos do Poder Judiciário, no que concerne à discriminação racial, os(as) advogados(as) afrodescendentes entrevistados(as) naquela consultoria avaliaram que, além de insistir na vertente repressiva-

-punitiva, de natureza penal¹⁷, é fundamental otimizar o ajuizamento de ações na área cível, objetivando indenização por dano moral causado à vítima de discriminação racial, nos termos do art. 5º, X, da Constituição brasileira (que determina serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação). Esta via tem encontrado maior receptividade e sensibilidade por parte do Poder Judiciário.

Além das ações civis, também avaliam estes advogados(as) que o ajuizamento de ações coletivas, como, por exemplo, de ações civis públicas, seria uma estratégia de especial relevância para a defesa dos direitos coletivos e difusos da população afrodescendente. Até o momento, um número muito reduzido de ações civis públicas foi ajuizado para a tutela dos direitos da população afrodescendente¹⁸.

Outra avaliação feita refere-se à necessidade de exigir a adoção de ações afirmativas, como medidas compensatórias, especiais e temporárias, voltadas a acelerar o processo de igualdade, de forma a permitir a maior inclusão da população afrodescendente. Isto é, há que se somar à vertente repressiva-punitiva a vertente promocional, tendo em vista que a implementação do direito à igualdade demanda a proibição da discriminação racial conjugada com a promoção da igualdade. Nesse sentido, se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem o alcance do direito à igualdade. Para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inclusão de grupos socialmente vulneráveis.

Ao tecer o paralelo entre as distintas dinâmicas e estratégias adotadas pelo movimento afrodescendente e pelo movimento de mulheres, pode-se concluir que, se, no início, o primeiro concentrou seus esforços prioritaria-

¹⁷ Para alguns advogados(as) afrodescendentes, a via repressiva de natureza penal possui um valor pedagógico e simbólico, ao reforçar a ideia de que o racismo é crime, que merece a punição por parte do Estado, mediante ação penal pública. Além disso, por esta vertente é ainda possível caracterizar a existência do racismo no País.

¹⁸ A título de exemplo, cabe citar o caso da campanha publicitária "Você é da Paz. Eles Não. Vamos desarmar os bandidos e não os cidadãos de bem", que veiculava no centro do *oultior* um afro-descendente, equiparado a um "bandido". Proposta pela Procuradoria do Estado de São Paulo, em 1999, a ação civil pública foi julgada procedente, tendo sido determinada a imediata retirada do material publicitário e o pagamento de danos morais coletivos.

mente na vertente repressiva-punitiva (proibição da discriminação racial), o segundo concentrou seus esforços fundamentalmente na vertente promocional. Para tanto, basta mencionar a adoção da chamada "Lei das cotas" (Lei n. 9.100/95), que obrigou que ao menos 20% dos cargos para as candidaturas às eleições municipais fossem reservados às mulheres; da Lei n. 9.504/97, que, ao estabelecer normas para as eleições, dispôs que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo; e da Lei n. 9.799/99, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, em cumprimento ao art. 7º, XX, da Carta de 1988 (que trata da proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos). Apenas após a Conferência de Durban, em setembro de 2001, é que houve uma maior ênfase às ações afirmativas, por parte do movimento afrodescendente¹⁹.

Refletir sobre o uso da litigância em prol da defesa dos direitos da população afrodescendente requer, assim, esta avaliação preliminar, acerca do balanço jurisprudencial pós-1988. Como já mencionado, o legado jurisprudencial a respeito da discriminação racial permite concluir pelas limitações da resposta exclusivamente repressiva-punitiva (fundada na criminalização do racismo), bem como pela necessidade de criar respostas no âmbito cível (fundadas em ações indenizatórias, por dano moral) e respostas coletivas (fundadas no uso da ação civil pública para a defesa dos direitos coletivos e difusos da população afrodescendente). A estas estratégias soma-se o debate sobre a adoção de ações afirmativas. Vale dizer, a estratégia de litigância deve ser capaz de combinar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional.

Motivados por esta avaliação, em 5 de agosto de 2000, lideranças do movimento negro criaram a rede nacional de operadores do direito contra o

¹⁹ A respeito, destacam-se recentes avanços, como ilustram as notícias "Ministério da Justiça cria cotas para negro, mulher e deficiente" (*Folha de S. Paulo*, 20-12-2001); "Edital do STF prevê reserva de 20% das vagas para profissionais negros" (*Folha de S. Paulo*, 8-1-2002); "Rio dá a negros e pardos 40% das vagas em Universidades públicas" (*Folha de S. Paulo*, 10-10-2001). Acrescente-se que o próprio Programa Nacional de Direitos Humanos (I e II) faz expressa alusão às políticas compensatórias, prevendo como meta o desenvolvimento de ações afirmativas em favor de grupos socialmente vulneráveis. Ver ainda o Programa Nacional de Ações Afirmativas, adotado no âmbito da Administração Pública Federal, em 13 de maio de 2002. Note-se que o Direito brasileiro, ao admitir a adoção das ações afirmativas, está em absoluta consonância com a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e com a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, visto que ambas preveem a adoção de tais ações, nos termos dos arts. 4º, § 1º, e 1º, § 4º, respectivamente.

racismo e a desigualdade racial. A rede objetiva articular advogados(as), professores universitários, juizes de direito, promotores de justiça e defensores públicos de todas as regiões do País; a fim de estabelecer o intercâmbio e a troca de informações, no sentido de otimizar o uso da litigância em prol dos direitos da população afrodescendente, inventando uma litigância de alto impacto social, a partir de casos emblemáticos. A proposta é criar uma advocacia seletiva, pautada por *test cases*, que tenha a potencialidade de fomentar relevantes parâmetros jurisprudenciais. Também é previsto o uso do sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, em particular, o uso do sistema da ONU (com base na Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, cujo artigo 14, que prevê o sistema de petição individual, já foi acolhido pelo Estado brasileiro) e o uso do sistema interamericano (com o encaminhamento de casos à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). É ainda prevista pela rede a formação de um banco de dados, que contenha o aparato normativo e jurisprudencial concernente aos direitos da população afrodescendente. Objetiva também a rede desenvolver estratégias para a luta por políticas públicas e privadas de promoção da igualdade, que beneficie a população afrodescendente²⁰.

Em suma, tal como o movimento de mulheres, o movimento afrodescendente enfrenta neste momento um novo desafio, que é justamente o de inventar uma litigância capaz de acenar à seletividade de casos de impacto social, a partir de casos emblemáticos, que tenham a potencialidade de fomentar avanços e transformações sociais.

Por fim, se se comparar a dinâmica do movimento de mulheres e do movimento afrodescendente com o movimento de defesa dos direitos das pessoas portadoras do vírus HIV, percebe-se que este último adotou um caminho radicalmente inverso: os ganhos jurisprudenciais é que implicaram os avanços legislativos. Para ilustrar, basta lembrar que, em razão da larga jurisprudência que condenava o Poder Público a oferecer gratuitamente medicamentos às pessoas portadoras do vírus HIV, foi aprovada a Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, cabendo ao Sistema Único de Saúde fornecer toda medicação necessária a seu tratamento.

²⁰ A título de exemplo, pode-se citar o termo de ajustamento de conduta firmado nos autos do inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público em Salvador/Ba, para apurar denúncias de racismo no Carnaval de Salvador e, as negociações com os *Shopping Centers*, em Salvador, para o estabelecimento de cotas.

Tendo em vista a urgência das questões que envolviam a epidemia de AIDS, este movimento privilegiou a judicialização das reivindicações, sustentando a autoaplicabilidade dos dispositivos constitucionais, e a atuação junto ao Poder Executivo, mediante a participação em vários projetos, conselhos e comissões, o que vem permitindo uma extensa regulamentação sobre o tema no âmbito do Sistema Único de Saúde, por meio de Portarias Ministeriais e Internominariais²¹. À elaboração legislativa conjugou-se a adoção de políticas públicas consideradas, atualmente, exemplares no tratamento da AIDS, compreendendo o protagonismo do Brasil na esfera internacional, com destaque à iniciativa no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU de propor uma resolução, ao final aprovada, afirmando o acesso a medicamentos para a AIDS, malária e tuberculose como um direito humano fundamental, o que acabou por contribuir para o pleito da quebra de patentes da produção de medicamentos para a Aids, no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Cabe ainda uma consideração a respeito da litigância afeta ao meio ambiente. Quanto à proteção do meio ambiente, constatou-se que não são os segmentos mais desfavorecidos aqueles que apresentam demandas judiciais. Na área urbana as reivindicações advêm, principalmente, da classe média alta, preocupada com questões ambientais locais que, por exemplo, implicam desvalorização imobiliária, poluição sonora relacionada a atividades recreativas e entidades religiosas, e de organizações preocupadas com a degradação de recursos naturais em área de proteção ambiental. Faz-se fundamental, portanto, fomentar estratégias que permitam a propositura de ações emblemáticas, preferencialmente coletivas, que enfoquem a temática ambiental como tema transversal, a partir da seletividade de casos nas comunidades carentes, relacionando a violação ao meio ambiente com o direito à saúde e o direito à moradia.

Fenômeno semelhante tem ocorrido com causas relacionadas à saúde, em que, fundamentalmente, setores da classe média e média alta têm se valido do Judiciário, para denunciar cláusulas abusivas e restritivas em planos de saúde. Os ganhos obtidos nestas demandas operam-se mais sob a perspectiva do direito do consumidor, que propriamente do direito à saúde. Não se observam decisões judiciais assegurando a proteção ao direito à saúde

²¹ A consolidação dessas normas encontra-se na publicação do Ministério da Saúde — Secretaria de Políticas de Saúde — Coordenação Nacional de DST e AIDS, organizada por Miriam Ventura, *Legislação sobre DST e AIDS no Brasil*, 2ª ed., outubro/2000.

com alcance mais amplo, de forma a abranger parte significativa da população excluída (como, por exemplo, na Argentina, a ação proposta pelo CELS e a clínica de direitos humanos da Universidade de Buenos Aires, que afetou um decreto do Executivo que suspendia a distribuição gratuita de vacinas em áreas rurais, em razão dos crescentes custos e da necessidade de reajustes orçamentários).

Transita-se, agora, para a análise do modo pelo qual o Direito tem sido usado como instrumento de defesa do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, perante as instâncias internacionais. Serão avaliadas algumas experiências internacionais de adoção do Direito como instrumento de avanço social, bem como o impacto dos ganhos obtidos.

4. A Litigância de Interesse Público na Defesa dos Direitos Humanos perante as Instâncias Internacionais

Esta análise será concentrada especialmente no uso do sistema interamericano, como estratégia de litigância em defesa dos direitos humanos no Brasil. Esta escolha se justifica na medida em que, até recentemente²⁷, este era o único sistema reconhecido e aceito pelo Estado brasileiro a prever o mecanismo das petições perante uma instância internacional — no caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe realçar que, uma média de 50 casos foram impetrados contra o Estado brasileiro, perante a Comissão Interamericana, no período de 1970 a 1998. Estes casos foram encaminhados, via de regra, por entidades não governamentais de defesa dos direitos humanos, de âmbito nacional ou internacional e, por vezes, pela atuação conjunta dessas entidades. O universo dos 50 casos pode ser classificado em 7 grupos: 1) casos de detenção arbitrária e tortura cometidos durante o regime autoritário militar; 2) casos de violação dos direitos das populações indígenas; 3) casos de violência rural; 4) casos de violência da polícia militar; 5) casos de violação dos direitos de crianças e adolescentes; 6) casos de violência contra a mulher e 7) casos de discriminação racial.

²⁷ Note-se que, em 2002, o Estado brasileiro acolheu a sistemática de petição individual prevista no artigo 14 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, bem como, ao ratificar o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002, aceitou a sistemática de petição individual prevista por este instrumento.

Note-se que 70% dos casos referem-se à violência da polícia militar, o que demonstra que o processo de democratização foi incapaz de romper com as práticas autoritárias do regime repressivo militar, apresentando como reminiscência um padrão de violência sistemática praticada pela polícia militar, que não consegue ser controlada pelo aparelho estatal. A grande distinção entre as práticas autoritárias verificadas no regime militar e no processo de democratização está no fato de que, no primeiro caso, a violência era perpetrada direta e explicitamente por ação do regime autoritário e sustentava a manutenção de seu próprio aparato ideológico. Já no processo de democratização, a sistemática violência policial apresenta-se como resultado, não mais de uma ação, mas de uma omissão do Estado em não ser capaz de deter os abusos perpetrados por seus agentes. Tal como no regime militar, não se verifica a punição dos responsáveis. A insuficiência, ou mesmo, em alguns casos, a inexistência de resposta por parte do Estado brasileiro é o fator que — a configurar o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos — enseja a denúncia dessas violações de direitos perante a Comissão Interamericana.

Ao lado dos casos de violência da polícia militar, constata-se que os casos restantes revelam violência cometida em face de grupos socialmente vulneráveis, como as populações indígenas, a população afrodescendente, as mulheres, as crianças e os adolescentes. Observe-se ainda que, em 90% dos casos examinados, as vítimas podem ser consideradas pessoas socialmente pobres, sem qualquer liderança destacada, o que inclui aqueles que viviam em favelas, nas ruas, nas estradas, nas prisões, ou mesmo, em regime de trabalho escravo no campo.

O uso do sistema interamericano vem se consolidando como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas. A Comissão e a Corte Interamericana contribuem para a denúncia dos mais sérios abusos e pressionam os governos para que cessem com as violações de direitos humanos. Ressalte-se, assim, a dupla dimensão dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, enquanto: a) parâmetros protetivos mínimos a serem observados pelos Estados (capazes de propiciar avanços ou impedir retrocessos) e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas.

O sistema interamericano invoca um parâmetro de ação para os Estados, legitimando o encaminhamento de comunicações de indivíduos e entidades não governamentais se estes *standards* internacionais são desrespeitados. Nesse sentido, a sistemática internacional estabelece a tutela, a supervisão e o monitoramento do modo pelo qual os Estados garantem os direitos humanos internacionalmente assegurados.

Ação internacional tem também auxiliado a publicidade e visibilidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, permitindo avanços e progressos na proteção dos direitos humanos²³. Vale dizer, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificativas a respeito de sua prática, o que tem contribuído para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas.

Quanto ao impacto da litigância internacional no âmbito brasileiro, destaca-se que casos submetidos à Comissão Interamericana têm apresentado relevante impacto no que tange à mudança de legislação e de políticas públicas de direitos humanos, propiciando significativos avanços internos. A título ilustrativo, cabe menção a seis avanços: a) os casos de violência policial, especialmente os que denunciam a impunidade de crimes praticados por policiais militares, foram fundamentais para a adoção da Lei n. 9.299/96, que determinou a transferência da Justiça Militar para a Justiça Comum do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares; b) o Caso n. 12.263, relativo ao assassinato de estudante por deputado estadual, foi essencial para a adoção da Emenda Constitucional n. 35/2001, que restringe o alcance da imunidade parlamentar no Brasil²⁴; c) o Caso n. 12.378,

²³ “A submissão de casos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem tido um importante impacto em publicizar as violações de direitos humanos e dar visibilidade às instâncias jurisdicionais domésticas dos parâmetros de direitos humanos a serem aplicados nas Cortes nacionais” (Hugo Frühling, *From dictatorship to democracy: law and social change in the Andean Region and the Southern Cone of South America*, in Mary McClymont, Stephen Golub (editors), *Many roads to justice: the law related work of Ford Foundation Grantees Around the World*, The Ford Foundation, 2000, p. 66).

²⁴ O caso Márcia Barbosa (Caso n. 12.263) foi submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em virtude da impunidade relativa ao assassinato da referida jovem, que apresentou como principal suspeito um deputado estadual. Na qualidade de deputado estadual, o suspeito valeu-se da imunidade parlamentar para obstar a instauração de processo criminal. Por duas vezes, em 14 de outubro de 1998 e 31 de março de 1999, o Tribunal de Justiça da Paraíba solicitou à Assembleia Legislativa do Estado, autorização para a instauração de processo criminal em face do mencionado deputado estadual. Contudo, as duas solicitações foram indeferidas pela Assembleia Legislativa, sendo bastante improvável que a imunidade parlamentar do deputado, que exerce seu quinto mandato consecutivo (com expectativa de ser reeleito), fosse suspensa por aquela Casa. Na condição de membro do Conselho dos Direitos da Pessoa Humana, elaborei parecer a respeito do caso e do instituto da imunidade parlamentar no Brasil. Concluí que, nos termos em que é prevista pelo Direito brasileiro, a imunidade constitui afronta: a) ao princípio

envolvendo denúncia de discriminação contra mães adotivas e seus respectivos filhos, em face de decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que negou direito à licença-gestante à mãe adotiva, foi também fundamental para a aprovação da Lei n. 10.421/2002, que estendeu o direito à licença-maternidade às mães de filhos adotivos; d) o Caso n. 12.051 (Caso Maria da Penha Maia Fernandes), que resultou na condenação do Brasil por violência doméstica sofrida pela vítima, culminou na adoção da Lei n. 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher²⁵; e) os casos envolvendo violência contra defensores de direitos humanos contribuíram para a adoção do Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos; e f) os casos envolvendo violência rural e trabalho escravo contribuíram para a adoção do Programa Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo.

Vislumbra-se, assim, a potencialidade da litigância internacional em permitir avanços internos no regime de proteção dos direitos humanos. Esta é a maior contribuição que o uso do sistema internacional de proteção pode oferecer: propiciar progressos e avanços internos na proteção dos direitos humanos em determinado Estado²⁶.

Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais.

da responsabilidade dos agentes públicos (*accountability*): b) ao princípio da igualdade; c) ao princípio do acesso ao Poder Judiciário; e d) ao direito da vítima à justiça, mediante a efetiva prestação jurisdicional. Em razão deste caso e de seu impacto internacional, mobilizou-se todo um esforço governamental — que contou com a abertura do Legislativo —, no sentido de restringir a imunidade parlamentar. Este processo culminou na aprovação da Emenda Constitucional sobre o tema, em 21 dezembro de 2001.

²⁵ Note-se que, na exposição de motivos do projeto de lei, referência expressa é feita ao caso Maria da Penha, em especial às recomendações formuladas pela Comissão Interamericana.

²⁶ No dizer de Helen Hershkoff e Aubrey McCutcheon: “A litigância pode contribuir para a reforma legal (...). Pode implementar direitos previstos pela ordem jurídica, mas que não são respeitados na prática. A litigância pode complementar um movimento político mais amplo, estimular a mobilização e encorajar alianças capazes de produzir uma ação política. Além disso, a litigância pode colaborar para a mudança de atitudes perante a lei e criar um cultura em que as entidades governamentais e privadas respeitem e implementem valores de direitos humanos” (Public interest litigation: an international perspective, in Mary McClymont, Stephen Golub (editors), *Many roads to justice: the law related work of Ford Foundation Grantees Around the World*, The Ford Foundation, 2000, p. 283).

Enfim, considerando a experiência brasileira, pode-se afirmar que, com o intenso envolvimento da sociedade civil, o sistema interamericano constitui poderoso mecanismo para reforçar a proteção do Estado de Direito e dos direitos humanos no País.

5. Conclusões²⁷

A partir da análise e da avaliação crítica das experiências relativas à litigância de direitos humanos no Brasil perante os sistemas nacional e internacional, são, por fim, apresentadas propostas no sentido de fortalecer o uso do Direito para a obtenção de avanços sociais.

Deste modo, são sugeridas estratégias a serem adotadas, induzidas ou apoiadas para uma política de defesa, proteção e promoção dos direitos humanos, que tenha na litigância, sob a perspectiva do interesse público, um efetivo instrumento de transformação social no Brasil.

Propostas e Estratégias para o fortalecimento da litigância em direitos humanos no Brasil

1. Apoiar e fomentar a criação de uma infraestrutura acadêmica no País capaz de fortalecer os direitos humanos no ensino superior²⁸, propiciando a formação de agentes jurídicos capacitados para a litigância em direitos humanos, com o amplo domínio do uso dos sistemas nacional e internacional de proteção. Acredita-se que a atual ausência desta infraestrutura tem como prometido e limitado o alcance da litigância em direitos humanos, resultando no baixo grau de demandas e de provocação jurisdicional. A criação desta infraestrutura de direitos humanos merece compreender, como estratégias a serem apoiadas, no âmbito da Graduação e Pós Graduação: a) a introdução nos currículos da disciplina específica de Direitos Humanos ou Direito Internacional dos Direitos Humanos; b) a inserção curricular de disciplinas afetas aos Direitos Humanos; c) a incorporação da perspectiva de direitos humanos

²⁷ A maior parte destas conclusões foi extraída do relatório O Direito como Instrumento de Transformação Social: A Litigância de Interesse Pública em Defesa dos Direitos Humanos no Brasil, fruto da consultoria desenvolvida por esta autora e por Miriam Ventura, a convite da Fundação Ford, em novembro de 2000.

²⁸ Ressalte-se que estas propostas, concernentes ao fortalecimento dos direitos humanos no ensino superior, foram extraídas da reunião sobre o tema, organizada pela Fundação Ford, em 21 de novembro de 2001. Para maior detalhamento, consultar o relatório *Direitos Humanos no Ensino Superior*, de nossa autoria, apresentado à Fundação Ford em dezembro de 2001, fruto de consultoria sobre a matéria.

em disciplinas tradicionais; d) cursos de especialização em direitos humanos e demais iniciativas no campo da extensão universitária; e) criação de um mestrado em direitos humanos, com enfoque multidisciplinar e inspirado nas perspectivas de gênero, raça, etnia e desigualdade social, que apresente uma vocação cosmopolita, articulando-se com Universidades do Brasil, América Latina, África, Europa e Estados Unidos²⁹; f) criação de um centro ou associação nacional de pesquisa em direitos humanos, com o objetivo de consolidar um espaço para o diálogo e intercâmbio de trabalhos científicos em direitos humanos, bem como estimular a produção científica em direitos humanos.

2. Estimular programas de capacitação e sensibilização a respeito do uso do Direito em prol do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, aos operadores do Direito (advogados/as, defensores, promotores, juízes), com especial atenção aos membros do Poder Judiciário³⁰, para que se

²⁹ A respeito, merece menção a experiência do "Masterini" na Europa, a partir do Mestrado Europeu em Direitos Humanos e Democratização. Para Antonio Papisca, diretor do programa do Mestrado Europeu, coordenado pela Universidade de Padova: "Não se trata apenas de um programa usual interuniversitário. Trata-se de um programa integrado, um verdadeiro 'universitas in progress', resultante da confluência das quinze melhores Universidades europeias na área dos Direitos Humanos e Democratização. (...) Nós começamos em 1997, com 10 Universidades parceiras: hoje somos 15 Universidades, cada uma de um Estado-membro da União Europeia. Além disso, estamos comprometidos em aceitar outras Universidades associadas e estamos cooperando com a Comissão Europeia para o estabelecimento de programas de Mestrado similares de âmbito transuniversitário e supranacional, em outras regiões, a começar pela África" (Antonio Papisca, *Consolidation of the European Master's Degree in Human Rights and Democratization*, In: *Masterini — Yearbook of the European Master's Degree in Human Rights and Democratization*, 1998-1999, p. 8-9). No mesmo sentido, assinava Daniela Napoli, chefe da unidade dedicada aos Direitos Humanos e Democratização da Comissão Europeia: "Em nossa concepção, há a possibilidade de existir diversos programas de mestrado em Direitos Humanos no mundo, de alcance regional, a fim de que se estabeleça um sistema de intercâmbio envolvendo professores e alunos(as) dos diferentes programas" (Interview with Daniela Napoli, in *Masterini — Yearbook of the European Master's Degree in Human Rights and Democratization*, 1998-1999, p. 10-11).

³⁰ Merecem destaque importantes e pioneiras iniciativas de juízes, juizas. Escolas da Magistratura e Associações de magistrados, voltadas ao preenchimento desta grave lacuna. Neste sentido, mencionem-se os seminários regionais relativos ao projeto *Jurisprudência para a Igualdade* (coordenado pela desembargadora Shelmia Lombardi de Kato, com o objetivo de construir uma jurisprudência afirmativa dos direitos humanos no País, com base na aplicação dos tratados internacionais de proteção); a atuação da Associação Juizes para a Democracia (que propôs um curso de direitos humanos para a Escola da Magistratura do Estado de São Paulo, promovido em 2000); os seminários regionais organizados pelo CLADEM/Brasil (visando a sensibilizar operadores do direito, dentre eles magistrados(as), para a causa dos direitos humanos...); os seminários sobre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos organizados pela Secre-

torne um poder mais aberto, próximo e socialmente responsável, tornando-se um *locus* de afirmação de direitos, em defesa do interesse público.

3. Estimular e encorajar organizações não governamentais a redefinir e ampliar estratégias, a partir de um exercício de reavaliação crítica de sua atuação, de forma a também incluir a estratégia de litigância em prol do interesse público. Tal inclusão poderá ocorrer de duas formas diversas: ora mediante a introdução de programa jurídico específico voltado à litigância do *public interest law*, ora mediante parcerias com instituições públicas ou privadas capazes de "judicializar" suas demandas. Para a formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um *locus* de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, atue de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter.

4. Estimular a criação de clínicas de direitos humanos em Universidades, para que possam desenvolver a litigância em prol do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, a partir da seletividade de casos emblemáticos, que tenham a potencialidade de traduzir avanços sociais³¹. As Universidades podem figurar como *locus* privilegiado para a afirmação da cultura do *public interest law*, mediante programas que envolvam estudantes e profes-

taria Nacional de Direitos Humanos, com o apoio do Superior Tribunal de Justiça... No âmbito do Poder Judiciário, as iniciativas em prol da proteção dos direitos humanos têm nascido mais de projetos esparsos, liderados por magistrados(as) e entidades sensíveis à causa, que propriamente de uma política institucional voltada para este fim. Ainda sobre a capacitação do Poder Judiciário, realça Aubrey MacCutcheon: "Um dos maiores desafios na atuação das clínicas é a educação do Poder Judiciário. Alguns juízes mostram-se sensíveis ao *public interest law* em virtude dos argumentos apresentados em determinados casos. Conforme relatório sobre a litigância em *public interest law* da Universidade de Diego Portales, fazer com os juízes fiquem mais familiarizados com a linguagem do *public interest law* e persuadi-los de seu relevante papel nesta matéria parece ser um dos mais difíceis desafios a enfrentar. (...) Os juízes devem perceber a importância de seu papel" (University Legal Aid Clinics: a Growing International Presence with Manifold Benefits, in Mary McClymont, Stephen Colub (editors), *Many roads to justice: the law related work of Ford Foundation Grantees Around the World*, The Ford Foundation, 2000, p. 276).

³¹ No dizer de Maria Victoria Benevides: "A Educação em Direitos Humanos parte de três pontos essenciais: primeiro, é uma educação de natureza permanente, continuada e global. Segundo, é uma educação necessariamente voltada para a mudança, e terceiro, é uma inculcação de valores, para atingir corações e mentes e não apenas instrução, meramente transmissora de conhecimentos" (*Educação em direitos humanos: de que se trata?* Jornal da Rede. Boletim de Capacitação/outubro de 2001, p. 4).

sores em intensa articulação com a sociedade civil organizada, portadora das demandas a serem "judicializadas". Programas desta natureza permitem à Universidade a atuação *extra muros*, a verdadeira extensão universitária, o que, de um lado, sensibiliza a formação dos estudantes para a causa pública e, por outro, permite a prestação de um serviço jurídico diferenciado aos grupos socialmente vulneráveis. Além disso, as clínicas de *public interest law* podem concretizar a interdisciplinariedade em direitos humanos, na medida em que a complexidade de causas, por exemplo, as ambientais, pode envolver áreas distintas (não apenas do conhecimento jurídico, mas outras áreas, como a sociologia, a psicologia, a história, biologia, engenharia ...), o que ainda tem o mérito de problematizar questões e aliar a teoria à prática, fomentando a construção de um novo saber, novas pesquisas, novas doutrinas, novas interpretações e novas metodologias.

5. Estimular a instituição da "advocacia *pro bono*", a fim de que, com a sua experiência, os escritórios privados de advocacia possam promover a defesa de direitos de grupos socialmente vulneráveis, colaborando para a litigância em prol da defesa do interesse público.

6. Apoiar estratégias de litigância que contemplem o uso do sistema internacional de proteção, que tem sido capaz de fomentar avanços e progressos no regime interno de proteção dos direitos humanos.

7. Apoiar a realização de seminários nacionais, regionais e internacionais, que estimulem o intercâmbio de experiências voltadas à litigância na defesa do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, viabilizando a articulação de estratégias desenvolvidas por entidades não governamentais, Universidades, instituições públicas e escritórios privados.

LEIS DE ANISTIA, DIREITO À VERDADE E À JUSTIÇA: IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO E PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONTEXTO SUL-AMERICANO*

1. Introdução

Como compreender o impacto do sistema interamericano no processo de *transitional justice* no contexto sul-americano? Como interpretar as leis de anistia em face das obrigações jurídicas assumidas na esfera internacional? Qual é o alcance dos deveres internacionais contraiados pelos Estados relativamente aos direitos à justiça e à verdade? Qual tem sido a experiência sul-americana quanto à proteção do direito à verdade e do direito à justiça no marco da justiça de transição? Como enfrentar as violações de direitos humanos perpetradas no passado? Como ritualizar a passagem de um regime militar ditatorial ao regime democrático? Quais são os principais desafios e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano?

São estas as questões centrais a inspirar este capítulo, que tem como objetivo maior focar as leis de anistia, o direito à verdade e o direito à justiça no marco da justiça de transição sul-americana, considerando o especial impacto do sistema interamericano e particularmente as experiências da Argentina e do Brasil. Sob o prisma da justiça de transição, emerge o desafio de assegurar o fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos, aliando a luta por justiça e paz no contexto sul-americano.

2. Impacto do sistema interamericano no processo de justiça de transição no contexto sul-americano

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos,

* Este capítulo é baseado na palestra "Leis de anistia e impacto do sistema interamericano", proferida no Colóquio Ibero-Americano, no Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, em Heidelberg (Alemanha), em 9 de junho de 2010.

marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e da América do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos da metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente¹. Diversamente do sistema regional europeu, que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos², o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de

¹ Como observa Thomas Buergenthal: "O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte" (prefácio da obra *The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights* (de J. M. Pasqualucci), Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. XVI). Em 2009, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basica_AmerConv.Ratif.htm>. Acesso em: 6 abr. 2009.

² A respeito, ver Clare Ovey e Robin White, *European Convention on Human Rights*, 3. ed., Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1 e Flávia Piovesan, *Direitos humanos e justiça internacional*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135.

renda³. No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarómetro, no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor, correspondendo a 45%; no México, a 43%⁴.

É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalisadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Considerando a atuação da Corte Interamericana no processo de justiça de transição no contexto sul-americano, destaca-se, como emblemático, o caso Barrios Altos *versus* Peru⁵ — massacre que envolveu a execução de catorze pessoas por agentes policiais. Em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis,

³ De acordo com o ECLAC: "Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade" (ECLAC, *Social panorama of Latin America* 2006, chapter I, page 84. Disponível em: <<http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/rpl/rp9f.xsl&base=/tpl-iv/top-bottom.xslt>>. Acesso em: 30 jul. 2007. No mesmo sentido, afirmam Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: "(...) In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years" (*Inequality, exclusion and poverty in Latin America and the Caribbean: implications for development*, Background document for EC/IADB "Seminar on Social Cohesion in Latin America", Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par 2.8). Disponível em: <<http://www.iadb.org/sds/doc/soc-ldb-socialcohesion-e.pdf>>. Acesso em jul. 2007. Consultar ainda ECLAC, *Social panorama of Latin America* 2000-2001, Santiago de Chile: Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

⁴ Ver Democracy and the downturn: the latinobarometro poll, *The Economist*, 13 nov. 2008.

⁵ Caso Barrios Altos *vs.* Peru, Fondo, Sentença de 14 de março de 2001. Série C, n. 75. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SerieC_75_esp.pdf>.

e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao "massacre de Barrios Altos", de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelas famílias das vítimas⁶.

A Corte Interamericana realçou que, ao estabelecer excludentes de responsabilidade e impedir investigações e punições de violações de direitos humanos como tortura, execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados, leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No entender da Corte: "La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención: violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma".

Conclui a Corte que as leis de "autoanistia" perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional, e sua revogação, uma forma de reparação não pecuniária.

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos. Foi a primeira vez, no Direito Internacional contemporâneo, que um Tribunal Internacional (no caso, a Corte Interamericana) determinou que leis de anistia eram incompatíveis com tratados de direitos humanos, carecendo de efeitos jurídicos.

⁶ Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre and others *vs.* Peru), Julgado em 14 mar. 2001.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano versus Chile*⁷, cujo objeto era a validade do Decreto-Lei n. 2.191/78 — que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet — à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para a Corte Interamericana: “La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de las obligaciones señaladas. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, afirmó que [al]unque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario. (...) Leyes de amnistía con las características descritas conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad”. Acrescenta a Corte: “En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley n. 2.191/78 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”.

Por fim, por unanimidade, concluiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto-lei de “autoamnistia”, por implicar denegação de justiça às vítimas.

⁷ Ver caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 27 dez. 2008. Ver ainda as sentenças proferidas nos seguintes casos: a) caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fundo. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, n. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>; b) caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fundo. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C, n. 70. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf>; c) caso *La Cantuta vs. Peru*. Fundo, reparações e custos. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C, n. 162. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>; d) caso *Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custos. Sentença de 15 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>; e) caso *Castillo Páez vs. Peru*. Reparações e custos. Sentença de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf>.

bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa-humanidade.

Em direção similar, adicione-se o caso *La Cantuta versus Peru*⁸, referente à execução sumária de um professor e nove estudantes da Universidade de La Cantuta, em 1992, perpetrada por um “esquadrão da morte” denominado “Grupo Colina”, também responsável pelo assassinato de catorze vítimas no caso *Barrios Altos*, em 1991. Neste caso, sustentou a Corte Interamericana que “o apartado estatal foi indevidamente utilizado para cometer crimes de Estado, constituindo inadmissível violação ao *jus cogens*, para, depois, encobrir tais crimes e manter seus agentes impunes. (...) O *jus cogens* resiste aos crimes de Estado, impondo-lhe sanções”.

Ressalte-se que, à luz dos parâmetros protetivos mínimos estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, destacam-se quatro direitos:

- a) o direito a não ser submetido à tortura;
- b) o direito à justiça (o direito à proteção judicial);
- c) o direito à verdade; e
- d) o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos (direito a remédios efetivos).

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos estabelecem um núcleo inderrogável de direitos, a serem respeitados em tempos de guerra, instabilidade, comoção pública ou calamidade pública, como atestam o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹. A Convenção contra a Tortura, de igual modo, no artigo 2º, consagra a cláusula da inderrogabilidade da proibição da tortura, ou seja, nada pode justificar a prática da tortura (seja ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública). Todos estes tratados convergem ao endossar a absoluta proibição da tortura. Isto é, o direito a não ser submetido à tortura é um direito absoluto, que não permite qualquer exceção, suspensão ou derrogação.

⁸ Caso *La Cantuta vs. Peru*, sentença de 29 de novembro de 2006.

⁹ Ver também a Recomendação Geral n. 29 do Comitê de Direitos Humanos, que esclareceu acerca dos direitos inderrogáveis e identificou os elementos que não podem estar sujeitos à suspensão.

A racionalidade adotada pela Corte Interamericana é clara: a) as leis de anistia violam parâmetros protetivos internacionais; b) constituem um ilícito internacional; e c) não obstatam o dever do Estado de investigar, julgar e reparar as graves violações cometidas, assegurando às vítimas os direitos à justiça e à verdade.

Note-se que, no sistema global de proteção, cabe menção à Recomendação Geral n. 20, de abril de 1992, adotada pelo Comitê de Direitos Humanos, a respeito do artigo 7º do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, concernente à proibição da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que ressalta: "As anistias são geralmente incompatíveis com o dever dos Estados de investigar tais atos; para garantir a não ocorrência de tais atos dentro de sua jurisdição; e para assegurar que não ocorram no futuro. Os Estados não podem privar os indivíduos de seu direito a um recurso eficaz, inclusive a possibilidade de compensação e plena reabilitação."¹⁰

No mesmo sentido, destaca-se a Recomendação Geral n. 31, adotada pelo Comitê de Direitos Humanos, em 2004, ao afirmar: "O artigo 2, parágrafo 3, requer que os Estados partes proporcionem a reparação aos indivíduos cujos direitos do Pacto forem violados. Sem reparação aos indivíduos cujo direito foi violado, a obrigação de fornecer um recurso eficaz, que é central à eficácia do artigo 2, parágrafo 3, não é preenchida. (...) O Comitê ressalta que, quando apropriada, a reparação deve abranger a restituição, a reabilitação e as medidas de satisfação, tais como pedidos de desculpas em público, monumentos públicos, garantia de não repetição e mudanças em leis e em práticas relevantes, assim como conduzir à justiça os agentes de violações dos direitos humanos. (...) Os Estados partes devem assegurar que os responsáveis por violações de direitos determinados no Pacto, quando as investigações assim revelarem, sejam conduzidos aos tribunais. Como fracasso na investigação, o fracasso em trazer os agentes violadores à justiça poderia causar uma ruptura do Pacto. (...) Dessa forma, onde os agentes públicos ou estatais cometeram violações dos direitos do Pacto, os Estados partes envolvidos não podem aliviar os agressores da responsabilidade pessoal, como ocorreu com determinadas anistias e as imunidades e indenizações legais prévias. Além disso, nenhuma posição oficial justifica que pessoas que poderiam ser acusadas pela responsabilidade por tais violações permaneçam

ímmunes de sua responsabilidade legal. Outros impedimentos à determinação da responsabilidade legal também devem ser removidos, como a defesa por devido cumprimento do dever legal ou aos períodos absurdamente curtos da limitação estatutária nos casos onde tais limitações são aplicáveis. Os Estados partes devem também ajudar a conduzir à justiça os suspeitos de cometimento de atos de violação ao Pacto, os quais são puníveis sob a legislação doméstica ou internacional"¹¹.

3. Proteção dos direitos à justiça e à verdade no marco da justiça de transição no contexto sul-americano

A análise da experiência sul-americana quanto à proteção dos direitos à justiça e à verdade no marco da *transitional justice* será concentrada no estudo de casos envolvendo a experiência da Argentina e do Brasil. Três são os fatos a justificar este critério seletivo:

- a) ambos os países transitararam de regimes autoritários ditatoriais para regimes democráticos, adotando leis de anistia — no caso argentino, as leis de ponto final (Lei n. 23.492/86) e obediência devida (Lei n. 23.521/87); no caso brasileiro, a Lei n. 6.683/79;
- b) adotaram novos marcos normativos (a reforma de 1994 na Constituição argentina e a Constituição brasileira de 1988); e
- c) conferem aos tratados de direitos humanos um *status* privilegiado na ordem jurídica (nos termos do artigo 75, inciso 22, da Constituição argentina e do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Constituição brasileira).

Nesta análise comparativa, o foco será avaliar:

- a) a incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana por decisões judiciais relativas às leis de anistia¹²;

¹⁰ Recomendação Geral n. 31, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre a natureza da obrigação geral imposta aos Estados partes do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?OpenDocument)>.

¹² Como enfatiza a Corte Interamericana de Direitos Humanos: "Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início careçam de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle da convencionalidade das leis' entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judi-

¹⁰ Recomendação Geral n. 20, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre o artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?OpenDocument)>.

b) o alcance de proteção dos direitos à justiça e à verdade nas experiências da Argentina e do Brasil.

3.1. Argentina

A ditadura na Argentina estendeu-se pelo período de 1976 a 1983. Estima-se que houve o desaparecimento forçado de 18.000 pessoas (dados oficiais da Secretaria de Direitos Humanos) a 30.000 pessoas (de acordo com estimativas de organizações não governamentais, como Las Madres de la Plaza de Mayo).

Quanto ao direito à justiça, decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 no caso Simón, Héctor e outros anulou as leis de ponto final (Lei n. 23.492/86) e obediência devida (Lei n. 23.521/87) — ambas obstavam o julgamento das violações ocorridas de 1976 a 1983, durante a “guerra suja” — adotando como precedente o caso Barrios Altos. A jurisprudência desenvolvida pela Corte Suprema de Justiça argentina expressamente reconhece que: “a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana”¹³.

No caso Mazzeo, Julio Lilo e outro, decidido em 2007, a Corte Suprema argentina invalidou decreto adotado pelo presidente Menem em 1989, que concedeu indulto a 30 ex-militares acusados de crimes de lesa-humanidade, amparando-se na jurisprudência da Corte Interamericana, em especial nos casos Velásquez Rodríguez e Barrios Altos.

Quanto ao direito à verdade, em 6 de janeiro de 2010, a presidente da Argentina determinou a abertura dos arquivos confidenciais referentes à atuação das Forças Armadas na ditadura militar no país, no período de 1976 a 1983. O fundamento do decreto é que “a atuação das Forças Armadas durante a vigência do terrorismo de Estado demonstra que a informação e a documentação classificada como confidencial não esteve destinada à proteção dos interesses legítimos próprios de um Estado Democrático, mas, ao contrário, serviu para ocultar a ação ilegal do governo. Manter o sigilo dos documentos

¹³ clário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006).

¹⁴ Ver casos Giroldi H. s/ recurso de cassação, CSIN, julgados: 318.514 (1995); Acosta, Claudia Beatriz y otros/*Infantas corpus*, CSIN, julgados 321.3555 (1998); e Simon, Julio Hector y otros s/ privação ilegítima de liberdade, CSIN, julgados: S. 17768, XXXVIII (2005).

é contrário à política da memória, verdade e justiça”. Observe-se que o decreto destaca expressamente, em seus considerandos, o caso Simón, Julio Héctor e outros, que determinou a reabertura de causas de violações de direitos humanos durante o “terrorismo de Estado”, demandando uma grande quantidade de informação e documentação sobre a atuação das Forças Armadas. Adiciona que limitar o acesso à informação e à documentação, de forma a impedir uma investigação completa e o esclarecimento de fatos, com o julgamento e a sanção dos responsáveis, seria atentar às obrigações assumidas pelo Estado Argentino no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

À luz da experiência argentina, conclui-se que há: a) a plena incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana e dos parâmetros protetivos internacionais pela Corte Suprema argentina; b) uma explícita e firme política de Estado em prol da memória, verdade e justiça; e c) a devida proteção dos direitos à verdade e à justiça.

3.2. Brasil

A ditadura no Brasil estendeu-se pelo período de 1964 a 1985. Estima-se que houve o desaparecimento forçado de 150 pessoas, o assassinato de 100 pessoas, ao que se soma a denúncia de mais de 30.000 casos de tortura.

Quanto ao direito à justiça, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, em 29 de abril de 2010, manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 (Lei n. 6.683/79) teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes. O argumento central é o de que a lei de anistia teria sido expressão de um acordo político, de uma conciliação nacional, envolvendo “diversos atores sociais, anseios de diversas classes e instituições políticas”. Acrescentou o Supremo Tribunal Federal que não caberia ao Poder Judiciário “reescrever leis de anistia”, não devendo o Supremo “avancar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo”, tendo em vista que “a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário”. Observou, contudo, a necessidade de assegurar “a possibilidade de acesso aos documentos históricos, como forma de exercício fundamental à verdade, para que, atento às lições do passado, possa o Brasil prosseguir na construção madura do futuro democrático”. Concluiu afirmando que “é necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado”.

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal denegou às vítimas o direito à justiça — ainda que tenha antecipado seu endosso ao direito à ver-

dade. Não apenas denegou o direito à justiça, como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional.

Contudo, como realça Paulo Sérgio Pinheiro, prevaleceu uma contrafação histórica, “a lei de anistia não foi produto de acordo, pacto, negociação alguma, pois o projeto não correspondia àquele pelo qual a sociedade civil, o movimento de anista, a OAB e a heróica oposição parlamentar haviam lutado. Houve o Dia Nacional de Repúdio ao projeto de anistia do governo e manifestações e atos públicos contrários à lei — que, ao final, foi aprovada por 206 votos da Arena (partido da ditadura) contra 201 votos do MDB (oposição)”¹⁴.

Em 20 e 21 de maio de 2010, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, houve audiência do caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil (caso da “Guerrilha do Araguaia”), referente ao desaparecimento de integrantes da guerrilha durante as operações militares ocorridas na região na década de 70 — que envolve o questionamento acerca do alcance da lei de anistia, do direito à justiça e do direito à verdade.

No que se refere ao direito à verdade, destaca-se a Lei n. 11.111/2005, ao prever que o acesso aos documentos públicos classificados “no mais alto grau de sigilo” poderá ser restringido por tempo indeterminado, ou até permanecer em eterno segredo, em defesa da soberania nacional. Esta lei viola os princípios constitucionais da publicidade e da transparência democrática, negando às vítimas o direito à memória e às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a repetição de tais práticas¹⁵. Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é fundamental respeitar e garantir o direito à verdade para o fim da

¹⁴ Paulo Sérgio Pinheiro, O STF de costas para a humanidade, *Folha de S. Paulo*, 30 abr. 2010.

¹⁵ A respeito, ver parecer que, na qualidade de perita, elaborei sobre a inconstitucionalidade da Lei n. 11.111/2005, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil (abril de 2010). Para o Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas: “O direito à verdade abrange o direito de ter um conhecimento pleno e completo dos fatos ocorridos, das pessoas que deles participaram, das circunstâncias específicas e, em particular, das violações perpetradas e sua motivação. O direito à verdade é um direito individual que assiste tanto às vítimas como aos seus familiares, apresentando ainda uma dimensão coletiva e social. No último sentido, o direito à verdade está estritamente relacionado ao Estado de Direito e aos princípios de transparência, responsabilidade e boa gestão dos assuntos públicos em uma sociedade democrática. Constitui, com a justiça, a memória e a reparação, um dos pilares da luta contra a impunidade das violações graves aos direitos humanos e das infrações ao Direito Internacional Humanitário” (Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *El derecho a la verdad*, Conselho de Direitos Humanos, quinto período de sessões, A/HRC/5/7, 7 de junho de 2007).

impunidade e para a proteção dos direitos humanos. Acentua a Comissão: “Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en la que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esses echos vuelvan a ocurrir en el futuro”. É, assim, dever do Estado assegurar o direito à verdade, em sua dupla dimensão — individual e coletiva — em prol do direito da vítima e de seus familiares (o que compreende o direito ao luto) e em prol do direito da sociedade à construção da memória e da identidade coletivas.

Atente-se que, em 21 de dezembro de 2009, foi lançado o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, que, dentre suas metas, ineditamente estabelece a criação de uma Comissão Nacional de Verdade, com o objetivo de resgatar as informações relativas ao período da repressão militar. Tal proposta foi causa de elevada tensão política entre o Ministério da Defesa (que acusa a proposta de revanchista) e a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Ministério da Justiça (que defendem a proposta em nome do direito à memória e à verdade), culminando inclusive com exoneração do general chefe do departamento do Exército, por ter-se referido à “comissão da calúnia”.

À luz da experiência brasileira, conclui-se que: a) não há incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana e dos parâmetros protetivos internacionais pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶, há uma tensão intragovernamen-

¹⁶ Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se até março de 2010 apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 16, de 1999 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, na Extração n. 954/2006); e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 5, de 1985 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511.961). Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros constata que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha — enquanto, reitere-se, apenas 2 casos amparam-se na jurisprudência da Corte Interamericana. Nesse sentido, Virgílio Alonso da Silva, Integração e diálogo constitucional na América do Sul, in Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (Coord.), *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 529. Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana — nesta direção, foram localizados 79 acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo, entre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal.

tal a respeito da política de Estado em prol da memória, verdade e justiça: e c) há afronta aos direitos à verdade e à justiça.

4. Desafios e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano

A justiça de transição lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática.

Nas lições de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling¹⁷, a justiça de transição compreende: o direito à verdade; o direito à justiça; o direito à reparação; e reformas institucionais¹⁸.

Constata-se na experiência de transição brasileira um processo aberto e incompleto, na medida em que tão somente foi contemplado o direito à reparação, com o pagamento de indenização aos familiares dos desaparecidos no regime militar, nos termos da Lei n. 9.140/95. Emergencial é avançar na garantia do direito à verdade, do direito à justiça e em reformas institucionais. Na experiência argentina, os direitos à justiça e à verdade têm sido plenamente assegurados. Como evidenciado aqui, a jurisprudência do sistema interamericano e do sistema global de proteção reconhece que leis de anistia violam obrigações jurídicas internacionais no campo dos direitos humanos, adotando como perspectiva a proteção aos direitos das vítimas (*victim centric approach*).

Estudos demonstram que a justiça de transição tem sido capaz de fortalecer o Estado de Direito, a democracia e o regime de direitos humanos, não representando qualquer ameaça ou instabilidade democrática, tendo, ainda, um valor pedagógico para as futuras gerações. Como atentam Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling: "O julgamento de violações de direitos humanos pode também contribuir para reforçar o Estado de Direito, como ocorreu na Argentina. (...) os cidadãos comuns passam a perceber o sistema legal como mais viável e legítimo se a lei é capaz de alcançar os mais poderosos antigos líderes do país, responsabilizando-os pelas violações de direitos humanos do passado. O mais relevante componente do Estado de Direito é a ideia de que ninguém está acima da lei. Desse modo, é difícil construir um Estado de Direito ignorando graves violações a direitos civis e políticos e

fracassando ao responsabilizar agentes governamentais do passado e do presente. (...) Os mecanismos de justiça de transição não são apenas produtos de idealistas que não compreendem a realidade política, mas instrumentos capazes de transformar a dinâmica de poder dos atores sociais"¹⁹.

Sob a ótica republicana e democrática, considerando ainda as obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos, implementar os mecanismos da justiça de transição é condição para romper com uma injustiça permanente e continuada, que compromete e debilita a construção democrática. A absoluta proibição da tortura, o direito à verdade e o direito à justiça estão consagrados nos tratados internacionais, impondo aos Estados-partes o dever de investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos humanos, especialmente em se tratando de crime internacional. Leis de anistia não podem autorizar a manifestação de *jus cogens*, como a absoluta proibição da tortura, no plano internacional. Assegurar os direitos à memória, à verdade e à justiça é condição essencial para fortalecer o Estado de Direito, a democracia e o regime de direitos humanos na região sul-americana.

¹⁷ Ver o artigo The effect of trials on human rights in Latin America, de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling.

¹⁸ As reformas institucionais devem ser sobretudo endereçadas ao aparato de segurança e Forças Armadas, sendo inaceitável que perpetradores de atrocidades no passado permaneçam com o monopólio das armas no país.

¹⁹ Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, *The emergence and impact of human rights trials*, p. 20-21.