

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0**41) 352-1200

Fax: (0**41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó

Fone/Fax: (0**11) 3932-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 3, 1999.

230 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito
constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00354

OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS EM FACE DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS NEOLIBERAIS

Emerson Gabardo

Sumário: 1. Conceituação jurídica de Direitos Humanos Fundamentais. 1.1. Perspectivas de análise. 1.2. O fundamento absoluto. 1.3. Direitos humanos e direitos humanos fundamentais. 2. Os direitos humanos fundamentais enquanto normas legitimadas. 2.1. A legitimação político-sociológica. 2.2. O “sentimento constitucional”. 3. A Constituição enquanto *locus* normativo apropriado aos direitos humanos fundamentais. 3.1. A relativização da soberania constitucional em face da influência neoliberalista e do aumento da complexidade social. 3.2. A supremacia constitucional e sua apropriação aos direitos humanos enquanto requisito de fundamentalidade. 3.3. O poder de reforma constitucional. 3.3.1. O Estado social e democrático de direito. 3.3.2. Modalidades de reforma constitucional. 3.3.3. Limites da reforma constitucional. 4. Conclusão.

1. CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

1.1. Perspectivas de análise

Cada período histórico, cada nação, cada estudioso dos direitos, até cada instituição; cada grupo organizado (ou não), enfim, cada indivíduo possui uma maneira própria para nomear os direitos humanos. Seja um pretencioso conceito, seja uma mera definição; seja uma idéia muito bem fundamentada, seja um juízo vulgar; seja um modo de ver de um discurso sociológico, seja uma leiga informação publicitária ou jornalística; seja uma terminologia

técnico-jurídica, seja uma simples opinião; enfim, é pauta inexorável do mundo contemporâneo o direito de possuir direitos. Direitos esses, que são arraigados ao ser humano entendido como um membro indissociável da comunidade planetária, ou, talvez, como um cidadão participante, ou, ainda, somente como um mero indivíduo. Direitos que não prescrevem com o tempo, que não podem ser amarrotados pela opressão de qualquer governo, que não se restringem a castas ou classes de pessoas, e, principalmente, que são supremos em uma determinada ordem.¹ Uns denominam seus direitos como “os do homem” (talvez inspirados pela Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10.12.48); outros preferem afirmar os “direitos do cidadão” (com certeza, influenciados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 26.08.1789); outras pessoas propugnam por direitos naturais, direitos dos povos, direitos inalienáveis, direitos-garantia, direitos-liberdades, ou mesmo simples liberdades fundamentais. Por fim, há os que preferem mesmo a expressão “direitos humanos fundamentais”.²

Portanto, quando se tenciona elaborar um estudo a respeito do tema torna-se imprescindível que se demonstre claramente dois aspectos: a) em qual perspectiva se pretende trabalhar; e b) quais serão os conceitos (ou definições) utilizados como instrumento de análise. Como perspectiva, entenda-se o universo científico que servirá como pano de fundo em que serão trabalhados os conceitos; ou seja, filosófica, antropológica, histórica, econômica, jurídica, política ou sociologicamente; técnica ou vulgarmente; dogmática ou criticamente; genérica ou especificamente, e assim por diante. Quanto às definições-instrumento, há que se convencionar quais representam mais fidedignamente os propósitos (até mesmo ideológicos) da argumentação realizada, que, com certeza, não é neutra. Com essa metodologia, torna-se mais fácil a manutenção da coerência interna do discurso, bem como define-se a particular “utensilagem

(1) Seja ela estatal ou supraestatal; filosófica ou jurídica.

(2) Claro que esta exposição é meramente exemplificativa, pois uma taxação seria no mínimo imprópria, quando não totalmente inútil.

mental”,³ entendida como o conjunto intelecto-cultural de informações e idéias que acompanham determinado raciocínio.

É difícil, se não impossível, depurar as diferentes instâncias em que se manifestam os direitos fundamentais, entretanto, quando se busca seu estatuto normativo, torna-se patente que a perspectiva jurídica, ou ao menos política, é a predominante. Isto significa não que existe uma expurgação das outras teorias, em um sentido kelseniano, mas sim, que essas, embora influentes, não são determinantes. O direito passa a ser, então, a estrutura, e as demais ciências tornam-se a conjuntura, pois as diferentes teorias se completam. Neste ponto, já é possível observar que a análise das definições dos direitos humanos fundamentais ora proposta tem que ser realizada tecnicamente, sem os relativismos que a leiguise muitas vezes prenuncia. Todavia, quanto ao aspecto dogmático ou crítico a ser tomado como método, embora aqui se esteja tentando estabelecer pressupostos, é impossível estabelecer-se *a priori* o predominante, até porque tal predominado talvez não exista. A dogmática (não-dogmatista) sempre estará presente em um estatuto qualificado como “jurídico”, já a crítica é imprescindível em um estudo sério e original. Assim sendo, nada mais apropriado do que conjugar ambas, desfazendo, momentaneamente, a sua contradição ontológica.⁴ Por fim, um ponto muito importante é a especificidade da temática. “Direitos Humanos Fundamentais” é um tema muitíssimo abrangente, mesmo sob a ótica exclusiva do Direito. Desse modo, é importante que seja demonstrada a intenção de se elaborar uma Teoria Específica a respeito do estatuto jurídico-constitucional dos direitos humanos fundamentais, possuidora de condições, termos e características próprias.

(3) Para apropriar-se de uma expressão de LUCIEN FEBVRE, ainda que um tanto inadequadamente, pois o termo originalmente tem uma conotação muito mais abrangente, referindo-se aos hábitos mentais de determinada época. Vide: CHARTIER, Roger. **A História Cultural** – entre práticas e representações. Lisboa: Difel, 1988, p. 36.

(4) Quanto à contradição entre crítica e dogmática, ver: COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1987 e AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

1.2. O fundamento absoluto

A asserção de NORBERTO BOBBIO de que o problema não é o fundamento mas a exeqüibilidade dos direitos,⁵ muito prolatada na atualidade, principalmente pelas organizações de defesa dos direitos humanos, é válida somente considerando-se o Estado contemporâneo, de cunho intervencionista. Pensando-se em um futuro muito próximo, que será, certamente, caracterizado pela globalização econômica e pela prática sócio-política neoliberal, tal afirmação relativiza-se muito. A fundamentação volta a ser importante, na medida que o liberalismo inibe as ações positivas dos Estados. Para os precursores do Estado mínimo, a exclusão de direitos de uma ordem jurídico suprema é mero trabalho legislativo, que precisa conformar-se apenas com as conveniências, sejam elas econômicas, políticas, ou até mesmo corporativas. Desse modo, embora seja importante o estabelecimento de garantias positivas às convenções derivadas do raciocínio argumentativo, o futuro aponta que será necessário à sobrevivência dos direitos a demonstração de um fundamento, sob certas condições, inquestionável. Logicamente, não um fundamento baseado em idéias filosóficas ou jusnaturalistas, mas sim político-sociológicas. Será um novo fundamento, que não derivará da natureza, mas de um paradigma comunicativo. Neste ponto, é interessante a concepção fenomenológica de HABERMAS,⁶ tornando-se extremamente útil numa perspectiva analógica.⁷

(5) BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 24.

(6) HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 43. O qualificativo fenomenológico aqui empregado não representa a Teoria Fenomenológica, entendida como “a arte de desvelar aquilo que, cotidianamente, se oculta a si mesmo”, mas sim diz respeito à “transitoriedade” característica dos “fenômenos”, cuja natureza não é essencial, mas sim existencial. Sobre a Fenomenologia ver CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e Modernidade** – Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 37.

(7) Na medida em que não é pretensão deste estudo apropriar-se da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas, discurso de grande complexidade, que na verdade serviu mais como inspiração do que propriamente enquanto bibliografia conceitual.

A tese central da teoria comunicativa habermasiana resume-se no entendimento de que o processo de modernização que caracteriza a evolução histórica de nossas sociedades não pode ser apreendido se não através de um paradigma orientado para a intercompreensão. O consenso, que pode variar, e assim o faz constantemente, torna-se o único ponto de partida realmente racional e válido. Em termos meramente analógicos é possível observar uma harmonia entre alguns pontos do discurso de BOBBIO e HABERMAS, chegando-se à conclusão de que os direitos humanos caracterizam-se pela finitude, temporalidade, relatividade e, ainda, heterogeneidade. Neste contexto, o consenso é imprescindível na medida em que origina as convenções que apresentam os direitos e é legitimador por ser o resultado da intersubjetividade e não do raciocínio monológico (que tende sempre à dominação). Assim, pode-se observar uma prática político-sociológica que não é natural, mas sim o produto de um processo civilizatório cultural-dialógico.

Desse modo, a paradoxal conceituação de um fundamento absoluto e ao mesmo tempo histórico, é um sofisma apenas aparente. Levando-se em consideração o fato de que é aceita como válida a premissa de que somente serão reconhecidos como "humanos" os direitos assim eleitos por um processo político-sociológico, este passa a ser o fundamento absoluto, pelo menos para o estágio civilizatório no qual nos encontramos. É claro que com o passar dos séculos este paradigma pode ser alterado ou até substituído, seja por um processo linear, seja por um processo dialético. Entretanto, a evolução neste campo é lenta, o que permite a absolutização, ainda que temporária, do fundamento. Em termos figurativos, isto pode ser perfeitamente exemplificado pelas leis da física, que são absolutas dependendo de certas condições estabelecidas como invariáveis, para fins instrumentais. Conforme demonstrou EINSTEIN, até mesmo a indiscutível diferença substancial entre a matéria e a energia, a certa velocidade, extingue-se, mas nem por isso torna-se aceitável a afirmação de que matéria é energia. Por certo que os direitos fundamentais não possuem um fundamento absoluto universal e eterno, mas sim um fundamento absoluto tido como tal por uma convenção dialógico-racional de determinada época, ou

seja, um fundamento absoluto de cunho instrumental.⁸ A convenção é fruto de uma evolução cultural não ordenada, ou, muito menos, coordenada, em que pese no final desse século ter tornado-se tão notória, que, até certo ponto, aparenta ser indiscutível, considerando-se, é claro, o *locus* cultural ocidental. Se assim não fosse, não seria um contrasenso comunicativo tão grande o desrespeito aos direitos humanos.

1.3. Direitos humanos e direitos humanos fundamentais

Dentro do contexto acima descrito, em que se busca uma análise jurídica e específica, justifica-se, então, a utilização do termo “direitos humanos fundamentais”, na medida que é equívoca (em uma concepção não-vulgar) a asserção de que a diferente nomenclatura propagada consistiria numa sinonímia. Isso ocorre, pois, embora aparentemente a terminologia pareça não ser muito relevante, na realidade ela o é. CANOTILHO faz uma especificação muito elucidativa quanto a isso: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.⁹ Já a diferenciação, na ótica do autor, entre os direitos do homem e do cidadão traduz-se no fato de que os primeiros seriam relativos ao homem enquanto indivíduo e os segundos ao homem enquanto ser social (ou político).¹⁰

(8) Instrumental em sentido metodológico e não em um sentido ideológico, como na “Teoria das Elites”. Sobre o assunto ver: SAES, Décio. **Uma contribuição à Teoria das Elites**, in Revista de Sociologia e Política, nº 3, Curitiba: Grupo de Estudos Estado e Sociedade (GEES) – UFPR, 1994, p. 7.

(9) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 517.

(10) As outras expressões carecem de maior importância, pelo que serão deixadas de lado.

Essa classificação proposta por CANOTILHO é muito útil, embora esteja longe de solucionar o problema. Dizer que Direitos do Homem são aqueles válidos para todos eternamente é uma impropriedade. A concepção jusnaturalista, muito propalada durante a fase áurea do liberalismo, atualmente, presta-se só à Teoria da História dos Direitos Fundamentais, não à Jurídica.¹¹ E quanto ao fato do direito do cidadão ser um direito do homem enquanto ser social, tal definição nada mais faz do que classificar uma espécie de direito do homem. Em uma concepção contemporânea, direito do cidadão é uma especificação, assim como os Direitos da Criança (afirmados por Declaração em 20.11.59), ou os Direitos da Mulher (Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 20.12.52), entre outros.¹²

NORBERTO BOBBIO é muito feliz quando analisa esta questão, contradizendo a tese de que existiriam direitos naturais. Na realidade, não existem direitos válidos para todos os povos em todos os tempos, mas sim direitos válidos para uma determinada civilização, por um tempo específico. *“O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”*.¹³

Entretanto, BOBBIO talvez cometa uma imprecisão não cometida por CANOTILHO, ao afirmar como fundamentais mesmo os direitos juridicamente não-protégidos, desde que sejam derivados de convenções argumentativamente racionais. Para BOBBIO, não há diferença entre afirmar-se direitos humanos ou direitos fundamentais, desde que se tenha consciência do seu caráter histórico. Aliás, para o autor este já é até mesmo um problema superado na medida em que o importante mesmo, hodiernamente, é a busca por meios de proteção e garantia dos direitos, despreocupando-se com sua fundamentação, pois esta já

(11) Ver ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 27.

(12) BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 35.

(13) *Ibid.* p. 19.

estaria afirmada, satisfatoriamente, pelas declarações provenientes dos organismos supranacionais, notadamente a ONU. Para que tal entendimento estivesse perfeito seria preciso que a fundamentalidade estivesse localizada somente na esfera filosófica, o que não é verdade. Considerando-se que juridicamente por fundamental se entende o supremo (não o essencialmente supremo, mas o hierarquicamente supremo), pode-se concluir que os direitos não-positivados (e mais, não-positivados em uma ordem jurídica suprema) não são direitos juridicamente fundamentais, embora sejam reconhecidos como tal, em uma esfera filosófica.

Certamente, se prendendo a uma questão léxica, é indiferente o modo de expressão, mas se for atribuída uma carga de conteúdo axiológico, torna-se relevante a diferenciação, até porque o universo dos direitos nada mais é do que uma grande convenção. Assim sendo, os direitos humanos são direitos históricos, eleitos por determinados povos para servirem como o ponto de referência prioritário das relações sociais em uma época específica. Podem, muitas vezes, tornar-se tão importantes que sua validade é constantemente prolongada servindo como paradigma de inúmeras gerações de indivíduos sem perder sua lógica; um exemplo disso seria o direito à vida. Ou podem, simplesmente, perder sua força com a evolução sócio-cultural da comunidade eleitora, como é o caso do direito de propriedade, cada vez mais atenuado por valores ascendentes, como a função social da terra.¹⁴

Partindo-se desses pressupostos pode-se concluir que os Direitos Humanos Fundamentais são direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente, como afirmou CANOTILHO, ou mais anteriormente HESSE.¹⁵ Todavia, para que se compreenda sem equívocos tal definição é preciso que se interprete estes direitos do homem na concepção histórica do BOBBIO e a garantia jurídico-institucional como aquela prescrita na Lei Fundamental do Estado, conforme concei-

(14) Neste ciclo evolutivo pode ocorrer que algum dia o direito "de" propriedade dê lugar ao direito "à" propriedade, ou seja, o direito de todos obterem como sua uma propriedade.

(15) Ver BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 472.

situação de CARL SCHMITT, a qual imputa como fundamentais todos os direitos prescritos no texto constitucional.¹⁶ Segundo SCHMITT, analisado por ALEXY, através de uma perspectiva material-estrutural os direitos fundamentais seriam “*sólo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución*”.¹⁷

Mas será mesmo que a assertiva de SCHMITT está perfeitamente correta? É provável que não, embora sua tese seja insubstituível para a compreensão da definição ora proposta. O problema é que, em um estudo mais aprofundado, torna-se muito questionável tal caracterização da “garantia jurídico-institucional” efetuada por SCHMITT, afinal, é realizada em uma perspectiva intensamente questionada por vários dos doutrinadores neste campo de pesquisa, haja vista os entendimentos de ALEXY e MÜLLER.¹⁸ O próprio ALEXY aponta dois inconvenientes na tese de SCHMITT: o primeiro, seria a vinculação do conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado, na medida que um Estado liberal, por exemplo, garantiria somente os direitos individuais de liberdade; o segundo, consistiria no fato, apontado por SCHMITT, de que a norma de direito fundamental é somente aquela que confere um direito subjetivo.

Contudo, mesmo a crítica de ALEXY é questionável quanto ao fato de os direitos fundamentais nem sempre imputarem direitos subjetivos. Na realidade, conferir direitos subjetivos, ainda que na modalidade coletiva ou difusa, é prerrogativa insofismável dos direitos fundamentais, pelo que, a definição de SCHMITT parece precisa neste aspecto. Quanto ao fato de os direitos serem determinados pela concepção ideológica do Estado, realmente, este é um inconveniente, mas que não desabona a definição, pois, ainda que inconveniente, tal variação política é uma característica de conotação histórico-sociológica que estará sempre presente. E é até

(16) *Ibid.*, p. 473.

(17) ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 63.

(18) Sobre as críticas de ALEXI e MÜLLER à teoria de Schmitt ver: ALEXI, Robert. *op. cit.*, p. 66 e ss.

mesmo natural, em uma compreensão historicista de direitos fundamentais.

A maior deficiência na definição de SCHMITT encontra-se no fato de que, a princípio, se por fundamentais se entender os direitos supremos e por supremos se entender aqueles direitos dispostos na Lei Fundamental, é inegável a síntese de que todos os direitos contidos na constituição são fundamentais.¹⁹ E esta é uma falsa, se não ao menos relativa, asserção. Nem todos os direitos contidos na Carta Magna são fundamentais, pois, embora sejam supremos, não possuem “legitimação” para tanto. Em que pese, teoricamente, qualquer direito subjetivo possa ser taxado como humano, só conquistam esta qualificação aqueles sociologicamente eleitos como tal.

É possível, desse modo, concluir-se que os Direitos Fundamentais são construídos por uma díade representada pela constitucionalização e pela legitimação. A legitimação é o ponto extra-normativo dos direitos, o que não significa que reflete meramente a sua face filosófica, pelo contrário, ela é derivada não da filosofia, mas de uma convenção sociologicamente estabelecida, conforme critérios racionais e dialógicos. O processo de construção da legitimidade é lento e complexo, muitas vezes demandando resistências, seja por meio de revoltas, seja por meio da desobediência civil, ou, ainda, por métodos mais elaborados, como o “caos criativo”.²⁰

Desenvolve-se tal evolução no momento em que o fato social, imbuído de um conjunto de valores que se estabeleceram numa determinada época, e em determinado local, norteia o advento político dos direitos no ról dos absolutamente imprescindíveis. Embora, inicialmente, não sejam protegidos por qualquer sistema jurídico, tais direitos já farão parte de um sistema sócio-político, até mesmo por meio de declarações sem força normativa. Estes

(19) Considerando-se que este estudo é direcionado aos Estados que possuem uma ordem constitucional formal.

(20) RAMOS FILHO, Wilson. **Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo.** in *Direito e Neoliberalismo – elementos para uma leitura interdisciplinar.* Edibej: Curitiba, 1996, p. 99.

direitos germinais, alheios ao sistema jurídico Estatal, é que são denominados Direitos Humanos. No momento em que forem recepcionados pela Lei Fundamental do Estado, tornar-se-ão Direitos Humanos Fundamentais, ainda que dispostos somente nas esferas programáticas.

Logicamente esta teorização funda-se num Estado-Providência, o *Welfare State*, nos moldes do século XX, ainda presente como a maior instância com poder coercivo. Contudo, muito brevemente, não será a constituição estatal a garantidora da eficácia social dos direitos. Pouco a pouco “os Estados nacionais, sob vários aspectos, perdem o monopólio do direito, da violência física legítima, em face de uma normatividade supranacional, de mecanismos de redes de decisões não localizados ou localizáveis em um único país, com normas próprias, jurisdição própria, jurisprudência própria, e o que é mais importante, com padrões éticos diferenciados. Ou seja, microssistemas interligados e imbricados entre si substituem os ‘monismos’ estatais”.²¹ Com isso, a responsabilidade pela proteção jurídica e garantia efetiva dos direitos passa do Estado para o conjunto de nações do qual este fizer parte. Desta forma, cada vez mais rapidamente, os direitos humanos transformar-se-ão em fundamentais dentro da ordem jurídica dominante, que não será a nacional. Contudo, a transição entre estes dois modelos não será simples ou suave.

2. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO NORMAS LEGITIMADAS

2.1. A legitimação político-sociológica

Recorrendo à filosofia do direito na busca de uma elucidação com relação à noção de legitimidade, é frutífero observar o entendimento de ANTÔNIO CARLOS WOLKMER ao afirmar que tal substantivo “*incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores, e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe*

(21) *Ibid.*, p. 86.

a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogadas pela coletividade".²² Vê-se, portanto, presentes duas categorias muito importantes para a caracterização da legitimidade: a de consensualidade e a de coletividade.

Como já foi dito no tópico anterior, o qualificativo "humano" é próprio de alguns determinados direitos que foram eleitos como tais por um grupo social específico. Não existem direitos que são humanos por natureza. A história demonstra que com a evolução social dos povos, estes foram se convencendo de que existiriam certos direitos que deveriam possuir um *plus* de supremacia com relação aos demais. Por motivos conjunturais, cada povo foi elegendo aqueles direitos aos quais seria conferido tal *plus*. Por certo que tal "eleição" não pode ser encarada nos moldes tradicionais, em que um conjunto de indivíduos se reúnem e votam em conformidade com esta ou aquela vertente. A eleição dos direitos humanos, em uma teorização geral, é um processo muito mais sutil, longo e complexo, que deriva, principalmente, da alteração da visão do homem com relação a ele mesmo. Na medida que o ser humano foi tornando-se mais civilizado, notou que algumas regras de convivência impunham-se e ganhavam força, por vezes imperceptivelmente, por vezes revolucionariamente. primeiro, mediante convenções tácitas e depois, por consensos expressos, os indivíduos foram reclamando por liberdades e reconhecimento de direitos, até que as Instituições do Estado também os proclamassem, o que realmente ocorreu, e de forma muito mais intensa do que imaginavam os precursores das liberdades públicas.

Muito provavelmente, somente no próximo século se poderá falar realmente em direitos humanos, em uma concepção universalizante (pelo menos num contexto de real proteção e efetividade social). No século XX, os direitos foram considerados por uma ótica extremamente nacionalista, o que inibiu durante muito tempo a sua mundialização. Atualmente, esta tendência está

(22) WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 81.

sendo paulatinamente revertida, inclusive a nível regional. A crescente atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma modesta demonstração deste fato.

Neste contexto, o próximo passo já é possível ser previsto: a garantia supranacional dos direitos humanos, que, por enquanto, denota-se muito tímida, mais gerando expectativas²³ do que realidades. Tal fenômeno é perfeitamente justificável, na medida em que após a formação dos Estados Nacionais, as concepções de povo, soberania e nação foram arraigando-se cada vez mais entre os Estados, culminando com o advento do “Princípio da Livre Determinação dos Povos” e suas respectivas conseqüências durante todo o correr deste século, principalmente no continente africano, palco de uma série de proclamações formais de independência. Dessa forma, tal conceito de Estado Nacional Soberano foi e é “vendido” para todos os cidadãos do mundo, como se fosse uma verdade absoluta, que não possui qualquer concorrência da esfera das idéias. Tanto que alguns povos chegaram ao ponto de acreditar na superioridade de sua raça, ou de seus compatriotas, apenas pelas suas origens nacionais, e pior, muitos ainda acreditam em tal tese, que ressurge das cinzas algumas décadas após o horror das guerras da primeira metade do século.

Num contexto tão complexo, acreditar então, em direitos que são reconhecidos por todos é um temeridade científica. Entretanto, tal relatividade não impede a observação de uma hegemonia presente em grupos sociais sujeitos às mesmas influências, sejam elas ideológicas ou culturais.²⁴

(23) Expectativas essas decorrentes de pioneiras declarações como a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), os acordos de Helsinki (1975), e a Carta dos Povos Africanos de Direitos Humanos (1981). Sobre o assunto ver AGRIPINO JÚNIOR, Osvaldo de Castro. *op cit.*, p. 8.

(24) Efetuando-se, neste caso, uma distinção extremamente arbitrária, em que o desejo é simplesmente, em termos metodológicos, referir-se aos aspectos mais profundamente políticos, quando se analisa o fator ideológico, e aspectos mais determinantemente axiológicos, quando se referencia o fator cultural, sem deixar, em momento algum, de compreender o caráter ubíquo de ambas as perspectivas.

A sociedade brasileira enquadra-se num particular estatuto político-sociológico, que embora possa não se identificar com o de outros grupos sociais, está, incontestavelmente, determinado por fatores a ele externos. O estatuto político-sociológico das sociedades modernas pode ser considerado, portanto, um sistema aberto, que gera influências, assim como as absorve.

Fazendo-se uma análise centrífuga com relação a esta questão verifica-se que o grupo social brasileiro contextualiza-se em dois conjuntos maiores, dependendo do foco de análise. O primeiro conjunto, é o “latino-americano”, muito marcado por semelhanças culturais, idiomáticas e políticas; e o segundo, é o “dos países em desenvolvimento”, determinado, primordialmente, por uma problemática social comum. Já estas duas esferas podem ser relegadas a um modelo ainda maior: o “paradigma *ocidental* de orientação ideológica”, que tem como marca registrada, hodiernamente, o neoliberalismo, a globalização econômica, o capitalismo financeiro, a transnacionalização política dos Estados, a mundialização da cultura, o individualismo social e, até mesmo, a desconstituição do modelo tradicional de família.²⁵

Todos estes fenômenos são importantes na qualificação dos direitos, pois é através deles que vai moldando-se o consenso de quais serão e quais deixarão de ser os direitos humanos reconhecidos pelas atuais e futuras gerações.

Neste contexto, é de fundamental importância que não se confunda a aceitação de um consenso sociológico (ainda que aparente), advindo de uma argumentação plurilógica social, com meras opções políticas conjunturais, que mais tem a ver com interesses circunstanciais do que com direitos humanos. Por este motivo é que MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, afirmou ser absolutamente indesejável que os direitos fundamentais fossem encarados como “*propostas que o legislador, ordinário ou*

(25) Sobre a questão da desconstituição do modelo tradicional de família, ver FACHIN, Luiz Edson. **Da função pública ao espaço privado: aspectos da “privatização” da família no projeto do “Estado mínimo”**. in *Direito e Neoliberalismo – elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 138.

constituente, adota ou não, quando melhor lhe parece".²⁶ Para embuir de legitimidade o trabalho legislativo, afirma ainda o autor, a doutrina, em geral, sugere a invocação de uma *communis opinio*, que estaria presente em todos os povos e que, portanto, não existiria na prática. Entretanto, é certo que a *communis opinio* existe e é o fator primordial, embora não seja o mais aparente, no estabelecimento dos direitos, e embora nem sempre esteja em todos os povos; ademais, nem é necessário que assim o seja, pois cada grupo social pode eleger seus próprios direitos (considerando-se, é claro, o caráter sistemático, que faz com que haja unidade e ordenação entre o conjunto de grupos interinfluenciáveis). Não admitir tal fato é "colocar para baixo do tapete" toda a distinção existente entre a cultura ocidental e a cultura oriental, por exemplo.

Tendo-se em vista que a maioria das "escolhas" sociais são feitas mediante um "inconsciente coletivo", muitas vezes provocado, é claro, mas sem perder o seu caráter de implicitude, o processo de legitimação político-sociológica apresenta-se muito complexo, por vezes, demonstrando graus ou de subjetividade, ou de relatividade, que jogam a problemática em um aparente "beco sem saída".

A Lei Maior de um Estado pode conferir, terminologicamente, um *status* de fundamental a direitos que não são legitimados para tanto. O Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO é muito feliz quando analisa esta questão, referindo-se à "*distinção entre os direitos humanos fundamentais formais e direitos humanos fundamentais substanciais, aqueles inscritos na Lei Suprema ou no tratado, mas sem a natureza de 'verdadeiros' direitos fundamentais, estes com esta natureza, mas eventualmente não tendo tido reconhecida a sua fundamentalidade...*"²⁷ Para ilustrar tal

(26) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988.** in Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro: Renovar. n° 203, 1996, p. 3.

(27) *Ibid.*, p. 4. A classificação de direitos proposta pelo eminente professor diferencia-se um pouco deste estudo, pois o que por ele é entendido como "direito humano fundamental substancial" é apresentado no tópico "Conceituação Jurídica de Direitos Humanos Fundamentais" como sendo

fenômeno o autor recorrer, ainda, a um artigo de PHILIP ALSTON, que “*assinala a tendência da ONU e de outros corpos internacionais de proclamarem, a torto e a direito, direitos ‘fundamentais’, sem critério objetivo algum. E registra novos direitos em vias de serem solenemente declarados fundamentais – direito ao turismo, direito ao desarmamento – afora os já propostos – direito ao sono, direito de não ser morto em guerra, direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, direito à coexistência com a natureza, direito de livremente experimentar modos de viver alternativos, etc.*”²⁸ Tal multiplicação de direitos é denominada por FERREIRA FILHO como “*inflacionamento de direitos fundamentais*”. Por isso é que não basta um estatuto normativo que afirme um ou outro direito como fundamental, é preciso que ele possua legitimidade para manifestar-se como tal.

ALSTON, analisado por FERREIRA FILHO, ainda indica alguns critérios, muito bem construídos, para que se possa identificar a possibilidade ou não de inclusão de um direito no rol dos direitos humanos. Tais “quesitos” de legitimidade podem ser assim elencados:

- a) a reflexão de um valor social fundamentalmente importante;
- b) a relevância, embora num grau variável devido aos diferentes sistemas de valor presentes no globo;
- c) a sua elegibilidade para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas, numa reflexão a propósito de normas jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais do Direito;

simplesmente um “direito humano”, e o que é afirmado como “direito humano fundamental formal” não é aqui aceito como um direito fundamental, mas tão-somente um direito subjetivo constante inapropriadamente na Lei Fundamental. Cumpre salientar, entretanto, que tal discrepância tem mais valor teórico do que prático, sendo mais uma questão de preferência terminológica que propriamente um problema ontológico.

(28) Trecho do artigo de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 5, que se refere ao texto de PHILIP ALSTON. Conferir: ALSTON, *Conjuring up new rights: A proposal for quality control*, *American Journal of International Law*, 1984, vol. 07, p. 607 e ss.

d) a sua consistência com o sistema existente de direito internacional relativo aos direitos humanos, e não representar uma mera repetição;

e) a sua capacidade de alcançar um muito alto nível de consenso internacional;

f) a sua compatibilidade, ou ao menos não clara incompatibilidade com a prática comum dos Estados; e, por fim,

g) a sua razoável precisão para que possa dar lugar a direitos e garantias obrigacionais identificáveis.²⁹

O apuramento de tais critérios é de imperiosa importância na fundamentação e caracterização dos direitos humanos, tanto no momento da retirada de pseudo-direitos da ordem constitucional, quanto no instante da sua manutenção.

Todo direito fundamental tem que se justificar por uma perspectiva, se não moral, ao menos axiológica, pois se não representar um valor social relevante será apenas uma regra jurídico-formal, quando posta, ou, quando não, uma simples e natimorta declaração. De qualquer forma, a sua relevância não deve, e nem pode, caracterizar-se por um valor que se pretenda absoluto em determinada ordem, esquecendo-se das demais. A interdependência entre as esferas de manifestação dos direitos (nacional ou supranacional) é um fator que não pode ser ignorado, inclusive no aspecto concernente às diferenças culturais existentes, que, em alguns casos, torna difícil a apropriação correta do valor a ser considerado. É neste momento que surge a necessidade de um grande consenso internacional (e, logicamente, nacional) a respeito dos valores eleitos como supremos e dos conseqüentes direitos por eles gerados.³⁰

(29) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 5.

(30) Considerando-se, inclusive, o fato de que os valores não dão origem somente a direitos, mas também imputam deveres fundamentais, os quais, exclusivamente para fins de delimitação temática, ficarão carentes de uma melhor análise no presente estudo.

2.2. O “sentimento constitucional”

“Cada constitución no és más que un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación”.³¹

A frase acima transcrita retrata a visão do constitucionalista alemão KARL LOEWENSTEIN a respeito da essência da Lei Fundamental. Tal concepção forja-se na idéia de que a constituição é resultado de um contrato firmado entre forças político-sociais, que mediante concessões recíprocas chegam a um ponto de conformação suficiente a legitimar o processo constituinte. A idealização de LOEWENSTEIN, fortemente embasada em alicerces sociológicos, trás à tona uma importantíssima questão: a existência de um sentimento constitucional advindo da sociedade nacional, que seria fonte inexorável de legitimação da Lei Maior do Estado.

O domínio da doutrina filosófica positivista teve influência determinante no final do século passado, caracterizado pelo realismo intelectual e artístico. Transposto para a área jurídica, o positivismo manifestou-se de diferentes formas.³² Os positivistas, sejam eles adeptos da teoria de Kelsen,³³ norte da doutrina romanística, ou partidários da jurisprudência anglo-saxã, certamente jamais admitiriam que um fator variável social-axiológico fosse tão determinante que pudesse conferir legitimidade ou não a um sistema constitucional. Segundo Kelsen, a simples positivação pelo Estado, mediante um processo legislativo formalmente válido e executado por entidade com competência para tanto é suficiente para dar legitimação ao sistema normativo.³⁴ O interessante ao universo jurídico seria, então, a potencial eficácia das normas, ou seja, sua vigência, e não sua efetividade (relegada a outras esferas do conhecimento).

(31) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 199.

(32) Formas estas, que por não consistirem objeto primordial desta dissertação, terão seu estudo relegado a outras oportunidades.

(33) Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

(34) *Ibid.*, p. 20 a 50.

Tais idealizações, muito difundidas no início do século, não encontram substrato teórico tão fértil nos tempos atuais, que tendem a uma visão mais aberta à epistemologia, à crítica, à hermenêutica, à zetética, à semiologia, ao direito alternativo (ou, pelo menos, seu uso alternativo)³⁵ e porque não, até mesmo ao “surrealismo jurídico”.³⁶ A legalidade dá cada vez mais espaço à legitimidade como ponto essencial de fundamentação jurídica. Neste sentido, LOEWENSTEIN demonstrou, já nos idos das décadas de 60 e 70 seu grande potencial prospectivo, afirmando desde aquela época o processo de desvalorização constitucional, que realmente se confirmou sobremaneira neste cume de século.

O autor busca com a tese do sentimento constitucional tocar em um dos fenômenos psicológicos-sociais e sociológicos do existencialismo político mais difíceis de se captar. O sentimento seria uma forma de manifestação da consciência constitucional, com todos os antagonismos a si inerentes, que primordialmente é determinado por fatores irracionais, embora possa ser produzido racionalmente, inclusive por uma educação ideologicamente direcionadora. Todavia, o sentimento constitucional não se confunde com a consciência nacional. Um povo pode possuir esta, sem dar valor àquele (como no caso dos suíços e franceses) ou vice-versa (como no caso dos belgas).³⁷

(35) Sobre esse assunto ver: MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. Trad. de Ana Prata. Lisboa: Moraes. 1979; AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989; CL'EVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os direitos**. São Paulo: Acadêmica, 1988; FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991; WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e Teorias da interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese. 1979; RODRIGUES, Horácio Wanderlei, **Ensino Jurídico e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993; e, principalmente, os livros de LUIZ FERNANDO COELHO: **Teoria Crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1987 e **Lógica Jurídica e interpretação das leis**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

(36) Ver: WARAT, Luis Alberto. **Manifestos para uma ecologia do desejo**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1990.

(37) Segundo LOEWENSTEIN, a consciência nacional estaria mais ligada a questões de valores abstratos, como o sentimento democrático; já o sentimento constitucional corresponde ao valor dado à constituição posta e à maior resistência à sua alteração.

Um problema ainda levantado por LOEWENSTEIN é a distância que separa o povo da sua Constituição. Os cidadãos dificilmente se colocam como legítimos participantes nas questões relegadas a tal plano. Principalmente, em uma nação como a brasileira, que possui uma população de proporções gigantescas, formada por uma massa maioritária de cidadãos que ganham menos de um salário mínimo e que possuem ínfimo grau de instrução, quando o têm. Esta massa humana, extremamente influenciada pelos meios de comunicação, distancia-se da Carta Magna elevando o grau de indiferença constitucional, embora as aparências muitas vezes não traduzam este fato, pelo contrário, o encobrem através da publicidade pontual de atitudes isoladas, que pouco ou nada influenciam o quadro caótico pelo qual passa a nação. Ora na forma de propaganda das “gentes que fazem”, ora em projetos como “a linha sopão”, ora mediante a formação de “comissões e mais comissões de direitos humanos”, as Instituições do Estado, vão formando o que LOEWENSTEIN chama de “*sociedad de televisión de responsabilidad limitada*”.

Outro dado importante na desconstrução do sentimento constitucional é a atuação dos Poderes do Estado. Por certo que o modelo maquiavélico de tripartição das funções do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário encontra-se absolutamente falido. O Poder Executivo, detentor da administração dos recursos arrecadados pelo Estado e gerenciador da economia do mercado, enquanto interventor-mor do sistema capitalista do século XX, foi cada vez mais demonstrando sua incontestável prevalência, ainda que em contrariedade com as prescrições constitucionais. No Brasil, esta assertiva ganha ainda mais força, quando analisada a prática relegada ao “instituto” das medidas provisórias, previsto no art. 62 da CF/88, que utilizado em escala incompatível com a sistemática constitucional, promove o arbítrio e o desestímulo ao espírito democrático.

Segundo RAUL MACHADO HORTA, “*o acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão a Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de*

obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional".³⁸ Quando o sentimento de adesão a Lei Fundamental é ameaçado, por conseqüência, correm sério risco todos os direitos nela contidos, notadamente os humanos fundamentais, que por sua natureza, necessitam de uma positivação num estatuto supremo e rígido.

O sentimento constitucional não é derivado da pura e simples constituição escrita, ele é resultante da sua conformação real.³⁹ E é devido a esta teoria que não se pode falar em constituições legítimas outorgados seja por Atos Institucionais ou por qualquer outra forma de arbítrio. Sobre esta matéria é interessante o estudo de PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, que pela sua perfeição expositiva merece ser transcrito: "Vale dizer, o Ato Institucional 05, de 13.12.68, e os demais Atos Institucionais que foram posteriormente baixados, passam a integrar a Constituição por imposição dos ministros militares aludidos, em nome do denominado "poder revolucionário". (...) Por obra desse arranjo lógico-formal, passaram a conviver o poder discricionário e a aparência democrática, com a predominância necessária do primeiro. Toda vez que o A.I. 5 incidia e se aplicava, todo o capítulo dos direitos e garantias individuais da Constituição virava letra morta".⁴⁰

O recente exemplo autoritário brasileiro é uma prova de que a legitimação dos direitos humanos na constituição é decorrência direta de uma fundamentação extranormativa. RAUL MACHADO HORTA cita o exemplo das constituições do México de 1917, da Venezuela de 1961 e do Peru de 1979, que continham normas afirmando "*a permanência da Constituição, apesar de sua derrogação por ato de força ou outro procedimento nela não previsto*".⁴¹ Tal norma manifesta um paradoxo, tanto no contexto de

(38) HORTA, Raul Machado. **Permanência e mudança na constituição.** in Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro: Renovar nº 188, 1992, p. 17.

(39) Conforme categorias desenvolvidas por FERDINAND LASSALLE e descritas por RAUL MACHADO HORTA, in *op. cit.*, p. 18.

(40) AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 42.

(41) HORTA, Raul Machado. *op. cit.*, p. 16.

sua natureza, quanto de sua eficácia. É a única regra que somente possui vigência quando for derogado o sistema constitucional ao qual pertencia, e somente possui eficácia se, após o período revolucionário, for reestabelecida a ordem anterior. Entretanto, é extremamente ilustrativa para demonstrar a força do sentimento constitucional enquanto componente de um estatuto legitimador. Ignorar tal fenômeno no contexto dos direitos humanos é promover uma discussão que jamais escapará do *habitat* filosófico e idealístico.

Em suma, não basta que um direito seja um componente formal da constituição, tem que ser reconhecido como tal por um sentimento coletivo advindo da sociedade nacional. Os direitos humanos não podem surgir mediante imposições de ordens políticas superiores, bem como não podem ser retirados sem um aval social para tanto. Eles devem nascer e, se for o caso, morrer, dentro do grupo social a ser considerado. Nas edificantes palavras do Professor RAUL M. HORTA: *“É a consciência solidarizante da comunidade que integra os detentores e os destinatários do poder na constituição. O sentimento constitucional, que envolve a valorização sentimental da constituição, é incompatível com a indiferença popular em relação a ela. O desconhecimento, a ignorância, o desprezo e o desrespeito sistemático à constituição negam o sentimento constitucional e fazem da constituição uma ‘folha de papel’ que se agita na direção do vento. Essa conduta negativa opera a substituição da estabilidade pela fragilidade da constituição”*.⁴²

3. A CONSTITUIÇÃO ENQUANTO LOCUS NORMATIVO APROPRIADO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A constituição nasceu como um instrumento de contenção do poder soberano e evoluiu no sentido de regulamentar esse poder, inclusive mediante a cobrança de prestações positivas. Atualmente, o Estado Intervencionista, que, segundo os neoliberais, agoniza perante a sua incapacidade provedora, tem na constituição o seu núcleo diretivo e programático. A evolução do objeto constitucional

(42) *Ibid.*, p. 17.

acabou por consagrar um modelo que abrange o estabelecimento da estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, o assento de direitos e garantias dos indivíduos, a fixação do regime político e a disciplina dos fins sócio-econômicos do Estado, além dos fundamentos gerais dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁴³

No Brasil, a CF/88 é o alicerce formador dos princípios nucleares que regem o sistema político administrativo "providencial" de Estado, na sua característica intervencionista mais marcante. Em um sentido material (e segundo a doutrina tradicional), cerca de cem artigos da CF/88 não seriam realmente constitucionais. Além, é claro, dos setenta e três artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Constituição brasileira atualmente vigente prima pela sua prolixidade, dispondo como nenhuma outra já vista em nosso território a respeito de direitos sociais, tributação, orçamento e política econômica. É, sem dúvida, uma carta política que tentou superar o atraso resultante da opressão do regime autoritário, promovendo uma proliferação de dispositivos programáticos que muito provavelmente serão retirados do seu texto sem que nunca tenham sido eficazes socialmente. A rapidez que toma conta do cenário geopolítico atropela as constituições sociais, notadamente a brasileira, impondo um novo ritmo, ditado pela nova ideologia dominante: o neoliberalismo. Neste contexto, um novo modelo constitucional está sendo constantemente defendido, o qual somente deve abarcar o absolutamente imprescindível para a caracterização e funcionamento do Estado. Dispositivos que garantam direitos humanos são, na ótica emergente, um luxo a ser extirpado. E pior, a manutenção de direitos sociais é até mesmo um atentado contra o Estado, que necessita "ser mínimo para ser eficiente".

(43) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 1995, p. 46.

3.1. A relativização da soberania constitucional em face da influência neoliberalista e do aumento da complexidade social

A sociedade de final de século transforma-se em sua estrutura íntima, de maneira rápida e intensa. As mutações constantes nas relações jurídicas, políticas, econômicas e sociais, caracterizam o aumento da complexidade da conjuntura geopolítica. Entre os tantos problemas enfrentados na atualidade, denota-se o paradoxo da mundialização da consciência a respeito da necessidade de proteção aos direitos humanos em face da crescente impossibilidade real dos Estados de efetivar as garantias desejadas. Os Estados europeus, pioneiros do Estado Social e Democrático de Direito, sentem a crise e se unem numa inovadora comunidade em busca de soluções a problemas como o desemprego e o aumento do déficit público. Já países ditos em desenvolvimento, como o Brasil, vivem outro paradoxo: deixar de ser um Estado Social, sem nunca ter sido.

Neste quadro de relevantes transformações, a soberania constitucional é uma questão que coaduna perfeitamente com a problemática dos direitos humanos. O Direito Internacional Público ganha cada vez mais força e os organismos supranacionais adquirem maior poder de influência sobre os Estados. Já as regras de mercado internacional inibem as ações internas e muitas vezes chegam a ditar normas para os governos, sob pena de dantescas retiradas de capital de países que se revelarem rebeldes ou cuja política econômico-social avance por caminhos diferentes dos previamente estipulados pelo mercado.

A soberania é, portanto, um dos pontos de maior discussão hodiernamente, e apesar de existirem inúmeras previsões e prospecções a respeito, difícil é realizar um diagnóstico do estado pelo qual passa a soberania dos países em desenvolvimento. A sua análise no contexto das práticas que vêm sendo desenvolvidas globalmente propõem dois enfoques: um referindo-se aos assuntos internos do Estado e outro aos externos. Internamente, a soberania é envolvida por questões como a crise do federalismo e o advento do pluralismo jurídico; já externamente, evidencia as relações referentes ao direito de interferência, à ordem jurídica internacional,

organismos supranacionais, empresas multinacionais, organizações não-governamentais, globalização do capital, entre outras.

Dentro de tal contexto, não há mais como o governo de um Estado que deseje inserir-se no “primeiro mundo” afirmar que não é suscetível a pressões internacionais e que suas decisões são absolutamente soberanas. A limitação da soberania é um fato notório e legítimo. Afinal, em um mundo no qual a democracia é um processo em desenvolvimento constante e em que o relacionamento internacional tornou-se uma necessidade vital, uma soberania intransigente é, até certo ponto, irracional. Não existe mais *habitat* frutífero para o isolamento estatal, e a prova disso está no leste europeu. Cada vez mais, os Estados soberanos precisam relacionar-se mutuamente, muitas vezes concebendo acordos que limitam a sua soberania. E este é um ponto altamente favorável à defesa dos direitos humanos no Brasil, cuja problemática sempre recebeu maior importância a nível internacional do que nacional. A criação de comunidades de direito supranacional como a CEE (Comunidade Econômica Européia), ou mesmo o MERCOSUL (que, embora extremamente incipiente, tende a seguir o rumo de uma crescente integração), obrigará os Estados a adquirirem um patamar alto e isonômico de estabilidade e proteção aos direitos humanos. Todavia, há o reverso da moeda. Assim como os direitos se solidificam nas teorias e nos tratados, a prática política neoliberal tende a não só inibir o advento de novos direitos, como achatar as garantias já conquistadas. O neoliberalismo se pretende revolucionário e modernizador, mas na realidade tem cunho notadamente reacionário e elitista, pois só poderão aproveitar-se da evolução aqueles que possuem condições, ou seja, os “incluídos”. A sociedade, quando provocada, denota-se dividida, ora legitimando a “nova ordem”, ora a repudiando. A legitimidade passa a ser, então, um fator a ser ferozmente almejado por todos os setores político-sociais, que não exitam em utilizar-se da mídia e do *marketing* para a conquista de seu intento.

A dificuldade do estabelecimento de situações legitimadas não só formalmente, mas sobretudo materialmente é um fato notório no contexto geopolítico. O acordo que desmoronou com as

fronteiras da Europa é exemplificação deste fato. Será que é legítimo um Estado como o francês integrar a comunidade européia, quando quase metade de sua população opõe-se ao acontecimento? Daí vem a questão do sufrágio universal, que legaliza os fatos, dando-lhes uma aparência de legitimidade; contudo, será que a legitimação ocorre na realidade? Será que com o passar do tempo outros problemas não tenderão a agravar-se – nacionalismos exacerbados, preconceitos raciais, entre outras infinitas formas de desrespeito aos direitos humanos? Será a soberania exclusivamente uma necessidade do Estado, ou também é da nação? Qual será a necessidade objetiva de uma nação senão o de tornar-se soberana? Como pode-se falar em respeito aos direitos fundamentais do indivíduo em nações cujas guerras são uma constância? Ou, ainda, quão soberano são internamente países como o Brasil, em que os direitos humanos, em que pese serem garantidos constitucionalmente, são constantemente desrespeitados?

A problemática no Brasil beira a insolubilidade, seja pela miséria e pela ignorância da população, responsáveis pelo total descrédito da CF/88 quase na totalidade do seu Título VIII, mediante a precariedade da assistência social, a falência do sistema previdenciário, a obsolescência das políticas de desporto, a crise da educação, os pouquíssimos incentivos à cultura, os constantes atentados ao meio ambiente e à infância, e a rejeição do idoso e do índio à categoria de “cidadãos de segunda classe”; seja, pelas quadrilhas do crime organizado, que agem nas favelas livremente impondo um sistema jurídico paralelo, que retira por completo a soberania interna do Estado em determinadas comunidades, não só cobrando taxas por serviços, como até mesmo provendo necessidades básicas do grupo, tais como creches, escolas e hospitais, além, é claro, da corporificação de milícias armadas para sua defesa contra o Estado e contra seus “inimigos”, proporcionando uma verdadeira guerra interna, que desconhece a força da supremacia constitucional; seja, ainda, pela deficiência da segurança pública, que não prepara os seus agentes para a atividade, propiciando tanto os abusos e agressões aos direitos civis por parte dos agentes públicos, quanto o aumento da violência urbana,

assunto cada vez mais em voga na imprensa nacional e internacional.⁴⁴

Questões difíceis, cujos direitos nacional e internacional ainda não encontraram respostas e dificilmente as encontrarão. Contudo, alguns direcionamentos podem ser levantados. Se a soberania constitucional é necessária para a garantia dos direitos humanos, tem que ser levado em conta que sua legitimação é extremamente relativa. Afinal, se ela é fundamento para o Estado e aspiração da nação (assim como os direitos), então, não se encontra somente no ordenamento, mas sim no próprio povo, que é seu legítimo titular. E é neste ponto que se encontra a maior dificuldade dos governos: realizar o que é legítimo.

No caso do Brasil atual, vê-se, claramente, que as influências internacionais ditam condutas a serem seguidas sob pena de sanções político-comerciais. No caso dos direitos humanos tais influências nem sempre têm conotação negativa. O condicionamento de empréstimos por instituições financeiras, sob a exigência de que sejam melhor garantidos os direitos humanos no Brasil é uma forma legítima de atuação internacional e que dá resultados relevantes. E esta força internacional tende a majorar-se, pois se o governo não consegue controlar esses casos de ausência total de observância

(44) Extremamente interessante a observação do Prof. OSVALDO AGRIPINO sobre a questão, particularmente nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro: *“Desde o mês de agosto de 1996, embora o Ministro da Justiça Nelson Jobim tenha declarado que a violência em São Paulo sempre foi maior do que a do Rio de Janeiro e que a imprensa paulista só começou a divulgar recentemente tais crimes porque está atingindo a classe média, observa-se um aumento enorme da violência na cidade de São Paulo. Assassinatos brutais decorrentes de tentativa de roubo têm sido uma constante. As vítimas de assalto, sem esboçar qualquer reação, são violentamente assassinadas pelos assaltantes. Este crescimento vertiginoso da violência, tem mobilizado Juízes, promotores e advogados em campanha para o desarmamento da população, através de jornais, tv, rádio e out-doors. Além disso, diversos setores da sociedade, em várias cidades do país, começam a articular movimentos semelhantes ao “Reage Rio”, para discutir políticas de redução da violência urbana. Uma das propostas é a edição de medida provisória, proibindo o uso de arma de fogo”*. in AGRIPINO JÚNIOR, Osvaldo de Castro. **Os direitos humanos, o direito internacional e sua garantia através dos instrumentos processuais constitucionais**. III Encontro Internacional de Direito Alternativo. Florianópolis: Instituto de Direito Alternativo, 1996, p. 2.

dos princípios e garantias constitucionais, como por exemplo os comandos de tráfico de drogas nas favelas do Rio de Janeiro; se não propicia o mínimo de dignidade e, até mesmo, salubridade, aos encarcerados no sistema penitenciário nacional, ou, ainda, se não pacifica a compreensível “anarquia” pregada por líderes de movimentos populares como o dos Sem-terra, como irá responder aos anseios da comunidade internacional? Comunidade esta, que é muito mais atenta a esta problemática do que a nacional, já extremamente insensibilizável, talvez devido à proximidade com o desrespeito aos direitos humanos; talvez pela influência da televisão que cultua a amoralidade;⁴⁵ talvez por uma relegação da cidadania ao segundo plano, por um período muito longo da história nacional.⁴⁶

3.2. A supremacia constitucional e sua apropriação aos direitos humanos enquanto requisito de fundamentalidade

Interessante é a observação de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ao relegar o fundamento do respeito à Constituição a uma “convenção”.⁴⁷ Com certeza, é uma convenção, pois resulta de um processo democrático de escolha, em que todos os cidadãos são convidados a participar. Todavia, tal convenção, não se forma de maneira simples, e muito menos se desfaz pela mera liberalidade dos Poderes Públicos, ainda que legitimados pelo sufrágio universal e pelas “pesquisas de opinião”. A rigidez desta “convenção”, que somente pode ser promulgada por um poder

(45) Realizando reportagens jornalísticas que muitas vezes são verdadeiras “caçadas” ao ser humano, incitando os indivíduos à auto-tutela dos direitos, à violência, à defesa da pena de morte e promovendo a desvalorização da vida.

(46) Tamanha é esta problemática que uma das propostas de curto prazo do Programa Nacional de Direitos Humanos é, conforme lembra o Prof. OSVALDO AGRIPINO: “Apoiar programas de informação, educação e treinamento de direitos humanos para profissionais de direito, policiais, agentes penitenciários e lideranças sindicais, associativas e comunitárias, para aumentar a capacidade de proteção e promoção dos direitos humanos na sociedade brasileira”. in AGRIPINO JÚNIOR, Osvaldo de Castro. *op. cit.*, p. 21.

(47) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais... op. cit.*, p. 13.

constituente originário é a grande vantagem de uma lei qualificada como suprema e que se caracteriza pela estabilidade, não somente representando um anseio social, mas também incidindo na realidade, na medida em que se expressa como um “*dever ser*”.⁴⁸ Ademais, “*sem a âncora de um texto para suas decisões, os Juízes teriam que se socorrer de alguma teoria de direito natural, ou de alguns supostamente partilhados padrões dos fins e limites do governo, para combater a legislação violadora*”.⁴⁹ A manutenção dos direitos humanos, tanto na modalidade de direitos civis, quanto na de direitos sociais, ou econômicos, implica não só um retrato dos anseios sociais, mas sim numa pretensão normativa de alteração do *status quo*, que no contexto dos países subdesenvolvidos prima pela desigualdade social, pelo desrespeito à dignidade humana e pelo descaso das elites para com a pobreza e a marginalidade.⁵⁰

Os direitos humanos não-fundamentais (garantidos infraconstitucionalmente ou não) possuem um nível de proteção jurídica (e conseqüentemente social) extremamente inferior aos constitucionais, o que os torna muito frágeis perante a problemática social. Mesmo dos direitos humanos fundamentais, que estão numa ordem de superioridade absoluta perante o Estado são constantemente desrespeitados não só pela sociedade, mas também, e principalmente, pelo próprio Poder Estatal, que além de interferir exageradamente na esfera privada cometendo absurdos contra a individualidade da pessoa humana (haja vista, por exemplo, o malfadado “Plano Collor”), nega-se ao cumprimento das prestações positivas necessárias à concretização dos direitos. Ainda maior destaque possui este problema quando é colocada a prova a eficácia das normas programáticas, que não conquistam aplicabilidade somente com a

(48) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da revisão constitucional e teoria da constituição ordinária.** in Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro: Renovar. nº 198, 1994, p. 50.

(49) BRENNAN JR., William J. **Por que ter uma carta de direitos?** in Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro: Renovar. nº 189, 1992, p. 63.

(50) Em que pese este descaso representar uma faca de dois gumes, pois nem todos poderão esconder-se em “condomínios fechados” contra a massa de excluídos cada vez mais incorporada pelos favelados, pelos sem-terra e pelos desempregados. A conseqüência lógica deste processo, sem dúvida, será o aumento progressivo e geométrico da violência e da marginalidade.

sua integração normativa, mas dependem de uma atividade estatal que a elas confira efetividade.⁵¹ Vários direitos humanos, notadamente os sociais, estão prescritos na CF/88 na forma de normas programáticas, que nem sequer foram integradas por lei infraconstitucional, quanto mais realizadas pelo Poder Público. A razão por esta falta de regulamentação e efetividade com relação aos direitos sociais é facilmente encontrada, pois são os direitos humanos fundamentais de mais difícil concretização. Então a lógica neoliberal tem uma resposta simples: *“já que os direitos fundamentais não podem ser garantidos, então é melhor retirá-los da Constituição, para que se mantenha o clima de credibilidade ao sistema constitucional”*. É o retrato daquela típica tática de “matar os pobres para acabar com a pobreza”, ou ainda, “vender a televisão para comprar o vídeo-cassete”: extinguem-se os direitos para que não precisem ser garantidos.

Entretanto, apesar de toda esta dificuldade presente na garantia e proteção dos direitos fundamentais não se pode negar o seu poder de influência na sociedade. A proteção constitucional, ao contrário do que prega a maior parte das doutrinas neoliberalistas (principalmente a representada pelos Institutos Liberais) é imprescindível para que os Poderes Públicos sintam-se presos a valores considerados inabaláveis pela sociedade civil. Tanto é assim que a Carta Magna Brasileira, dirigente por natureza, realizou profundas transformações sociais e econômicas, admitindo, inclusive, a ação direta do povo na garantia de seus direitos. Desse modo, os programas constitucionais podem ser impostos, compulsoriamente, aos governos, mediante implementação por via judicial (ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, etc.).⁵² Os direitos humanos infraconstitucionais não possuem tais garantias.

Os direitos humanos, na medida que “eleitos” pelo Poder Constituinte⁵³ para a categoria de fundamentais adquirem um

(51) Ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização... op. cit.*

(52) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reforma do Estado*. in Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro: Renovar. n° 201, 1995, p. 2.

(53) Quanto à afirmação “eleitos pelo Poder Constituinte”, deve ser entendido “diretamente” eleitos, pois na realidade para que se tornem fundamentais devem

status que somente pode ser reformado por uma alteração político-sociológica que legitime o processo. Entretanto, o que se vê após o advento do neoliberalismo é uma tendência a considerar a CF/88 uma folha de papel que deve ser alterada na forma que mais fortemente soprar o vento. A tarefa dos defensores dos direitos humanos é inversa: lutar pela manutenção, garantia e efetividade dos direitos já conquistados, impedindo sua infraconstitucionalização e obstando a proliferação do sentimento de desvalorização constitucional, muito propalado neta segunda metade de século.⁵⁴

3.3. O poder de reforma constitucional

3.3.1. O Estado Social e Democrático de Direito

Como bem afirmado pela ilustre Professora WEIDA ZANCANER⁵⁵ o Estado Brasileiro não é apenas um Estado Democrático de Direito, mas acima de tudo um Estado *Social e Democrático de Direito*. O prefácio constitucional, que não possui valor meramente declaratório, mas sim se denota imbuído de força vinculante tanto aos demais dispositivos constitucionais, quanto a todo o regramento infraconstitucional, assim dispõe: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...)*” Tal disposição traz consigo uma demonstração da vontade do legislador constituinte, que não se restringia ao asseguramento dos direitos individuais, mas também dos direitos sociais. Este entendimento é compartilhado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que afirma não ser despropositada a expressão direitos e garantias individuais como equivalente a direitos e garantias fundamentais. Segundo o autor “*esta última designa todo*

ser assim compreendidos pela sociedade mediante um alto nível consensual, sob o risco de que se cometam equívocos, elegendo-se direitos que na realidade não têm legitimidade para tanto.

(54) Ver Capítulo, 4, II, “O sentimento Constitucional”.

(55) ZANCANER, Weida. **Probidade e razoabilidade administrativa**. X Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Curitiba: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 1996.

o título e abrange os direitos sociais, que assim não poderiam ser eliminados. Certamente, esta última interpretação parece mais condizente com o espírito da constituição em vigor, incontestavelmente uma constituição social".⁵⁶ Conforme ensinamento de CANOTILHO, "o que o legislador pode exigir do poder de revisão é a solidariedade entre os princípios fundamentais da constituição e as idéias constitucionais consagradas pelo poder de revisão".⁵⁷ O poder revisional é limitado, pois não possui o mesmo *standard* jurídico que o poder constituinte. Tais limitações podem vir *expressas* no texto constitucional ou não, configurando os limites *implícitos* ou *tácitos*. Quando se está comentando a respeito da força normativa do prefácio, enquanto limitador do poder revisional, não se está tratando das chamadas "cláusulas pétreas", que seriam limitações *expressas*, mas sim de limites *implícitos*, que mais tem a ver com o "espírito" constitucional.

Os direitos individuais do art. 5º da CF/88 estão protegidos pela sua inamobibilidade,⁵⁸ entretanto, não existem quaisquer garantias *expressas* quanto à manutenção dos demais direitos fundamentais constitucionais, tanto aqueles que estão no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais (direitos coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos), quando os direitos *esparso*s no texto constitucional. Entre tais direitos *esparso*s estão os do art. 170: o direito à propriedade privada (atendida sua função social), o direito à livre concorrência e ao emprego, bem como os direitos do consumidor e à defesa do meio ambiente. Além desses, ainda poderiam ser denotados os direitos relativos à reforma agrária, à seguridade social, à saúde, à educação, à cultura, ao desporto e à constituição da família. A proteção a esses direitos estaria relegada, então, aos limites *implícitos* ao poder de reforma. Limites estes que

(56) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais... op. cit.*, p. 9.

(57) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional... op. cit.*, p. 1.124.

(58) O art. 60, § 4º da CF/88 assim dispõe: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais".

decorrem da constituição, mas que nela não estão prescritos formalmente, em que pese o disposto em seu prefácio.

3.3.2. Modalidades de reforma constitucional

RAUL MACHADO HORTA lembra que CARL SCHMITT, em sua conhecida **Teoria da Constituição** afirma a existência de cinco formas de mudança histórica na constituição: a destruição e a supressão (formas radicais), a reforma, a quebra e a suspensão constitucional (alterações parciais).⁵⁹ O aspecto mais interessante da transformação constitucional a ser estudado no presente momento histórico brasileiro é a reforma constitucional, tanto na modalidade de emenda constitucional, quanto na de revisão constitucional. Além destas duas formas ainda haveria uma terceira, a mutação constitucional, que poderia ser decorrência: a) de uma prática que não vulnera formalmente a constituição escrita; b) de uma impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) de uma prática que contradiz a constituição; ou d) de uma alteração da constituição mediante uma construção interpretativa.⁶⁰ Porém, as mutações constitucionais, muito presentes no sistema anglo-saxão, ainda são uma realidade distante do sistema constitucional brasileiro, diferentemente da emenda e da revisão, cuja tendência atual é de sua utilização quase que irrestrita.⁶¹

O poder de emenda constitucional está regulado no art. 60 da CF/88, elegendo para sua aprovação um quorum mínimo de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Além do quorum qualificado para sua aprovação, a rigidez constitucional conta ainda com outras três garantias formais: 1º – a proposta de emenda só poderá advir do Presidente

(59) HORTA, Raul Machado. *op. cit.* p. 21.

(60) *Ibid.*, p. 22.

(61) Para ilustrar esse fato é interessante notar a observação do Ex-presidente da Câmara dos Deputados Inocêncio de Oliveira, sobre uma possível revisão constitucional em 1999: “a revisão em 99 é mais para passar a borracha na constituição e adaptá-la à globalização” in Folha de São Paulo, 27 de março de 1997, p. 1/4.

da República, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação (em maioria relativa de seus membros), ou através de, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado; 2º – a proibição de emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou estado de sítio; e 3º – a impossibilidade de reapresentação de emenda rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa. Já em termos de conteúdo as emendas são limitadas expressamente no concernente à forma federativa de Estado, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação de Poderes e aos direitos e garantias individuais.

Quanto à revisão constitucional, o Poder Constituinte optou pela sua não inclusão no texto constitucional propriamente dito, relegando-o ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. As garantias formais para este tipo de reforma não foram especificadas abrindo uma incompreensível brecha para abusos do poder revisional. Apenas foi estabelecido um quorum para a sua aprovação equivalente à maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Por certo que ao dispor sobre a reforma da constituição o legislador constituinte desejava flexibilizar a sua rigidez para que esta se adaptasse às novas demandas sociais, não se tornando um obstáculo à evolução do sistema normativo brasileiro. Afinal, conforme o ensinamento de CANOTILHO, o poder constituinte não pode arrogar a si próprio, à maneira liberal, como criador de uma constituição “imorredora e universal”, em outras palavras: “*a idéia de superioridade do poder constituinte não pode terminar na idéia de constituição ideal, alheia ao seu plebiscito quotidiano, à alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações na correlação de forças e indiferente ao próprio ‘sismógrafo’ das revoluções*”.⁶² Entretanto, jamais o constituinte imaginou os fins a que seriam relegados os institutos da emenda e revisão, que hoje se prestam a conjunturais anseios ideológicos de transformação.

(62) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...** *op. cit.*, p. 1.124.

Nunca se imaginava que poucos anos após a promulgação da CF/88 houvesse uma transformação ideológica tão relevante. A queda do muro de Berlim, a abertura político-econômica dos Estados socialistas, o fim da Guerra Fria, o advento da globalização econômica e a afirmação do neoliberalismo originaram um novo modelo estatal a ser “imposto”. Modelo este que não pode ser realizado na vigência de constituições dirigentes, de característica social, na medida em que estas prenunciam um Estado Provedor, absolutamente renegado pela “doutrina”, ou quem sabe “prática” neoliberal.

3.3.3 Limites da Reforma Constitucional

Segundo o Ex-ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos WILLIAM J. BRENNAN JR. “*é crucial para a durabilidade e a eficácia de uma carta de liberdades individuais que ela não seja facilmente sujeita a alterações ou suspensão*”. Isso ocorre, conforme o autor, na medida em que estes direitos “*gozam de um status especial, e não podem ser descartados a qualquer momento em que uma maioria legislativa os considere dispensáveis*”.⁶³ A legitimação, dentro desta visão seria advinda de um processo norteado por princípios e regras implícitos e explícitos ao sistema, além, é claro, de uma aspiração social relevante e manifesta.

Os limites constitucionais explícitos são justificadamente menos importantes que os implícitos se analisados numa perspectiva de poder de infringência, mas se observados por uma ótica pragmatista (e positivista), podem ser considerados muito mais relevantes para a garantia do sistema constitucional. Na ótica do seu poder de infringência (a mais interessante aos direitos fundamentais) são menos importantes os limites expressos, pois se abolidos do texto constitucional, deixam de existir, cessando de imediato sua eficácia, o que incorre com os limites implícitos, cuja legitimação tem cunho nitidamente político-sociológico. Entretanto, devido à sua abstração e razoável dose de subjetividade,

(63) BRENNAN JR. William J. *op. cit.*, p. 60.

os implícitos colaboram de maneira menos direta (embora muito mais abrangente) à rigidez constitucional.

Os limites expressos, primordialmente representados na CF/88 pelas cláusulas pétreas, não são tão “robustos” como aparentam ser. Afirmar que os direitos individuais jamais serão retirados por serem cláusulas intangíveis é uma temeridade somente cometida pelos desavisados. O professor CAIO TÁCITO, ao referir-se às cláusulas pétreas estabelecidas no art. 60, § 4º da CF/88, afirma que “*o que ali se prescreve é o impedimento da abolição de direitos e garantias individuais, e não uma nova regulação deles*”.⁶⁴ A partir desta ótica, seria razoável deduzir-se que é perfeitamente possível remeter-se um direito constitucional fundamental a uma regulamentação por lei complementar. E sabedores, como já são os brasileiros, da inércia em termos de integração normativa (ainda mais a dependente de quorum qualificado) caracterizadora do Poder Legislativo, já é possível ter-se em mente a absoluta falta de aplicabilidade a que podem ser relegados vários dos direitos fundamentais do indivíduo, em caso de advir uma nova regulação. Ademais, há a questão, muito discutida por CANOTILHO, da *revisão de duplo grau*.⁶⁵ Nessa “tática” reformista, num primeiro momento a “revisão” incidiria sobre as próprias normas estabelecedoras dos limites à reforma e num segundo momento, far-se-ia a revisão propriamente dita, ou seja, alterando as normas anteriormente imutáveis. “*Dessa forma, as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiririam um caráter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional*”.⁶⁶

(64) TÁCITO, Caio. **Proteção dos direitos fundamentais.** in Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro: Renovar. n° 194, 1993, p. 5. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significação e alcance das cláusulas pétreas.** in Revista de Direito Administrativo – FGV. Rio de Janeiro: Renovar. n° 202, 1995, p. 17.

(65) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...** *op. cit.*, p. 1.131. Ver também a tese (oposta) de JORGE MIRANDA in MIRANDA, Jorge. **Manual...** *op. cit.*

(66) *Ibid.*, p. 1.132.

Devido a estes fatores são muito mais importantes aos direitos humanos fundamentais os limites implícitos, na medida que contemplam caracteres que não podem ser driblados seja pelas “novas regulações”, seja pelas “revisões de duplo grau”. Tais limites são resultantes da solidariedade entre o fundamento político-filosófico da constituição e o tipo de revisão nela previsto, tornando a revisão inseparável da ordem constitucional, ou seja, *“a revisão é tributária da idéia de Direito que fundamenta o poder político e incorrerá em desvio de poder se a revisão colocar-se a serviço de outra idéia de Direito”*.⁶⁷

O constitucionalista ALESSANDRO PIZZORUSSO, lembrado por RAUL MACHADO HORTA, afirma que os limites implícitos não podem ser taxativamente elencados na medida em que se localizariam em uma esfera principiológica, ou seja, haveriam princípios fundamentais inderrogáveis, que limitariam o poder revisional, tais como o princípio da soberania popular, o princípio solidarístico, o princípio da igualdade formal e substancial, o princípio da proteção ao trabalho, o princípio autonomístico, o princípio pluralístico, entre outros.⁶⁸ Entretanto, não se esgota nesta questão a limitação implícita, pois há um outro critério de crucial importância: o sentimento constitucional. KARL LOEWENSTEIN, embora reconheça a grande importância das reformas constitucionais no sentido de que devem acompanhar as mudanças na estrutura da sociedade, afirma que um processo de constantes alterações provoca um aumento na depreciação do chamado sentimento constitucional: *“Reformas constitucionales emprendidas por razones oportunistas para facilitar la gestión desvalorizan el sentimiento constitucional”*.⁶⁹

No Brasil, o que se tem visto é uma irresponsabilidade imensa no trato desse assunto. A barganha e troca de favores entre os Poderes Legislativo e Executivo é uma pequena amostra desse fato. Que o Brasil necessita de reformas, isso é pacífico, entretanto as reformas não podem prestar-se a um mero jogo de interesses. O

(67) HORTA, Raul Machado. *op. cit.*, p. 26.

(68) *Ibid.*, p. 27.

(69) LOEWENSTEIN, Karl. *op. cit.*, p. 200.

procedimento legislativo utilizado para a emenda constitucional no Brasil é a garantia *mínima* de uma maior legitimação (mesmo considerando-se o contínuo desrespeito a ele relegado). Entretanto, tal processo está sendo um obstáculo para os neoliberalistas que já propõem, inclusive, o ingresso de mais uma revisão constitucional no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para 1999.⁷⁰

A princípio, o projeto de Reforma do Estado incide primordialmente na queda da estabilidade do funcionalismo público, na adoção de um teto salarial definido, no fim do regime jurídico único, na administração pública gerencial (baseada na descentralização e no controle de resultados), na privatização e na criação das “organizações sociais”⁷¹ e nas “agências (ou órgãos) reguladores”.⁷² Contudo, os direitos humanos fundamentais prescritos na constituição serão os próximos a ser atingidos pelas reformas, haja vista o já propalado interesse por parte do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado de acabar com a exigência constitucional da isonomia.

Enquanto, no mundo todo (com exceção os países que não possuem tradição no respeito ao sentimento constitucional como a Suíça e a França) a tendência é de alteração constitucional somente por processos rígidos, no Brasil propugna-se por uma nova revisão constitucional, que nada mais é do que uma simplificação fraudulenta da emenda constitucional. Somente a título ilustrativo, a Constituição do Uruguai prevê a eleição de Convenção Nacional Constituinte especialmente para elaborar o projeto de reforma e a espanhola prevê a aprovação do texto da reforma pelas Câmaras eleitas após a dissolução das anteriores e ainda um *referendum* à decisão tomada pelos seus representantes.⁷³ Métodos, portanto, de cautelosa rigidez.

(70) Ver Folha de São Paulo de 02 de abril de 1997, coluna Painel.

(71) Entidades de direito privado, públicas mas não-estatais, criadas para executar os serviços sociais e científicos financiados pelo Estado, com vistas à descentralização administrativa.

(72) Cuja definição ainda é controversa na doutrina brasileira, haja vista a novidade deste ente administrativo. Sobre o assunto ver: SUNDFELD, Carlos Ari. **Lei Geral das Telecomunicações Brasileiras**. in ILC – Informativo Licitações e Contratos. Zênite: Curitiba, Suplemento Especial nº 01, 1997.

(73) HORTA, Raul Machado. *op. cit.*, p. 30.

No Brasil, até na nomenclatura observa-se uma incoerência no processo de revisão constitucional adotado, pois em 1994 foram aprovadas as “Emendas Constitucionais de Revisão” nº 1 a 6. Tais “emendas de revisão” (que não eram nem emendas, nem de revisão), não integraram um verdadeiro processo revisional (que por definição deveria ser sistemático), mas somente serviram para reduzir o quorum de aprovação.

Não há porque acreditar que no futuro será diferente, afinal a corrente neoliberal, aliada ao anseio pelo poder característicos dos chefes do executivo, pode levar o Congresso Nacional a destruição de direitos humanos fundamentais mais que consagrados socialmente. E ainda, utilizando-se dos subterfúgios mais criativos. Um deles é o tal “substitutivo aglutinativo”, previsto no regimento interno da Câmara dos Deputados. Através dele um décimo dos deputados ou líder que represente esse número, podem refazer o projeto original através da sua aglutinação com as emendas apresentadas, fazendo o assunto entrar novamente em pauta na Casa Legislativa. Ora, este projeto substitutivo é de flagrante inconstitucionalidade, na medida em que a CF/88, em seu art. 60, § 5º é claro ao afirmar que “*a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa*”.⁷⁴ Entretanto, tal recurso é interessante aos reformistas, que a cada derrota podem rerepresentar suas idéias, desde que com um pouco mais de “tempero”, além do que, as vistas grossas do Poder Judiciário,⁷⁵ dão uma aparência de legitimidade extremamente confortável aos nossos legisladores e governantes.⁷⁶

(74) Sobre este assunto ver: COMPARATO, Fábio Konder e ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Reforma constitucional.** in Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba: Gênese. nº 9, 1996.

(75) Vistas grossas estas que possuem sua versão mais gritante no caso das medidas provisórias, que se tornaram o mais importante impulso legislativo do país, proporcionando toda sorte de abusos por parte do Poder Executivo.

(76) Em que pese a Associação da Magistratura Brasileira já ter manifestado-se no sentido de que as reformas constitucionais em curso tendem a dismantelar o Estado, incapacitando-o de exercer sua função social, afirmando, ainda, que as reformas constitucionais do governo significam “um processo reducionista do Parlamento e de aviltamento do Judiciário”. in Revista Consulex. São Paulo: Consulex – ano 1, nº 4, p. 29.

A história caminha num ritmo acelerado e qualquer sistema que sustente-se através de um processo rígido tenderá a ser ferrenhamente criticado. Todavia, há que ser considerado que antes de acompanhar um anseio de modernização, a constituição deve ser o pilar de segurança jurídica dos cidadãos. A atual flexibilidade das relações sociais não pode ser justificativa para que os detentores do poder se olvidem da qualidade de “Juizes do bem e do mal”. As reformas constitucionais que atingem direitos humanos exigem uma legitimação verdadeira, que não pode ser decorrência simplista de um jogo de *marketing* ou de um discutível procedimento regulamentar, mas sim deve ser o produto da *communis opinio*, e que pese as dificuldades notoriamente resultantes de um processo amplo e democrático de conscientização.

4.

CONCLUSÃO

Os direitos humanos são manifestamente *históricos*. Não existem direitos naturais do indivíduo, pois os valores culturais, sociais e políticos dos povos variam conforme o seu estágio civilizacional. Direitos nascem e morrem, dependendo da mentalidade de determinada época e lugar. Entretanto, após o início da Era Moderna, é possível observar que cada geração de direitos passou a reafirmar a anterior, expandindo o rol das garantias, *a priori*, exclusivamente entendidas como liberdades públicas e, atualmente, definidas como direitos de crédito perante o Estado, por natureza, intervencionista.

Passaram-se mais de dois séculos, desde a fase das lutas pela *liberdade religiosa*, marco originário dos direitos humanos, até que os direitos adquirissem a fundamentação positiva adequada, transferindo o problema do seu fundamento para a sua efetiva e concreta garantia a nível das atividades públicas. Somente a partir da segunda metade do século XX é que alguns Estados, notadamente europeus e norte-americanos, conquistaram um estágio satisfatório de proteção dos direitos do homem. Porém, a maioria da população mundial, localizada em nações marcadas pelo subdesenvolvimento econômico e social, como é o caso brasileiro, não vislumbrou o que realmente seria o tão propalado Estado *Social* e Democrático

de Direito, que já se torna obsoleto perante a ótica emergente: o *neoliberalismo*.

A globalização econômica e a mundialização político-cultural dos povos, bem como a transnacionalização dos Estados atropelaram o ideal contido em constituições sociais, como é o caso da CF/88. O Estado Providência agoniza sob a forte pressão do mercado internacional, que exige “eficiência” ao preço da minimização absoluta da Administração Pública. Os direitos humanos fundamentais, nesta nova perspectiva, são remetidos a uma importância periférica, como se seu “tempo” já estivesse passado com a derrota ideológica sofrida pelo socialismo nestas duas últimas décadas.

Neste contexto de profundas transformações ideológicas, volta a ser necessária a existência de um *fundamento* que propicie a manutenção dos direitos humanos fundamentais no ról dos supremos, dentro das ordens jurídicas, sejam elas nacionais ou supranacionais. Embora estejam muito em voga a nível de discursos, tratados e declarações, a exigência neoliberalista do Estado Gerencial, inibe uma práxis mantenedora de um programa eficiente de garantia dos direitos, não somente os sociais, mas também os individuais e coletivos, na medida em que a violência urbana e rural (derivada tanto da marginalidade, quanto dos próprios aparelhos de repressão do Estado), o pluralismo jurídico, a miséria social e a destruição do meio ambiente estão em pé de igualdade na caracterização dos países *ditos* em desenvolvimento. Perante este quadro de submissão das políticas internas às exigências do mercado externo e de caótico estado de descontrole social, coloca-se em cheque a *soberania* constitucional, que se relativiza, necessitando enquadrar-se em um novo contexto geopolítico.

Sob a ótica neoliberal, a conceituação dos direitos humanos restringe-se aos direitos individuais, retornando ao antigo ideal das liberdades públicas. Todavia, é vastíssima a bibliografia que procura definir os direitos humanos na atualidade sob a ótica do direito constitucional, na medida que os direitos humanos são derivados de valores e princípios supremos da sociedade, por conseqüência, norteadores do direito positivo contemporâneo. Sob esta

perspectiva, a mais apropriada definição de direitos fundamentais seria a que os entende como direitos *político-sociologicamente legitimados e positivados a nível constitucional*, abrangendo os direitos individuais, os coletivos, os sociais, os difusos, os individuais e homogêneos e, enfim, todos aqueles eleitos pela sociedade como imprescindíveis através de um processo lento e *dialógico* de transformação.

O Estado não pode impor à sociedade a infraconstitucionalização de direitos que demoraram anos, até décadas, para adquirirem tal *status*. Reformas constitucionais que atinjam direitos humanos fundamentais não se legitimam meramente pela predominância desta ou aquela conjuntura ideológica. O *sentimento constitucional* e a solidariedade com os *princípios* norteadores do processo constituinte são *limites implícitos* de grande importância e que não podem ser desconsiderados.

Dentro deste contexto, é possível concluir-se que a CF/88, embora tenha exagerado na regulação de matérias que seriam melhor dispostas em legislação ordinária, é o instrumento fundamental de garantia dos direitos humanos. Na sua origem, pode ser encontrado um processo de legitimação que talvez seja o mais pleno da história brasileira, não podendo, portanto, um processo reformador de duvidosa legitimidade alterá-la em pontos de tão grande importância, sem a observação de limites, sejam eles explícitos ou implícitos. Afinal, o sentimento constitucional presente no povo brasileiro talvez seja um dos poucos elos que ainda o aproximam da cidadania em detrimento da barbárie.

Nas palavras de WILLIAM J. BRENNAN JUNIOR:

“sempre me pareceu que há um amplo e fértil espaço entre Utopia e Armageddon; na verdade, vivemos ali nossas vidas. Se a liberdade se atrofia ou floresce depende não do alinhamento dos planetas, ou das supostamente férreas leis da economia ou da genética. Depende de nós, a luta é permanente. Não conheço mais poderosa ou eficaz arma na luta contra nossos temores e intolerâncias do que uma enraizada e aplicável Declaração de Direitos”.⁷⁷

(77) BRENNAN JR., William J. *op. cit.*, p. 67.