

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS



12191

D.

STF00089216



Editora
Saraiva

11ª edição revista e aumentada

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

O grande objetivo do constitucionalismo é indubitavelmente a proteção dos direitos fundamentais do ser humano. Isto, que era verdade no final do século XVIII, quando se estabeleceram as primeiras constituições escritas, continua válido neste século XXI, quando o arbítrio e o autoritarismo ainda as ameaçam.

Como constitucionalista, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho sempre se preocupou com o tema nos seus trabalhos intelectuais, como faz fé o livro *Liberdades públicas*, publicado em colaboração com as Prof^{as} Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz, e o seu conhecidíssimo *Curso de direito constitucional*. Mas também cuidou ele de promover o estudo dessa disciplina, primeiro no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, onde instituiu um curso de Liberdades Públicas, depois no curso de graduação dessa mesma Faculdade.

Este livro exprime ainda essa preocupação, vinculada com o intuito científico. Com efeito, o estudo, de modo objetivo, dos direitos humanos fundamentais — portanto, o seu adequado conhecimento — é necessário para sua própria eficácia.

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

saraivajur.com.br

Visite nosso portal

DO MESMO AUTOR

A) Livros:

1. *O estado de sítio*, São Paulo, 1964.
2. *Os partidos políticos nas Constituições democráticas*, Belo Horizonte, 1966, versão em português da tese de doutorado *Le Statut Constitutionnel des Partis Politiques au Brésil, en Italie, en Allemagne et en France*, Paris, 1960.
3. *Curso de direito constitucional*, 34. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
4. *Do processo legislativo*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
5. *A democracia possível*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1979.
6. *Comentários à Constituição brasileira*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1986.
7. *O poder constituinte*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
8. *Sete vezes democracia*, São Paulo, Convívio, 1977.
9. *A reconstrução da democracia*, São Paulo, Saraiva, 1979.
10. *O anteprojeto dos notáveis*, São Paulo, Saraiva, 1987.
11. *Idéias para a nova Constituição brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1987.
12. *Estado de direito e Constituição*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
13. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
14. *Direito constitucional econômico*, São Paulo, Saraiva, 1990.
15. *O parlamentarismo*, São Paulo, Saraiva, 1993.
16. *Constituição e governabilidade*, São Paulo, Saraiva, 1995.
17. *Direitos humanos fundamentais*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
18. *A democracia no limiar do século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2001.
19. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
20. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008.

B) Em colaboração:

Liberdades públicas, de que foi o coordenador, em colaboração com as Prof^{as} Dras. Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz, São Paulo, Saraiva, 1978.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” — Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

11^ª EDIÇÃO
REVISTA E AUMENTADA
2009

 Editora
Saraiva

301.32191

F 363

LHF

31.00.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL E A DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Introdução

1. Os sessenta anos da Declaração

As efemérides dão ensejo o mais das vezes ao elogio não raro exagerado dos fatos que comemoram. Entretanto, podem elas servir de pretexto, ou de ocasião, para o exame dos méritos, ou eventuais deméritos do fato posto em evidência.

O propósito deste estudo não é nem o primeiro, nem o segundo. É, sim, em função do sexagésimo aniversário da promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, examinar algumas das questões jurídicas fundamentais que ela suscita. Assim, pretende sucessivamente provocar uma ponderação acerca da força jurídica da Declaração, do fundamento dos direitos declarados, da universalidade desses direitos e dos caracteres que os marcam, depois de um breve esboço da elaboração do mencionado documento.

E, como um aspecto leva a outro, o estudo abordará alguns temas que interessam particularmente ao direito brasileiro.

1. Este texto é de uma conferência, de título “A Declaração Universal, sua significação e alcance”, proferida em novembro de 2008, nas comemorações do sexagésimo aniversário da Declaração Universal. Nele, há algumas repetições do que já consta no corpo, propriamente dito, deste livro, mas não foram suprimidas para não quebrar a exposição.

I. Alguns dados históricos

2. A elaboração

A Declaração de 1948 resulta de um texto preparado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos, constituída no âmbito da ONU, por seu Conselho Econômico e Social. Essa Comissão foi presidida pela Sra. Eleanor Roosevelt, viúva do ex-Presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt. Nela, destacou-se a contribuição de um jurista francês, René Cassin, que anos mais tarde recebeu o Prêmio Nobel da Paz por essa participação. Igualmente, merece registro a colaboração que a ela deu o brasileiro Austregésilo de Athayde, membro da delegação à Assembléia Geral de 1948, que aprovou a Declaração em 10 de dezembro.

3. O estabelecimento do texto

O texto da Declaração resultou de um compromisso, depois do afrontamento de concepções divergentes sobre os direitos do Homem, seu conteúdo, seus caracteres, assim como o alcance do documento. Na verdade, preponderou quanto a ele o pensamento dominante nos países liderados pelos Estados Unidos, ao tempo em “guerra fria” com os que encabeçavam a URSS. Isto claramente na sua votação pela Assembléia Geral.

4. A votação e as dissidências

Foi o texto aprovado por unanimidade — 48 votos —, mas houve oito abstenções e dois Estados não estavam presentes no momento da deliberação. Estes foram Honduras e Iêmen, aqueles, URSS, Belarus, Ucrânia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, e, igualmente, Arábia Saudita e África do Sul.

Claramente, pois, ficou nítida a dissintonia sobre o documento, entre os Estados então governados pelos comunistas e os Estados muçulmanos e a maioria, as democracias ditas “ocidentais, pondo-se de parte a ausência de Honduras e a abstenção da África do Sul, esta ainda comandada por racistas. Não surpreenda o voto favorável da China, que, à época, era regida por Chiang-Kai-Chek, aliado dos “ocidentais”.

II. A força jurídica da Declaração

5. O aspecto técnico

A Declaração Universal foi adotada e proclamada pela Assembléia Geral da ONU por meio da Resolução n. 217-A, de 10 de dezembro de 1948.

6. Uma recomendação, não uma “lei”

Ela enuncia uma recomendação, não edita uma lei, isto é, um conjunto de normas cogentes. Deflui isso claramente do seu próprio enunciado. O seu Preâmbulo conclui: “A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum — ênfase — a atingir por todos os povos e todas as nações...”.

Sua finalidade não é editar normas de direito, mas, antes, educativas. Como faz logo em seguida do trecho acima citado, ela o indica: “A fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos e liberdades” etc.

Juristas há que, hoje, pretendem ser ela cogente. Argumentam com uma supremacia absoluta do direito internacional que não é aceita por outros, muito menos pela prática da grande maioria das nações. Exceção talvez possa ser o direito italiano, porque o art. 10, primeira parte, da Constituição de 1947 afirma: “A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras de direito internacional geralmente reconhecidas”.

7. Desdobramentos cogentes

Em verdade, a própria ONU não a reconhece como cogente. Depreende-se isto de modo inofismável do fato de que, pelo Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos, de 16 de dezembro de 1966 (Res. n. 2.200-A da Assembléia Geral), ela veio a instaurar para os Estados a ele aderentes a cogência de normas enunciativas de direitos fundamentais.

Indiscutivelmente, porém, a Declaração Universal poderia servir para a identificação dos direitos (fundamentais) implícitos, que Constituições como a brasileira — 1988, art. 5º, § 2º — admitem. Entretanto, a questão é meramente teórica, visto que a Declaração constituionali-

zada em 1988 não deixa de explicitar quaisquer dos direitos que o documento internacional consagra.

III. O fundamento dos direitos declarados

8. O fundamento dos direitos do Homem

A Declaração Universal não enfrenta diretamente esta questão, a mais polêmica de todas concernentes à doutrina dos direitos fundamentais. Ela afirma haver “direitos iguais e inalienáveis”, cujos titulares são “todos os membros da família humana”, na abertura do Preâmbulo. E, nesse passo, invoca o “reconhecimento da dignidade humana”. Mais longe, acena para a importância de uma “*concepção comum* dos direitos e liberdades”. Assim, sem escolher entre as opções, sugere duas: a posição jusnaturalista, segundo a qual os direitos decorrem da natureza humana, sendo inerente a esta uma dignidade especial; e a posição sociológico-positivista, segundo a qual eles exprimiriam um “*consensus humani generis*”.

9. O “*consensus humani generis*”

Esta tese, a que Bobbio se refere sem subscrever, vê como fundamento dos direitos um consenso comum entre os indivíduos, povos e nações². Consenso que se inspira numa evidência que fala por si só à mente humana. É a posição que tantos assumem no Brasil, confundindo suas convicções com as evidências e propondo a sua boa razão como medida de todas as coisas. Fácil, todavia, é refutá-la, bastando lembrar a votação da Assembléia Geral da ONU — ou será que os marxistas ou os islamitas são desprovidos de razão, ou cegos para as evidências? A este ponto mais adiante se voltará a propósito da universalização.

10. A dignidade da pessoa humana

A referência à dignidade da pessoa humana remete ao direito natural. Na verdade, quando, no século XVIII, afirmaram-se os Direitos do Homem, o fundamento destes era indiscutível: o direito natural. Isto

2. Norberto Bobbio, *Presente e futuro dos direitos do homem*, in *A era dos direitos*, trad. port., Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 26.

é patente, seja na Declaração de Independência das colônias inglesas da América do Norte, seja na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Entretanto, a avassaladora crítica sofrida pelo jusnaturalismo por parte dos positivistas, que ainda é formulada com intensidade por Norberto Bobbio³, levou ao abandono — ao menos, ostensivo — da tese. Realmente, no curso do século XIX, declaram-se direitos fundamentais, passando em silêncio a sua razão de ser.

Deve-se registrar, todavia, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, editada em Bogotá, em 1948, afirma que os “direitos essenciais do Homem” repousam sobre os “atributos da pessoa humana” (Preâmbulo, item 2º). A Convenção Americana relativa aos Direitos do Homem — o Pacto de S. José da Costa Rica, de 1969, repete a fórmula. Ou seja, funda os “direitos fundamentais do Homem” nos “atributos da pessoa humana”.

A Declaração sobre os Direitos do Homem, expedida pelo Conselho de Ministros da União Européia em 1978, aponta que tais direitos decorrem da “dignidade da pessoa humana” (item 4).

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adotada em Nairobi, em 1981, declara que os “direitos fundamentais do ser humano são fundados nos atributos da pessoa humana” (Preâmbulo, item 4).

A própria Declaração Universal refere-se, no primeiro item do Preâmbulo, ao “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Isto pelo menos sugere um fundamento jusnaturalista para tais direitos.

Sem dúvida, persiste, envergonhada, a invocação do direito natural como base dos direitos fundamentais.

11. Bobbio pretende pôr de lado a discussão sobre o fundamento dos direitos. Porém, o problema não é justificá-los, mas protegê-los.

Entretanto, não pôde fugir à discussão do tema. Apresenta então algumas observações dignas de exame. Aponta serem os direitos do Homem “direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que

3. Quelques arguments contre le droit naturel, in *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1959, p. 174 e s.

o homem trava por sua própria emancipação”⁴. São eles “o produto não da natureza, mas da civilização humana”. Assim, “os direitos elencados na Declaração (universal) não são os únicos e possíveis direitos do Homem: são os direitos do Homem histórico”. E ajunta: “A Declaração Universal apresenta a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX”.

A tese é hábil, contudo a experiência do mundo pós-declaração leva à formulação de graves questionamentos. Um, a experiência histórica é igual para todos os povos, de modo a justificar uma conscientização dos mesmos direitos? Somente existe uma “civilização”, a que paulatinamente todos os povos acedem? Ao pretender que a “humanidade” toda possua os mesmos valores, não se estará, por um lado, voltando ao *consensus humani generis* que o próprio Bobbio repeliu? Enfim, alicerçar os direitos fundamentais na história não importa em relativizá-los?

IV. A universalidade

12. A discussão precedente desdobra-se noutras que vale a pena aflorar. Uma delas é o da universalidade dos direitos fundamentais⁵.

A lógica tanto da tese jusnaturalista como da tese humanista de Bobbio impõe essa universalidade. Se todos os homens têm a mesma natureza e dignidade, todos devem gozar de tais direitos. Se a humanidade tem os mesmos valores, todos hão de ter os mesmos direitos.

Cabe observar, todavia, que a concepção prevalecente quanto à *dignidade* da pessoa humana, adotada pela doutrina dos direitos fundamentais, desenvolveu-se vinculada à cultura greco-romana-cristã, a “ocidental”, e não coincide com a idéia que dessa dignidade fazem outras culturas.

Ela é motivo de orgulho para os que se integram nessa cultura, contudo não dispensa se leve em conta o entendimento de outras culturas. Do contrário, ela poderá aparecer aos não pertencentes a esta civilização, como mais uma manifestação da pretendida superioridade “ocidental”.

4. Sobre o fundamento dos direitos do homem, in *A era dos direitos*, cit., p. 15 e s.

5. Aqui se repete, parcialmente e com alterações e acréscimos, o texto do trabalho *O futuro do Estado e o Estado do futuro*, incluído como cap. 1º no livro *Aspectos do direito constitucional contemporâneo* (2. ed., São Paulo, Saraiva, 2008).

13. De fato, a antropologia mostra — e a prática torna evidente — que há pelo mundo a convivência de diferentes culturas, mesmo que se aceite (o que me parece contestável) existir uma única civilização. Ora, cada cultura tem da pessoa humana e de sua dignidade uma visão pelo menos em parte diversa. Isto deve ser levado em conta na definição das projeções dessa natureza e dignidade que são os direitos fundamentais reconhecidos.

Registra Jorge Miranda a grande diferença de concepções sobre direitos e deveres do ser humano, e sobre a sua própria liberdade, que existe entre as grandes culturas⁶.

Algumas nem sequer enfatizam direitos.

A hindu, por exemplo, põe em paralelo cinco liberdades e cinco virtudes. As liberdades: liberdade frente à violência; liberdade frente à necessidade; liberdade frente à exploração; liberdade frente à desonra; liberdade frente à morte e à doença; a elas correspondem as virtudes: ausência de intolerância; compaixão ou solidariedade; sabedoria; império da consciência; ausência de medo.

O confucionismo — ainda relevante na China — enfatiza deveres para com os “vizinhos”, o “companheirismo”, o respeito aos mais idosos, presumidamente mais sábios.

14. O ponto mais delicado da questão concerne à cultura islâmica. Com efeito, é visível no mundo contemporâneo o afrontamento entre esta e a cultura “ocidental”, uma das causas do conflito bélico a que presentemente se assiste no Iraque e noutros países. Ora, essa cultura concebe a dignidade da pessoa humana de modo diferente da que está inscrita na doutrina prevalecente sobre o assunto, ao menos no chamado Ocidente.

Cumprir observar que a cultura islâmica registra ser o homem dotado de uma eminente dignidade. Um pensador muçulmano, Muhammad Hamad Ader, pretende mesmo que os princípios relativos aos direitos do homem “provêm do Islam”. E acrescenta: “De fato, ninguém pode negar a influência exercida pelo Islam sobre o Ocidente por meio da Andaluzia e dos cruzados”. Para concluir: “Ao contrário, os princípios que não

6. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, 4. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2008, t. 4, p. 47 e s.

adota o Islam não são senão *slogans* vãos e fúteis, não apresentando qualquer interesse para a dignidade do homem”⁷.

Igualmente, não há objeção quanto à possibilidade por parte do islamismo sobre declarar os direitos do homem, o que esta cultura admite. Foi mesmo difundida uma Declaração Islâmica dos Direitos do Homem, publicada em 1981 pelo Conselho Islâmico, órgão não-oficial, mas oficioso, do mundo muçulmano.

15. Entretanto, na enunciação dos direitos abre-se a grande diferença entre a concepção “ocidental” e a islâmica.

Na verdade, o islamismo não aceita, entre outros, o princípio da *igualdade entre fiéis e infiéis*, bem como entre *homens e mulheres*, óbice intransponível à sua compatibilização com a doutrina dos direitos fundamentais. Recusa, também, a *liberdade de crença*, não aceitando que o muçulmano abandone a religião islâmica. Na verdade, deve ele ser morto, se o fizer. Não aceita, para o homem, a *liberdade de contrair casamento* com pessoas de determinadas religiões, tolerando o matrimônio com mulheres cuja religião tenha livros reconhecidos (é o caso do cristianismo); para a mulher, proíbe rigorosamente o casamento com não-muçulmano. Reserva os *direitos políticos aos muçulmanos*. Não tolera, sequer, o *princípio da igualdade de acesso a cargos públicos*: a função de juiz há de ser de muçulmano. Seu direito penal *consagra penas* que, na opinião dos “ocidentais”, seriam intoleráveis, cruéis, desmedidas: o apedrejamento da adúltera, a amputação de membros dos culpados de certos crimes — da mão do ladrão —, as marcas infamantes etc.

E ninguém esqueça que *abençoa a poligamia*, e, na prática, *tolera a escravidão*.

Deve-se convir, com Sami A. Aldeeb Abu-Salieh, haver um fosso entre a concepção islâmica e aquela que prevalece na Declaração dita universal, de 1948⁸.

7. Apud Sami A. Aldeeb Abu-Salieh, *La définition internationale des droits de l'homme et l'Islam*, *Revue Générale de Droit International Public*, t. 89, 1985/3, p. 625 e s. O texto citado está na p. 627.

8. *Revue*, cit., p. 706.

É certo que os posicionamentos acima citados pertencem a uma concepção “integrata” do islamismo. Entretanto, como os muçulmanos consideram ter o direito um caráter religioso, estando contido no *Corão* e subsidiariamente na *Suna* (narrações e gestos) de Maomé, isto bloqueia, ou, ao menos, dificulta uma evolução que o compatibilize com a concepção “ocidental”.

V. A identificação dos direitos

16. Uma outra indagação delicada deflui do questionamento sobre o fundamento dos *Human rights*. Igualmente, ela se põe tanto em relação ao jusnaturalismo, quanto ao humanismo à Bobbio. Sim, em ambos os casos há que buscar os caracteres que presidem a atribuição da qualificação de fundamentais a alguns direitos e não a outros. E o problema se torna grave, quando se leva em conta documentos como a Constituição brasileira de 1988 que erige a direito fundamental o direito a certidões, ou a instâncias internacionais em que já se propôs a consagração do direito ao sono.

Ora, a consagração generalizada de direitos como fundamentais, irá, como já observou Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trivializá-los, diminuindo sua força moral⁹.

17. Este tema não escapou a Robert Alexy. Examina-o num estudo intitulado “*Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático*”¹⁰, em que ele aponta os caracteres de um direito, necessários para que seja inscrito entre os direitos do homem.

O primeiro deles é ser um *direito universal*. Isto significa *ab initio* que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano, mas daqui não decorre que coletividades não possam ter direitos fundamentais, na medida que sejam “meio para a realização de direitos do homem”¹¹.

9. A trivialização dos direitos humanos fundamentais, in *Novos estudos*, CEBRAP, out. 1990, p. 99 e s.

10. Robert Alexy, *Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999, p. 58 e s.

11. *Revista*, cit., p. 59.

O segundo é ser um *direito moral*. Ou seja, que à sua base esteja uma norma que “valha moralmente”¹².

Outro consiste em fazer jus à sua “proteção pelo direito positivo estatal” — ser, na sua terminologia, um *direito preferencial*¹³. Lembra que este aspecto está previsto no art. 28 da Declaração Universal de 1948, quando ela afirma: “Toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem tal que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração aí possam ter pleno efeito”.

Igualmente, o direito deve ser *fundamental*¹⁴. Quer dizer, que preencha duas condições: a primeira é que “deve tratar... de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito”¹⁵; e a segunda: “é que o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”, vale dizer, “quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”¹⁶.

Alude ainda Alexy a um quinto traço característico dos direitos do homem: ser o direito *abstrato*, sendo, por isto, suscetível de restrição¹⁷.

18. A preocupação com a identificação dos caracteres próprios a um direito fundamental está presente, contemporaneamente, no campo dos internacionalistas. Na verdade, alguns destes é que têm dado maior atenção ao tema. A razão disto é simples. Nas instâncias internacionais, já se reconheceram direitos como fundamentais que muito longe estão do perfil dos direitos de liberdade, ou dos direitos sociais. É o caso do direito à paz, do direito ao patrimônio comum da humanidade, do direito ao desenvolvimento etc. E muitos outros têm sido propostos, como o direito a modos de vida alternativos, o direito ao sono já mencionado etc.¹⁸.

12. *Revista*, cit., p. 60.

13. *Revista*, cit., p. 60.

14. *Revista*, cit., p. 61.

15. A esse respeito, ele exemplifica com a inexistência de “um direito do homem ao amor, porque amor não se deixa forçar pelo direito”.

16. *Revista*, cit., p. 61.

17. *Revista*, cit., p. 61.

18. Sobre o assunto, *vide* no Capítulo 7 os itens 17 e s.

Neste contexto, num importante estudo, Philip Alston, depois de analisar a opinião de conhecidos estudiosos como Maurice Cranston e F. G. Jacobs sobre o assunto, manifesta a sua, a respeito dos requisitos de um direito fundamental¹⁹. Para ele, na perspectiva internacionalista, não podem ser reconhecidos como fundamentais senão os direitos que: 1) reflitam um importante valor social; 2) sejam relevantes para todos, embora em grau variável dados os diferentes sistemas de valor coexistentes no mundo; 3) tenham base em normas da Carta da ONU, ou em regras jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; 4) sejam consistentes com o atual sistema de direito internacional, sem serem repetitivos; 5) sejam capazes de alcançar um muito alto nível de consenso; 6) não sejam incompatíveis com a prática comum dos Estados; e 7) sejam suficientemente precisos para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis²⁰.

19. À luz desses ensinamentos, pode-se dizer que um direito fundamental deve manifestar cinco traços, ao menos. Aproveitando-se o ensinamento de Alexy, seriam eles: 1) direitos vinculados diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernirem a todos os seres humanos; 3) terem valor moral; 4) serem suscetíveis de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesarem de modo capital para a vida de cada um.

20. Estes seriam *direitos humanos fundamentais materiais*, portanto, “verdadeiros” direitos fundamentais. Outros, mesmo que inscritos numa Declaração, caso não apresentem todos esses caracteres, serão *direitos fundamentais apenas formais*.

Esta distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais é acolhida pela melhor doutrina. É o que ensina Jorge Miranda²¹. E — vale apontar — transparece de decisões do Supremo Tribunal Federal.

19. Conjuring up new human rights, A proposal for quality control, *American Journal of International Law*, 1984, v. 78, p. 607 e s.

20. *American Journal*, cit., p. 615.

21. *Manual*, cit., p. 9.

VI. Os direitos implícitos

21. O posicionamento de que há traços necessários para a configuração de um direito fundamental é uma contribuição significativa para a identificação dos direitos fundamentais implícitos, a que se refere o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, por exemplo. Sobre tal tema grande tem sido a hesitação da doutrina.

22. A referência a direitos implícitos foi pela primeira vez enunciada na Emenda Constitucional n. 9, de 1791, à Constituição dos Estados Unidos da América. No texto americano, que se destaca por ser o primeiro, lê-se: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”.

23. A doutrina americana, de modo geral, evita a determinação de critério para a identificação dos direitos implícitos. No livro clássico de Corwin, *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, não há senão uma vaga menção à “história da cláusula do *due process of law*”²².

A Suprema Corte, em várias oportunidades, levou em conta a referida Emenda. Assim, por exemplo, a propósito do direito à privacidade e, mais recentemente, acerca da projeção deste nas relações conjugais — no famoso caso *Griswold*. Neste, o *Justice Goldberg* discorreu sobre o assunto, mas apenas para salientar a existência de direitos não enunciados expressamente no *Bill of Rights*²³. E o tema voltou, com tratamento equivalente, no caso *Roe x Wade*²⁴.

Entretanto, a Suprema Corte, apesar de haver reconhecido muitos direitos fundamentais não enumerados no *Bill of Rights*, tem preferido apresentá-los como desdobramento de direitos expressos, fundamentando-os, portanto, nestes.

22. Edward S. Corwin, *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, Rio de Janeiro, Zahar, s/d, p. 283.

23. Bernard Schwartz, *A history of the Supreme Court*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1993, p. 357.

24. *A history*, cit.

Neste contexto, num importante estudo, Philip Alston, depois de analisar a opinião de conhecidos estudiosos como Maurice Cranston e F. G. Jacobs sobre o assunto, manifesta a sua, a respeito dos requisitos de um direito fundamental¹⁹. Para ele, na perspectiva internacionalista, não podem ser reconhecidos como fundamentais senão os direitos que: 1) reflitam um importante valor social; 2) sejam relevantes para todos, embora em grau variável dados os diferentes sistemas de valor coexistentes no mundo; 3) tenham base em normas da Carta da ONU, ou em regras jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; 4) sejam consistentes com o atual sistema de direito internacional, sem serem repetitivos; 5) sejam capazes de alcançar um muito alto nível de consenso; 6) não sejam incompatíveis com a prática comum dos Estados; e 7) sejam suficientemente precisos para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis²⁰.

19. À luz desses ensinamentos, pode-se dizer que um direito fundamental deve manifestar cinco traços, ao menos. Aproveitando-se o ensinamento de Alexy, seriam eles: 1) direitos vinculados diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernirem a todos os seres humanos; 3) terem valor moral; 4) serem suscetíveis de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesarem de modo capital para a vida de cada um.

20. Estes seriam *direitos humanos fundamentais materiais*, portanto, “verdadeiros” direitos fundamentais. Outros, mesmo que inscritos numa Declaração, caso não apresentem todos esses caracteres, serão *direitos fundamentais apenas formais*.

Esta distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais é acolhida pela melhor doutrina. É o que ensina Jorge Miranda²¹. E — vale apontar — transparece de decisões do Supremo Tribunal Federal.

19. Conjuring up new human rights, A proposal for quality control, *American Journal of International Law*, 1984, v. 78, p. 607 e s.

20. *American Journal*, cit., p. 615.

21. *Manual*, cit., p. 9.

VI. Os direitos implícitos

21. O posicionamento de que há traços necessários para a configuração de um direito fundamental é uma contribuição significativa para a identificação dos direitos fundamentais implícitos, a que se refere o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, por exemplo. Sobre tal tema grande tem sido a hesitação da doutrina.

22. A referência a direitos implícitos foi pela primeira vez enunciada na Emenda Constitucional n. 9, de 1791, à Constituição dos Estados Unidos da América. No texto americano, que se destaca por ser o primeiro, lê-se: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”.

23. A doutrina americana, de modo geral, evita a determinação de critério para a identificação dos direitos implícitos. No livro clássico de Corwin, *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, não há senão uma vaga menção à “história da cláusula do *due process of law*”²².

A Suprema Corte, em várias oportunidades, levou em conta a referida Emenda. Assim, por exemplo, a propósito do direito à privacidade e, mais recentemente, acerca da projeção deste nas relações conjugais — no famoso caso *Griswold*. Neste, o *Justice Goldberg* discorreu sobre o assunto, mas apenas para salientar a existência de direitos não enunciados expressamente no *Bill of Rights*²³. E o tema voltou, com tratamento equivalente, no caso *Roe x Wade*²⁴.

Entretanto, a Suprema Corte, apesar de haver reconhecido muitos direitos fundamentais não enumerados no *Bill of Rights*, tem preferido apresentá-los como desdobramento de direitos expressos, fundamentando-os, portanto, nestes.

22. Edward S. Corwin, *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, Rio de Janeiro, Zahar, s/d, p. 283.

23. Bernard Schwartz, *A history of the Supreme Court*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1993, p. 357.

24. *A history*, cit.

Isto se torna claro na manifestação do juiz Brennan acerca da abrangência da liberdade. Esta compreenderia: 1) a ausência de constrangimento corporal; 2) o poder de decidir sobre as questões básicas da vida; e 3) a autonomia quanto ao desenvolvimento e expressão do próprio intelecto e personalidade²⁵. Disto resulta evidente que basta desdobrar a liberdade para justificar, se não todos, a grande maioria dos direitos implícitos que se pretende consagrar.

Tomando este caminho, a Suprema Corte tem fugido à crítica de que estaria afirmando direitos criados pela mera vontade do juiz (“*judge’s own discretion*”)²⁶. Esta objeção provém da forte corrente “conservadora” que pretende dever ser a Constituição interpretada como a quiseram os seus elaboradores. Disto é expressão a conhecida afirmação de Robert Bork: “A verdade é que o juiz que olha para fora da Constituição histórica sempre olha dentro de si mesmo e para nenhum outro lugar”²⁷.

Destarte, não se extrai da jurisprudência da Suprema Corte qualquer critério nítido para a identificação dos *nonenumerated rights*.

24. No direito brasileiro, talvez a primeira a reiterar a idéia, a previsão de direitos implícitos está na Constituição de 1891 (art. 78). Tem sido repetida pelas Constituições posteriores, como a de 1988, que o faz no art. 5º, § 2º.

A Constituição de 1891 encarou tais direitos como “resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Disto não se afasta, na sua primeira parte, o preceito vigente, que os encara como “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”

25. Sua posição é citada por Schwartz (*A history*, cit., p. 358): “the right (of privacy) is a species of ‘liberty’ (although, as I mentioned yesterday, I think the Ninth Amendment ... should be brought into this problem at greater length), but I would identify three groups of fundamental freedoms that ‘liberty’ encompasses: first, freedom from bodily restraint or inspection, freedom to do with one’s body as one likes, and freedom to care for one’s health an person; second, freedom of choice in the basic decisions of life, such as marriage, divorce, procreation, contraception and education and upbringing of children; and (third), autonomous control over the development and expression of one’s intellect and personality”.

26. É a posição do Justice Scalia. Cf. Schwartz, *A history*, p. 357.

27. “The truth is that the judge who looks outside the historic Constitution always looks inside himself and nowhere else”. Registre-se que Bork chegou a ser indicado para a Suprema Corte, mas teve o nome rejeitado pelo Senado, em razão de seu extremado conservantismo.

(acrescentando, todavia, “ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”).

25. A doutrina brasileira em geral não tem procurado identificar os elementos que justificariam o reconhecimento de novos direitos. Vale lembrar que, do art. 78 da Lei Magna de 1891, Barbalho apenas extraiu a rejeição do princípio de interpretação “*inclusio unius exclusio alterius*”²⁸.

Não parece, todavia, sem propósito assinalar a ligação que haveria entre tais direitos e o princípio da dignidade humana (Constituição, art. 1º, III). Com efeito, absurdo seria considerar direito *humano* fundamental um direito que, embora importante, não se ligue ao âmago da natureza humana. Caso contrário, a identificação torna-se totalmente arbitrária.

26. A previsão de direitos implícitos está presente no direito constitucional português. Já estava na Constituição de 1911, art. 4º, por influência — é Canotilho quem aponta — da Constituição brasileira de 1891²⁹. Na Lei Magna em vigor, verdade que vinculada ao direito internacional, é enunciada no art. 16, 1º: “Os direitos fundamentais consagrados nesta Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

Dela extraem os comentaristas idéias importantes. Assim, Jorge Miranda e Rui Medeiros apontam que esse texto consagra “uma noção material de direitos fundamentais, derivada da própria idéia da dignidade da pessoa humana”. Essa “cláusula aberta” — acrescentam — “trata apenas de ... reconhecer alguns (direitos) que, pela sua *fundamentalidade*, pela conexão com direitos fundamentais formais, pela sua natureza *análoga*, ... ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem ao nível da Constituição material”³⁰.

28. João Barbalho, *Constituição Federal Brasileira*, 2. ed., Rio de Janeiro, Briguiet, 1924, p. 469.

29. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra, Almeida, 1998, p. 370.

30. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Ed., 2005, n. 1, p. 138. Jorge Miranda voltou ao assunto no trabalho *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*, sem, todavia, aprofundar o tema de sua identificação (artigo incluído nos *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, p. 559 e s.).

A seu turno, Canotilho e Vital Moreira sublinham, no mesmo sentido, que “o nº 1 aponta para um conceito material e para uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais”³¹.

27. Quanto ao cerne desses direitos implícitos, Canotilho contenta-se com uma referência analógica. Afirma que “a orientação tendencial de princípio é considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”³².

Jorge Miranda, no seu afamado *Manual*, delinea o cerne material dos direitos fundamentais: seriam “*prima facie* ... direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa”. Mas aponta que “eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar”³³.

28. Como se pôde aperceber, sempre encontrou a doutrina dificuldade em determinar os critérios de identificação dos direitos implícitos. É o que suplementam hoje os posicionamentos de Alexy, Alston e outros. De fato, os direitos implícitos não podem ser senão direitos que correspondam à natureza e aos caracteres já apontados de um direito fundamental material.

29. Permita-se-me uma digressão

Resulta ainda da idéia de direito fundamental material a importância relativa da referência a tratados sobre direitos humanos, que faz a Constituição brasileira, no art. 5º, § 2º, parte final, ou ao direito internacional, presente na Constituição lusa, no referido art. 16, 1º, já citado. De fato, ou o direito é por natureza fundamental e assim prescinde da fundamentação internacionalista, ou não é, do que decorre não passar de um direito comum, sujeito ao tratamento ordinário dos direitos comuns.

31. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1993, p. 137.

32. Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 369.

33. *Manual*, cit., p. 11-12.

Isto significa que os direitos fundamentais materiais eram, e são, integrantes do ordenamento brasileiro, independentemente da sua inclusão num tratado internacional a que o Brasil adira.

30. É neste ponto que se há de inserir a exegese do § 3º do art. 5º da Lei Magna brasileira: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Este preceito, inserido na Constituição pela Emenda Constitucional n. 45/2004, permite que direitos apenas formalmente fundamentais, provenientes de um tratado, sejam integrados como direitos constitucionais no ordenamento brasileiro. São direitos comuns que eventualmente são inscritos na Constituição, contudo não passam de direitos fundamentais formais, como outros que, por decisão do constituinte, estão incluídos no rol do art. 5º da Lei Maior.

Evidentemente, por força do direito intertemporal — o princípio do efeito futuro e não retroativo dos atos jurídicos — os direitos advinentes de tratados adotados pelo direito brasileiro, antes da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, não estão incorporados ao nosso direito constitucional.

31. Perguntar-se-á por que aprovar um tratado por esse *quorum* especial, quando se ele enunciar direitos verdadeiramente fundamentais, estes estarão por sua natureza integrados na ordem constitucional brasileira.

Isto se explica se tiver presente a distinção entre a essência, ou seja, o cerne, o conteúdo essencial de um direito fundamental, do regime jurídico que um texto positivo lhe imprima. Este regime são as condições de seu exercício, pois estas hão de variar segundo o tempo e o lugar.

Tais condições podem ser estabelecidas, seja pela própria Declaração, seja pela Constituição, seja pela lei nos limites desses documentos, seja pelo tratado internacional, incorporado este como lei, e, com mais força, como norma constitucionalizada.

32. Acrescente-se que essas observações servem para a exegese da “inababilidade” dos direitos fundamentais, prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição brasileira.

Dispõe este art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ...”. E seu inciso IV menciona: “os direitos e garantias individuais”.

Preste-se atenção para que a proibição é de “abolir”. Ora, “abolir” em português significa “extinguir”, “anular”, “revogar”..., jamais “*não mudar*”. Assim, o que veda a Constituição é que seja suprimido um direito, não que seja alterado o seu regime.

Justifica-se isto porque, como ensina Robert Alexy, somente se pode falar em abolição de um instituto quando é contrariado o seu “conteúdo essencial”³⁴.

Em conseqüência disto decorre, *a contrario sensu*, que, respeitado o princípio essencial de cada uma das matérias indicadas nos incisos do texto, a sua disciplina pode ser modificada pelo meio adequado³⁵.

Este entendimento tem abono em decisão do Supremo Tribunal Federal³⁶.

Observações finais

33. Cabe, ao terminar, uma breve síntese do exposto.

A Declaração Universal de 1988 não é um documento cogente, a impor-se a todos os Estados, mesmo aos membros da ONU. Ela tem, entretanto, um caráter simbólico muito importante, na medida em que pretende conduzir ao respeito da dignidade humana.

No plano teórico, o seu ponto fraco está na ausência de uma fundamentação sólida e consagrada a respeito dos direitos que enuncia. Isto se reflete noutros aspectos que motivam controvérsia longa, que certamente está longe de chegar a termo.

34. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. reimpr., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 125, citando Konrad Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*.

35. Essa posição já está no meu *Do processo legislativo* (6. ed., São Paulo, Saraiva, 2007), p. 293.

36. “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (Min. Sepúlveda Pertence, ADIn 2.024-2/DF, medida liminar).

Uma grave questão afeta a sua própria força moral. Concerne à divergência entre as diferentes culturas coexistentes no orbe acerca da noção de dignidade humana. Esta não é una e fixa, mas profundamente marcada pela história, pela religião, pela experiência dessas culturas. Assim, a sua universalidade é posta em dúvida, podendo aparecer para muitos como uma imposição estranha a suas crenças, ao seu modo de vida, a seus costumes.

Não ajuda a causa dos direitos fundamentais a multiplicação destes. Isto, por um lado, os trivializa, e, por outro, cria obstáculos à sua desejável consagração universal. Não exclui esse risco a identificação de novos direitos, em novos momentos de conscientização, a exemplo do que já se passou na história. De fato, os direitos fundamentais na origem praticamente identificados às liberdades enriqueceram com o advento dos direitos sociais. Entretanto, é preciso passar as propostas de novos direitos por um crivo de seus caracteres — um “controle de qualidade” — antes de reconhecê-los. Com efeito, a proliferação de direitos comuns travestidos formalmente de universais desvaloriza os verdadeiros direitos do Homem.

Sem dúvida, e mais importante nesta conjuntura histórica a efetivação dos direitos fundamentais do que sua multiplicação. Tal efetivação, todavia, não depende exclusivamente de instrumentos jurídicos, internos ou internacionais, ainda que sejam estes indispensáveis; reclama, além disso, um trabalho de formação moral, a fim de arraigá-los na cultura de cada povo.

Dispõe este art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ...”. E seu inciso IV menciona: “os direitos e garantias individuais”.

Preste-se atenção para que a proibição é de “abolir”. Ora, “abolir” em português significa “extinguir”, “anular”, “revogar”..., jamais “não mudar”. Assim, o que veda a Constituição é que seja suprimido um direito, não que seja alterado o seu regime.

Justifica-se isto porque, como ensina Robert Alexy, somente se pode falar em abolição de um instituto quando é contrariado o seu “conteúdo essencial”³⁴.

Em conseqüência disto decorre, *a contrario sensu*, que, respeitado o princípio essencial de cada uma das matérias indicadas nos incisos do texto, a sua disciplina pode ser modificada pelo meio adequado³⁵.

Este entendimento tem abono em decisão do Supremo Tribunal Federal³⁶.

Observações finais

33. Cabe, ao terminar, uma breve síntese do exposto.

A Declaração Universal de 1988 não é um documento cogente, a impor-se a todos os Estados, mesmo aos membros da ONU. Ela tem, entretanto, um caráter simbólico muito importante, na medida em que pretende conduzir ao respeito da dignidade humana.

No plano teórico, o seu ponto fraco está na ausência de uma fundamentação sólida e consagrada a respeito dos direitos que enuncia. Isto se reflete noutros aspectos que motivam controvérsia longa, que certamente está longe de chegar a termo.

34. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. reimpr., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 125, citando Konrad Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*.

35. Essa posição já está no meu *Do processo legislativo* (6. ed., São Paulo, Saraiva, 2007), p. 293.

36. “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (Min. Sepúlveda Pertence, ADIn 2.024-2/DF, medida liminar).

Uma grave questão afeta a sua própria força moral. Concerne à divergência entre as diferentes culturas coexistentes no orbe acerca da noção de dignidade humana. Esta não é una e fixa, mas profundamente marcada pela história, pela religião, pela experiência dessas culturas. Assim, a sua universalidade é posta em dúvida, podendo aparecer para muitos como uma imposição estranha a suas crenças, ao seu modo de vida, a seus costumes.

Não ajuda a causa dos direitos fundamentais a multiplicação destes. Isto, por um lado, os trivializa, e, por outro, cria obstáculos à sua desejável consagração universal. Não exclui esse risco a identificação de novos direitos, em novos momentos de conscientização, a exemplo do que já se passou na história. De fato, os direitos fundamentais na origem praticamente identificados às liberdades enriqueceram com o advento dos direitos sociais. Entretanto, é preciso passar as propostas de novos direitos por um crivo de seus caracteres — um “controle de qualidade” — antes de reconhecê-los. Com efeito, a proliferação de direitos comuns travestidos formalmente de universais desvaloriza os verdadeiros direitos do Homem.

Sem dúvida, e mais importante nesta conjuntura histórica a efetivação dos direitos fundamentais do que sua multiplicação. Tal efetivação, todavia, não depende exclusivamente de instrumentos jurídicos, internos ou internacionais, ainda que sejam estes indispensáveis; reclama, além disso, um trabalho de formação moral, a fim de arraigá-los na cultura de cada povo.