

Ao Silvério da Adufrgs.

tel: 228 11 88

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fustel de Coulanges em A Cidade Antiga afirma que os antigos, na polis e na civitas, não conheceram a liberdade individual pois estavam submetidos inteiramente às leis da cidade .

Sócrates foi condenado a beber cicuta por ter desafiado às leis da cidade pois ele considerava a verdade acima do costume e a justiça acima da lei, enfim, acreditava que o homem como livre pensador só tinha deveres para com sua consciência.

Lewis H. Morgan em sua obra a Sociedade Primitiva, escudado nas opiniões abalizadas de Tito Lívio, Dionísio, Plutarco, Suetónio e Cícero, afirma que em Roma existiam dois tipos de classes, os patrícios e os plebeus, sendo que os primeiros, de origem gentílica baseada nas gens, tinham um *status* tríplice que dividia-se em *status libertatis*, *status familiae* e *status civitatis*.

As condições de homem livre, *sui juris* do *pater familiae* integradas é que lhe atribuíam a condição de cidadania passiva e ativa, isto é, votar e ser votado para os cargos da cidade.

Toda esta estrutura, de certa forma, foi legada para o Medievo, quando as várias ordens existentes, os nobres, o clero, e os servos, depois burgueses, reuniam-se nas chamadas Assembléias dos Estados Gerais.-

A análise histórica encontra apoio na linguística quando do estudo do léxico e da semântica, detecta-se nas palavras *estamento*, *estado(s)*, *estatuto* e *estabilidade* e no verbo *estabelecer* a mesma raiz latina contida no vocábulo *status*. Pois assim é que a estrutura estamental do medievo, mostra através da instituição dos estados gerais, um direito estatutário em que cada categoria vai ter um direito situacional originário de sua história, por origem ou conquista.

Não há no medievo, uma projeção difusa de direitos, isto é uma igualdade genérica entre todos os homens, muito embora deságuem nesta época, como um grande estuário, as essências religiosas judaico-cristãs que traduzem o homem como *imago Dei* e a filosofia estoica de um pensador de origem semítica chamado Zenão (350-260 AC).

Estas matrizes do pensamento que contém um conceito incipiente de direito natural, cuja fonte encontra-se já em uma das epístolas de Paulo e também em Sto. Agostinho, adicionadas a filosofia estoica de Zenão, que generalizando projeta uma *civitas máxima* cuja matéria essencial é a razão, é que vão propiciar para estabelecer na prática, para o futuro, a idéia de uma igualdade generalizada que começa a divulgar um cosmopolitismo com conteúdo de valores inerentes disseminados universalmente entre todos os homens.

Da mesma forma a discussão profunda entre os nominalistas e os realistas (racionalistas) numa celeuma profunda, através da vitória dos últimos é que permitem através da consolidação do empirismo a possibilidade da vitória da razão que consolida a correspondência entre os conceitos abstratos generalizantes com os seus correspondentes externos do mundo, permitindo assim a certeza do conhecimento da coisa em si que vai projetar-se nos pensamentos clássicos da filosofia natural, no contratualismo e no chamado iluminismo.

Surgem as filosofias de Hugo Grócio, Pufendorf, Jean-Jaques Rousseau, John Locke, Hobbes, Spinoza e Montesquieu, entre outros, que através de um conceito de pacto ou contrato, através de uma Vontade Geral como dizia Rousseau, consolidam no pensamento universal a crença nos direitos fundamentais do homem, que vão projetar-se nas modernas Declarações de Direito, a francesa e a americana.

Assim é, que o Estado Moderno Absolutista, que na realidade era a projeção estamental das várias ordens, nobreza, clero e burguesia, através da ruptura revolucionária, vai quebrar o seu conceito de feiche de estados (*status*) para, democraticamente, num salto qualitativo, através da revogação dos privilégios estamentais, construir e embuir no conceito de Estado Democrático de Direito, um conteúdo generalizante de liberdade e de igualdade, próprio a todas as classes sociais que representa o início do Constitucionalismo.

Nesta linha de evolução constata-se que as primeiras declarações v.g. a Magna Charta Libertatum, de 1215, outorgada em 15 de junho daquele ano, por João Sem Terra, sendo a primeira precursora e antecedente direta de todas as Declarações de Direito-, no entanto, conforme nossa tese, manifestava estes direitos de forma estamental e não como direitos difusos a toda uma população. Assim foram, da mesma forma, as declarações inglesas que se seguiram: Petição de Direito de 7.06.1628 e a Declaração de Direitos de 13.02.1689.

A estrutura organizacional do Estado Constitucional, conformando-se ao ideário liberal burguês, como muito bem identifica Norberto Bobbio, é dicotômica pois contrapõe o estado de natureza ao estado político, sendo que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto 1789, sintetiza esta dualidade na sua expressão, que diz: "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

Nesta dualidade em que nasce o Constitucionalismo Político Liberal é que vão se identificar aquelas duas áreas que tão bem conceituou Carl Schmitt citando Richard Thomas, seja, os direitos do homem como expressão e estágios da liberdade e do homem enquanto igual imerso no "eterno processo de fluxo e refluxo, *the man versus the State*."

Independentemente desta dualidade entre o que se convencionou chamar parte Dogmática das Constituições, ou seja aquela zona de franquias ou zona de exclusão onde a cidadania exerce a sua liberdade sem interferência do Estado, contraposta a parte Orgânica do Estado, que é aquela zona delimitada pelo princípio da legalidade e organizada pela estruturação do Poder na sua tríplice funcionalidade, seja, Legislativo, Judiciário e Executivo e ainda a forma de Projeção do Estado sob o território, de forma simples ou

composta e que está contida dentro do brocardo latino, *e pluribus unum*, surge outra discussão infundável, seja, o problema da liberdade e da igualdade. Pois será esta problemática acusada por Gracus Babeuf em seu Manifesto dos Iguais, que antecipando a revolução socialista em mais ou menos um século e meio adianta-se "como mensageira de uma vanguarda de uma outra revolução muito maior, muito mais solene, que será a última, a revolução social..." pois para êle, na Revolução Francesa, já existiam alguns mais iguais entre os iguais.

Ferdinand Lassale, dando continuidade a esta visão socialista, em sua obra *A Essência da Constituição*, demonstra esta fase de transição do constitucionalismo quando tenta passar de um estado estamental para um estado em que os direitos possam ter um conceito generalizado por todas as classes e, mais do que isto, demonstra gabalmente a diferença entre o conceito de constituição formal e o conceito material, elucidando da mesma forma a diferença entre a igualdade formal (civil e política) dos direitos de primeira geração oriundos do Constitucionalismo Político Liberal, e os direitos de segunda geração, que posteriormente vão ser sufragados pelas revoluções socialistas que se alastram pelo mundo no começo do século vinte e que irão criar os outros dois movimentos constitucionais, quais sejam, o Socialismo Constitucional e o Constitucionalismo Social.

As tensões entre o indivíduo e a coletividade, de certa forma, já estavam reproduzidas na forma totêmica da Revolução Francesa, através de sua tríade: *Liberté, Egalité, Fraternité* ! Pois ali naquela síntese traduzia-se o paradoxo do homem no seu individualismo, contraposto ao homem na sua inserção como *zoon politikon*. A versão do ego na sua conduta egoísta, individualista, liberal, elogiada modernamente por Ayn Rand, quando escreveu *A Virtude do Egoísmo e Quem é John Galt* ? ou ainda Karl R. Popper, em sua obra *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* e a versão do alter-ego ou altruística, socialista divisada através de todas obras socialistas, dos utópicos, até o materialismo dialético de um Marx (o *Capital*, o *Manifesto*, etc), um Engels (*A Origem do Estado, da Família e da Propriedade*) ou Lênin (*Estado e Revolução*), em suas inúmeras obras clássicas.

A tríade francesa, através de uma figura justa e perfeita, tentava conciliar estes opostos da contingência humana através da convergência que era feita pelo amor fraterno que deveria orientar os homens para conciliar as áreas privada e pública. A história anterior fora testemunha dos vários enfrentamentos entre estes eixos opostos mas contingentes. Roma já presenciara a revolução do gladiador Spartaco e a luta fratricida entre patricios e plebeus, ironicamente, sacrificando os irmãos Gracos, como a revolução Francesa também sacrificou o outro Graco, Babeuf.

O modelo liberal, dominante até o começo do século vinte produzirá um fenômeno de globalização mundial, que chega em 1913 ao seu apogeu e que, dizem alguns autores ultrapassa em níveis comerciais a globalização de hoje. O resultado é que o livre mercado, tão apregoado por Adam Smith irá produzir através do seu *laissez faire, laissez aller*, com sua mão invisível de mercado, uma desequilíbrio violento na estrutura da sociedade, causando com estas perversões sociais, um clamor social que como caldo de cultura e acelerado pela primeira guerra mundial, causaram a eclosão de várias revoluções mundiais, na Rússia czarista, na Alemanha e no México.

Concomitantemente ao processo de construção dos direitos sociais ou chamados direitos de segunda geração, direitos do trabalho e econômicos, gera-se através da primeira guerra uma primeira consciência da necessidade de que os direitos não fossem garantidos somente pelas constituições nacionais, mas que transbordassem, para o âmbito do Direito Internacional Público, em razão das atrocidades cometidas nas guerras de trincheiras pela utilização sem limite de gases tóxicos.

No pós-guerra solidifica-se no mundo, um tripé de modelos jurídicos, o Constitucionalismo Político Liberal, representado de melhor forma pela Inglaterra e EUA; o constitucionalismo social, pela República de Weimar, que é um prelúdio para o surgimento do nacional-socialismo nazista, e ainda, o modelo da revolução mexicana, que erigem o modelo Constitucional Social e ainda um terceiro, o Socialismo Constitucional, que substitui a propriedade privada e o capital pelo valor trabalho, através da "Declaração do Povo Explorado e Oprimido" da revolução bolchevique russa agora consolidada na constituição de 1936 que cria a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Derrotado o Eixo, representado pelos regimens nazi-facistas de Hitler e Mussolini da Europa e o Império do Sol Nascente de Hirohito, em 26 de junho de 1945, aprovou-se a Carta das Nações Unidas, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da paz mundial mas, também havia a consciência de que se também não houvessem garantias aos homens, nos seus direitos individuais e fundamentais, da mesma forma não existiriam garantias sociais genéricas disseminadas no planeta, assim, nasceu a idéia da proclamação de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados.

Já no ano de 1946 foi iniciado o trabalho de elaboração desse documento, que, afinal, foi aprovado na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Onu, que ora completa o seu cinquentenário, em dez de dezembro de 1998, é o início de um processo de generalização em que o direito interno, da capítulo dogmático das cartas constitucionais, ultrapassa o limite nacional e torna-se assim, um direito internacional, somando aos direitos de primeira geração do Constitucionalismo Político Liberal, direitos civis e políticos formais, os direitos de segunda geração do Constitucionalismo Social e Socialista, direitos do trabalho e econômicos, agregando ainda pelos protocolos subsequentes, direitos de terceira, quarta e quinta geração, como querem alguns autores, que são aqueles relativos v.g., aos direitos do consumidor, ao meio ambiente, da mulher, dos menores, contra o apartheid, da bioética, da biodiversidade, etc...

Assim, foram-se somando a Declaração de 1948, criando uma generalização maior e internacional com relação à proteção dos direitos humanos, v.g., a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, que seguiu a já existente de 1963; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Convenção sobre a Eliminação e a Punição do Crime de Apartheid, de 1973; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 sendo que estes tratados de nível geral coexistiam com outros de nível regional, v.g.

Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, subsequente a Declaração Americana sobre Direitos Humanos e Deveres do Homem de 1948, e outros que haveriam de se complementar mutuamente.

Paralelamente aos tratados de direitos humanos "gerais" e "especializados" conceberam-se outros procedimentos com bases em tratados, resoluções e decisões das organizações internacionais v.g. Resolução 1503 do ECOSOC de 1970-71, o sistema de decisão 3.3 do Conselho Executivo da Unesco de 1978, o sistema de operação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que foram paulatinamente fazendo com que houvesse a superação da objeção de "competência nacional exclusiva" através da cristalização da capacidade processual internacional dos indivíduos com a consequente atribuição ou asserção da capacidade de agir dos órgãos internacionais.

Concomitantemente ao momento que celebraremos em 10 de dezembro de 1998, os cinquenta anos da Declaração dos Direitos da Onu, estaremos vivendo uma profunda crise no planeta, que globalizado sob a égide desequilibrada de um só princípio o Liberal, comprova através da crise financeira globalizada e sistêmica a falência de um modelo que se orienta somente pela ótica da Liberdade, deixando a descoberto o princípio Igualitário.

Temos de ter consciência, e o homem já possui massa crítica suficiente, de forma interdisciplinar, na história, na filosofia, no direito, na economia, na ética, nas ciências da informação e da linguagem, nas ciências da área dura, etc, para ter a suficiente convicção axiomática que a Justiça, não com um conteúdo abstrato e metafísico, mas plena de realidade material também, pode ser construída através da justa medida entre o equilíbrio da Liberdade e da Igualdade, projetada não só no âmbito das nações mas pela orbe globalizada.

Assim é de resgatar o pensamento moderno de Robert Alexy, com sua Teoria dos Direitos Fundamentais, que nos orienta ao multifacetário das liberdades positivas e negativas, que para realizar os direitos sociais fundamentais preleciona o seu cotejo com um dos clássicos direitos negativos, o direito à propriedade completando assim seu pensamento integrativo eclético concebido ao longo de sua teoria estrutural ao que recebe o apoio do filósofo Ernest Tugendhat, quando em sua obra, Lições de Ética, quando na Décima Sétima Lição trata dos Direitos Humanos advertindo sobre esta necessidade equilibrada.

Importante também não esquecer da lição de J.G.Canotilho, em sua obra clássica Direito Constitucional lembrando o princípio estruturante de garantia dos direitos sociais através da *proibição de retrocesso social*.

Com o somatório destas teorias, teríamos equilibrados no espaço globalizado e introjetados pelo princípio da parametricidade constitucional, que age no sistema jurídico análogamente como um processo de osmose química, propiciando assim a inteiração entre o sistema jurídico internacional e os diversos sistemas nacionais, através da atuação dos princípios de liberdade e igualdade, devidamente equilibrados, a justiça e o direitos impostergáveis de todos os seres humanos para o limiar do terceiro milênio.

Sérgio Borja

Professor de Instituições de Direito Privado e Comercial

da Faculdade de Direito da UFRGS.

tel/fax: (051) 2 23 26 10

celular: (051) 980 37 06

e-mail: borja@pro.via-rs.com.br

PUBLICADO NA REVISTA DA ADUFRGS