

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ATANÁSIO SÁVIO

**O DIREITO À SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO: ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À PROTEÇÃO**

São Leopoldo

2011

ATANÁSIO SÁVIO

**O DIREITO À SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
BRASILEIRO: ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À PROTEÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS e o Minter UDC - CATARATAS

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann

São Leopoldo

2011

S267d Sávio, Atanásio.
O direito à segurança no estado democrático brasileiro :
entre os direitos humanos e o direito à proteção / Atanásio
Sávio. -- 2011.
189 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

"Prof. Dr. Wilson Engelmann, orientador."

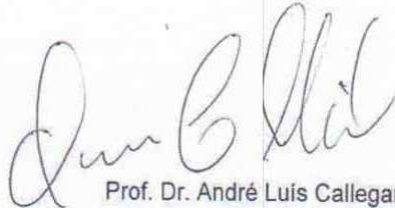
1. Direitos humanos. 2. Estado de direito. 3. Direitos
fundamentais. I. Título.

CDD 323
CDU 342.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O Direito à Segurança no Estado Democrático de Direito Brasileiro: Entre os Direitos Humanos e o Direito à Proteção”, elaborado pelo mestrando Atanásio Sávio, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de dezembro de 2011.

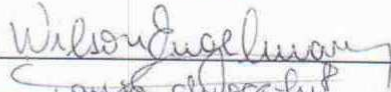


Prof. Dr. André Luís Callegari

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wilson Engelmann



Membro: Dra. Taysa Schiocchet



Membro: Dra. Daniela Cademartori



Aos meus pais, João (in memoriam) e
Josefina pelas suas simplicidades.

AGRADECIMENTOS

Meus especiais agradecimentos...

A Deus, pelo seu infinito amor e pelo dom da vida do qual sou beneficiário.

A minha amada e filhos, pelo prazer de estar aos seus lados, pela paciência e apoio incondicionais.

Ao professor orientador Dr. Wilson Engelmann, pelo conhecimento, dedicação e sua incondicional segurança na indicação do caminho a ser seguido.

Aos professores deste PPGD que com suas brilhantes apresentações fizeram me proporcionar um “novo” olhar sobre o Direito.

Aos professores da UDC, em especial ao Fábio Prado, Luciano, Alfredo e Ludovico que sempre estiveram à disposição e não mediram esforços e dedicação para a realização deste Minter.

Aos colegas de curso, pelos debates e aprendizado proporcionados.

As equipes da secretaria do PPGD Unisinos e União Dinâmica Cataratas sempre presentes.

*“A verdadeira medida de um homem não é
como ele se comporta em momentos de
conforto e conveniência, mas como ele se
mantém em tempos de controvérsia e
desafio.”*

(Martin Luther King)

RESUMO

Esta Dissertação de Mestrado busca compreender o Direito Fundamental à Segurança no Estado Democrático de Direito Brasileiro, portanto, se insere na Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos do PPGD-Unisinos. O objetivo é trazer à lume a tradição do direito à segurança a partir do Estado de Natureza, justificando esse direito na proteção natural à vida. Para tanto, é necessário compreender os Direitos Humanos como razão fundamental de ser do homem. Analisar os Direitos Humanos a partir do Estado Natural até o desenvolvimento da Sociedade Civil, bem como o engendramento do positivismo jurídico pela edição de normas escritas, ou seja, com o surgimento das primeiras constituições. Depois, buscar o horizonte histórico da Dignidade Humana como fonte de materialização dos Direitos Humanos e a sua estrutura diante da Constituição, pois representa um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro. Ainda, desenvolver o exercício da cidadania como caminho prático e efetivo para a concretização dos Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que compreender que é a opção que qualquer homem tem de exercitar seus direitos fundamentais. Logo, para que isso ocorra é necessário fazer uma junção do Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988 que, inexoravelmente, serão os suportes para se estabelecer o real sentido dos direitos fundamentais como norteadores da ação do Estado. Por fim, estabelecer que o direito fundamental à segurança como corolário do direito à proteção (Alexy) deve ser compreendido como integrante da primeira dimensão dos Direitos Humanos em perfeita sintonia com o limiar do século XXI, através da hermenêutica filosófica e a linguagem como forma de interpretação do novo diante das incertezas. O novo é o bem comum, desejado a partir do direito à proteção como forma de manutenção da vida. É essa nova perspectiva para o direito fundamental à segurança fortalecido pelas garantias constitucionais, que precisa ser levado a sério, sob pena, de não se ter um efetivo Estado Democrático de Direito Brasileiro fundamentado na Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: direito fundamental à segurança. direitos fundamentais. direitos humanos. dignidade humana. direito à proteção.

RESUMEN

Esta Disertación de Mestrado busca comprender el Derecho Fundamental a la Seguridad del Estado democrático del Derecho Brasileño, por lo tanto, se incluye en la línea de investigación “Hermenéutica, Constitución y Concretización del Derechos” del PPGD-Unisinos. El objetivo es sacar a la luz la tradición de los derechos a la seguridad a partir del Estado de Naturaleza, justificando ese derecho en la protección natural a la vida. Por lo tanto, es necesario comprender los Derechos Humanos como razón fundamental de ser del hombre. Analizar los Derechos Humanos partiendo del Estado Natural hacia el desarrollo de la Sociedad Civil, bien como el engendramiento del positivismo jurídico por la edición de normas escritas, o sea, con el surgimiento de las primeras constituciones. Después, buscar el horizonte histórico de la Dignidad Humana como fuente de materialización de los Derechos Humanos y a su estructura delante de la Constitución, pues representa uno de los fundamentos del Estado Democrático Brasileño. Además, desarrollar el ejercicio de la ciudadanía como camino práctico y efectivo para la concretización de los Derechos Humanos, al mismo tiempo comprender la opción de que cualquier hombre tiene de ejercitar sus derechos fundamentales. Para que eso ocurra es necesario hacer una unión del Estado Democrático de Derecho y la Constitución Federal de 1988 que, inexorablemente, será el soporte para establecerse el real sentido de los derechos fundamentales como guías de la acción del Estado. Finalmente, establecer que el derecho fundamental a la seguridad como corolario del derecho a la protección (Alexy) debe ser comprendido como integrante de la primeira dimensión de los Derechos Humanos en perfecta sintonía en el umbral del siglo XXI, a través de la hermenéutica filosófica y el lenguaje como forma de interpretación de lo “nuevo” delante de las incertidumbres. Lo “nuevo” es el bien común, deseado a partir del derecho a la protección como forma de mantenimiento de la vida. Es esa nueva perspectiva para el derecho fundamental a la seguridad fortalecido por las garantías constitucionales que necesita ser llevado en serio, bajo pena, de no tener un efectivo Estado Democrático de Derecho Brasileño fundamentado en la Dignidad de la Persona Humana.

Palabras Clave: derecho fundamental a la seguridad. derechos fundamentales. derechos humanos. dignidad humana. derecho a la protección.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO ESTADO DE NATUREZA AO ESTADO CIVIL: O PERCURSO (HOBBSIANO) DA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO À SEGURANÇA NA BUSCA DA PROTEÇÃO DO DIREITO NATURAL À VIDA.....	17
2.1 O Direito Natural à Segurança no Contrato Hobbesiano	17
2.2 O Direito à Segurança como um Projeto para Proteger o Direito à Vida.....	29
2.3 Positivismo: a segurança (direito à vida) na dependência de uma lei	40
3 OS DIREITOS HUMANOS ESTRUTURANTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL	55
3.1 O Horizonte Histórico da Dignidade Humana	55
3.2 Os Direitos Humanos Frente à Constituição Brasileira	70
3.2.1 As Dimensões dos Direitos Humanos	85
3.3 O Significado dos Direitos Fundamentais e o Contexto do Direito à Segurança	101
4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA COMO UM DIREITO À PROTEÇÃO (DA VIDA)	118
4.1 O Estado Democrático de Direito e a Constituição de 1988.....	118
4.2 O Exercício do Direito à Segurança no Texto Constitucional como um Modo de Expressar o Exercício da Cidadania	136
4.3 O Direito à Proteção como Forma de Manutenção da Vida: uma nova perspectiva para o direito fundamental à segurança	156
5 CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS.....	183

1 INTRODUÇÃO

O bem maior protegido pela Constituição de 1988 no seu capítulo II - dos direitos e garantias fundamentais – é a vida. Ela é o bem supremo, de valor incalculável, indiscutível. Dela são inerentes e dependentes a liberdade, a igualdade, a paz e a segurança, dentre outros direitos naturais-fundamentais. Esses mesmos valores, hoje determinados com direitos fundamentais, foram, em algum momento da história, objeto de grandes disputas. O teórico Inglês Thomas Hobbes, quando escreveu “Leviatã”, em 1651 – estabelecia que da segurança do homem dependeria sua preservação e, conseqüentemente, o direito à vida. Literalmente, o medo da morte fez com que o homem decidisse aceitar o pacto, atribuindo a um soberano toda decisão.

Desta maneira, a segurança tem uma estreita relação com a sobrevivência da espécie humana. Em Hobbes o direito à segurança fica bem ilustrado, sendo no primeiro estágio, no Estado de Natureza, a individualidade predominava fazendo com que o indivíduo lutasse por si, era a guerra de todos contra todos; em um segundo estágio, denominada sociedade política, pois incluía o pacto com o soberano, esse objetivo que era a segurança passa a ser coletiva, todos assumem responsabilidades de manutenção da vida. Com o desenvolvimento humano a tendência de melhora nessa sociedade política se faz presente e, logo depois, alcança o contrato social que afere àquele agrupamento de pessoas o *status* de sociedade.

Nesse momento, no contrato social ocorre a confirmação dos indivíduos os quais atribuem poder a uma terceira pessoa ou uma assembléia, como garantia de preservação de suas vidas. Muito importante aferir que ainda não é o momento de se falar em direitos, pois havia apenas um acordo em troca de uma parcela da liberdade individual, em troca de segurança do Leviatã. Assim, o Estado ou Leviatã é o todo poderoso, ao passo que todos os participantes dessa nova sociedade são denominados súditos. O chamado “contrato” entre os súditos determina que esse mesmo homem, antes determinado pelo instinto de justiça, agora atrelado a outros princípios elencados pelo soberano se mantivesse fiel às novas ordens. Nestas primeiras linhas, portanto, do Estado Moderno e suas variantes até o Estado Democrático de Direito fundamentado a partir da Constituição de 1988 que se pretende desenvolver essa pesquisa.

É nesse cenário que se projeta a Dissertação, tendo como objeto o direito fundamental à segurança como garantia à vida. Estabelecendo uma análise a partir do contratualismo moderno, o molde dos Direitos Humanos e a consequente estrutura da Constituição federal de 1988. Conseqüentemente, a história confirma que o medo da morte violenta foi uma das justificativas para a construção do Estado Moderno, por meio do contrato social. Assim, a segurança foi alçada como condição de possibilidade à preservação do direito natural à vida. É nesse sentido que se procura demonstrar em que condições o Estado Democrático de Direito Brasileiro, estruturado a partir da Constituição da República de 1988, procura atender a esse horizonte histórico por meio do direito fundamental à segurança.

Para tanto, três grandes objetivos despontam como necessário à compreensão dessas ideias, a saber: I) Examinar a tradição do direito à segurança a partir do Estado de Natureza ao Estado Civil que justifique esse direito na proteção natural à vida. Compreender que a legitimação dos Direitos Humanos enaltece como fundamental a razão de ser do homem. Da mesma forma, pinçar o positivismo jurídico a partir do seu surgimento da Sociedade Civil ou República, pela edição de normas escritas e fundamentadas que objetivam condutas e deveres dos súditos a partir do contratualismo moderno. II) Refletir sobre os Direitos Humanos estruturantes do Estado Democrático de Direito no Brasil, forjando um horizonte histórico da dignidade humana, ao mesmo tempo compreender os Direitos Humanos frente a Constituição Federal de 1988. Pinçar o efetivo significado dos Direitos Fundamentais como estrutura balizadoras de uma sociedade democrática, ao passo que consignar o direito à proteção como forma de manutenção da vida. III) Diagnosticar o direito fundamental à Segurança como direito a proteção à vida, portanto, inerente ao homem, juntamente com o suporte que lhe é dado pelo Estado Democrático de Direito. Entrelaçar que o exercício do direito à segurança é que representa o modo do exercício da cidadania, principalmente como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, forjando-o com o exemplo privilegiado do direito à segurança como concretizadores de uma sociedade cidadã do qual o Brasil se fundamenta. E, finalmente, mostrar uma nova perspectiva para o direito fundamental à segurança na sociedade brasileira.

Parte se da premissa que o homem sempre lutou por liberdade e segurança. Outrora foram momentos de conquista, cada um há seu tempo, perfazendo ao homem enquanto ser dotado de razão e paixões lutava até a morte para manter o

seu objeto de preservação que era continuar a viver. Foi, exatamente, o medo da morte que levou esse mesmo homem a conquistar a sua segurança. Se em determinado momento ele dependeria da entrega de uma parcela de sua liberdade ao soberano em troca de segurança, hoje não é mais assim. O homem é dotado de vida, liberdade e consciente daquilo que ele pode produzir. É neste viés que o direito fundamental à segurança será tratado como marco evolutivo de uma sociedade primitiva até o aflorar do século XXI.

Neste contexto, o Estado Democrático de Direito tem na sua similitude com os direitos fundamentais uma extensa grade estruturante que corrobora com as mudanças internacionais de aceitação aos direitos humanos fundamentais, principalmente, àqueles voltados à proteção e dignidade humana. Portanto, o texto Constitucional não desperdiçou a oportunidade de proteger o direito à segurança no seu mais importante capítulo destinado aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Atualmente, esse direito fundamental à segurança vigora como pilastra de sustentação aos demais direitos. Senão, vejamos que o direito à vida no momento evolutivo da sociedade depende de outros ramos do direito para manutenção do direito de nascer.

A consecução de outros direitos inalienáveis a pessoa humana estão intrinsecamente ligados ao corolário do direito fundamental à segurança. Uma sociedade segura representa na ordem internacional a consolidação dos direitos humanos que venham a dar sustentação na sua ordem interna e normativa. É neste viés que o direito fundamental à Segurança tem sido de suma importância para o aperfeiçoamento da cidadania brasileira, dos nacionais e estrangeiros que integram o território nacional.

Desta forma, o início desse século XXI estabelece desafios de preservação aos direitos inerentes às pessoas. Um deles é o direito fundamental à segurança expresso no texto constitucional, portanto, sedimentado. Contudo, como ampliar essa valoração desse direito dando a ele o suporte necessário nesta sociedade que se vê refém do medo e da própria morte violenta. De outra maneira, no cenário nacional nunca antes os Direitos Humanos foram tão evidenciados, aclamados, suscitados como uma nova roupagem que molda a Democracia. Assim, a escolha do presente tema leva a uma reflexão daquilo que é possível estabelecer, implantar, concretizar, aperfeiçoar, modificar como meta do direito fundamental à Segurança,

que justifique e ao mesmo tempo fundamentada na verdadeira equação dos Direitos Humanos como exige o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a pretensão é estabelecer um olhar atento sobre o direito fundamental à segurança preconizado no Estado Democrático de Direito Brasileiro, para a elaboração de pesquisa que comporte contribuições teóricas e indicações bibliográficas visando dar sustentação e ampliar o debate sobre as garantias constitucionais voltadas à segurança e, sobretudo, a aplicabilidade efetiva dos Direitos Humanos.

Fortalecer um movimento reflexivo que auxilie na aplicabilidade de ações voltadas à conscientização e respeito aos direitos fundamentais do homem para a concretização da cidadania, pois são fatores condicionantes de evolução do direito à Segurança no Estado Democrático de Direito. Nessa mesma dinâmica, a pesquisa visa a contribuir para uma mudança de paradigma jurídico do Estado Democrático que atenda à sociedade na construção e na consolidação das garantias constituídas pelas regras e princípios positivados constitucionalmente.

Esse tema merecedor de destaque e de real importância permeia como um desafio para a sociedade brasileira, naquilo que tange a verdadeira luz dos direitos fundamentais na matriz contemporânea. No Estado Democrático de Direito se espera muito que esse seja o instrumento de prática para uma sociedade que agoniza por soluções. O momento atual requer um aprofundamento na questão do direito à segurança no Brasil, alinhando esse questionamento como condição do direito natural à vida e, a partir da legitimação dos Direitos Humanos como precursor, pois jamais pode se olvidar sobre os aspectos da dignidade humana.

Estabelecer uma linguagem filosófica no referencial da Declaração Universal dos Direitos do Homem, apresentando o jusnaturalismo como fundamentos dos direitos humanos, bem como toda a temática relacionada à sua superação e legitimação no Estado Constitucional de Direito. Logo, requer sem dúvida nenhuma um conjunto de condições, garantias e comportamentos que materializem essas características essenciais do homem, cidadania, liberdade, segurança e dignidade humana. Nessa esteira que se busca responder à delimitação desse trabalho, focando essencialmente na baila do direito à segurança como fundamental e absolutamente orientador da democracia brasileira. Nesse mesmo sentido, modelar esse questionamento com os Direitos Humanos na atualidade e mostrar,

principalmente, que o direito à segurança é um desafio à sua concretização balizada na dignidade humana.

De maneira conjugada, compreende-se que o direito à segurança é tratado como um meta-princípio, sobrepondo-se, inclusive, sobre outros, mas que ao mesmo tempo está inserida em uma busca consecutiva englobando de maneira universal a dignidade humana. A materialização desse direito obedece a inúmeras características, perfazendo-se em qualquer situação. Nesse sentido, o direito fundamental à segurança aqui tratado tem relevância com o fenômeno do avanço social, econômico e cultural. É nesse sentido que o mesmo se apresenta como um direito de primeira dimensão, portanto, de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado. Também se apresenta como um direito de prestação normativa, logo, pode se apresentar em sentido amplo e estrito.

A pesquisa será perspectivada pelo ângulo do método fenomenológico-hermenêutico. Sabendo-se que o método de abordagem visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Por isto, cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta o projeto e a pesquisa propriamente dita: o “método” fenomenológico-hermenêutico¹. Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as conseqüências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

É por isso que se concorda com o Professor Lenio Luiz Streck quando afirma: “O verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto. [...]”. Em decorrência disso, “a introdução ao método fenomenológico somente é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambigüidade e sua intrínseca circularidade”. Ao se aplicar esse movimento,

¹ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento**: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

constata-se que a “sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”.² No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador (o aluno) estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade.

A pesquisa se reportará no embasamento teórico para compreender o direito à segurança a partir do direito natural à vida, à dignidade humana e a correlação com supedâneo aos Direitos Humanos. Complementando o estudo, utilizar-se-á obras voltadas aos Direitos Humanos, Sociologia, Filosofia, Ciências Políticas e Teoria do Estado que resulte em suporte de compreensão da importância do direito à segurança, tendo como seu nascedouro o Estado de Natureza, sua evolução e, sua inclusão na temática dos direitos fundamentais expressamente estabelecidos no Estado Democrático de Direito Brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, o primeiro capítulo desta pesquisa se pautará especificamente em delinear o Estado de Natureza ao Estado Civil, de uma maneira que o aprofundamento se faz necessário, principalmente, no contrato hobbesiano. Pontuar significativamente como respondia esse direito à segurança entre os séculos XVI a XVIII, mesmo que seja necessário buscar ênfases nas sociedades pré-modernas européias, estabelecendo o antes e o depois da primeira incursão estabelecida por Hobbes. Ainda, se faz necessário concatenar esforços no sentido de mostrar que o medo da morte violenta, substrato para o contrato social, é gênese do direito fundamental à segurança.

Para um segundo momento, adentra-se a pesquisar esse direito fundamental à segurança já no Estado Democrático de Direito Brasileiro, logo, com sua matriz estruturante voltado aos direitos fundamentais. Não se pode olvidar que o fundamento da dignidade humana está materializado num horizonte histórico. Portanto, resgatar a concretude dessa dignidade é trazer à tona os momentos marcantes da legitimação dos direitos humanos. Nesse mesmo sentido, estabelecer que a Constituição Federal de 1988 foi abrangente no contexto dos direitos

² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

fundamentais, inclusive com um dos seus fundamentos direcionados na dignidade humana. Esse marco da nossa Constituição, para a época, representou um salto histórico na compreensão de uma gama de direitos que antes se cogitava pelos próprios membros da sociedade. Contudo, esse salto histórico, como é exemplo privilegiado do direito à segurança merece uma simetria absoluta com os Direitos Humanos, de característica universal. De outra parte, tratar as garantias constitucionais e deixar claro onde se encaixa o referido direito à segurança no tratamento constitucional. Ademais, o Brasil acenou com reciprocidade a Pactos, Declarações e Tratados sobre direitos humanos, ou seja, assumiu sua posição de garantidor desses direitos atinentes à dignidade humana.

Por derradeiro, o terceiro capítulo deste trabalho, procura-se delinear o Estado democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988, fomentando o significado dos direitos fundamentais que estruturam e fundamentam uma democracia. Nessa mesma ideia, entrelaçar o direito à segurança como genuíno direito à proteção humana como forma de manutenção da vida e, propor uma nova perspectiva para esse direito fundamental, tendo o cidadão como portador nato. O viés aqui pretendido é materializar a proteção como essencialmente fundamental, materializado na dignidade humana, no exercício da cidadania, na plenitude do exercício da vida, pois só assim esse direito dará suporte aos demais direitos inerentes ao ser humano.

No mesmo sentido, estabelecer que o direito aqui discutido, portanto, o direito fundamental à segurança ainda que não se apresente estritamente no contexto dos direitos estipulados como liberdades públicas, como são os casos dos direitos a liberdade, a igualdade e a propriedade, este deve ser tratado na mesma dimensão com fundamento no contrato social. O aspecto que representa essa necessidade de tratamento é a sua formação no direito natural. Portanto, deve ser analisado como um direito à proteção individual. De outra maneira, o direito fundamental à segurança deverá ser tratado na sua acepção estrita, ou seja, das garantias constitucionais que visam os direitos fundamentais que tem como objeto a proteção do homem.

Assim, uma pequena síntese é necessária daquilo que foi anunciado nesta introdução. Compreender que o direito à segurança encontra amparo tanto nos Direitos Naturais, a partir de toda evolução histórica que a Dissertação aborda, principalmente a partir de Thomas Hobbes e, notadamente os Direitos Humanos

ganham a característica da universalidade a partir de 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos dos Humanos. No entanto, também se inscreve dentro do direito à proteção na medida em que corresponde à formatação moderna de um direito fundamental, no caso, o exemplo brasileiro a partir de 1988, alinhavados na Constituição da República e na conformação do Estado Democrático de Direito Brasileiro. O que se busca é a reafirmação de uma caminhada histórica – de um direito natural a um direito fundamental – passando pelos Direitos Humanos. Dizendo de outro modo, o direito à segurança não começa nos Direitos Humanos, mas no percurso da história humana a partir do direito natural.

Por fim, almeja-se a perspectiva de que o tema “O Direito à Segurança no Estado Democrático de Direito Brasileiro: entre os Direitos Humanos e o Direito à proteção” possa responder a altura os objetivos aqui elencados, dando uma resposta ao problema alinhavado quando do projeto do presente trabalho. Trata-se de uma pesquisa e, de maneira alguma se pretende esgotar o assunto aqui abordado. Todavia, o objetivo é contribuir para uma sociedade mais justa e digna pautados no respeito e na compreensão da dignidade humana.

2 DO ESTADO DE NATUREZA AO ESTADO CIVIL: O PERCURSO (HOBBESIANO) DA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO À SEGURANÇA NA BUSCA DA PROTEÇÃO DO DIREITO NATURAL À VIDA

2.1 O Direito Natural à Segurança no Contrato Hobbesiano

Estabelecer na história a questão da fundamentação dos direitos humanos sempre será de grande valia aos estudiosos do assunto. Contudo, o mais importante será afirmar que os seres humanos, ainda que tenham inúmeras diferenças biológicas, culturais e outras que permeiam o imaginário fazendo com que haja uma distinção entre eles, é que todos merecem o igual respeito. Afinal são os únicos seres no mundo que podem apresentar as capacidades de amar, descobrir a verdade e criar a beleza.³ O momento representado hoje, sem dúvida alguma, é o resultado de todas as transformações que ao longo do tempo ocorreram, sejam elas no campo social, político, econômicos que o homem precisa para sua sobrevivência.

O Direito à Segurança tem despertado interesse mesmo em tempos remotos no qual ocorreram profundas incertezas. É no Contratualismo Moderno⁴ que se pretende discorrer e compreender um pouco mais sobre a relevância desse direito. Porém, não sem antes, intentar o desiderato de estabelecer um paralelo desde a origem do Estado de natureza, corroborando com o Contrato Social e o próprio Estado Civil, para então, alcançar o Estado Democrático de Direito⁵ em momentos oportunos desta pesquisa.

³ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

⁴ “O contratualismo moderno é uma escola que floresce no intercurso dos séculos XVI e XVIII, envolvendo três contratualistas, pela ordem: Thomas Hobbes (leviã, 1651), John Locke (Segundo tratado sobre o governo civil, 1690) e Jean-Jacques Rousseau (contrato social 1762). Contudo, o que se pretende trabalhar aqui é a perspectiva do direito à segurança estabelecido por Hobbes, com o fundamento de que o homem para escapar da morte violenta, necessariamente, precisa viver em sociedade”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 288- 291. O Estado de Direito deve ser compreendido como aquele pautado e vinculado à figura da lei, que constitui os limites e é o fundamento necessário de todas as suas ações. No mesmo sentido, o Estado de Direito é visto como uma “das mais notórias construções jurídicas e teóricas da modernidade, mas que ultrapassa os limites de seu tempo para constituir-se, também, em um dos mais importantes referenciais da democracia em nossos dias”.

No primeiro momento, analisar-se-á sob o argumento de Hobbes o indivíduo enquanto este se encontrava no Estado de Natureza, portanto, na sua essência de homem, abordado no Leviatã. Assim, é no *Estado de Natureza* que Thomas Hobbes o vê como um estado de guerra. “Ambiente onde dominam as paixões, situação de total insegurança e incerteza, domínio do(s) mais forte(s), expressando-o com adágios, tais como: *guerra de todos contra todos; o homem lobo do homem*”.⁶ Na concepção do contratualismo⁷, “é possível afirmar que o estado é um fenômeno original e histórico de dominação”.⁸ Logo, “cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalente) engendram um determinado tipo de Estado”.⁹

Entretanto, ainda que o homem vivesse num estado de guerra, fomentado pela lei do mais forte, há que se considerar, mesmo antes da formação do Estado¹⁰, que esse mesmo homem tinha igualdade entre si. Igualdades essas que poderiam dar a eles as faculdades essenciais do corpo, tempo em que também daria uma grandeza de espírito.

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades de corpo e espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que um deles possa com base nela reclamar algum benefício a que outro não possa igualmente aspirar.¹¹

Dessa forma, a condição natural do homem é que representa suas características principais. Essas marcas indelévels são importantes, porque representam àquilo que o homem poderia desenvolver ou representar pelos seus

⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

⁷ PINHEIRO FILHO, José Muiños; CHUT, Marcos André. Estado. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 287. “De acordo com a teoria contratualista, esses indivíduos, voluntariamente, uniram-se por meio de um pacto ou contrato que lhes forneceu a condição de cidadão, o *status civilis*. Hobbes sustentava que a organização política da sociedade com ilimitados poderes concedidos ao governo serviria para frear a agressividade e o egoísmo inatos do homem, bem como para garantir o bem-estar de todos”.

⁸ STRECK, op. cit., p. 28. Na obra mencionada os autores estabelecem uma compreensão dos diversos tipos de estados, levando o leitor a refletir desde aquilo que se denomina Estado natural, o Contrato social, o Estado civil e o Estado moderno com seus vários momentos de transição na história.

⁹ Ibid., p. 28.

¹⁰ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 17.

¹¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 106.

poderes. Como o próprio Hobbes salienta, essa questão da força ela pode ser relativa, acontecendo que o mais fraco pode eliminar o mais forte, seja através de algum engodo ou mesmo da união com outros, somando assim, forças que neutralizariam seu oponente. É esse Estado de natureza que representa a insegurança do homem, já que todos têm direito a tudo e, concomitantemente, direito a nada, dada a impossibilidade de separar o “meu” e o “seu”.

De outro lado, a faculdade de espírito pode ser representada pelos homens, ainda que nem todos a possuam, de variadas formas. A igualdade representada pelo espírito que Hobbes chama atenção é a prudência. Assim afirma, “encontro entre os homens uma igualdade ainda maior do que a de força”.¹² A prudência na concepção desse teórico, a partir daquilo que o homem se dedica a conhecer, representa a experiência que de qualquer sorte é atribuída a todos, independentemente de outro equivalente. Contudo, adverte que o homem pode se tornar desigual na medida em que se atreve a comparar a sua sabedoria. Diz ele:

O que talvez possa tornar inacreditável essa igualdade é simplesmente a presunção vaidosa da própria sabedoria, a qual quase todos os homens supõem possuir em maior grau do que o vulgo; quer dizer, em maior grau do que todos, menos eles próprios, e alguns outros que, ou devido à fama ou por concordarem com eles, merecem a sua aprovação.¹³

Nesse contexto, percebe-se que os homens no estado natural, ainda que reconhecesse uma superioridade nos outros homens, não admitiam que seus semelhantes pudessem ser mais espertos, mas sim, que sua sagacidade não seria páreo para os outros. Portanto, em relação à capacidade destes homens eles são iguais¹⁴ e isso justifica a esperança de alcançarem os fins propostos.

¹² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 106-107.

¹³ *Ibid.*, p. 107.

¹⁴ “A causa do medo recíproco consiste, em parte, na igualdade natural dos homens, em parte na sua mútua vontade de se ferirem – do que decorre que nem podemos esperar dos outros, nem prometer a nós mesmos, a menor segurança. Pois, se examinarmos homens já adultos, e considerarmos como é frágil a moldura do nosso corpo humano (que, perecendo, faz também perecer toda a nossa força, vigor e mesmo sabedoria), e como é fácil até o mais fraco dos homens matar o mais forte, não há razão para que qualquer homem, confiando em sua própria força, deva se conceber feito por natureza superior a outrem. São iguais aqueles que podem fazer as coisas maiores (a saber: matar) podem fazer coisas iguais. Portanto, todos os homens são naturalmente iguais entre si; a desigualdade que hoje constatamos encontra sua origem na lei civil”. *Id.* **Do cidadão**. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 29.

Todavia, quando essa igualdade é colocada em disputa, sempre que dois homens desejarem o mesmo objeto, ao mesmo tempo, tornando assim impossível dividi-lo, tornam-se inimigos justamente pelo fato que um irá subjugar o outro. Neste instante, o convívio no estado de natureza aparece uma causa que corrói o íntimo daquele ser: a desconfiança, que automaticamente gera uma antecipação necessária, que pode estar representada pela força ou mesmo pela astúcia onde ele busca um resultado, a sua preservação que somente se completará quando fique concreto que não há nenhum risco aparente.¹⁵ Vale dizer, aqui a conservação do homem representa o medo, o medo da morte pelo inimigo.

Desse modo, se não bastasse à desconfiança mútua existente entre os homens representado exatamente pela sua natureza, há sem dúvida, sob o olhar de Hobbes, outras causas que levam à discórdia. A primeira causa que leva o homem à discórdia é a competição, que no compreender da sua força a utiliza para tornarem-se senhores da situação, na obtenção do lucro, da ingerência sobre outras pessoas, inclusive sobre outros homens. Capta-se, nesse sentido, a valorização do mais forte, ainda que não seja o mais esperto. A segunda causa é a desconfiança, conforme acima exposto, o homem do estado de natureza desconfia de todos, afinal há uma guerra de todos contra todos, logo, é a confiança que lhe garantirá a sua segurança. A terceira causa é a glória a qual deriva da reputação do homem.¹⁶ Nesse sentido afirma Wilson Engelmann, “estes três fundamentos são permeados pela paixão da vanglória, posto que cada homem imagina uma superioridade ou poder sobre aquele com o qual está em conflito”.¹⁷

Como consequência dessas características:

Durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capazes de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; é uma guerra que é de todos os homens, contra todos os homens. Pois a Guerra não consiste apenas na batalha ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha

¹⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 108.

¹⁶ Ibid., p. 108.

¹⁷ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 19.

é suficientemente conhecida.¹⁸

Assim, da condição de que o homem vive constantemente em guerra pode se avaliar algumas premissas, ou seja: “Todo homem é inimigo do próprio homem”¹⁹, portanto, não há nenhum consenso de sucesso entre eles, onde visualizam a segurança apenas aquela fornecida pela força. O reflexo que se apresenta é obscuro, não há oportunidades em nenhum sentido, “não há sociedade, e o que é pior do que tudo, um medo contínuo e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, miserável, sórdida, brutal e curta”.²⁰

Dessa maneira, percebe-se que o homem foi desvirtuado no estado de natureza, passando a eliminar o próprio semelhante como forma de sua manutenção, ou seja, sua preservação. Por outro lado, na afirmação de Wilson Engelmann, “fica claro que, no estado de natureza, o homem não age apenas movido pelas paixões, mas, igualmente, a partir da razão, através da qual calcula os meios necessários para a implementação dos fins desejados”.²¹ Aqui está representada a condição de possibilidade para que o homem não permaneça na caracterizada vil condição. No entanto, não se pode esquecer o seguinte aspecto: “As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável e a esperança de consegui-las por meio do trabalho”.²² Aqui se percebe uma espécie de “fórmula” por meio da qual o homem projeta e calcula o seu “plano de ação”, o fim que pretende alcançar.

Neste estágio da civilização, o homem compreende que precisa sair de uma condição natural e buscar um fim desejado, a paz²³. O estado de natureza lhe dava à vida, à liberdade, afinal esse homem era dotado de razão, levando-o a

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 109.

¹⁹ Ibid., p. 109.

²⁰ Ibid., p. 109.

²¹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 20.

²² HOBBS, op. cit., p. 111.

²³ Quando Bobbio descreve sobre a concepção hobbesiana da lei natural e as concepções tradicionais chega ao seguinte consenso: “o fim supremo do homem é, do ponto de vista utilitarista assumido por Hobbes, a paz. Para os outros jusnaturalistas, o fim supremo é o bem (moral). Assim, enquanto para os jusnaturalistas tradicionais a lei natural prescreve o que é bom e proíbe o que é mau (independentemente da utilidade ou do dano que disso pode resultar) – e, por essa razão eles podem falar de algo que é bom ou mau em si mesmo –, para Hobbes, a lei natural indica o que é conveniente ou não-conveniente para a consecução da finalidade da paz. Sendo que isso representa, por sua vez, a suprema utilidade. Por isso, a lei natural fundamental prescreve à busca da paz”. BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 105-106.

perceber que somente isso não era o suficiente, existindo algo mais importante que deveria conquistar para obter a paz, ou seja, a segurança. É nesse sentido, que Hobbes define o direito de natureza, no seguinte contexto:

O Direito de Natureza ou *Jus Naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios mais adequados a esse fim.²⁴

A liberdade é tratada no estado de natureza, na concepção de Hobbes, como a ausência de impedimentos externos, os quais representam um pouco do poder que lhes restam. Afinal, o homem era governado pela sua própria razão, portanto, com direito sobre todas as coisas, inclusive sobre o corpo do semelhante. Essa razão estabelecia um comando, denominada de lei fundamental da natureza que preconizava: “que todo homem deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de conseguir, e caso não consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra”.²⁵

O contexto genérico deste comando exigia que o homem procurasse a paz, e não bastava somente procurar, deveria segui-la. Essa busca da paz era o fim pretendido, mas exigia um sacrifício dos homens que era “abrir mão do seu direito a todas as coisas”.²⁶ Desta maneira, Hobbes estabelecia o pacto, ou seja, o contrato, deixando de lado o desejo de cada homem fazer aquilo que lhe aprouvesse. Abre-se assim o espaço para um novo “cálculo”, uma nova decisão, continuar fazendo tudo como antes, permanecendo num estado de guerra, ou abdica-se de alguns direitos para uma convivência pacífica, assegurando assim, o direito natural à vida²⁷:

²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112.

²⁵ Ibid., p. 113

²⁶ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 20.

²⁷ Bobbio ao explicitar as premissas do sistema hobbesiano sobre o valor da vida, assim o faz: “o valor primário para o homem é a vida, é a única finalidade para qual o Estado foi constituído é a de suprir o estado de natureza, onde a vida está continuamente ameaçada pela guerra universal. O indivíduo aceita a dura disciplina do Estado para salvar a vida, o que o leva a renunciar a todos os direitos que possui no estado de natureza, com exceção do direito à vida: portanto, quando o Estado colocar sua vida em perigo, ele não estará mais vinculado ao pacto de obediência”. BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 122.

Que o homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em resignar o seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que os outros homens permitem em relação a si mesmo.²⁸

Infere-se deste comando que o homem não era dono de nada. Todos deveriam compactuar com o referido pacto, pois àqueles que não obedecessem poderiam ser vítimas dos demais. Desta maneira, na afirmação de Wilson Engelmann, “tudo leva a crer que, antes da formação da sociedade civil, os homens apenas cumpriam o pactuado, motivados pela crença da ira de Deus, como conseqüência ao desrespeito na palavra empenhada”.²⁹

Perfaz-se deste modo, que para a efetivação desse pacto seria necessária a presença de uma instituição que pudesse dar respaldo aos homens que estavam no estado de natureza. Somente desta forma, as leis poderiam ser cumpridas, dando aos homens a consecução de que a morte violenta não ocorresse. Esse mecanismo denomina-se Contrato Social³⁰, forma encontrada para reverter o Estado de natureza e, conseqüentemente, formalizar a preservação de suas vidas, que será garantida pelo soberano ou assembléia.

Dessa forma, há o entendimento, na premissa de Hobbes, que o homem é um animal anti-social na essência da sua natureza e, de acordo com suas interpretações, esse mesmo homem precisaria de um freio de suas ações, denominadas regras de condutas. Na sua maneira de compreender, somente na figura de um soberano poderia ser estabelecido um poder que tivesse disciplina e

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 113.

²⁹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 22.

³⁰ Hobbes não defende a tese da renúncia total. Para ingressar na sociedade civil, o homem – segundo Hobbes – renuncia a tudo o que torna indesejável o estado de natureza; mais precisamente, renúncia à igualdade de fato que torna precária a existência até mesmo dos mais fortes; ao direito à liberdade natural, ou seja, ao direito de agir seguindo não a razão, mas as paixões; ao direito de impor a razão por si, só, isto é, ao curso da força individual; ao direito sobre todas as coisas, isto é, à posse efetiva de todos os bens de quem tem força para se apropriar. A finalidade em função do qual o homem considerava útil renunciar a todos esses bens é a salvaguarda do bem mais precioso, a vida, que no estado de natureza tornou-se insegura por causa da ausência de um poder comum. Entende-se que o único direito ao qual o homem não renuncia, ao instituir o estado civil, é o direito à vida. No momento em que o Estado não é capaz de assegurar a vida de seus cidadãos por inércia, ou em que ele mesmo a ameaça por excesso de crueldade, o pacto é violado e o indivíduo retorna sua própria liberdade de se defender como acreditar melhor. BOBBIO, Norberto. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 72.

ordem comum para todos. Assim, essa garantia seria a paz civil que daria a todos os componentes da sociedade maneiras de subsistência e a felicidade.

Essa paz civil decorria da transmissão de direitos muito bem expressos desta forma, “o motivo e fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um, quanto à sua vida e quanto aos meios de a preservar de maneira tal que não acabe por dela se cansar”.³¹

Percebe-se que esse acordo determinaria, na temática de Hobbes, uma evolução do que antes representava o estado de natureza, assim representado: “A transferência mútua de direitos é aquilo a que se chama Contrato”.³²

Esse contrato alinhavado pela vontade humana no qual o objetivo seria a transferência de direitos ainda não era o suficiente, pois, seria necessário o seu cumprimento. Assim, sobre o preceito “que os homens cumpram os pactos que celebrarem” estaria sendo evidenciada a justiça. Deriva dessa afirmação, portanto, outra lei da natureza, ou seja, não basta haver um pacto, esse mesmo pacto precisa ser cumprido, caso isso não ocorresse estar-se-ia diante de palavras vazias, o que faria aos homens voltarem ao estado de natureza. Afinal, se não há o cumprimento daquilo que ora fora pactuado, emprega-se a força na busca do resultado.

Nesse sentido, Hobbes é firme em alertar que: havendo um pacto e o seu consequente cumprimento, estaria assegurada a justiça, portanto, o justo. Essa justiça fica aclarada em sua exposição,

[...] embora a origem da justiça seja a celebração dos pactos, não pode haver realmente injustiça antes de ser removida a causa desse medo; o que não pode ser feito enquanto os homens se encontram na condição natural de guerra. Portanto, para que as palavras 'justo' e 'injusto' possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de confirmar a propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram.³³

³¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 115.

³² Ibid., p. 115.

³³ Ibid., p. 124.

Quer dizer, a justiça passa a estar vinculada à vontade do soberano. Portanto, voluntarista e independente de seu conteúdo. Desse modo, “onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há república, não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas. Portanto, onde não há república nada é injusto”.³⁴ O que pode ser representado aqui é que a natureza da justiça consiste no cumprimento de pactos, desde que válidos. Em contrapartida, para que um pacto possa ter validade dependerá da constituição de um poder civil, o qual poderá obrigar os homens a cumpri-los.³⁵

Todavia, Hobbes desenvolve na sua concepção, ao seu tempo, a luta que era preciso abster-se da liberdade em troca de segurança. É essa busca pela segurança que qualifica a saída do homem do estado de natureza. Porém, de outro lado, sabe-se que era um marco civilizatório ocidental, mas que não tem o apoio de Zygmunt Bauman³⁶, o qual preleciona de maneira diferente essa questão de envolvimento de valores, principalmente a liberdade individual e a segurança, que no seu ponto de vista são complementares e ao mesmo tempo incompatíveis. Dos seus escritos pode ser extraído o seguinte:

A liberdade e a segurança, ambas igualmente urgentes e indispensáveis, são difíceis de conciliar sem atrito – e atrito considerável na maior parte do tempo. E continua, a promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança.³⁷

Para Zygmunt Bauman, não há dúvidas, elas são fundamentais para o homem de ontem, de hoje e do amanhã. Não há como mitigar esses dois fundamentos, e como o próprio autor assevera, esses questionamentos provocam dificuldades, ainda sem resultados equacionados e adequados. Resta dizer, que o homem precisa das duas, segurança e liberdade, para exercer a sua plenitude de ser humano.

Entrelaçando esse raciocínio com a idéia apresentada, mas, voltando para o estado de natureza de Hobbes, parece fundamental que o homem daquele momento de transição observasse às leis fundamentais da natureza, ou seja: a

³⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

³⁵ *Ibid.*, p. 124.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 24.

³⁷ *Ibid.*, p. 24.

primeira correspondia à lei da natureza pura e simples, dotada pela razão, onde proibia o homem de fazer tudo àquilo que possa destruir a sua vida, ou ainda, de privá-lo de manter sua conservação; a segunda é aquela que derivaria dos contratos que resultaria na obtenção de sua paz, logo, sua segurança. Aí, a gênese do direito fundamental à segurança.

Das duas primeiras leis fundamentais da natureza derivam outras tantas que tornam imperativas o seu cumprimento, logo são imutáveis, são eternas do ponto de vista de sua compreensão. Para o homem sábio, elas são fáceis de cumprir, elas exigem do homem apenas esforço, atenção e dedicação, dando a este o título de justo. Não há convívio em sociedade senão pautar-se por fundamentos recíprocos. O próprio Hobbes assevera que “todos os homens concordam que a paz é uma boa coisa, e, portanto, que também são bons o caminho ou meios da paz”, desde que haja um respeito pelas leis e mandamentos da natureza.

Desse modo, sob o argumento de Hobbes, já se notava a preocupação da segurança com o homem, pois justificava uma transição, ou seja, sair do ambiente privado onde valia tudo, “o homem vivia constantemente em guerra”, para o controle público, seja na pessoa do soberano ou mesmo de uma assembleia eleita. Hobbes destaca bem esse problema na parte dois de seu livro “Da República – Capítulos XVII a XIX”³⁸, onde preleciona que a finalidade da república é a segurança individual: “E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém”.³⁹

Nesse mesmo sentido, “[...] se não for instituído um poder suficientemente grande para a nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros”.⁴⁰

Esse poder comum tem o condão de dar uma resposta, ou seja, na interpretação de Hobbes o homem necessitava de controle, segurança e ordem. No seu pensamento, esse comando deveria assim ser delineado:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de

³⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 143-169.

³⁹ Ibid., p. 143.

⁴⁰ Ibid., p. 144.

defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo lhes uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou uma assembléia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isto equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão.⁴¹

Dessa maneira, o homem encontraria substrato para ter uma vida digna, ainda que sua liberdade natural fosse diminuída. Essa unidade entre os homens reforça um acordo que deveria assim ser estabelecido: “autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações”.⁴²

Para Hobbes, essa adesão de todos representaria o Estado⁴³ que em termos gerais resulta no consentimento da maioria, ou seja, os opositores também deveriam aderir ao movimento superior. Está passagem está muito bem delineada nos escritos deste autor, com o seguinte balizamento:

[...] todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal qual se fossem os seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos demais homens.⁴⁴

Não se discute, portanto, que na concepção de Hobbes havia uma preocupação com o direito à segurança que deveria ser implantado pelo Estado quando da afirmação da República. Esse acordo, ora denominado pacto no qual os homens estabeleceriam um soberano para o gerenciamento do Estado,

⁴¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 147.

⁴² *Ibid.*, p. 147.

⁴³ “O Estado na concepção de Hobbes era o Leviatã, o qual define como um “deus mortal”, onde o homem, abaixo do Deus Imortal deve a paz e sua defesa. O Leviatã decorre da concepção do monstro bíblico estabelecido por Hobbes quando de sua obra. Define um Estado forte, autoritário, imponente”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32.

⁴⁴ HOBBS, op. cit., p. 149.

apresentava na sua essência um lado perverso. Por um lado, estipulava que a razão do príncipe ou soberano era inquestionável, desta maneira, absoluta. Logo, o soberano poderia ofender o direito divino, jamais os direitos estabelecidos aos súditos. Assim, chega-se à conclusão de que a presença de direitos individuais não se apresentava claro sob o argumento daquela sociedade civil.

Dessa forma, aos súditos não tinham muita escolha, afinal todo o poder encontrava-se nas mãos do soberano ou assembléia constituída pela maioria com o qual perfazia assim, o pacto. Esse era o Estado político segundo Hobbes, que tinha autonomia efetiva e irrestrita diante de seus comandados. Para tanto, até as coisas injustas, desde que vindas do soberano, são consideradas atos dos súditos, perfazendo a compreensão de que o soberano jamais erra, e ainda, podendo fazer tudo o que lhe convier.

Entretanto, conclui-se que esse pacto social (ou contrato) não estabelecia aos súditos que a segurança prometida seria concretizada. Falando de outro modo, quando os súditos entregavam a própria liberdade que compõe o poder e o direito para que as outras garantias pudessem ser efetivadas, estavam dando ao soberano o aval para agir da forma que lhe aprouvesse. Todavia, esse poder oferecido ao soberano não era irrecuperável, como se pode compreender do enunciado.

Ele é cedido ao soberano para que ele garanta e favoreça a preservação dos indivíduos e, se isso não acontecer, pode ser tomado de volta. O poder que os homens passam ao soberano não recebe a forma de uma doação, mas de um empréstimo. Os súditos podem exigí-lo de volta se e quando julgarem que o soberano não está cumprindo sua parte.⁴⁵

Dessa forma, no dizer de Hobbes, naquilo que ele tratava como pacto social ou contrato, afirmando que todo poder deveria estar nas mãos do soberano ou de uma assembléia eleita pelo povo que teriam como objetivo gerenciar, tolher, disciplinar uma parcela da liberdade individual em prol da segurança desejada. Contudo, não foi o que ocorreu, ficando bem claro que a ideia de segurança estava remontada a uma promessa que não poderia ser exigida de ninguém.

Conclui-se que esse estado absolutista – defendido por Hobbes - confrontava

⁴⁵ BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 439.

diretamente com a resistência que está intrinsecamente no instinto de preservação que a época se apresentava ao homem hobbesiano.⁴⁶ Falando de outro modo, a resistência aqui estabelecida entre um momento e outro, confirma que no estado absolutista o poder do soberano não era total, ou seja, os direitos transferidos a ele podem ser recuperados pelos súditos quando o soberano não estiver cumprindo sua parte. Por outro lado, no estado de natureza o homem tinha liberdade de usar o seu poder, da maneira que quisesse, para preservação de sua própria vida. Logo, não havendo o cumprimento pelo soberano, nada impede que o homem regresse ao instinto anterior.

Assim, se percebe que no estado natural o que existia era uma insegurança de todos, apesar da igualdade existente entre os homens. Porém, essa mesma igualdade desencadeava a desigualdade, culminando naquilo que se observa da guerra de todos contra todos. Deste modo, é no contrato estabelecido por Hobbes que se visualizava uma convivência pacífica, principalmente, com a preservação de suas vidas que o homem sai do Estado de natureza e ingressa no contrato social.

Não obstante, as mudanças continuam como meta daquela sociedade, sendo que logo adiante se concretiza o Estado Civil que, na pessoa do soberano, exige que o homem transfira seus direitos para receber a segurança do Leviatã. Essa imbricação está relacionada com a linguagem, portanto, o acordo, a transição que o homem precisa fazer é de fundamental importância como instrumento idealizador para a comunicação humana. Como afirma Streck, a linguagem é tudo, sem ela não há contrato, não há paz, não há Estado. Sem ela não há o rompimento do Estado de natureza para a busca de fins comuns.⁴⁷

2.2 O Direito à Segurança como um Projeto para Proteger o Direito à Vida

Nesse segundo momento, analisar-se-á a origem do Estado Civil⁴⁸, ou

⁴⁶ BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 439.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 134.

⁴⁸ A Teoria que explica o surgimento do Estado é a teoria contratualista, aqui avaliada somente no Historiador Thomas Hobbes. BARRETO, op. cit. Conforme exposição: A concepção individualista de sociedade e de Estado rompeu em definitivo com as propostas que marcaram o medievo. Restou, assim, assentado que a sociedade tem por fundamento a existência de um direito natural eminentemente racional, que pressupõe o *status naturalis* de todos os indivíduos. De acordo com a teoria contratualista, esses indivíduos, voluntariamente, uniram-se por meio de

político⁴⁹ sob a perspectiva de Thomas Hobbes. Pelo visto, o homem estava permanentemente em guerra, afinal esse homem é o mesmo que sempre esteve no estado de natureza. Assim, seria necessária uma mudança de valores que agora se busca com um novo modelo de Estado. Falando de outra forma, o homem precisaria abster-se da maneira como agia, a forma como constituía justiça e entregaria esses valores intrínsecos, antes valores inerentes a eles, ao soberano ou assembleias de pessoas para que assim decidissem por todos. Estava vedada, desta forma, a justiça pelas próprias mãos.

Isso fica demonstrado quando o homem começa a ganhar seus bens, ao mesmo tempo em que não quer perdê-los. Nesse sentido, o homem ainda tem o instinto de luta, do qual prevalecerá o mais forte. Aquilo que já foi discutido anteriormente poderá ocorrer, ou seja, a morte do mais fraco, o que representa para o restante dos homens o medo. O medo da insegurança, muitas vezes com o resultado morte, provinha da ideia que o homem buscava não o estado violento e sim a pacificação das vontades do soberano, estando o homem sob as “sombras” do grande Leviatã, desta forma, garantindo a segurança coletiva.

Conseqüentemente, essa busca deve ser priorizada através da compreensão da vontade de ambas as partes. Não obstante, é essa concordância de vontades que edifica o Estado Civil o qual representa, exatamente, a evolução do estado de natureza antes exercido pelo homem por meio da força física. Como preleciona Wilson Engelmann, o resultado deste Estado configura uma “*síntese de vontades*”, do qual resulta num fundamento maior, ou seja, o homem ainda continua na busca de seu objetivo maior, a preservação da vida.⁵⁰ Para que realmente ocorra essa efetivação da segurança é necessária a adesão de um grande número de pessoas, pois do contrário, estariam fadados ao insucesso, ou seja, o retorno à insegurança dos homens.

Assim, é nessa vertente que o estado natural dá passo ao surgimento do Estado Civil que tem como primeira meta que todo homem renuncie seus direitos

um pacto ou contrato que lhes forneceu a condição de cidadão, o *status civilis*. Hobbes sustentava que a organização política da sociedade com ilimitados poderes concedidos ao governo serviria para frear a agressividade e o egoísmo inatos do homem, bem como para garantir a segurança e bem-estar de todos.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 39.

⁵⁰ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 24.

estabelecendo em uma só pessoa para que essa dirija todo o povo. Ele assinala que o homem deveria renunciar uma parcela de sua liberdade de possuir coisas, para que assim tivesse segurança, desta forma esse mesmo homem não tinha força e poder, afinal estava na mão de um só, um soberano ou assembléia. Neste mesmo pensamento, para Hobbes, a garantia da paz civil somente aconteceria mediante uma grande estrutura, aplicando a ela um poder ilimitado que através da força pudesse impor a todos os homens o cumprimento do pacto social através da renúncia de sua liberdade.

Contrapondo o estado de natureza, o homem entrega ao soberano ou à assembléia quase tudo que era seu, unicamente ficando com a vida, todos os demais interesses transfere a sociedade política, representada neste momento pelo poder de um só. Esse novo poder estabelecerá regras e comandos que serão obedecidos por todos àqueles que antes estavam no Estado de natureza. O homem nessa nova fase precisa ter temor, o respeito, o medo do castigo, pois de nada adianta pactos de palavras sem a espada da coerção, é essa que representa a força para dar segurança ao povo.

Essa mesma ideia é que justifica a saída do homem do estado de natureza e o seu ingresso no estado civil ou república. A busca pela segurança é a base justificadora para a garantia do homem, isso na concepção de Hobbes. Nesse mesmo sentido, Hobbes afirma que esse novo Estado ou Poder é absoluto, indivisível e irresistível.⁵¹ Contudo, é necessário fazer uma ressalva naquilo que se compreende como poder absoluto. A ideia central é no sentido de que o Soberano, enquanto governo está livre de suas próprias leis, restando somente aos súditos o seu cumprimento. Percebe-se que somente Deus “o Imortal” está acima do Soberano como Governo.

Esse posicionamento é defendido na perfeita compreensão de Bobbio, pois assim assevera:

O fato de que o poder soberano esteja acima das leis civis não quer dizer que seja um poder sem limites: quer dizer que os limites

⁵¹ Nesse mesmo sentido, além de Hobbes, declaram explicitamente em favor do poder absoluto Spinoza e Rousseau – “Assim como a natureza dá a todo homem um poder absoluto sobre todos os seus próprios membros, do mesmo modo o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus próprios membros; e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, toma [...] o nome de soberania”. BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 75.

do seu poder são limites jurídicos (de direito positivo), mas de fato, ou pelo menos, são limites derivados daquele direito imperfeito, ou seja, incoercível, que é o direito natural.⁵²

Essa mesma posição também é defendida por Hobbes, afirmando que quando determinado pelo povo, o poder soberano deve cumprir os interesses da maioria, porém pode ser destituído pelo mesmo povo que o elegeu quando não corresponder aos anseios da maioria. Diante da consecução que o poder soberano dará ao homem certas garantias é que resulta na concordância de transferência de direitos dando início ao pacto de união.⁵³ Portanto, o Estado Civil. Aqui o soberano inicia sua tarefa de exercer, com exclusividade, o que é justo e injusto, pois afinal, as leis civis são criadas por ele.

Esse desiderato se concretiza a partir de uma multidão de homens que concordam e pactuam que seja atribuído, pela vontade da maioria, o direito de representar o poder a uma só pessoa para que a paz pudesse ser observada nas relações recíprocas entre os homens. A consequência desse pacto, enquanto o mesmo estivesse sendo cumprido, era que o homem não retornasse a barbárie do medo, o que fazia com que a injustiça pudesse predominar no seu meio.

Por outro lado, esse Estado previamente constituído deverá conservar sua autoridade de dizer o que é justo e o injusto, a manutenção de sua natureza dependerá da forma como ele se comportará diante dos súditos, pois do contrário, se o Estado realizar qualquer tipo de instrumento ou ação que desrespeite os súditos, provavelmente a revolta estará instaurada, restando, assim, a indignação. Para tanto, a busca da segurança pessoal é o resultado da composição do Estado. Hobbes acrescenta que para a criação de um Estado⁵⁴ se faz necessário a observância de vários direitos que compõem a essência da soberania. Essa dimensão de direitos é que dará em todos os seus aspectos à preservação da paz

⁵² BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 76.

⁵³ O resultado do pacto de união corresponde ao homem alguns benefícios: a disponibilização de meios com os quais os homens possam defender-se contra os inimigos externos; o homem também quer ter ao seu alcance meio de vida pacífico na parte interna da sociedade; o acesso a alternativas para propiciar a segurança pública e a usufruir da liberdade simples e espontânea. HOBBS, Thomas. **De cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Tradução de Ingeborg Soler. Introdução de Denis L. Rosenfield. Posfácio de Milton Meira do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 168-169.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 155.

e da justiça, fundamento máximo para o qual todas as repúblicas são instituídas. Desta forma, preconiza Engelmann:

A lei civil e a lei natural formam uma única lei, já que uma está contida na outra. Tal argumento se fundamenta no princípio de que as leis da natureza, na realidade, não são verdadeiras leis, mas apenas argumentos impulsionadores dos homens para a paz e a obediência.⁵⁵

Essa proteção à vida que Hobbes estabelece com a presença do soberano, que inexoravelmente, visa garantir à paz e à justiça entre os homens pode ter tipos diferentes de governos. O teórico é partidário que o poder seja representado por um só homem, o soberano, o rei, logo, essa república tem o nome de Monarquia. Se por outro lado, pelo consenso do povo, pela união na busca de uma assembléia, ele chama de governo popular ou Democracia. Contudo, se essa assembléia pertencer somente a uma parte, denomina-se Aristocracia. O alerta de Hobbes é que não poderá ocorrer nenhum outro tipo de governo. Porém, o que pode acontecer é que esses modelos de governos são odiados, resultando assim, em tirania, anarquia e oligarquia.⁵⁶

No entanto, seja qual tipo de governo for instituído, não se pode falar que um seja melhor ou não, que não há diferenças em suas atuações mesmo em relação ao tipo de poder exercido, apenas na diferença de conveniência⁵⁷ como preleciona Hobbes. Assim, o objetivo final de todo governo é ter a capacidade, a competência de garantir à paz e à segurança dos seus ocupantes, não tendo, portanto, outro fim para os quais foram constituídos. Uma vez garantida à paz e à segurança, todos os demais recursos e competências serão alcançados.

No momento em que o homem deixava o estado de natureza ingressando no contrato social, celebrando assim o acordo de vontades, com a entrega de seus bens para um soberano e, finalmente, no estado civil com a constituição de uma república, prevalece como melhor exemplo de governo para aquele momento, ou seja, a Monarquia. Logo, a compreensão que se chega é que quanto mais unido for o interesse público com o interesse pessoal, a garantia estará certa

⁵⁵ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 32.

⁵⁶ HOBBS, Thomas. **De cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Tradução de Ingeborg Soler. Introdução de Denis L. Rosenfield. Posfácio de Milton Meira do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 158-159.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 160.

do lado do poder público. Certamente, se o povo tem poder e confia no soberano todos ganham. Nenhum rei pode ser glorioso se os súditos não concordam com sua reputação. Assim, não há segurança se os súditos forem pobres, desprezíveis e fracos para enfrentar seus inimigos.

Chega-se a um consenso de que a sociedade estabelecida por Hobbes está fundada na segurança, afinal essa é a condição primordial para o indivíduos. Naturalmente, fica caracterizado um Estado Absoluto⁵⁸, como forma de garantir essa segurança aos súditos. Esse Estado deve ser um poder soberano, representado por autoridade que sem titubear resolva todos os problemas, ao tempo em que decida o que é bom e o que o mau. Sendo assim, um Estado forte, pois incrementa todos os meios necessários para governar consegue libertar os indivíduos do medo, entregando-os a liberdade e a vida.

Essa liberdade estabelecida aos súditos está subordinada aos pactos celebrados pelos indivíduos e o soberano. De outra forma, compreende-se que determinadas atitudes que não estiverem estabelecidas nos pactos o homem poderá fazê-la, desde que seja do seu interesse. Assim, essa criação da república é a que delimitará a liberdade dos súditos, representada pela soberania que estabelecerá a sua força entre todos os indivíduos conforme assevera Hobbes: “Nos casos em que o soberano não tenha estabelecido uma regra, o súdito tem a liberdade de fazer ou de omitir, conforme a sua discricção”.⁵⁹

Dessa forma, a soberania pode ser compreendida como a alma da república, perfazendo um corpo só, ou seja, uma vez separada do corpo os membros (súditos) não receberão o seu movimento, suas diretrizes. É neste contexto que a submissão corresponde a obediência que nos leva a perceber que a finalidade é exatamente a proteção formalizada na espada do soberano. Onde há poder, haverá força que

⁵⁸ “O Estado Absoluto aqui delineado representa o pensamento de Hobbes, já que ele estabelecia um governo fundado na Monarquia, governo de um homem só. O Estado Absoluto é alicerçado na ideia de soberania, levando a concentração de todo poder na mão do monarca, que originam as chamadas monarquias absolutistas. Essas monarquias se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, fazendo surgir um poder de império como direito absoluto do rei sobre o Estado. A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçada na ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o “representante” de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

⁵⁹ HOBBS, Thomas. **De cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Tradução de Ingeborg Soler. Introdução de Denis L. Rosenfield. Posfácio de Milton Meira do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 187.

representa o controle de todos. Entretanto, importante frisar que a resistência à espada da república poderá trazer sérias conseqüências a própria essência do governo.

É claro que a espada da república é o poder. Assim, enquanto esse poder estiver a contento dos súditos todos devem obedecer. Contudo, é possível que esse mesmo governo seja violador, transformando a obediência em guerras, discórdias e conflitos entre seus súditos e o poder. Quando o governo estiver sendo exercido por um usurpador, não o governo tirano, mas sim aquele que não foi investido, Hobbes é categórico em afirmar que não há obrigação para os súditos em obediência, afinal, trata-se de um inimigo que deve ser enfrentado como antes ocorria no estado de natureza.

Outro ponto que merece ser destacado trata-se do momento em que exista um mau governo, aquele representado pelo soberano e que não deixa a contento seus súditos. Hobbes compreende que um mau governo é aquele defeituoso, que não garante a segurança de seus próprios cidadãos. Desta forma, não cumprindo essa tarefa o retorno ao estado anterior é iminente. Logo, quando um governo não cumpre com sua tarefa primordial que é garantir a segurança e a liberdade não há mais o porquê dele existir. O Estado comanda enquanto durar o seu poder, perfazendo, assim um controle absoluto das garantias dos súditos.

Para o teórico Hobbes a sua forma de governo era conservadora, pois tudo deveria estar em conformidade com o soberano. Porém, construir um Estado sobre essas fundamentações, muitas vezes, confrontado com a natureza humana, suas paixões, seus instintos é que conduziriam o homem a aprender a conviver em sociedade com regras ou definitivamente ser representado como um animal em um ambiente selvagem. Não se pode esquecer que essa transição para o estado civil⁶⁰, cabia ao soberano a criação de leis civis para tornar obrigatórias as Leis naturais.

⁶⁰ Aqui o Estado Civil é representado sob a ótica de Hobbes. Contudo, esse mesmo Estado Civil pode ser visto de outro modo, na visão de outros contratualistas. Para John Locke, a passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil – em todos eles o Contrato Social foi o mediador – representava a garantia dos direitos naturais pudessem ser garantidos aos indivíduos eficazmente pelo soberano. Locke trabalha com o individualismo liberal em uma sociedade não conflituosa cuja forma de organização estará limitada pelo conjunto de direitos pré-sociais e políticos já presentes no Estado de Natureza e do qual sua positivação no Estado Civil limitará a ação estatal. Locke afirma: “A única maneira pela qual um a pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte”. Perfazendo assim, em Locke, um duplo

De outra forma, percebe-se que neste momento da história um novo Estado⁶¹ está em formação, pois há a expressão de alguns direitos, principalmente, aquele representado pela soberania de alguém, que deve ser respeitado, ao tempo em que as regras das leis civis devem nortear a vida dos indivíduos. Se antes existia somente a lei natural, no Estado Civil, há um agrupamento onde a lei civil e a lei natural formam somente uma, ou seja, os argumentos antes conhecidos pelo homem formaram regras civis para a garantia da paz e a obediência ao soberano.

Percebe-se que as leis civis (regras novas) precisam ser escritas e automaticamente o homem precisa respeitar. Nesse compasso, aquelas leis naturais que proibiam a violação dos pactos são agora ordenadas pelo soberano, pois não há como manter uma vida em sociedade sem restrições. Ao soberano cabe dizer o que é justo e injusto, chamando para si a responsabilidade da propagação das leis civis. Desta forma, percebe-se que se antes as leis naturais eram respeitadas através dos pactos, com as leis civis elas passam a ser obrigatórias de cumprimento e respeito de todos.

contrato, ou seja, o de associação e o de submissão. Para Locke, o Estado Civil nasce duplamente limitado: por um lado, não pode atuar em contradição com aqueles direitos; por outro, deve oportunizar, o mais completamente possível, a usufruição dos mesmos. Para Jean-Jacques Rousseau, afirma que há um sensível deslocamento da noção de soberania. Para este, o Estado de Natureza é apenas uma categoria histórica para facilitar esse entendimento, ou seja, preconiza que a desigualdade entre os homens nasceu com a propriedade, quando alguém disse: “esse é meu”, com isso a hostilidade entre os homens está consolidada. Rousseau não considera o homem como “o lobo do homem”, ele se transforma no decorrer da história. Logo, o Estado de Natureza é contrário a Hobbes “Tudo é bom quando sai das mãos do Autor das coisas”, porém “tudo se degenera nas mãos do homem”. Para Rousseau, no seu Contrato Social, diz que o homem nasceu livre, e, paradoxalmente, encontra-se aprisionado. Rousseau, pretende assim, desenvolver a liberdade ao homem, e o modelo que se propõe se sustenta na consciência humana e deve estar aberto à comunidade: “A passagem do estado de natureza até o estado social produz no homem uma mudança bem acentuada, substituindo, em sua conduta, o instinto pelo sentimento de justiça, e outorgando a suas ações relações morais que antes estavam ausentes”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33-38.

⁶¹ “Esse novo Estado pode ser caracterizado como o Estado Moderno, haja vista que foram as deficiências da sociedade política medieval que determinaram as características fundamentais desse Estado, ou seja: o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade, ou mesmo o soberano, como elementos formais. Por outro lado, esse chamado Estado Moderno apresenta dois elementos que diferem dos Estados do passado, que antes não existiam nos estados medievais. Quais sejam: o primeiro elemento do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade; a segunda é a distinção entre Estado e sociedade civil, que vai evidenciar-se no século XVII, principalmente na Inglaterra com a ascensão da burguesia. Neste viés, o Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Nesse mesmo sentido, os autores, afirmam que há uma terceira característica que diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. Enquanto o Estado Medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial; o Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, a qual representa a soberania estatal”. Ibid., p. 39-40.

Esse surgimento de novas concepções leva os indivíduos a determinados comportamentos, ou seja, regradados pelas leis civis materializadas na presença do Estado absoluto⁶² desenvolvido por Hobbes. O sistema estatal desenvolvido no absolutismo tem seu fim junto com a Revolução Francesa de 1789, mas que, de todo trouxe contribuições para o desenvolvimento do Estado Moderno em sua versão mais moderada, no qual as questões sociais e o próprio poder tomaram rumos diferentes, tornando a opressão sobre os indivíduos menos rigorosa.

Não obstante, o regime absolutista elaborado no Estado Civil não era ilimitado como se pode pensar. Se o objeto era a proteção do indivíduo que ali estava em sociedade, dando a ele a segurança e seus direitos originários do direito natural, logo, sua vida era inalienável para o grande poder. O direito de se defender nunca foi abandonado pelo homem, inclusive diante do poder estatal os súditos tinham o direito de resistir às ordens que colocassem em risco suas próprias vidas.⁶³

De outra maneira, Hobbes argumenta que o Estado⁶⁴ representa também a razão do indivíduo, ou seja, materializa seu pensamento quando afirma categoricamente o porquê da presença do Estado:

⁶² “A primeira ideia de soberania leva a concentração de poderes nas mãos dos monarcas, da qual se originam as monarquias absolutistas. Contudo, importante salientar que “o Estado absolutista que Hobbes edificou é, na realidade, metade mostro e metade deus mortal, representado pelo Leviatã. Hobbes não via outro caminho senão entregar todos os seus direitos, com exceção a vida, a um soberano, que era um poder que pudesse defender de todo tipo de agressões estrangeiras e ao mesmo tempo reprovar as injúrias recíprocas que o homem pelos seus vícios apresentava. O resultado seria a segurança, a liberdade e a satisfação de uma vida tranquila”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32.

⁶³ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 34.

⁶⁴ Nesse momento discute-se a questão da razão do Estado. Assim, como citado, a razão do Estado na esteira de Hobbes. Todavia, interessante pontuar o posicionamento de Spinoza, onde afirma: no homem, as paixões são tão naturais quanto à razão; mas, no estado de natureza, as paixões triunfam sobre a razão; contra as paixões, a religião pode pouco ou nada, já que ela vale “no momento da morte, quando as paixões já foram vencidas pela doença e o homem já está debilitado ao extremo, ou nos templos, onde os homens exercem relações de interesse”; somente a união de todos num poder comum, que refreie, com a esperança de prêmios ou com o temor dos castigos, os indivíduos tendem naturalmente a seguir mais a cega cupidez do que a razão, pode permitir ao homem alcançar do melhor modo possível a meta da própria conservação que é a finalidade precípua prescrita pela razão [...] Bobbio afirma: “que as razões do Estado são, no final das contas, as razões da razão: a racionalização do Estado se converte na estatização da razão, e a teoria da razão de Estado se torna a outra face da teoria do Estado racional. Para Locke, este compreende que as leis naturais são as próprias leis da razão. Mas, para observar as leis da razão, são necessários seres racionais, ou, melhor dizendo, são necessárias condições tais que permitam a um ser racional viver racionalmente, ou seja, seguir os passos da razão. Essas condições não existem no estado de natureza: existem somente na sociedade civil, a qual, portanto, configura-se também em Locke como o único local em que os homens podem ter a esperança de viver segundo as leis da razão”. BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 90.

Fora do Estado, tem-se o domínio das paixões, a guerra, o medo. A pobreza, a incúria, o isolamento, a barbárie, a ignorância, a bestialidade. No Estado, tem-se o domínio da razão, a paz, a segurança, a riqueza, a decência, a sociabilidade, o refinamento, a ciência, a benevolência.⁶⁵

Esse posicionamento da razão de existência do Estado Civil confirma uma mudança de paradigmas que representam, sem dúvida, um avanço nos direitos do homem. Essa sociedade busca definir amplamente uma nova geração de direitos, contemplando o homem como seu destinatário final. A conservação da espécie é que remonta a necessidade e finalidade das leis naturais tornarem-se leis civis, em verdadeiras normas de conduta e orientação, formalmente válidas e, acima de tudo, representadas pelo soberano como poder supremo.

Entretanto, não bastam apenas leis de caráter sancionadoras formuladas pelo soberano com o poder exclusivo de referendar essas respectivas leis, mas sim, a sua real concretização. De tudo, não é o posicionamento que Hobbes gostaria que ocorresse, para ele, todo o poder emana de um soberano, e, somente ele, poderia estipular leis, dizendo o que é justo e injusto. Porém, há que se entender que o Estado está representado na figura do soberano, materializado no Contrato Social e, dependendo do tipo de governo adotado de acordo com a evolução do Estado, como é o caso da democracia, o povo vai interferir naquilo que é bom ou ruim para a sociedade de indivíduos.

Portanto, é com o nascimento do Estado Civil que se materializa o absolutismo como início do Estado Moderno⁶⁶ e suas várias acepções de Estado ao longo do tempo. Contudo, o homem persegue sempre a busca de seus direitos naturais, sejam àqueles originários do estado de natureza, como também aqueles que derivam da evolução e são implantados como meios de sobrevivência e manutenção à segurança e à vida. Chega-se à conclusão que a permanência de um poder é requisito primordial de manutenção, afinal o

⁶⁵ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 90.

⁶⁶ “O Estado Moderno compreende o Estado Absolutista na fase dos monarcas calcados na burocracia e no exercito, que tem seu fim com a Revolução Francesa de 1789. O Estado Moderno representa o modelo liberal caracterizado pelo triunfo da burguesia com a conseqüente chegada do liberalismo, profundamente marcado nos século XIX e XX, para daí, então, partir para o Estado de Direito nas suas concepções Liberal, Social e Democrático”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

homem constantemente se vê envolvido em competições pela honra e manutenção de sua dignidade.

Com efeito, a compreensão que se tem do jusnaturalismo ou direito natural é ofertá-lo em dois momentos bem delineados na história, sem perder de vista que o objeto aqui apontado remonta à segurança do homem hobbesiano. Vale lembrar que o jusnaturalismo atingiu seu ápice, principalmente, nos séculos XVII ao XVIII com as teorias contratualistas. É esse projeto de garantia da vida que dá o suporte necessário para que se possa compreender essa temática.

O primeiro momento o homem vivia na natureza, o homem tinha a liberdade de usar o seu poder da forma como entendesse para buscar à sua segurança e garantir sua vida perante os outros, somente o seu julgamento e sua razão predominavam, afinal não tinham nenhum impedimento externo. Assim, representava o estado natural do homem com suas paixões, seus devaneios e sua busca desenfreada pela vida e segurança, ou seja, viviam na angústia do constante estado de guerra. O segundo momento se concretiza com o pacto, tendo como objetivo geral a paz, mas para isso era necessária uma concordância da qual o homem despojava de seus direitos, ficando somente com a vida, entregando tudo ao soberano para que o coordenasse.

Dessa maneira, fica patente que o jusnaturalismo⁶⁷ inspirou

⁶⁷ BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 240-242. “A doutrina do Direito Natural (ou jusnaturalismo) é a mais antiga tentativa de compreensão teórica abrangente do fenômeno jurídico. De fato, as preocupações acerca da doutrina do Direito Natural possuem uma longa caminhada e se caracterizam por serem uma das posturas teóricas recorrentes na trajetória do pensamento humano. Dessa forma, é possível definir o Direito Natural como uma doutrina jurídica que defende o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios (direito ideal) que lhe condicionam a validade. Claro que existem características na doutrina dos Direitos Naturais, assim como conteúdos que são referentes a uma ideia de justiça. Nesse sentido, a legislação vigente será considerada válida apenas na medida em que suas prescrições correspondam às exigências de um ideal de justiça. Isso transforma a doutrina do Direito Natural numa compreensão teórica do fenômeno jurídico que submete o fundamento de validade das normas jurídicas em vigor a uma concepção de justiça. Nesse sentido, sem desmerecer a doutrina do Direito Natural Cosmológico e o Direito Natural Teológico, mas sim, focar a ideia no Direito Natural Antropológico que é aquele que volta-se para o homem como centro do universo e como portador de um conjunto de direitos naturais inatos. Dessa forma, o pensador inglês John Locke foi muito feliz no seu posicionamento, onde defende que os homens possuem um conjunto de direitos naturais inatos (vida, liberdade, propriedade) e que eles não são transferidos para o corpo político quando do estabelecimento do contrato social que dá origem ao Estado Moderno. Por isso, sustenta que toda a lei positiva que contrarie esses direitos inatos é inválida, podendo ser desobedecida por todos os cidadãos, que podem exercer o seu direito de resistência diante da lei injusta. Essa doutrina do Direito Natural inspirou a

sobremaneira o constitucionalismo atual. É sabido que hoje se garante o direito à vida, à liberdade, à segurança e outros pormenorizados como fundamentais, de maneira que também no direito natural os direitos do homem eram vistos como direitos inatos, afinal a fonte do direito natural é a natureza humana, assim, mesmo no Leviatã este mantinha o direito inalienável à vida.⁶⁸ Percebe-se que desta forma o direito natural está intimamente ligado ao íntimo da natureza humana, como é o caso da razão, o poder racional que o homem tem de decidir aquilo que deveria seguir.

Todavia, eram necessárias mudanças de comportamentos que pudessem ser inculcadas no homem, fazendo com que não mais vivessem de acordo com suas paixões e vontades como no estado de natureza, aqui as regras não eram normatizadas. Contudo, a partir da convenção da sociedade civil os homens deveriam respeitar os ditames de um poder, sabendo que não podiam desrespeitar as regras de convivência em sociedade, caso isso ocorresse haveria castigo, fato esse, que o estado de natureza não conseguia estipular.

Essa reconstrução de movimentos na sociedade civil criou possibilidades com que os homens gozassem de uma vida com segurança, predominando a paz e ao mesmo tempo respeitando sua liberdade como manutenção da necessidade humana. As leis naturais de antes estavam presentes na sociedade civil, pois representavam a justiça, o justo e o injusto. Entretanto o que se tem com a concretização da sociedade civil são as leis civis oriundas de um soberano, rei ou assembléia, estabelecendo regras positivas que deverão ser respeitadas por todos aqueles que se inserem nessa sociedade.

2.3 Positivismo: a segurança (direito à vida) na dependência de uma lei

Com a implantação do Estado Civil nasce para o soberano a necessidade de estabelecer leis civis⁶⁹ de ampla aceitação pelos súditos. Porém é necessário

revolução americana e a revolução francesa, e contribui para o início da conformação do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito”.

⁶⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras. 1988. p. 122-123.

⁶⁹ “Na aferição de Hobbes, entende que Leis Civis são aquelas leis que os homens são obrigados a respeitar, não por serem membros desta ou daquela república em particular, mas por serem membros de uma república. E ainda enfatiza que o conhecimento das leis particulares é de competência dos que estudam as leis dos seus diversos países, mas o conhecimento da lei civil é

afirmar que analisando os postulados de Hobbes⁷⁰, chega-se se a conclusão de que este teórico é o ponto de partida da caracterização do positivismo a partir da aferição desta conclusão: O Estado de Natureza que Hobbes formula é que os homens são essencialmente iguais. Logo, essa mesma igualdade era o fundamento para que o homem mantivesse em seu meio a guerra de todos contra todos, movidos pelas suas paixões e desejos contra o seu semelhante. Entretanto, pela necessidade de manutenção da sua vida e segurança, o homem estabeleceu um pacto de união, dando surgimento ao Estado Civil para que um soberano em nome dos súditos editasse leis de obediência geral. Percebe-se que nasce aqui a desigualdade pelo incremento de uma lei, ou seja, um manda e os outros obedecem.

O surgimento do positivismo jurídico de acordo com Wilson Engelmann⁷¹ remonta a dois pressupostos marcantes, ou seja: a *unidade política*, que corresponde ao Estado, naquele período o despontar do Estado Civil e depois a abertura para o Estado Moderno e suas várias acepções; e, a *unidade jurídica*, preconizando que existe uma única fonte produtora de leis, onde se estabelece seus mandamentos, formalizando assim, a necessidade da sociedade para cada momento. Essa existência do Estado e suas mutações até o momento é que caracterizam a justiça formal, ou seja, o formalismo das leis que estabelecem aquilo que deve ser cumprido como obediência aos parâmetros legais.

Assim, percebe-se que o Direito Natural⁷² é intrínseco ao homem, não perde sua essência e muito menos sua validade. A própria consciência humana sabe o que é certo e o que é errado, com exceções de algumas particularidades de cada um. Neste contexto, a essência do direito natural se encontra no homem, logo, ele sabe muito bem como é fundamental a conservação da vida e da paz, até porque esse é o

de caráter geral e compete a todos os homens". HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 225.

⁷⁰ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 35.

⁷¹ Ibid., p. 35

⁷² O direito natural ou leis naturais são aquelas que pertencem à natureza do homem, estão voltadas à sua essência, portanto, a sua consciência. Se Hobbes dizia que ela decorria da "razão". Segundo Bobbio, para Hobbes, "a razão é uma operação de cálculo com o qual extraímos conseqüências dos nomes escolhidos para expressar e registrar nossos pensamentos. Não tem valor substancial, mas apenas formal; não nos revela a essência, mas nos coloca em condições de extrair certas conseqüências a partir de certos princípios; não é a faculdade com a qual apreendemos a verdade evidente dos primeiros princípios, mas a faculdade de raciocínio". No mesmo sentido, "as leis naturais, ou morais, são aquele conjunto de prescrições que derivam do bem considerado como bem supremo, ou seja, um bem de tal ordem que todos os demais bens lhe são subordinados como meios em relação ao fim". BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 104-106.

objeto de desejo de todo homem, ou seja, para si e sua família. É essa concepção, antes formalizado por Hobbes, que estabelece a necessidade da transição do jusnaturalismo para o positivismo jurídico⁷³ em todos os tempos modernos.

Hobbes é um defensor autêntico do absolutismo⁷⁴, tanto que não abre mão de que o único poder legítimo e absoluto é o do soberano, somente ele tem a legitimidade de impor o direito como forma de materializar a presença do Estado. Sua oposição ao direito comum é respeitada e no dizer de Bobbio, Hobbes é considerado como o direto precursor do positivismo jurídico.⁷⁵ No mesmo sentido, Hobbes era adepto do jusnaturalismo⁷⁶, contudo, entendia a

⁷³ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 642-647. O positivismo pode ser compreendido para designar correntes filosóficas que se caracterizam pela adesão à realidade e conseqüentemente, pela rejeição de especulações não justificáveis por uma referencia ao dado empírico. No âmbito do direito, o positivismo representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo. Todavia, citá-lo-ei sob o enfoque da axiologia do direito. Assim, para o jusnaturalismo clássico como axiologia, a justiça é o valor fundante do Direito. O Direito é a justiça efetiva, concreta, real. Por outro lado, a autoconservação é o valor fundante para o jusnaturalismo moderno. Deste modo, pensados à margem da sociedade, os indivíduos realizam-se maximizando poder e riqueza, meios necessários para a autopreservação. Daí a segurança (Hobbes) ser o valor instrumental por excelência para a autopreservação. Neste contexto, o único valor que resta ao positivismo garantir, uma vez que os demais (justiça, bem comum etc.) são objetos de dissenso, é o valor segurança, o que manifesta sua continuidade com o paradigma anterior, o jusnaturalismo moderno. A segurança, entendida como a possibilidade de prever as conseqüências jurídicas da própria conduta, pelo conhecimento dos padrões (normas) que o Estado utilizará para avaliá-la, é imprescindível em uma sociedade de estranhos, nos quais não se sabe quais são os valores que informam a conduta alheia. Desta maneira, o Direito é a norma posta pelo Estado e que deve ser criado pelo Parlamento. Só assim, esses elementos garantirão a segurança em uma sociedade.

⁷⁴ Aqui há necessidade de pontuar e estabelecer uma relação que envolve o absolutismo e a república, entendendo que não são a mesma coisa. A república está definida no item 70 (citação de rodapé), portanto, estabelece uma forma de governo. Contudo, o absolutismo refere-se à forma como esse governo será apresentado para os súditos, ou seja, o modelo de governo. Para Hobbes, ele afirma: *Em todas as repúblicas o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembléia, como numa democracia ou numa aristocracia*. O representante, ou seja, o soberano é o único legislador, ninguém pode revogar uma lei já feita, a não ser o soberano. Por outro lado, o soberano não se encontra sujeito às leis civis. A essência do absolutismo é que o soberano pode tudo, fazer o que ele quiser, já que a lei civil criada por ele a ele não é imposta. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 226-227.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 34.

⁷⁶ Quando Bobbio faz a abertura do capítulo 4 do seu livro para falar de “Lei Natural e Lei Civil na Filosofia Política de Hobbes, ele já afirma que Thomas Hobbes tanto é considerado um defensor do positivismo jurídico, bem como tem o seu lado jusnaturalista pelo seguinte aspecto: “Primeiro, porque Hobbes pertence de “fato” à história do direito natural, exatamente pela conseqüência que o historiador representa na história do pensamento jurídico e político, pois sua filosofia representava uma essência jusnaturalista; segundo, é um positivista jurídico “de direito”, pois diante de sua concepção da lei e Estado, representou os antecedentes para a concretização das teorias positivistas que vigoravam no século passado. Diante disso, Bobbio reitera sua conclusão onde afirma: “Hobbes –

necessidade de uma nova roupagem para a sociedade daquela época, ou seja, sair de um ambiente hostil e adentrar numa sociedade civil, administrada, fundamentada por um soberano.

Nesta perspectiva dá se início, ao seu tempo, a introdução de leis após a criação da república⁷⁷ estabelecida pelo pensamento hobbesiano. Na sua ótica afirma: que a lei não é um conselho e sim uma ordem. Por outro lado, fundamenta no sentido de que não é uma ordem estabelecida por qualquer um, mas sim, por um poder constituído e absoluto do qual não haverá contestação do seu alcance. É com essa premissa que Hobbes conceitua lei civil da seguinte maneira:

A lei civil é para todo súdito constituída por aquelas regras que a república lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente da sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário à regra.⁷⁸

Dessa maneira, para que os súditos possam compreender que há um único poder capaz de criar lei, ou seja, somente o Estado, àquele representado por um soberano ou mesmo uma assembléia de homens, seja um regime de monarquia, democracia ou aristocracia. Entretanto, anteriormente já havia dito que as leis naturais são intrínsecas do homem, Hobbes é taxativo em dizer que: “Desta forma, a lei de natureza faz parte da lei civil, em todas as repúblicas do mundo”.⁷⁹ O que se extrai, portanto, é que elas se conjugam em todas as repúblicas do universo, formando assim, um verdadeiro consenso entre os seres humanos. Percebe-se que a aceitação de um pacto corresponde à lei da natureza, a vontade do homem em buscar sua paz e segurança. Logo, à

positivista por inclinação mental e por raciocínio, mas jusnaturalista por necessidade”, ou seja, na sua conclusão, Hobbes é positivista quando a partir do momento que o ordenamento positivo se constitui (leis elaboradas pelo soberano); de outra parte, é jusnaturalista porque admite que a lei natural se encontra na base do sistema”. Logo, não havendo lei escrita, predomina a lei natural. BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 101-125.

⁷⁷ A república estabelecida por Hobbes pode ser constituída de duas formas, ou seja, ela reside em um homem ou uma assembléia. Assim, determina: “quando o representante é um só homem, a república é uma Monarquia. Quando é uma assembléia de todos os que se uniram, é uma Democracia, ou governo popular. Quando é uma assembléia apenas de uma parte, chama-se-lhe Aristocracia”. A república determina a forma de governo que determinado povo estabelecerá para seu país. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 158.

⁷⁸ Ibid., p. 226.

⁷⁹ Ibid., p. 228.

obediência a lei civil decorre também da própria consciência. E mais ainda, que elas (as leis) não são diferentes quanto à obediência, sabendo-se que uma é escrita formalizada por um soberano e outra natural, intrínseca a razão.

As leis escritas são as leis positivas, elas não existiam na natureza. São implantadas pelo soberano, pelo poder de governo. De uma maneira geral, elas preconizam condutas e deveres que deverão ser respeitados por todos os componentes de uma sociedade. De outro modo, uma lei escrita não pode ferir os direitos naturais de um homem, como a sua livre consciência, à sua liberdade, à sua segurança e acima de tudo à sua vida deve ser preservada pelo Estado. Contudo, é saliente que em alguns momentos os direitos inerentes ao homem podem ser restringidos como maneira de salvaguardar ou mesmo disciplinarem outros direitos coletivos.⁸⁰

Todavia, esses direitos chamados naturais norteiam a vida do homem desde os primórdios da humanidade. Hobbes condiciona que: “as leis da natureza consistem na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais destas dependentes, na condição de simples natureza, não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem os homens para a paz e a obediência”.⁸¹

⁸⁰ Importante ressaltar que em Hobbes este já estabelecia garantias ao homem, como à vida, à liberdade, à segurança como bens naturais do ser humano. Dessa forma, as leis escritas apenas estabeleceram aquilo que era inerente ao homem. Se no Absolutismo com a criação da república as leis escritas deram início ao positivismo jurídico, essa continuidade está latente no ordenamento. Não é diferente nos dias de hoje se estabelecer a manutenção da paz e a preservação da vida e da segurança das pessoas por força de lei. É o caso da Constituição Federal do Brasil, onde preconiza no seu artigo 5º, dos direitos fundamentais individuais e coletivos o direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade, apenas como exemplos da necessidade e fundamental importância que representa nos dias atuais. Por outro lado, como antes dito, alguns direitos não são absolutos, é preciso um balizamento que o discipline; assim, apenas como exemplo, o direito à liberdade, onde o homem é livre em todas as suas dimensões, livre de corpo e alma (ir e vir), livre para expressar suas opiniões, livre para professar a sua crença. Dessa maneira, a liberdade de ir e vir somente será impedida em dois momentos, ou seja: diante de uma prisão em flagrante ou por força de um mandado judicial expedido por autoridade competente; quanto à sua liberdade de expressar-se, falar sobre qualquer assunto onde entender conveniente, apenas entender que é preciso respeitar a honra, a intimidade a privacidade, ou seja, os direitos de outrem, para que não cometa nenhum delito contra o seu semelhante; quanto à liberdade de crença, o homem, no território nacional é livre para professar o seu culto, afinal, o Brasil adota um regime laico. Nessa compreensão de direitos, a partir da premissa de hobbesiana de que a constituição da república haveria a necessidade de um soberano que ditasse regras, encontramos a positividade das leis escritas, pois foi à forma que se encontrou para que realmente o homem buscasse a paz e a segurança tão almejada naquele tempo, mas que hoje não é diferente, o homem continua na busca desenfreada pela vida, paz, liberdade e segurança como bens supremos de valor incalculável para o prosseguimento da humanidade.

⁸¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 227.

Não há dúvida, portanto, que as leis fundamentais estabelecidas por um poder sejam mantidas como forma de sustentação do sistema, representando de maneira incondicional os direitos e deveres relativos ao homem e, ao mesmo tempo, estabelecendo que esses direitos comportam qualidades superiores, que se pode mencionar como direitos humanos, àqueles inerentes a essência do homem enquanto ser vivo.

Nesse sentido, Bobbio é criterioso em afirmar que a fonte do direito positivo, portanto, sua origem, é aquele posto pelo Estado.⁸² Todavia, chama atenção para a maneira como esse direito é estabelecido, ou seja, como seus destinatários vão ter acesso às normas. Assim, volta a afirmar que o direito natural é aquele que o homem obtém seu conhecimento pela reflexão da razão, pois esta é que afirma todas as coisas. Do mesmo modo, encara o direito positivo, aquele que representa a vontade do legislador, mas que deve também representar o anseio da sociedade.

Entretanto, essa dificuldade de se estabelecer o direito posto foi marcante no início da sociedade civil delineada pelo sistema hobbesiano. Basta entender que o homem não tinha que obedecer a ninguém, apenas a sua intuição, afinal era formado pelas normas consuetudinárias arraigadas no costume daquelas comunidades. Como se sabe, as normas jurídicas são frutos das sociedades civis, portanto, daquilo que chamamos de Estado Civil e que posteriormente deu origem ao Estado Moderno e suas ulteriores versões.

Deste modo, é que se pode estabelecer que o direito positivo, tendo como precursor Hobbes, são normatizações obrigatórias que darão a determinadas sociedades o caráter imperativo⁸³, portanto, de obediência. Sua não observação

⁸² Bobbio aqui faz uma observação interessante acerca do direito positivo, onde segundo Hugo Grócio, o Estado é apenas uma das três instituições que podem estabelecer o “direito voluntário”. Esse autor elenca que a família, o poder familiar, também dito de “poder patronal”, estabelecido pelo chefe da comunidade familiar, contudo, inferior ao Estado; a outra instituição superior ao Estado seria a comunidade internacional que põe o *jus gentium*, entendido como o direito que regula as relações entre os povos ou os Estados; quanto à terceira instituição, essa é o Estado, do qual estamos falando, ou seja, o poder soberano seja um só homem ou uma assembléia de homens. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 21.

⁸³ Bobbio faz referência a dois caracteres típicos da concepção do positivismo jurídico ao destacar o formalismo e o imperativismo que Hobbes mantinha na sua concepção a partir de sua obra “Diálogo entre um filósofo e um estudioso do direito comum da Inglaterra”. Logo, somente as normas postas pelo Estado são normas jurídicas porque são as únicas que são respeitadas graças à coação do Estado. Com a constituição do Estado o direito natural perde o seu valor, sendo que, o único direito que vale é o civil ou do Estado. *Ibid.*, p. 35.

resultará na imposição de um castigo que Hobbes o compreende assim: “uma punição é um dano infligido pela autoridade pública, a quem fez ou omitiu o que pela mesma autoridade é considerado transgressão da lei, a fim de que assim a vontade dos homens fique mais disposta à obediência”.⁸⁴

Não obstante, o que fica bem claro é que o nascimento do Estado está voltado exatamente para a manutenção da paz. Se antes ocupava o Monarca de estabelecer regras para a permanência da paz, é preciso determinar que essa paz que se busca até os dias de hoje, tem sido palco de inúmeras modificações ao longo da história. Hobbes estabeleceu o pacto social entre os homens que mais tarde culminou no nascimento da sociedade civil que deu origem ao Estado comandado pelo soberano, portanto, um regime absolutista de entrega total por parte da sociedade daquele momento, como nascedouro do hoje chamado direito fundamental à segurança.

O próprio direito natural sofreu algumas alterações que deram origem mais adiante ao positivismo jurídico (leis escritas). Se antes o direito natural tinha concepção divina, deixa de lado, para tornar-se baseado na razão como forma de legitimar alguns direitos inerentes ao ser humano. Isso não era suficiente, a sociedade evolui, e com ela a necessidade de outros valores. Do século XVIII ao século XX foi necessária a ocorrência de grandes revoluções; enquanto as primeiras oriundas na Europa perfilaram a necessidade da liberdade e a igualdade; outras tiveram como marco a fraternidade voltada ao homem em sua essência e, finalmente, a revolução do Estado Social materializado pelo constitucionalismo, mas que fortemente primado pelos valores da liberdade, bem como o da igualdade entre os povos.⁸⁵

Conseqüentemente, a segurança que o homem busca para manutenção da vida permanece obstruída nas mais diversas formalizações do Estado⁸⁶, principalmente nos modelos absolutistas e, conseqüentemente no Estado socialista (totalitário), que figuram as versões de Marx e Lênin. Não há erro em

⁸⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 262-263.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

⁸⁶ Enumera da seguinte forma: primeiro o Estado liberal; a seguir, o Estado Socialista; depois o Estado social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencionado de suas declarações de direitos; e, por último, o Estado Social dos direitos fundamentais, este sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos. *Ibid.*, p. 29.

afirmar que esses modelos sucumbiram com qualquer tipo de liberdade, tornando-se tão rude e opressivo à vida humana, constituindo naquela época um marco histórico negativo do capitalismo. Dessa forma, as ações negativas do Estado frente aos indivíduos precisavam de uma basta, dando origem assim, através de movimentos revolucionários ao Estado Liberal.⁸⁷

Nessa conjectura, o Estado Liberal ou liberalismo é visto como uma antítese, após a sua concretização, frente ao absolutismo estipulado por Hobbes. De início, pode ser observado que o liberalismo fundou-se na individualidade de vontades e no consentimento, sendo este último a característica fundamental do liberalismo.⁸⁸ Dessa maneira, pode se afirmar que o liberalismo contribui para um poder monárquico limitado, dando liberdade tanto na esfera civil quanto na religiosa ao homem. Nesse mesmo sentido, o liberalismo caracterizou-se como um estado mínimo, atuando na esfera de liberdade das pessoas no intuito de garantir a paz e a segurança.⁸⁹

Para Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes é complexo definir liberalismo, ou “liberalismos” como apontam. A dificuldade está presente no sentido de que o mesmo foi mutante, ou seja, apresenta em determinados momentos conteúdos variados, mas afirmam que há um referencial que pode ser mantido como característica desse movimento, ou seja, a ideia de limites. Não obstante, a definição também de Bobbio pode referendar uma compreensão mais profícua do que significa liberalismo. Assim, o define: “o liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado Absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social”.⁹⁰

Quando Bobbio diz que o liberalismo se contrapõe ao Estado social de hoje, mister afirmar que é verdade. O Estado social que ele está se referindo é o Estado Social de Direito que além de limitado, também se vê diante da

⁸⁷ O Estado Liberal se caracterizou pelo domínio que a burguesia exerceu, porém, à medida que o Estado se despreendeu desse domínio, dado ao enfraquecimento do controle burguês de classe, passa a entidade estatal a ser o Estado de todas as classes, “o fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital” (Lorenz Von Stein). BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 288.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

⁸⁹ Ibid., p. 56.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 7.

prestação de direitos, como fundamento à lei, não podendo, de forma alguma, contrariar os mandamentos sociais estabelecidos por uma Constituição superior, como regra máxima de um país que no limiar do século XXI fundamenta-se no sistema democrático.

Assim sendo, um ponto marcante que o liberalismo estabelece era o indivíduo e suas iniciativas, como pode ser visto na colocação dos autores Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes quando tratam da essência do não estado liberal, ou seja:

O liberalismo se apresentou como uma teoria antiestado. O aspecto central de seus interesses era o indivíduo e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos.⁹¹

De tudo, importante frisar, que nesse tipo de Estado liberal mantinha o compromisso de zelar somente pela manutenção da paz e da segurança, afinal era um estado limitado, principalmente, pelas liberdades negativas da época. Contudo, esse mesmo Estado (governo) em momentos oportunos de sua história, principalmente no século XX com a necessidade da sociedade passa a fornecer obrigações positivas, focadas no campo das políticas públicas como direitos inerentes ao cidadão, já que seriam esses direitos oriundos da soberania que cada Estado configurava no cenário mundial.

Do exposto até aqui, é interessante mencionar que após a Revolução Francesa, falando de Estado Moderno, portanto, na tradição liberal, há sim um rompimento como o Direito Natural, pois se tornava muito relativista diante dos novos tempos. Assim, é de suma importância voltar à questão do positivismo jurídico para a devida compreensão. Desta maneira, foi com o influente Hans Kelsen⁹² que se tem início ao surgimento de teorias positivistas, principalmente

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61.

⁹² A obra central que domina todo o seu pensamento é a "Teoria Pura do Direito". Kelsen não admitia nenhuma interferência caso não fosse jurídica. Afirmava que é possível delimitar o Direito em relação à natureza, a saber, a ciência jurídica – como ciência normativa – das demais áreas do conhecimento, através da lei da causalidade. Na natureza há uma ordem das coisas, que estão interligadas segundo o chamado princípio da causalidade, ou seja, a relação entre

aquelas de índoles filosóficas são aportadas no direito, onde se visualiza sob o ponto de vista positivo, apenas conceitos valorativos que focalizam juízos de valores, voltados a modelos de sociedades diversas.

Desta forma, se de um lado o Estado tem galgado novos horizontes, principalmente àqueles de maneira positiva que trazem melhoria à vida do homem, por outro, é necessário enfatizar que a necessidade de rompimento do direito natural era evidente, nascendo assim, o direito positivo com Hobbes e, dando continuidade na Europa a partir do século XVIII e início do século XIX caracterizou como positivismo jurídico, formatado e dissecado nas mãos de importantes precursores.⁹³ De outro modo, para o objetivo deste trabalho, não haverá aprofundamento nas ideias que cada um representou sobre seu ponto de vista na matéria do positivismo jurídico.

Não obstante, Norberto Bobbio estabelece uma sequencia lógica ao assimilar as origens do positivismo jurídico na Europa⁹⁴, principalmente dado a sua origem na Alemanha⁹⁵, na França⁹⁶ e na Inglaterra.⁹⁷ Após intensa pesquisa, Bobbio chega à conclusão de que:

-
- causa e efeito. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 42-43.
- ⁹³ Wilson Engelmann na sua obra *“Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e o conceito de direito”*, trabalha com três autores, a saber: Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio. Nas suas considerações chega à compreensão que o conceito de Direito do positivismo jurídico, aparece como um “modelo de regras”, que delineado a partir de Hobbes e guardado as devidas proporções históricas são os mesmos utilizados pelos autores, ou seja, o Direito como um “conjunto de regras”. Assim sendo, esses autores trabalham com dois modelos: um, o modelo subsuntivo que aplica-se a regra com os contornos dos fatos, dando assim, segurança e previsibilidade do conceito do direito; dois, a discricionariedade do juiz nos casos onde não se aplica a regra, cabendo a este escolher, dentre as diversas possibilidades abertas pelo conteúdo da regra, aquela mais adequada para resolver o caso concreto. Modelos estes que não se coadunam com a interpretação dos princípios que o autor estabelece depois. Ibid. p. 41-84.
- ⁹⁴ O presente autor elenca três países para estabelecer a sequencia do positivismo jurídico, ou seja, sua afirmação histórica no cenário jurídico: Alemanha, França e Inglaterra. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 45-118.
- ⁹⁵ Bobbio trabalha com dois autores sobre a origem do positivismo jurídico na Alemanha, a saber: Gustavo Hugo e Friedrich Carl Von Savigny (1799-1861).
- ⁹⁶ Na França o direito positivo está relacionado à codificação, tendo como marco o código de Napoleão que produziu uma profunda influencia no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Essa codificação representa uma experiência jurídica dos dois últimos séculos típica da Europa continental e se resume em dois momentos: justiniana e napoleônica. Ibid., p. 63.
- ⁹⁷ Na Inglaterra, Bobbio examina as contribuições para o surgimento do positivismo jurídico. Para iniciar não poderia deixar de fora o maior teórico da onipotência do legislador, ou seja, Thomas Hobbes, nesse período não havia codificação, somente mais tarde com Jeremy Bentham, também conhecido como o “Newton da legislação”. Esse autor teve uma enorme influencia em todo o mundo civilizado, abrangendo a própria Europa, a América e a Índia, tendo como marco a corrente do Iluminismo. Como Hobbes, Bentham desenvolveu uma ferrenha crítica a *common Law*, introduzindo vários defeitos a essa teoria. Ainda na Inglaterra, Bobbio vê na pessoa de John Austin (1790-1859), também como um representante do surgimento do positivismo jurídico na Inglaterra. Ibid., p. 91.

Podemos agora precisar que esta corrente doutrinária entende o termo “direito positivo” de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu trabalho último é representado pela codificação.⁹⁸

Desta maneira, parece acertado que uma das formas da sociedade não viver o caos é o estabelecimento de um ordenamento jurídico, que ainda que não contente a todos, deve ser mantido como forma de manutenção da paz social e a segurança dos envolvidos na sociedade. No mesmo sentido, como o próprio Bobbio estabelece “o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para a intervenção na vida social”.⁹⁹

Nesse sentido, o que se pode visualizar até o presente momento é muito esclarecedor, pois ficou muito patente que a saída do estado natural foi uma medida acertada para fortalecer o direito à vida e à segurança do homem. Assim, às normas jurídicas produzidas pelo Estado¹⁰⁰ têm o condão de estabelecer um divisor, ou seja, o antes e o depois, sendo que a mudança é de comportamento e não de ambiente. Elas, as normas jurídicas, têm força coercitiva, somente elas ditarão regras do qual o homem ajustar-se-á para não sofrer punição. Logo, somente a lei deve ser considerada como única fonte do Direito, perfazendo assim, a essência do positivismo jurídico.

Não obstante, esta forma de estabelecer coerção foi interessante em um dado momento da história e, por vezes, palco de ditaduras e constante desrespeito ao ser humano, afinal o papel do juiz estava restrito as normas elaboradas pelo soberano, não dando margem a possíveis interpretações

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119.

⁹⁹ Ibid., p. 120.

¹⁰⁰ Com a afirmação que as normas jurídicas são produzidas pelo Estado, assim sendo, o que melhor caracteriza esse Estado é o “Estado Civil”. Na esteira apresentada por Wilson Engelmann, é fundamental observar que o desenvolvimento dos pressupostos positivistas teve origem a partir do momento em que o homem, pela exteriorização de seu consentimento, processou a passagem do estado de natureza para o chamado “*Estado Civil*”. Parte-se da premissa de que não era mais possível admitir o emprego da “*lei do mais forte*”. Isso pode ser observado na linha de Thomas Hobbes, pois com a criação de um ente artificial – o Estado – esse passou a exercer o poder soberano. Nessa ótica, o Estado assumiu, com exclusividade, a faculdade de ditar as regras consideradas obrigatórias que passavam a valer para todos. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 161.

favoráveis para cada situação.¹⁰¹ Aplica-se a lei e pronto. Diferentemente, o momento atual que representa o Estado Democrático de Direito, fundado na Democracia, é preciso e salutar ter um poder que estabeleça regras jurídicas de alcance geral e abstratas.

Quando se iniciou o trabalho de discernir o positivismo, ou seja, na busca de uma lei para garantir o direito à vida, partindo da estrutura de Hobbes, com o completo abandono do estado de natureza e, conseqüentemente a entrada no sistema positivado nos dá um panorama geral que isso é necessário, não deixando mais o homem pensar que pode fazer tudo o que quiser, havendo assim, um controle para a garantia da paz social.

Nesse sentido, inexorável dizer que o homem tem sentido universal e, acima de tudo, deve ser garantida sua essência pelo Estado. Para tanto, é aqui que se fundamenta a necessidade do direito à segurança estar formalmente respaldado na norma jurídica. Somente a vida como bem maior de proteção é que dará outros direitos, como à liberdade, à segurança e a paz social como um complexo de bens que como se verá, estará fundamentado na dignidade humana, onde sua análise representará o extrato fundamental do homem.

Conseqüentemente, o que se quer demonstrar até o momento é estabelecer o nascedouro do direito à segurança a partir de Thomas Hobbes. Iniciou-se essa pesquisa trazendo a lume o estado de natureza de Hobbes, onde todo homem tem direito a tudo, ou seja, o direito da natureza, a liberdade que cada homem possui para usar seu próprio poder, da forma como bem entender, para a preservação de sua própria vida. Por outro lado, esse modo de convívio, livre de um regulamento que pudesse orientá-los, dá a esse mesmo homem um risco permanente e, ao mesmo tempo, gerando uma insegurança para todos.

Partindo da premissa que não mais poderia continuar vivendo desta maneira, Hobbes entende que essa mesma sociedade deveria ser comandada por

¹⁰¹ O autor quando analisa as conseqüências do positivismo jurídico estabelece uma crítica justamente frente aos princípios, onde vê que o positivismo teve uma importância em dado momento da história, contudo, pela sua aplicação literal à lei, deixou sequelas na ditadura e o constante desrespeito ao homem foi presenciado em dado momento da história. Nesse sentido, é partidário de que o positivismo ainda é importante no sistema jurídico, porém, os princípios devem ser valorizados dando uma melhor resposta para cada caso concreto, aplicando-se a hermenêutica interpretativa. De tudo, esclarece que à discricionariedade judicial do positivismo jurídico confronta-se à solução fundada em regras e princípios representam uma nova modalidade de dizer o direito. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 162.

um soberano ou assembléia, onde o homem entregaria seus valores intrínsecos a esse novo governo que o administrasse. Percebe-se dessa forma, que a justiça que antes era realizada pelas próprias mãos, com o emprego da força física, deixava de existir. É esse projeto alinhavado na obediência dos súditos e administrado por um soberano ou assembléia que se deu o nome de Contrato Social. Esse contrato ou pacto reafirmava a vontade dos indivíduos de saírem do estado de guerra total, portanto, de insegurança, para permanecerem na segurança, sendo essa a filosofia justificadora para a garantia do homem.

Porém, somente o pacto firmado pelo homem ainda não era o suficiente para a manutenção da segurança daquela sociedade. A sociedade evoluiu, ocorrendo desta forma a concretização do Estado Civil. Com a presença desse novo Estado, inevitavelmente nasce para o soberano à necessidade de criar leis civis, de obediência geral. São essas leis civis que determinam o nascimento do positivismo jurídico, como sendo as normas postas pelo Estado para obediência dos súditos. São estas leis que disciplinam o convívio do homem, como ser pensante e dotado de razão, não deixando que fosse levado pela intuição e, muito menos, ao regresso do estado de natureza. Muitos autores tentam caracterizar o positivismo jurídico de acordo com suas teorias¹⁰².

Embora seja de difícil conceituação¹⁰³, o positivismo jurídico ou jus positivismo, ou ainda direito positivo, o certo que é uma teoria de oposição ao direito divino ou aquele oriundo do direito natural, razão humana, assim como do jusnaturalismo¹⁰⁴. Portanto, o que se verifica é que nas origens históricas o positivismo jurídico engendrou-se pela necessidade de imposição de leis escritas.

¹⁰² Além de Bobbio, conforme já explicitado, Wilson Engelmann trás o posicionamento de outros autores sobre o positivismo jurídico. Elenca a partir de Hobbes a sua influencia para a caracterização do referido sistema, pois toda norma deveria ser elaborada pelo soberano. Nesse mesmo sentido, o autor também coloca o posicionamento de Hans Kelsen, Herbert Hart e o próprio Norberto Bobbio, para ao final compreender que o sistema, ou modelo positivista não se coaduna com a aplicação de princípios, já que esses podem ser analisados na estrutura do sistema jurídico buscando sempre a solução do melhor caso; ao passo que o positivismo jurídico adotado como um sistema de regras exatas, não permite isso. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 161-168.

¹⁰³ Na opinião de Barzotto, o conceito de positivismo jurídico se desdobra em varias direções, portanto, uma tentativa de definição única torna-se praticamente em vã. BARZOTTO, Luiz Fernando Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 643.

¹⁰⁴ No dizer de Barzotto, ao analisar uma consideração histórica, é verdade que o positivismo opõe-se em todos os pontos ao jusnaturalismo clássico. Contudo, em relação ao jusnaturalismo moderno, este representa uma continuidade. Ibid., p. 643.

Em contrapartida, nos dois últimos séculos o positivismo jurídico permeou todo o sistema normativo, sendo inclusive, detentor de arbitrariedades perpetradas pelo Estado em suas ações, justamente, porque entendia que somente o cumprimento da lei era a resposta adequada. Nesse sentido, é que o Estado é considerado o único detentor da monopolização normativa, fazendo com que o interprete apenas realize a vontade do legislador. Essa tendência, nos dias atuais, está sendo combatida ou relativizada pelos chamados pós-positivistas¹⁰⁵.

Nesse contexto, fazer uma pequena síntese apoiada no pensamento de Bobbio do que representa o positivismo jurídico e sua existência, para então, com o avanço da pesquisa adentrar em uma análise mais aprofundada do que se espera estabelecer o caminho percorrido para o chamado direito fundamental à segurança. Logo, se faz premente analisar o porquê da existência do positivismo jurídico nos últimos tempos. Para tanto, Bobbio apresenta essa resposta com base na compreensão de Hobbes, sendo este de fato um jusnaturalista, ao passo seguinte, pode ser afirmado como um iniciador do positivismo jurídico¹⁰⁶.

Para Bobbio, “a lei natural fornece o conteúdo, ao passo que a lei positiva fornece a forma¹⁰⁷”. Isso tem a seguinte consequência: “as leis naturais prescrevem o que as leis positivas tornam obrigatórios por meio do aparelho coercitivo do Estado¹⁰⁸”. Como o próprio jurista italiano afirma, não há contradição na análise do direito natural e o direito positivo, exatamente pelo fato de que a lei natural “tem a única função de convencer os homens de que só pode existir um único direito, o direito positivo¹⁰⁹”. Portanto, a existência do positivismo jurídico tem o condão de disciplinar o homem. A necessidade da criação do Estado na visão de Hobbes é a manutenção da vida e a segurança homem.

Logo, é de suma importância que a análise do nascedouro do direito à segurança esteja intrinsecamente ligada à natureza humana como verdadeiro receptor desse direito. Por outro lado, com a continuidade da pesquisa, o objetivo

¹⁰⁵ Quando discorre sobre o positivismo jurídico, Barzotto elenca dois pós-positivistas (Dworkin e Alexy) trazendo seus posicionamentos nas três acepções do positivismo, ou seja, o positivismo como ontologia jurídica; como epistemologia jurídica e como axiologia jurídica. Nas três acepções ambos são cautelosos e mesclam possibilidades de solução para cada caso concreto. BARZOTTO, Luiz Fernando Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 643-646.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 102.

¹⁰⁷ Ibid., p. 112.

¹⁰⁸ Ibid., p. 128.

¹⁰⁹ Ibid., p. 112.

é entrelaçar toda a estrutura apresentada pelos Direitos Humanos e, conseqüentemente, apresentar os direitos fundamentais como supedâneo do exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

3 OS DIREITOS HUMANOS ESTRUTURANTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

3.1 O Horizonte Histórico da Dignidade Humana

Estabelecer, na história, a fundamentação dos Direitos Humanos será sempre de grande valia aos estudiosos do assunto. Nesse sentido, o mais importante será dizer que todos os seres humanos ainda que tenham inúmeras diferenças biológicas, culturais e outras que permeiam o imaginário de cada um fazendo com que haja uma distinção entre eles, merecem igual respeito. Afinal, são os únicos seres no mundo que podem apresentar as capacidades de amar, descobrir a verdade e (re) criar a beleza.¹¹⁰

O momento representado hoje é, sem dúvida alguma, o resultado de todas as transformações que ao longo do tempo ocorreram, sejam elas no campo social, político, econômicos que o homem necessita para sua sobrevivência. Todavia, um divisor do reconhecimento dos Direitos Humanos está simetricamente relacionado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e, conseqüentemente, com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que serão analisadas posteriormente.

Outrora, já se questionava sobre os fundamentos dos Direitos do Homem. Para a compreensão nos tempos de hoje, o mais lógico seria argumentar a questão dos fundamentos e trazer os Direitos Humanos como uma justificativa intersubjetiva, panorâmica e universal. Somente o referencial de solidariedade fará com que haja afirmação dos direitos do homem.

Ao longo da história da humanidade momentos díspares ocorreram naquilo que se refere à evolução do pensamento humano. Para tanto, é possível verificar que por meio da filosofia e da religião muitos ensinamentos influenciaram diretamente o pensamento jusnaturalista, no qual o homem pelo fato de sua existência era portador de direitos naturais e inalienáveis. Porém, o homem daquele período da história era dominado pela religião e dogmas filosóficos que fortemente tolhiam à sua liberdade. Fato marcante que pode ser observado pelo historiador *Coulanges* na seguinte afirmação:

¹¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

Singular erro é, pois, entre todos os erros humanos, acreditar-se que nas cidades antigas o homem gozava de liberdade. O homem não tinha sequer, a mais ligeira concepção do que esta fosse. Ele não se julgava capaz de direitos, em face da cidade e dos deuses. Veremos, dentro em pouco, que o governo muitas vezes mudou de forma; mas a natureza do Estado permaneceu mais ou menos a mesma, a sua onipotência em quase nada diminuída. O sistema do governo tomou vários nomes, sendo uma vez monarquia, outra aristocracia, ou ainda democracia, mas como nenhuma destas revoluções ganhou o homem a sua verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, poder votar e nomear magistrados, poder ser arconte, a isto se chamou liberdade; mas o homem, no fundo, jamais deixou de ser escravo do Estado. Os antigos, sobretudo os gregos, exageravam muito sobre a importância e os direitos da sociedade, e isto, sem dúvida alguma, devido o caráter sagrado e religioso de que a sociedade se revestiu na origem.¹¹¹

Não obstante, são as transformações que ocorreram na história que justificam, sobremaneira, as mudanças profundas que marcaram no decorrer do tempo que fomentam uma nova etapa de re-construção, principalmente no século XVIII¹¹², época em que paulatinamente o homem conquista sua liberdade diante da opressão e da indiferença.

Essas transformações podem ser vivenciadas, atualmente, como conseqüências positivas aos primeiros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, os valores da liberdade e da igualdade. Assim, ainda que tenham sido materializados na filosofia clássica e no pensamento cristão, pode-se perfeitamente dizer que *a dignidade da pessoa humana* é o fundamento máximo de todos os direitos do homem, portanto, a sua essência fundamental.

Todavia, é bom frisar que a dignidade humana historicamente pode ser mutável, e ainda, de lugar para lugar essa *dignidade* pode ser alterada pela compreensão de cultura. Do mesmo modo, em alguns lugares deste planeta a *dignidade da pessoa humana* ainda não é reconhecida na sua plenitude,

¹¹¹ FUSTEL, de Coulanges Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210.

¹¹² Muitos são os marcos que determinam uma nova roupagem dos direitos fundamentais hoje vivenciados. Assim, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, dois documentos são importantes nessa análise, ou seja: A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776 e a Declaração Francesa, de 1789. Ambas tinham como características comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44.

perfazendo assim, inúmeros acontecimentos de violência e um verdadeiro descrédito aos direitos do homem. Portanto, todo questionamento sobre os direitos do homem tem seu início nas referências sobre a sua natureza e, indubitavelmente, à sua razão de existir.

Assim, é possível afirmar que a evolução dos Direitos Humanos está entrelaçada ao desenvolvimento do próprio homem em sua essência. Nesse contexto, é perfeitamente correto delinear momentos históricos que norteiam todo esse pensamento, de forma que não há esgotamento do assunto e, em que pese, também não há que falar em dimensões ou mesmo gerações dos direitos fundamentais neste momento. Portanto, os direitos fundamentais, somente foram alinhavados e perquiridos no final do século XVIII com as mudanças substanciais que ocorreram.¹¹³

Entretanto, a história afirma que a filosofia grega é um conveniente ponto de partida para a exploração da genealogia do direito humano.¹¹⁴ Ao longo do tempo as gerações são substituídas e desta maneira as chamadas “*leis não escritas*” são esquecidas, ou mesmo trocadas de nomes. Importante afirmação de Costas Douzinas onde relata que a conquista por uma sociedade mais justa tem sido desde a era clássica, evidentemente com o Direito Natural, no qual predominava as “leis não escritas” de *Antígona*¹¹⁵, um constante aprendizado pelo homem. É nesse sentido, que esse autor persevera em suas afirmações:

¹¹³ A segunda metade do século XVIII, que a partir de então serviu como um marco do rompimento do antigo regime Absolutista. Assim, é possível citar que as mudanças mais profundas são determinadas de dois lados do planeta. Primeiro, nos Estados Unidos da América, pela Declaração do “bom povo da Virgínia” e, logo depois pela Declaração da Independência Americana, ocorrida em 1776 pelas treze colônias britânicas, que representou o ato inaugural da democracia moderna. O segundo, na Europa, pela Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Esses documentos, conforme ensina Comparato que: “As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65.

¹¹⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 40. (Coleção Díke).

¹¹⁵ Aqui Antígona responde a Creonte sobre a afirmação da lei não escrita, desta forma: “É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. [...]”. SÓFOCLES, Antígona. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: UnB, 1997. esp. p. 45 *apud* ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

O Direito Natural foi por muitos séculos a capital da província da jurisprudência e da filosofia política. Seu pensamento era profundamente hermenêutico, tratavam de fins e propósitos, significados e valores, virtude e dever. As modernas leis da natureza são universais, imutáveis e eternas, um conjunto de regularidades ou de padrões repetidos [...]. O Direito Natural seria uma ordem objetiva de regras ou normas um pouco como as leis naturais da ciência moderna.¹¹⁶

Percebe-se que homem buscava o seu espaço através do seu reconhecimento, principalmente um ser dotado de razão, ética e moral.

De outra maneira, em Aristóteles essas leis que perderam a razão de ser, “*as não escritas*”, são denominadas de “*leis comuns*”, mas reconhecidas de forma universal¹¹⁷ em oposição as leis particulares. Nesse sentido, é em Aristóteles que a ideia de lei natural apareceu totalmente desenvolvida pela primeira vez.¹¹⁸ Em sua obra *Retórica*, ele nos diz que:

De um lado, há a lei particular, e do outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é segundo a natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, [...].¹¹⁹

O marco importante deste momento é que no conceito de lei comum, a sociedade romana também adota a expressão *ius gentium*, estabelecendo assim, um direito unânime a todos os povos. Por outro lado, a Natureza como um conceito filosófico remonta a tempos anteriores com os *Sofistas* e os *Estóicos*¹²⁰ e

¹¹⁶ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 40. (Coleção Díke).

¹¹⁷ Na lição de Engelmann, sobre o reconhecimento da lei dos deuses invocada por Antígona a qual faz referencia a Aristóteles onde: “no sentido de uma lei que vale em todos os lugares, cuja validade não depende de uma aceitação individual, dado o seu caráter universal”. Nesse especial apontamento Engelmann, também preleciona no seguinte: “É importante destacar que uma das características que geralmente acompanha as teorias sobre o Direito Natural refere a sua universalidade. Seria, por assim dizer, um direito válido em qualquer lugar onde o ser humano se encontrasse”. ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

¹¹⁸ DOUZINAS, op. cit., p. 42.

¹¹⁹ Ibid., p. 42.

¹²⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Stoicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 295. Stoicism (ing.), Stoïcisme (fr), Gleichmut (al.), Stoicismo (it.). Origem na palavra Grega stoa, que significa pórtico, como referencia ao local onde Zenão de Cicio (334-262 a.C.) (aproximadamente) se reunia com seus discípulos em Atenas, em torno do ano 300 a.C., para travar discussões filosóficas. A escola a partir daí formada recebe a denominação de estóica ou estoicismo.

mesmo depois com Sócrates e Platão. Pode-se afirmar que o *estoicismo* nos remete a uma tendência filosófica que perdurou nas culturas gregas e romanas da Antiguidade.

No que se refere aos *Sofistas* à questão da natureza desenvolveu um conceito crítico com aceitação filosófica que os mesmos usavam para combater as convenções e a lei. Os *Sofistas* representavam os jovens privilegiados de Atenas¹²¹, que assim como os *Estóicos* desprezavam qualquer tipo de tabu religioso. Outra argumentação dos *Sofistas* é que estabeleciam que qualquer tipo de convenções sociais e também a lei não respeitavam a ordem natural, onde diziam que a natureza era a norma mais elevada e seus instintos faziam com que os homens pudessem “raciocinar”, ou seja, “criticar”, “desejar”.¹²²

No debate empreendido entre Platão e os *Sofistas* a relevância seria encaixar a questão dos significados de *physis* e *nomos*, fazendo com que a base da civilização clássica e todo questionamento pudesse dar origem à filosofia política e ao mesmo tempo a jurisprudência. O objetivo seria transformar a natureza em norma ou padrão do direito, que resultou no passo inicial da civilização, servindo ao mesmo tempo contra os sacerdotes e governantes da época.¹²³

O desprendimento dos *Sofistas* representava uma mistura de selvagem com a questão universal, ou seja, o direito do mais forte e ao mesmo tempo a igualdade para todos. É nesse parâmetro que *Platão* dá uma resposta ao desafio *Sofista* que caracteriza em refinar a essência da natureza, dizendo que de maneira alguma queria contradizer a lei, mas que a natureza estabelece o fundamento de cada ser. Foi com *Platão*, em seu último diálogo, *As Leis*, que trás um conceito ampliado de *Physis (natureza)*, abarcando todo o cosmos.¹²⁴

No que se referem aos *estóicos ou estoicismo*, eles trazem um fundamento universal para a vigência do direito, estabelecendo, assim, a natureza (*physis*). O estoicismo é representativo do universalismo filosófico da Antiguidade, que se funda na ideia do *Logos*, que constitui uma força superior da natureza, que une as

¹²¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 42. (Coleção Dike).

¹²² Ibid., p. 43.

¹²³ Ibid., p. 42.

¹²⁴ Ibid., p. 43.

diferentes partes do cosmos.¹²⁵ De outra maneira, a dificuldade na aceitação das leis do *logos* pelo homem, com certeza maior será sua infelicidade, pois como afirma, toda virtude reside em aceitar a lei da natureza, da forma como ela se apresenta, ou seja, ao homem da época não cabia fazer questionamentos.

Ponto importante, é que para o *estoicismo* a felicidade é alcançada a partir da virtude da apatia, da indiferença universal, da libertação de toda preocupação.¹²⁶ Esses mesmos pensadores preconizavam que a moral pressupõe a indiferença em relação a todos os bens do mundo, onde os fatos percorrem um curso programado. Logo, a doença, a saúde, a riqueza, a pobreza, a fama e a obscuridade são produtos de uma ordem natural das coisas, não cabendo ao ser humano valorar a seu respeito, muito menos reagir contra o seu destino, pois, o homem, decorre do *Logos*.¹²⁷

Como a visão era universalista do *estoicismo* surgem às bases do Direito Natural Romano, que seria a parcela das leis do *logos* que norteia fundamentalmente a vida na sociedade. Nesse sentido, se há uma ordem cósmica racional que orienta todos os fenômenos da natureza, dela deverá derivar também uma razão que direcione as condutas humanas. Todavia, é justamente nessa premissa que surge a ideia de um Direito Natural inspirado por uma razão universal, aplicável igualmente a todos em todas as épocas e lugares.¹²⁸ Por outro lado, o *estoicismo* fundamenta o indivíduo na sua emancipação, pois ensina ao homem a existência de uma dignidade, não de cidadão, mas sim de ser humano.

¹²⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Stoicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 296.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 296.

¹²⁷ “O *Logos* é a capacidade que o homem tem de diferenciar-se dos animais. Portanto, é dotado de sentido, razão e pensamento. Nesse contexto, o *logos* deve ser interpretado como a *linguagem*”. Esse é o ensinamento de Engelmann ao compreender Gadamer. “Desse modo, a capacidade para o diálogo é um atributo natural do homem, meio onde a linguagem é considerada fundamental. A relação entre diálogo e linguagem aponta para uma circunstância fundamental, isto é, a perspectiva de novos rumos ao constitucionalismo: a capacidade de comunicação favorecida pela linguagem não tem limites, a qual poderá ser utilizada para pensar o comum, ou seja, “conceitos comuns e sobretudo aqueles conceitos comuns, pelos quais se tornam possível a convivência humana sem assassinatos e homicídios, na forma de uma vida social, de uma constituição política, de uma convivência social articulada na divisão do trabalho”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índices**. Tradução de Enio Paulo Gianchini. Revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 173; ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolsan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.

¹²⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 296.

E persevera que o homem tem deveres para com a lei e, conseqüentemente, para consigo próprio.¹²⁹

Conseqüentemente é aqui com os *estóicos* que ocorre uma junção da questão da *Physis* e *nomos*, já que eles foram os precursores. Por um lado os *estóicos* permaneciam fiéis a superioridade de uma vida privada de tranquilidade e reflexão¹³⁰, ao mesmo tempo em que além de ensinar, praticavam o autocontrole sobre todo tipo de paixão e a irracionalidade. De outra maneira, para os *estóicos* eles não tinham interesse na jurisprudência, ou pelo menos não estavam muito interessados, mas que foram importantes contribuintes no pensamento jurídico. Desta forma, o caráter universal¹³¹ representava a essência racional do homem e principalmente nos direitos iguais do homem.

Pode se afirmar, ainda que com algumas diferenças, que os filósofos clássicos estabeleciam a natureza como um padrão, não somente como o mundo físico, ou seja, a forma como as coisas são ou tudo que nela exista. Representavam que a natureza era a arma da filosofia¹³², do qual se valia contra a autoridade e a lei, corroborando assim, a origem do direito natural.

Conseqüentemente o próprio direito natural isoladamente parece não sobreviver sem o embrião da lei. Logo, não existe uma natureza individual isolada fora do grupo, não há indivíduos isolados a serem encontrados na condição natural, a não serem os monstros.¹³³ Talvez esteja aqui a grande questão que é o

¹²⁹ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 30.

¹³⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 46. (Coleção Díke).

¹³¹ O caráter universal que representa os direitos iguais do homem deve estar intrinsecamente ligado ao “*logos*”, portanto, a linguagem, pois sem ela não há mundo e, conseqüentemente, também não há direitos humanos. Assim sendo, significa dizer que o homem só pode ser compreendido como homem, a partir das possibilidades projetadas pela linguagem. Engelmann afirma: “A linguagem aponta para a totalidade do mundo onde ocorre a experiência da tradição”. Contudo, o autor adverte que na compreensão de Gadamer, a linguagem não é simplesmente um acontecer pelo simples fato da experiência, mas que ela deve ser por si só. Logo, acrescenta neste sentido: “A linguagem surge como a condição de possibilidade de toda experiência hermenêutica, ou seja, “é o *médium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índices**. Tradução de Enio Paulo Gianchini. Revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 173; ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolsan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.

¹³² DOUZINAS, op. cit., p. 48.

¹³³ *Ibid.*, p. 48.

fato da evolução da raça humana, onde para o seu aperfeiçoamento ela precisa estar inserida em comunidade política, organizada com o desenvolvimento da justiça e da virtude.

Essa mesma justiça era vista na filosofia clássica como o complemento do direito natural, tanto é que para investigar a questão da justiça, essa envolvia duas dimensões¹³⁴ que, ao mesmo tempo, permaneciam relacionadas: a primeira tratava do respeito à ordem política, ao passo que a segunda era voltada especificamente ao trato jurídico. Assim, a primeira tinha como precursor *Platão* e que, em momentos diferentes, também os *estóicos* os quais buscavam o método do direito natural, concomitantemente como o convívio social; ao largo que a segunda dimensão era tratada por *Aristóteles*. Todavia, a teoria clássica de justiça pode ser descrita sob a afirmação de Costas Douzinas como:

Uma doutrina ética e política que visa produzir por meio do debate, da persuasão e da ação política a ‘melhor república ou regime’ na qual a perfeição e a virtudes humanas na associação com os outros possam ser alcançadas. Suas ferramentas metodológicas são a observação da natureza e o argumento racional.¹³⁵

Para *Aristóteles* em sua obra *A Ética para Nicômano*¹³⁶ a qual influenciou de maneira indelével o Direito Ocidental, a questão da justiça ainda é discutida, ao passo que esse filósofo inicia fazendo uma distinção entre justiça geral e justiça particular. A última diz respeito às virtudes, ou seja, que a justiça representa a totalidade das virtudes. Em outro sentido a justiça geral é a disposição moral que tornam os homens aptos a fazerem as coisas justas, e que faz com que eles ajam com justiça e desejem o que é justo.¹³⁷ O pensamento filosófico afirma que a justiça geral alcança um patamar muito maior que a moralidade da modernidade, ao mesmo tempo em que o homem justo do tempo de *Aristóteles*, apresentava

¹³⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 49. (Coleção Díke).

¹³⁵ *Ibid.*, p. 52.

¹³⁶ A principal obra de *Aristóteles*, do qual trata principalmente da *Ética*, envolvendo a racionalidade prática e a sua concepção *teleológica e eudaimonista*, envolvendo a felicidade do homem que por sinal, referencia as virtudes. A essência suprema de *Aristóteles* estava na busca da felicidade que não envolvia prazeres, riquezas ou honra, e sim, o homem deveria viver uma vida virtuosa, onde o justo seria fazer aquilo, agindo, portanto com justiça.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 53.

todas as virtudes, exercendo-as para a ajuda dos outros e da sua própria cidade.¹³⁸

Nesse sentido, a justiça geral anunciada por *Aristóteles* contém, ao mesmo tempo, elementos que enfatizam a moralidade política e também a social e, mais importante ainda, que está relacionada com a própria lei. Porém, essa justiça tem uma dimensão maior, ao passo que a lei pode conter aspectos da essência humana e apresentar o justo e o lícito, sendo que, em algum momento eles podem confundir-se. Desta forma, “o homem ‘injusto’ é, em primeiro lugar, alguém que viola a lei e, em segundo lugar, alguém que fica com mais que aquilo que lhe é devido”. Porém vai mais longe, afirmando que uma lei pode ser injusta quando ela não promove o bem ao outro. No conceito de *Aristóteles*, ele não via diferença entre a lei e a justiça. Dessa forma, hoje a justiça é um princípio ou ideal ao quais as sociedades modernas aspiram à alma (ausente) do corpo das leis.¹³⁹

Assim, nessa envergadura da história, importante ressaltar que os direitos fundamentais do homem ainda não existiam. Entretanto, cumpre frisar que o homem da antiguidade vislumbrava alguns direitos envolvidos pela sua natureza. Logo, não há dúvidas em afirmar que alguns valores intrínsecos tão aclamados nos dias de hoje estão voltados às raízes da filosofia clássica, mais precisamente na grego-romana e no pensamento cristão.¹⁴⁰

É nesse sentido que valores como a dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade que sempre são discutidos, estão presentes na Carta Magna do nosso país como valores fundamentais da sociedade brasileira. A dignidade da pessoa humana que representa a fundamentação deste primeiro capítulo será amplamente discutida, afinal, refere-se à essência do homem. Justamente essa essência que se busca compreender que o homem pela sua simples existência sempre foi titular dos direitos naturais, perfazendo aquilo que se afirma hoje, a universalidade, indivisibilidade e a inalienabilidade desses direitos.

Consequentemente é neste caminho para o reconhecimento dos direitos do homem, principalmente às ocorrências do século XVIII, que são de primordial

¹³⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 53. (Coleção Díke).

¹³⁹ *Ibid.*, p. 54.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

importância mencionar, além de que a doutrina jusnaturalista foi à base de toda forma de evolução que permeiam todo o imaginário da história. E na Idade Média¹⁴¹ que encontram-se marcos importante que materializam o homem como ser pensante e dotado de razão. É nesse período que criam se ideias de postulados de ordem suprapositivo que tinham por objetivos orientar e limitar o poder das autoridades, passo que, serviam como base de legitimação de seu exercício.

Na história, um momento ímpar foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino que mantinha a concepção cristã que o homem era igual e semelhança de Deus e, afirmava duas concepções que o fundamentavam: uma que dizia que o direito natural caracterizava a natureza racional do homem; a outra, formulada no direito positivo onde a desobediência ao direito natural por parte de governantes, isso em casos extremos, justificaria o direito de resistência da própria população.¹⁴² Para Aquino, que tinha forte influência *Aristotélica*, em muitos momentos as semelhanças de pensamento eram as mesmas, principalmente, na referencia de uma justiça geral suas ideias se entrelaçavam:

Aquilo que é correto nos mecanismos da justiça, aliado à referencia direta do agente [que pertence a todas as outras virtudes], é constituído por uma referencia à outra pessoa. É o caso, portanto, que em nossos mecanismos, o que responde ao outro, de acordo com as exigências de uma igualdade certa (*aequalitatem*), é o que é chamado direito *justum*.¹⁴³

Foi assim que o valor fundamental da dignidade humana assumiu uma tendência no pensamento tomista que na esteira da tradição jusnaturalista, incorporado pelo humanista Pico Della Mirandola, por volta do período renascentista e, assumindo o pensamento de Santo Tomás de Aquino enalteceu que a personalidade humana tem uma essência própria, inalienável a qual se justifica na dignidade de ser humano. Portanto, representa um valor natural, incondicionado

¹⁴¹ A Idade Média aqui referida é aquela que compreende o tempo decorrido entre os séculos V a XV da era Cristã. Por outro lado, sustenta uma classificação a qual se divide em três períodos: Alta idade média, Idade Média Plena e Baixa Idade Média.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 38.

¹⁴³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 71. (Coleção Díke).

do qual resulta da personalidade do homem.¹⁴⁴

Conseqüentemente, o raciocínio que se pode perceber é que foram os momentos substanciais da trajetória dos direitos naturais que representavam a expressão da natureza do homem e, materializada por pensadores que contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento desse mesmo ser. Guilherme de Ockham (1285(90)-1347)¹⁴⁵ que trabalhava com a origem do individualismo estabelecendo o desenvolvimento do direito subjetivo, inato ao homem, aparecendo, portanto, reproduzido na obra do pensador Hugo Grócio (1583-1645)¹⁴⁶ que já no final da idade moderna advogava sobre a faculdade ou aptidão que o homem tem para possuir ou fazer algo justamente.¹⁴⁷

Contudo, o desenvolvimento de dignidade humana tomou curso caracterizador a partir dos séculos XVI ao XVIII, que na voz dos direitos naturais esses se mantinham inafastados do homem, perfazendo assim, um marco indelével de sua característica de liberdade e dignidade da pessoa humana. Por sua vez, no crivo dos direitos naturais, as autoridades, necessariamente, deveriam estar submissas aos ditames desse mesmo direito. É neste contexto que se pode

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

¹⁴⁵ BONI, Luiz Alberto de; OCKHAM, Guilherme de. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 615-618. Muitos consideram Ockham como o fundador dos direitos subjetivos. Ockham estabelece algumas premissas basilares como: "Absoluto é somente o poder de Deus; entre os homens, o poder é limitado, a priori, pelos direitos pré-estatais dos cidadãos, pelas liberdades concedidas aos mortais por Deus e pela natureza". Nesse mesmo sentido, afirma que: "A legitimidade do poder, uma vez constituído, não é algo que possui duração garantida para sempre. Aquele que foi investido de autoridade precisa corresponder àquilo que se espera da autoridade". Com a mesma ideia, era preciso entender que "Os poderes que os governados conferem ao governante têm, pois, um limite: a liberdade e os direitos dos cidadãos. Os amplos poderes conferidos à autoridade não são uma carta em branco, pela qual o príncipe fica autorizado a fazer o que bem entende e apropriar-se do que cobiça". A ideia central de Ockham era o bem comum, pois aos súditos repousa a origem do poder, que somente são legítimos os poderes quando decididos por um consenso livre espontâneo dos indivíduos.

¹⁴⁶ PENALTA VITA, Caio Druso de Castro. Hugo Grócio. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 387-390. "Hugo Grócio contribui de forma decisiva para a construção de uma linguagem nova sobre os direitos das gentes e dos homens. Foi ele quem, de forma consciente, embora ainda hesitante, abriu os caminhos para uma concepção racionalista dos direitos, e para uma concepção normativa das razões e dos embates entre as nações, na guerra e na paz. De outro modo, os teóricos do iluminismo o consideram como o real fundador do Direito Natural moderno, o verdadeiro pai dos direitos das gentes, hoje se pode dizer que, sem embargo de portar toda a tradição moral da escolástica, Hugo Grócio também antecipou uma visão nova das coisas e das leis dos homens".

¹⁴⁷ SARLET, op. cit., p. 38.

afirmar a contribuição deixada por alguns historiadores da época, nos mostra a verdadeira base de sustentação que hoje se encontra o homem.

Apenas como exemplos, pois não são apenas esses dois historiadores que estabeleceram uma amplitude no que se refere aos direitos do homem, de esclarecimentos do quanto naquele momento já suscitavam que o homem é merecedor de todos os direitos, sendo estes, inalienáveis em sentido absoluto, assim, destacam-se:

Os jusfilósofos alemães Hugo Donellus (1589), ensinava seus discípulos na cidade de Nuremberg, afirmando que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e a imagem [...]. Nesse mesmo sentido, o pensamento de Johannes Althusius (1603), defendia a ideia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação, pregando, ainda, que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência.¹⁴⁸

Diante deste contexto, percebe-se que os direitos do homem do período jusnaturalista o tem acompanhado no seu desenvolvimento. Esses direitos que motivaram os debates nas teorias contratualistas, e que nos dias atuais estão pormenorizados no texto constitucional. Ou seja, aquilo que o homem sempre desejou nas suas gerações está sedimentada de maneira muito clara no século XXI como direitos fundamentais ou garantias do próprio homem.

Assim, apenas para explicitar a ideia, elenca-se aquilo que no século XVIII já se pontuava como direitos indiscutíveis do homem. Contudo, na nossa seara constitucional, alguns de forma expressa, somente apareceram no final do século XX, concretizando os ideais de um país democrático.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39.

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.¹⁴⁹

Esses são alguns exemplos que levam a compreensão do entrelaçamento do tempo passado e, principalmente, a história recente sobre os direitos humanos.¹⁵⁰ Se há um substrato na legislação que garante que o homem é portador de direitos, logo, representa uma intrínseca relação que envolve a dignidade como fundamento dos direitos humanos. Todavia, quando se estabelece na legislação pátria, é perfeitamente compreensível que essa mesma dignidade representa uma estreita conexão com a cidadania¹⁵¹, a qual nos dá uma ideia de direitos. Afinal é essa junção entre cidadania e dignidade que envolve um mesmo patamar de compreensão, uma universalidade de valores.

Nessa esteira, o que se analisa é estabelecer que a dignidade humana deva ser compreendida sob o manto da universalidade, não cumprindo aqui destacar outras espécies, ou mesmo qualidades do homem. Para tanto, o elemento caracterizador dessa premissa, segundo Kant está legitimamente estabelecido na autonomia, pois esta supõe moralidade e ao longo de sua existência outros comportamentos podem aderir. Assim, o homem, tem a capacidade de autodeterminação, dotado de razão e consciência que muitas vezes podem ser suprimidas ou mesmo afetadas.¹⁵²

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9-11.

¹⁵⁰ François Ost quanto trabalha na sua obra "O tempo do Direito", parte do princípio de três teses: a primeira ela fala do Tempo, que representa além de um fenômeno físico, também é uma instituição social. O tempo é que mostra tudo o que homem constrói, perde, ganha e recupera etc. O tempo está umbilicalmente voltado as conquistas e desastres humanos. Por outro lado, a segunda tese, é o Direito que na sua vertente contribui para a instituição social. Com diz Host, "o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade". A terceira é, exatamente, a imbricação das duas primeiras, ou seja, uma interação dialéctica entre tempo e direito. Ambos se conjugam. Como afirma o autor: "o direito afecta directamente a temporalização do tempo, ao que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito". A expressão do direito somente se acentua com o tempo. É exatamente essa premissa que se pode observar a partir do Estado de Natureza, da Sociedade Civil e o Estado Moderno e, a partir de então, com os Direitos Humanos como fundamentos de sobrevivência do homem. OST, François. **O tempo do direito**. São Paulo: Instituto Piaget, 1999. p. 12-15.

¹⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

¹⁵² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**: texto integral. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret. 2005. p. 61-63.

No mesmo olhar, Kant assevera que o homem deve ser um fim em si mesmo, ou seja, afirma que esse possui dignidade e esta característica fundamental é o que fará distinto dos demais. Fato este que o torna portador da racionalidade e que desta deriva a moralidade, perfazendo assim, algo em si mesmo. Nesse mesmo sentido, este mesmo homem manifestar-se-á na expressão da sua plenitude, livre e independente.¹⁵³

Nesse pensamento, importante entender na análise Kantiana que “o conceito de liberdade é a chave no pensamento e com ele se pode chegar à definição de dignidade humana”.¹⁵⁴ Desta forma, o homem tendo liberdade e autonomia poderá estabelecer normas e diretrizes universais que ele próprio poderá submeter-se. Ou seja, o respeito recíproco dependerá da racionalidade que esse mesmo homem implantará dentro do seu próprio sistema. Logo, duas máximas deverão estar presentes: “Não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana”.¹⁵⁵ Quanto à última máxima, pode-se afirmar que uma dessas “necessidades vitais” é a proteção do direito à vida, viabilizado pelo direito à segurança.

Assim, a dignidade sob o aspecto universal representa uma qualidade que não pode ser renunciada pela condição humana. Mas, respeitada, mantida, promovida, protegida, edificada, consolidada, pois é o resultado que decorre intrinsecamente da natureza do ser humano. Da mesma forma, todo o questionamento oriundo da história e manutenção de justificação dos direitos humanos está substanciado diretamente a ideia de dignidade humana, não restando outra opção, senão o seu entrelaçamento genuíno.

Nesta perspectiva, pode se evidenciar que o homem é dotado de dignidade. Dignidade esta que precisou constar no Texto Constitucional no limiar do século XXI materializando um dos fundamentos da República. Todavia, essa dignidade humana não é coisa nova, ela remonta suas raízes na “história da filosofia Ocidental”¹⁵⁶, como referendado na introdução deste trabalho. Ainda, no mesmo sentido, essa mesma dignidade não foi construída de uma só vez, e sim, em diferentes épocas valores

¹⁵³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**: texto integral. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret. 2005. p. 64-65.

¹⁵⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 69.

¹⁵⁵ Ibid., p. 70.

¹⁵⁶ Ibid., p. 58.

foram agregados, novas avaliações foram introduzidas pelos historiadores, remodelando o que se conclui hoje, como valor supremo do homem.

De fato, é esse horizonte que permeia toda uma discussão que está imbricada diretamente com a evolução do homem, materializando a sua essência. É esse viés da dignidade da pessoa humana que está presente como vetor nas mais diversas constituições, de forma quase universal, formalizando o fundamento dos direitos humanos. É nesse sentido, que essa dignidade humana está muito bem representada no pensamento de Vicente de Paulo Barreto, onde preconiza de forma muito objetiva e magistral o seguinte:

A dignidade humana é, principalmente, um direito do homem que surge em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa, que se situem para além dos direitos individuais. Essas novas categorias de direitos fundamentais, reconhecidos nos textos constitucionais, aparecem paralelamente ao surgimento de ideias jurídicas como a de humanidade ou de espécie humana. E assim continua, o princípio da dignidade humana constitui, também, a fonte legitimadora de todos os demais direitos fundamentais.¹⁵⁷

Compreendendo esta similitude, chega-se a conclusão de que não há possibilidade nenhuma de qualquer materialização dos direitos fundamentais sem uma ordem justa e equânime como balizador de preceitos fundamentados na dignidade humana, como resposta ao passado e presente, principalmente hoje, no pensamento da Democracia a qual representa o Estado Brasileiro como signatário dos direitos humanos.

Dessa maneira, não podia ser diferente o interesse demonstrado no que realmente configura a dignidade humana. Bem supremo do homem. Como bem assinala Fabio Konder Comparato: “a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado”.¹⁵⁸

Consequentemente é essa autonomia que antes já afirmada por Kant, e no mesmo sentido por Comparato, confirma ao homem essa dignidade, pois o homem

¹⁵⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 72.

¹⁵⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

não tem preço, ele é dotado da razão de ser.

Ao iniciar esse segundo momento da pesquisa, no sentido de buscar o horizonte histórico da dignidade humana, reafirma-se intenção, que muito longe de esgotar o assunto, pois é de fundamental interesse que essa abordagem não se limitará somente a esse momento. E, sim, ao longo deste trajeto, essa mesma dignidade fundamentará de maneira incontestável toda a evolução dos direitos estabelecidos na Carta magna. E, por fim, o nosso objetivo maior que é o direito à segurança no Estado democrático de Direito Brasileiro.

3.2 Os Direitos Humanos Frente à Constituição Brasileira

Como apontado anteriormente, não se pode fugir do assunto dignidade humana, pois ela é a essência da materialização dos Direitos Humanos e, indubitavelmente a fundamentação dos direitos fundamentais que doravante serão analisados. Não se pode contestar que a trajetória da dignidade humana ao longo da história denota sofrimento e dor. É exatamente o sofrimento da humanidade o sustentáculo do surgimento dos chamados Direitos Humanos na sua acepção maior. Essa é a lição de Fábio Konder Comparato:

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.¹⁵⁹

No mesmo sentido, Wilson Engelmann corrobora ao trazer em seus ensinamentos que os Direitos Humanos de hoje são resultados das conquistas ao longo do tempo. Na sua ponderação, afirma:

Os Direitos Humanos no Século XXI representam o resultado histórico de lutas e conquistas que os humanos vêm desenvolvendo ao longo de sua trajetória. As pessoas “civilizadas” de hoje encontram-se vinculadas a essa caminhada, sendo seu produto ideológico. Na análise da afirmação da pessoa como destinatária de algumas normas e prerrogativas, chamadas de direitos humanos, é possível constatar que todas são os resultados

¹⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

de lutas e, especialmente, muito sofrimento.¹⁶⁰

Portanto, não há dúvidas que o aprendizado que o homem tem hoje, está intimamente ligado ao seu passado.¹⁶¹ Uma marca natural que jamais possa ser revivida e sim aperfeiçoada, pois o homem, quiçá sabe tudo, ele ainda não chegou ao patamar da perfeição, quisera lá estar. Todo tipo de atrocidades e tratamentos desumanos compõem uma história que deve ser recordada como forma de experiência, dolorosa é claro, mas que perfaz muito bem por ser um agente dotado de razão e prudência, dando assim, um substrato necessário daquilo que o presente requer deste mesmo homem.

Não podia ser diferente. Os Direitos Humanos¹⁶², como já afirmados, estão

¹⁶⁰ ENGELMANN, Wilson. **A origem jusnaturalista dos direitos humanos**: o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2011.

¹⁶¹ O aprendizado do homem nos dias atuais coaduna com o pensamento de Ost quando ele ensina sobre as instituições do perdão e da promessa. Ele atribui essas duas instituições como essenciais na regulação jurídica do tempo social. O perdão é a capacidade de o homem libertar-se das consequências do passado, a capacidade de agir a partir das promessas de futuro; o homem não pode estar preso ao passado, como forma de vingança, de ressentimento. É verdade que o próprio homem não pode esquecer o que fez, principalmente, os horrores com seu próprio semelhante, pois se esquecer ele pode voltar a cometer as mesmas atrocidades. De outro lado, a promessa, que vigora como uma capacidade do homem, da sociedade, acreditar no futuro, comprometer-se consigo próprio, a sedimentação normativa como forma de manutenção e preservação da própria espécie. De outra maneira, Ost ensina os dois institutos dessa forma: “o perdão que relança ao passado relacionando-o com uma liberdade mais forte que o peso do facto verificado, a promessa que orienta o futuro relacionando com uma lei mais forte que a caótica incerteza do amanhã”. OST, François. **O tempo do direito**. São Paulo: Instituto Piaget, 1999. p. 42-43.

¹⁶² Os direitos humanos apontados por Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de não confundir com os direitos fundamentais no sentido de terminologia. Contudo, não nega uma distinção ao afirmar “*não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que o seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)*”. Por outro lado, importante ressaltar que há sim uma distinção. Enquanto os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, ou seja, expressamente figurados no texto de uma constituição, de um determinado Estado. Por sua vez, os direitos humanos guardam estrita relevância com os documentos de direito internacional, mas que tem sua base no direito natural, assim considerados àqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana. Portanto, os direitos humanos relacionam-se universalmente e são reconhecidos como valores essenciais de todos os seres humanos, que tem, assim, uma fundamentação material da gênese humana, voltadas ao jusnaturalismo. É nesse sentido, infelizmente, a efetivação dos direitos humanos encontram-se na dependência da boa-vontade e da cooperação de alguns Estados para a sua fundamentalidade formal e, ver assim, a sua concretização em direitos fundamentais de aplicabilidade imediata. Consequentemente, os direitos fundamentais são aqueles materializados formalmente, nascem e se desenvolvem com as Constituições, pois ali são reconhecidos e assegurados. Assim, há uma junção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, se aqueles são os direitos inatos como pessoa, à sua dignidade; esses são o que se chama de “modelo positivista”, precisam ser incorporados às constituições para uma verdadeira efetivação. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27-35.

intrinsecamente relacionados com a sua essência que é a dignidade humana¹⁶³, e essa por sua vez, é entendida como marca peculiar que integra formalmente a própria condição do homem. Se, de uma maneira muito explícita essa dignidade deve ser reconhecida, respeitada, promovida e, acima de tudo dar a ela a devida proteção, perfaz nesse sentido, uma condição de materialização dos direitos fundamentais¹⁶⁴, que são os chamados Direitos Humanos hoje tão aclamados como uma necessidade de qualquer sociedade contemporânea. Nesse sentido, a dignidade humana é pedra angular de inestimável valor quando o assunto é tratar, respectivamente, dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais que estruturam, no nosso caso, a Constituição brasileira.

A intrínseca relação desses importantes balizamentos é que leva a comungar e refletir sobre a legitimação dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, pinçar a sua completude no limiar do século XXI. Afinal de contas, o que foram os Direitos Humanos e aonde se quer chegar? A resposta a essas questões será analisada a partir daquilo que se conclui ser a presente estrutura do Estado Democrático de Direito Brasileiro, perfazendo aqui o objetivo traçado, e longe de esgotar o assunto como outras vezes já se comentou.

¹⁶³ A dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco da pessoa, portanto, inerente daquela que é portador. Contudo, afirma Ingo Wolfgang Sarlet que essa dignidade pode, em algum momento, ser violada. O que não pode, evidentemente, é ser criada, concedida ou retirada, pois perfaz a qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana. Nesse mesmo sentido, o presente autor lembra que a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito, mas pondera que o Direito deve exercer papel crucial na sua proteção e promoção. Aqui vigora na opinião majoritária de que a dignidade independe de circunstâncias concretas, ou seja, para dizer que “mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52-54.

¹⁶⁴ A dignidade quantifica o homem enquanto ser, digno, indigno, capaz, incapaz, portanto, uma intrínseca ligação da sua essência caracterizadora dos direitos humanos. Diferentemente, os direitos fundamentais perfazem um arcabouço jurídico emanados pelo Estado, mas que guardam íntima relação com o princípio fundamental da dignidade humana. É nesse sentido que Ingo Wolfgang Sarlet preleciona os chamados “pontos de contato”, dizendo que a dignidade da pessoa humana está erigida no texto constitucional como princípio fundamental que se destaca pela sua magnitude e fundamento dos direitos humanos, que por sua vez, formam a necessidade que hoje são os direitos fundamentais. Logo, para que haja a manutenção da dignidade é preciso que no texto constitucional estejam materializados os direitos fundamentais do homem. Contudo, o mesmo autor, afirma que os direitos fundamentais podem se apresentar de diversas formas no catálogo constitucional e que nem todos os direitos fundamentais estão relacionados diretamente com a dignidade humana, mas que essa mesma dignidade imprime sentido na sua regulamentação. Dessa forma, a dignidade humana e os direitos fundamentais apresentam com um traço comum, pois convivem de forma indissociável, formando um código genético que estrutura a ordem democrática. *Ibid.*, p. 75-140.

A resposta para essa indagação apresentada se curva a muitas ponderações. Primeiro, sobre os direitos humanos. Eles são uma consequência dos direitos naturais, logo, uma evolução histórica? Ou os Direitos Humanos comportam uma estreita relação com os documentos de direito internacional?¹⁶⁵ Segundo, é essa análise primeira sobre os Direitos Humanos e o seu ponto de partida que parece destacar uma importância, para depois fazer, ai sim, um resultado dessa estrutura, hoje apresentada como direitos fundamentais.

Na primeira vertente parece oportuno pinçar os Direitos Humanos, haja vista que muitos são os critérios de diferenciação com o seu co-irmão direitos fundamentais. Não se discute que entre eles há uma íntima relação muito utilizada em centenas de Constituições ao longo dos últimos dois séculos, principalmente após o segundo pós-guerra, muitos tiveram como inspiração a Declaração Universal do Homem de 1948, que diante de tantas atrocidades cometidas pelo homem, esses mesmos entenderam necessária uma reflexão sobre o futuro da humanidade. A Declaração Universal e outros documentos que marcaram inexoravelmente a humanidade serão pinçados, pois guardam papel fundamental da concretização dos direitos humanos.

Para a compreensão pretendida, importante frisar que os Direitos Humanos podem ter suas raízes fundamentadas na história antiga¹⁶⁶, assim como, os balizamentos utilizados para diagnosticar a dignidade humana, antes já referida, mostram a desnecessidade de pontuar mais detalhes sobre a origem dos Direitos Humanos nesse primeiro momento da história. Contudo,

¹⁶⁵ Sarlet pactua da compreensão de que não é correta à afirmação de que os direitos humanos devam ser equiparados aos direitos naturais. Entretanto, não descarta que na sua vertente histórica os direitos humanos trazem o reconhecimento de uma série de direitos naturais do homem, que depois de positivados assumem uma dimensão pré-estatal ou mesmo supra-estatal. O autor é partidário que os direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional, portanto, referem-se às posições jurídicas que são reconhecidas ao ser humano com tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional tendo, contudo, validade universal para todos os povos e tempos, ou seja, perfaz um caráter internacional. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

¹⁶⁶ Muitos são os autores que fazem uma digressão na história, onde pinçam marcos fundamental de enraizamento dos direitos humanos. Nesse caso, não é diferente a posição dos autores na obra mencionada, visto que, formalizam esses momentos em modelos de evolução dos chamados Direitos Humanos. ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMULLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 65-86.

nunca é demais mencionar que é na perspectiva do Estado de Natureza¹⁶⁷ – porque até esse momento não se falava em direitos fundamentais¹⁶⁸, partindo-se da concepção de que as leis não eram positivadas – com o pacto elaborado pela necessidade da saída do homem do estado de natureza para o contrato social os Direitos Humanos tornaram-se mais evidentes.

A passagem do Estado de Natureza para o Contrato Social e sua evolução para o Estado Civil já foi devidamente pontuadas no capítulo I. Todavia, ainda que não fosse esgotado todo o assunto, não me parece oportuno, pelo menos nesse momento e para a compreensão que se quer deste evento voltar ao assunto. Contudo, um marco deve ser pinçado aqui. O que marcou todas essas mudanças na Era Moderna?¹⁶⁹ A resposta parece bem clara. A violência, o sofrimento das pessoas e, conseqüentemente, o direito à vida.¹⁷⁰ Esse era o elemento que motivava o homem a buscar reforço, ou seja: “No fundo, eram os humanos

¹⁶⁷ DIAS, Maria Clara. Direitos humanos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 246-248. No Estado de Natureza os direitos humanos não são atribuídos aos integrantes de uma comunidade simplesmente por uma pessoa ou jurisdição, esses direitos são denominados naturais. Parte-se daí que na concepção de Locke esses direitos são anteriores a formação do Estado. Como pode ser visto nas seguintes passagens: “No estado de natureza todos os homens são iguais e independentes, não detendo ninguém o privilegio de causar qualquer dano à vida, à liberdade ou à propriedade de outros. Vida, liberdade e propriedade constituem, assim, o primeiro conteúdo dos chamados direitos naturais”. Nesse mesmo sentido “Um homem deve ser livre enquanto for capaz de agir de modo racional O único limite a seu agir é a lei da natureza e os direitos naturais correspondentes, pois esses podem restringir a sua liberdade tanto com relação a si mesmo quanto em relação aos outros. A lei da natureza não é considerada uma restrição à liberdade, mas sim a condição de sua própria realização: casos os seres humanos não se orientem pela lei da natureza, eles violam a liberdade e racionalidade de suas ações”.

¹⁶⁸ Para Sarlet, o mesmo não trabalha com uma divisão, ou seja, compreender os direitos humanos antes e depois do advento do positivismo jurídico. Para Ingo, o mesmo fala da origem e da evolução dos direitos fundamentais, isso pontuado ao longo do tempo (citação 146), não faz a distinção que ora se propõem a fazer. Segue afirmando, que realmente não foi na antiguidade que surgiram os direitos fundamentais, mas que o mundo antigo contribuiu por meio da religião e a filosofia com ideias chaves que de maneira direta influenciou o pensamento jusnaturalista, principalmente na concepção de que o ser humano, somente pelo simples fato de existir é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, que esta fase costuma ser denominada de “pré-história” dos direitos fundamentais. A compreensão do assunto não tem dois caminhos, ainda que tratados diferentemente, apenas uma questão de terminologia. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36-38.

¹⁶⁹ Como marco da Era Moderna, é considerado a partir do historiador René Descartes, 1596-1650. Os autores quando mencionam o segundo modelo: do Estado Natural ao Estado Civil, onde a lei passa a expressar a vontade do detentor do poder ou do representante da maioria, perfazendo, assim, o processo de legitimação da autoridade e da criação da lei. ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMULLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 70.

¹⁷⁰ Ibid., p. 65-86.

buscando normas comuns e, ao mesmo tempo, a preservação do direito natural à vida como um triunfo contra o não exercício da proteção estatal, um limitador para sua atuação”.¹⁷¹

Nessa quadra, é perfeitamente possível afirmar que os Direitos Humanos são conquistas que o homem incorpora ao longo do tempo. Não há dúvidas sobre essas premissas do que realmente são os chamados Direitos Humanos. Por outro, entretanto não muda sua essência, esses mesmos direitos recebem uma denominação diferente na concepção de Norberto Bobbio. Ele os denomina de “direitos do homem”, mas como já dito, nada muda, apenas uma questão de terminologia. Assim, Bobbio confirma que do ponto de vista teórico:

Sempre defendi – e, continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁷²

Nesse sentido, são os argumentos elencados por Bobbio que representam a grande dúvida sobre os fundamentos dos direitos do homem.¹⁷³ Fundamentar os chamados direitos do homem pode ser uma grande aventura, polemizada nos seus aspectos mais intrigantes, porque não é possível fundamentar de forma absoluta o que são realmente esses direitos. Sobretudo no campo dos desejos, porque os Direitos Humanos são coisas desejáveis.¹⁷⁴ Desta forma, todos esses direitos devem ser perseguidos na sua plenitude, porém, a grande questão é saber se esses direitos serão reconhecidos, materializados e confirmados pelo próprio homem. Bobbio é enfático em dizer que “os direitos do homem constituem uma classe variável, demonstrada suficientemente nos últimos séculos”¹⁷⁵.

Nessa esteira, o jurista italiano está coberto de razão, as mudanças são estabelecidas na história da humanidade de acordo com os interesses e objetivos. Aqueles que em determinadas épocas eram absolutos, talvez hoje,

¹⁷¹ ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMULLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 73.

¹⁷² Importante observar que aqui o autor utiliza o termo “Direitos do Homem”, em vez de Direitos Humanos. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

¹⁷³ Ibid., p. 17.

¹⁷⁴ Ibid., p. 15-18.

¹⁷⁵ Ibid., p. 18.

em momentos distintos nem sequer sejam lembrados. Ao contrário, outros que não existiam em épocas passadas, estão perfeitamente balizados como fundamentais nos dias de hoje. Tomam-se como exemplos, direitos que eram assegurados no Estado de Natureza, como à vida, à liberdade e a propriedade eram tomados como absolutos. Entretanto, nos dias de hoje, a propriedade pode sofrer restrições tornando, assim um direito relativo. Contudo, à vida, à liberdade, à segurança e outros que foram no campo dos direitos sociais permanecem como fundamentais, forçando o Estado ao amparo obrigatório em relação a qualquer tipo de objeções.

Tudo isso é muito claro, parte da premissa de que a sociedade é heterogênea e, conseqüentemente, os interesses dos direitos do homem também. É nesse sentido que Bobbio esclarece que para o homem os seus direitos são diversos, ou seja, alguns valem em qualquer situação, portanto têm o critério de absolutos, logo não podem ser limitados nem diante de situações excepcionais.¹⁷⁶ Um exemplo clássico de um direito absoluto, perfeitamente balizado no texto constitucional brasileiro é o direito à vida. Não me parece peculiar nem pensar em relativizar¹⁷⁷ esse tipo de direito.

Porém, no campo dos direitos do homem¹⁷⁸, outros tantos podem ser relativizados na medida de emergência ou uma situação crucial que não se pode pensar de maneira diferente. Ademais, poucos direitos fundamentais escapam de entrar em uma zona de conflito com outros, tornando necessário um balizamento de acordo com o caso concreto. De outro modo, é perfeitamente possível compreender que direitos do homem não deixam de existir¹⁷⁹ em face de alguma categoria de pessoa e, sim são complementados, inovados, acrescentados e, quando o caso, restringidos. Assim, cabe ao

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 10. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 20.

¹⁷⁷ A primeira certeza que se tem a mente é que o direito à vida não pode ser relativizado. Isso é uma verdade. Entretanto, um único momento me parece possível se pensar no sacrifício do nascituro em favor de sua genitora. Opção plausível dentro do direito penal no Estado Democrático de Direito. Hipótese essa permitida pelo ordenamento legal, conforme anuência do art. 128, I do ordenamento penal.

¹⁷⁸ Apenas para uma melhor compreensão, logo ao iniciar o terceiro capítulo se faz uma distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem.

¹⁷⁹ Bobbio na sua respeitável obra "A era dos Direitos" utiliza o termo "suprimir", no sentido de que um determinado direito deixa de existir, portanto, suprimido daquele momento por uma nova prática ou mesmo pela sua inexistência no mundo jurídico. Entretanto, o mesmo autor fala da ponderação de determinados direitos fundamentais, assim, chega à conclusão que afirmar que um direito tem fundamento absoluto não parece a melhor ideia. *Ibid.*, p. 21.

ordenamento de cada Estado conforme a necessidade daquele momento restabelecer, inovar ou impedir a sua consecução.

Todavia, são questionamentos como esses de fundamentação voltados aos direitos do homem que Bobbio enfatiza que não adianta tentar buscar um fundamento absoluto, mas sim, de analisar cada caso de acordo com a sua apresentação e estabelecer os fundamentos possíveis. Logo, na compreensão de Bobbio, este já afirmava que: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.¹⁸⁰

Portanto, os direitos dos homens são decorrentes do seu estado natural, incorporados ao próprio homem pela sua essência. Logo, como já dito antes, eles representam um avanço da humanidade, ou seja, das suas gerações, perfazendo uma amplitude universal. Sobretudo porque, esses direitos são hoje traduzidos em documentos de suma importância pelos Estados, denominados constituições. Logo, são esses Direitos Humanos denominados fundamentais, até porque nascem da necessidade de ampliação e fortes debates de convicção humanitária que representam o presente e o futuro das respectivas gerações.

O porquê da apresentação desses Direitos Humanos é a grande questão, ou seja, o homem precisa compreender que não são as arbitrariedades e atrocidades que comporão o seu presente e futuro. Surge dessa forma, ao longo do tempo, desde a concepção do Estado Civil que era governado por um soberano ou assembleia a materialização de leis, que representam um avanço e ao mesmo tempo um locupletamento da necessidade humana. Os passos dados ao longo da história mostram que o homem é um ser mutante e apresenta uma premente necessidade de valores.

As transformações doravante pinçadas aperfeiçoaram de maneira substancial a concretização dos Direitos Humanos a partir do século XVI ao XVIII, como ensina Engelmann, foi o período de consolidação do constitucionalismo

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 10. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23.

moderno.¹⁸¹ É claro que em períodos anteriores, como na Idade Média, a religião e a filosofia nos deixaram importantes legados como os valores da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, hoje tão valorizados nas constituições de diversos Estados. Não obstante, são considerados valores essenciais de uma sociedade democrática, fundamentos necessários para qualquer Estado Democrático de Direito, pois são relevantes e indissociáveis de qualquer cidadão livre.

A primeira mudança que envolve uma nova moldagem aos Direitos Humanos ocorre com a Revolução Francesa de 1789, colocando em queda o Absolutismo, regime esse que não poderia perdurar diante de tamanha rigidez. Paulo Bonavides expressa de forma brilhante o recebimento do Estado Constitucional, inclinados pelas novas mudanças.

A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável.¹⁸²

¹⁸¹ Engelmann ensina que a verdadeira caracterização do constitucionalismo é estar genuinamente voltado ao Direito, pois sua origem remonta a algumas características fundamentais, as quais são bem definidas a partir de um pressuposto original, ou seja: *A busca de uma Constituição escrita*, onde tinha como meta dar certeza e segurança às relações, pois, com as normas eram consuetudinárias de períodos anteriores elas não reforçavam segurança para as novas relações. A partir da Constituição escrita, duas outras características podem ser evidenciadas, assim: *a) a sua legitimidade e sua função*, para a legitimidade essa concorrer com outros dois elementos: o seu conteúdo das normas onde busca uma racionalidade e justiça; e, sua fonte formal, pois deve ser originária da vontade soberana do povo, que pode ser através de uma assembleia constituinte ou mesmo do *referendum*. *b) garantia de determinados direitos humanos*, a preocupação era evidente, já uma necessidade premente, onde o Estado passa a ter obrigação de respeitar os seus cidadãos. Com isso, está presente que uma aspiração à constituição escrita é a razão para a garantia de direitos voltados à coletividade, dando, desta forma o substrato necessário para uma constituição rígida e inflexível, não sendo possível sua modificação pelo Poder Legislativo ordinário. ENGELMANN, Wilson. **A crise constitucional**: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 228-229.

¹⁸² BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 42.

Essa transformação deixa para trás o chamado Estado Moderno¹⁸³, dando assim, uma nova concepção ao Constitucionalismo¹⁸⁴, ou seja, antes um Estado absoluto, agora um Estado constitucional.¹⁸⁵ Esse marco, portanto, o novo Estado Constitucional, dá relevo, em um primeiro momento, a dois grandes eventos¹⁸⁶ que serviram de materialização para a sua concretude. Todavia, de absoluto e inegável valor, ou seja, o que robusteceu efetivamente uma guinada nas condições que existiam, trazendo à tona o pensamento de liberdade, foi à

¹⁸³ A primeira versão do Estado Moderno é definida como o Estado Absolutista. Contudo, primeiramente frisar que foram as deficiências da sociedade política medieval que influenciaram as características principais do Estado Moderno, portanto, o seu nascimento. Assim, se tem os elementos materiais que são o território e o povo; e os elementos formais que são o governo, o poder, a autoridade ou soberano. O chamado Estado Moderno possui características que os antigos modelos de governos não tinham. Por exemplo: a autonomia, ou seja, não permite de forma alguma que sua autoridade tenha dependência de nenhuma outra; a outra, é que o Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, ainda que seja a própria expressão desta; ainda, no estado medieval, tudo que se encontra no território (homens e bens) são de propriedade do senhor, é o chamado estado patrimonial. Isso não ocorre no Estado Moderno, onde há uma identificação absoluta entre o estado e o monarca e, este por sua vez, representa a soberania estatal. A grande questão, conforme os autores mencionam, a partir da análise de Bobbio, seria a questão da descontinuidade entre Estado Antigo e Estado Moderno. Assim preceituam: “que o nome Estado é um novo nome para uma realidade nova: a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes”. A segunda versão do Estado Moderno foi modelo liberal, que segundo os autores “pode ser situado como uma doutrina que foi se forjando nas marchas e contramarchas contra o absolutismo onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança na doutrina dos direitos e do constitucionalismo*, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39-67.

¹⁸⁴ Paulo Bonavides faz a seguinte compreensão: “o centro de gravidade desse Estado Constitucional, sob a figura do Estado Liberal, fora positivamente a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação dos Poderes, a harmonia e equilíbrio funcional, do Legislativo, Executivo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante; mas fora por igual, abstratamente, o dogma constitucional, a declaração de direitos, a promessa programática, a conjugação do verbo “emancipar” sempre no futuro, o lema liberdade, igualdade e fraternidade – enfim, aqueles valores superiores do bem comum e da coisa pública, a “res pública”, que impetrariam debalde durante a vigência das primeiras Cartas Constitucionais a sua concretização, invariavelmente negligenciada ou procrastinada em se tratando de favorecer e proteger as camadas mais humildes da sociedade”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

¹⁸⁵ Canotilho ensina que o Estado hoje, somente pode ser um Estado Constitucional, logo, ele precisa apresentar as qualidades modernas, isso somente é possível diante de um Estado Democrático de Direito. Como ele afirma, é preciso existir uma conexão entre Democracia e Estado de direito, ou seja, uma junção que dá, exatamente, o Estado constitucional democrático de Direito. Consultar: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Almedina, 2008. p. 92-93. Também nesse sentido, BONAVIDES, op. cit., p. 43.

¹⁸⁶ Para Paulo Bonavides, as duas grandes revoluções que transformaram significativamente essa nova roupagem dos direitos fundamentais foram a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43.

consciência social. A consciência que o povo sofria por muito tempo, fomentada na opressão dos regimes e o desvalor com a condição humana tornou-se inevitável a concretização dos grandes movimentos de mudança.

Segundo Paulo Bonavides, esses eventos são forjados em ideias e valores que resultaram em movimentos de libertação do povo que não suportando mais a opressão do sistema queriam um novo modelo, resultando, assim, no nascimento das Repúblicas emancipadas.¹⁸⁷ Observa-se que neste panorama os Direitos Humanos apresentam uma guinada de rumos.¹⁸⁸ A constituição Americana de 1787¹⁸⁹, como dito antes, é um dos dois documentos que se apresentam como um novo balizamento e compreensão dos direitos do homem. Claro que ela, simetricamente, acompanha o reconhecimento dos direitos proferidos da Declaração de Independência do “povo da Virgínia” formalizada em 1776.¹⁹⁰ Esta por sua vez, dá o tom de um basta frente ao regime adotado pelo Parlamento Inglês, o que realmente se concretizou, servindo dessa maneira como um levante para as mudanças que ocorreriam na Europa, como foi o caso da Revolução Francesa.

Entretanto, no sentido de resgatar os valores fundamentais do homem é proclamada em 1787 a Independência Americana¹⁹¹ preconiza as mudanças

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

¹⁸⁸ Na análise de Engelmann sobre a Declaração de independência dos Estados Unidos da América do Norte, referencia as ex-colônias britânicas, ensina: “Esse documento é o desaguadouro de todo o percurso histórico desenvolvido até o momento: o sofrimento como uma justificativa para as mudanças e a busca da efetividade dos direitos naturais-humanos”. Por ser um documento histórico, único, é marcante por dar afirmação aos direitos naturais do homem, bem como sua manutenção e uma continuidade desses direitos que ficam marcadas já introdução dos artigos desse documento. Portanto, na palavra do referido autor, comprova-se que os direitos humanos são uma decorrência histórica dos direitos naturais. ENGELMANN, Wilson. **A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2011.

¹⁸⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-139.

¹⁹⁰ Comparato estabelece a Declaração da Virgínia como um marco relevante para as demais declarações e revoluções que ocorreriam ao longo dos tempos. A necessidade de uma nova roupagem para os Direitos Humanos é imprescindível, pois fica bem marcante a liberdade do homem, não podendo assim, ficar a critério de uma decisão política. A fundamentação do parágrafo primeiro diz: “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, como os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”. Ibid., p. 130.

¹⁹¹ Comparato ao assinalar sobre esses documentos, estabelece que eles representaram “o ato inaugural da democracia moderna, combinado, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos”. Ibid., p. 111.

necessárias que aquela época já se faziam fundamentais. A criação de um novo molde para os Direitos Humanos são decorrentes de alguns fatores que justificam, sobremaneira, esse ideal. Assim, na visão de Comparato são características socioculturais que formalizaram esses acontecimentos que podem ser representados dessa forma: a primeira foi à negativa do povo americano em não reproduzir o modelo de sociedade estamental europeia, ainda que de caráter burguesa a sociedade americana, fomentada pela riqueza material, tinham eles o ideal de cidadãos livres e, ainda que a igualdade decorresse somente da lei, admitiam uma diferenciação que era “*a riqueza material*”. Logo, foi dessa igualdade que decorreram a segunda e terceira características, formalizando um ideal de Democracia, que eram a defesa das liberdades individuais e a submissão do poder “estado” ao consentimento popular.¹⁹²

O que realmente se pode extrair desses primeiros momentos da revolução longe da comunidade europeia é o significado de que deste lado do mundo, não poderia se admitir o absolutismo regado pelo parlamento, portanto, na vontade absoluta do rei e, conseqüentemente, todo um desatino ao ser humano não deve prosperar naquilo que seus direitos naturais são violados. São os sentidos de manutenção desses direitos, formalizados em documentos como já citados, que fomentou de maneira indelével um levante histórico na Europa, materializado pela Revolução Francesa.

Todavia, não há dúvidas que a Revolução Francesa de 1789¹⁹³, efetivada sob a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu na Europa um marco de apoio sem precedentes aos Direitos Humanos. Conhecida como uma declaração de direitos, segundo Bobbio, que também enaltece o historiador Georges Lefebvre, pois esse pronunciou a referida revolução com o seguinte termo: “Proclamando a liberdade, a igualdade, a soberania popular, a declaração

¹⁹² COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

¹⁹³ No dizer de Comparato, a Revolução Francesa é tida como “uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem sua estrutura”. *Ibid.*, p. 141. No mesmo segmento, para Bobbio, ela representa que: “Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 79.

foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”.¹⁹⁴ Portanto, o seu caráter era definitivo no sentido da eliminação do sistema opressivo e absolutista dos governos monarcas.

Nessa mesma esteira, o pensamento de Alexis Tocqueville, onde descreva a Revolução Francesa como:

O tempo de juvenil entusiasmo, de orgulho, de paixões generosas e sinceras, tempo do qual, apesar de todos os erros, os homens iriam conservar eterna memória, e que, por muito tempo ainda, perturbará o sono dos que querem subjugar ou corromper os homens.¹⁹⁵

É essa assimilação que Kant oportunizou ao compreender a palavra “entusiasmo”, proferida por Alexis, dando a ela uma conotação positiva, onde reporta: “O direito que tem um povo de não ser impedido por outras forças de dar a si mesmo uma Constituição Civil que ele crê boa”. O resultado na opinião de Kant sobre a respectiva revolução era absolutamente positivo, de maneira geral, pois dava ao povo a oportunidade de decidir sobre o futuro.

Não obstante aos ideais da nova revolução, pondo fim a um antigo regime, Hegel, segundo Bobbio, demonstrava um “*entusiasmo de espírito*” que irradiava por todos os cantos e, do qual era nítida a observação de que “com a revolução, iniciava-se uma nova época da história, cuja finalidade era, a seu ver, firmar os direitos naturais, o principal dos quais é a liberdade, seguido pela igualdade diante da lei”.¹⁹⁶ Logo, esse momento representava um forte aspecto positivo de mudanças. Assim, para compreender melhor, é preciso referir-se a duas observações em relação ao contexto Americano e Europeu sobre suas declarações.

A primeira observação é a certeza de que tanto as Declarações Americanas que se anteciparam à Francesa, bem como está última, foram fundamentais para uma substancial mudança. Portanto, marcaram o início de um novo ciclo no que hoje denominam-se direitos fundamentais do homem. A segunda observação é possível elencar que elas tinham objetivos iguais quando o assunto era livrar-se

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 79.

¹⁹⁵ ALEXIS, Tocqueville. **O antigo regime e a revolução**. Paris, 1952. t. 2, p. 72. Edição brasileira. Brasília: UnB, 1979 *apud* BOBBIO, p. 80.

¹⁹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 81.

da opressão e da tirania; mas diferentes no seu alcance.¹⁹⁷ Ou seja, enquanto as declarações americanas voltavam-se para o seu interior, fomentando a sua própria independência, buscando sua liberdade frente a uma tradição histórica; a outra buscava conquistar universalmente um mundo novo, sobre o lema da liberdade e o respeito aos direitos do homem. Esse interesse é demonstrado nesta perspectiva quando dos debates da Assembléia Nacional Francesa, onde: “os direitos do homem em sociedade são eternos, [...] invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países”.¹⁹⁸

Nessa esteira, percebe-se que o espírito universal da Revolução foi um marco transcendental de motivação histórica, que até hoje, por mais de dois séculos, torna-se referencia aos direitos dos homens. Olhando de outra maneira, esses direitos hoje são aqueles positivados nas Constituições, logo são os direitos fundamentais que perseveram na sua mutação necessária dos dias de hoje. O critério da universalidade é entendido, sob um amplo aspecto, quando se observa que a Assembléia Francesa era movida, naquele momento, pelo ideal de conquistas, como assim explicou Duquesnoy:

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstancias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.¹⁹⁹

Com essa postura, a Revolução Francesa ganhou uma dimensão jamais vista até aquele momento. Afinal ela materializava o legado principal que é o

¹⁹⁷ Comparato afirma essas distinções no seguinte: Os norte-americanos seguiram uma tradição inglesa, ou seja, deram muito mais ênfase às garantias judiciais do que à declaração de direitos pura e simples; Já os franceses, ao contrário, quase que se limitaram a declarar direitos, sem mencionar os instrumentos judiciais que os garantissem. Mas, afirma que em última análise o direito vive na consciência humana. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152. Nesse mesmo sentido, diz Bobbio: “Os constituintes americanos relacionaram os direitos do individuo ao bem comum da sociedade. Os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 84.

¹⁹⁸ Esta frase foi dita em datas diferentes, mas que representavam o ideal dos Deputados quando dos debates da Assembléia Nacional Francesa. No dia 03 de Agosto, o deputado Dêmeunier afirmou: “esses direitos são de todos os tempos e de todas as nações”, Ato seguinte, no dia 08 de Agosto, o deputado Mathieu de Montmorency, reafirma: “Os direitos do homem em sociedade são eternos, [...] invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países”. *Ibid.*, p. 146.

¹⁹⁹ DUQUESNOY, François *apud* COMPARATO, op. cit., p. 146.

respeito ao ser humano, tornando, assim, não só na Europa, mas em outras partes do mundo, distantes do velho continente, como na Índia, Ásia menor e, conseqüentemente na America Latina, um referencial de desestímulo contra todo tipo de opressão ao ser humano. Dizendo de outra maneira, o que se viu foi à supressão das desigualdades dos indivíduos, bem como de grupos sociais, como nunca havia sido experimentada pela humanidade.²⁰⁰

Importante salientar, como Bobbio afirma que não parece interessante discutir qual das declarações é mais ou menos importante no cenário mundial como precursora dos Direitos Humanos. Mas sim, compreender que foram de importância para a humanidade e, por conseguinte, diretrizes de acompanhamento obrigatório para qualquer Estado fundado na preservação desses direitos. É nesse sentido que Bobbio persevera:

O fato é que foi a Revolução Francesa que constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo. Foram os princípios de 1789 que constituíram, no bem como no mal, um ponto de referencia obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade, princípios invocados pelos primeiros e execrados pelos segundos.²⁰¹

Dessa forma, aqui se confirma a perspectiva histórica que a Revolução Francesa está sedimentada sobre a orientação de três diretrizes fundamentais, ou seja: o indivíduo como precedente à formação da sociedade civil; a finalidade da sociedade política e, o princípio da legitimidade do poder que cabe à nação. Sob essas diretrizes é que a Revolução Francesa estabelece, conforme a compreensão do jurista italiano, os dizeres fundamentais que assim balizam esses fundamentos. Logo, diz: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Esse comando vem referendar o segundo mandamento da Revolução Francesa, onde preceitua: “O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, direitos como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão”²⁰². Portanto,

²⁰⁰ DUQUESNOY, François *apud* COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 85.

²⁰² *Ibid.*, p. 87.

para formalizar a tríade, a ideia formal segundo a qual: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”.²⁰³

Assim sendo, a Revolução Francesa conforme menciona Comparato, tornou-se “uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política dos mares do futuro, uma referencia indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”.²⁰⁴ Portanto, parte-se de uma premissa fundamental da qual Engelmann é partidário, pois afirma: “o reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão nada mais é do que a confirmação expressa dos direitos naturais”.²⁰⁵ Logo, é possível acostar aqui os mesmos dizeres de Bobbio, onde realça uma questão de que mesmo antes das referidas declarações mencionadas, portanto, no crivo do direito natural que:

Os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, mas eram concedidos ou concertados, devendo aparecer – mesmo que fossem resultado de um pacto entre súditos e soberano – como um ato unilateral deste último. O que equivale dizer que, sem a concessão do soberano, o súdito jamais teria tido qualquer direito.²⁰⁶

Portanto, o resultado dessa passagem nada mais é do que o fundamento das Declarações, pois suas finalidades eram, exatamente, inverter o papel anterior. Conseqüentemente, hoje, levando-se em conta a valorização dos direitos do homem, estão dignamente representados sob a égide de uma Democracia onde se denominam direitos fundamentais.

3.2.1 As Dimensões dos Direitos Humanos

Não obstante, é nesse sentido que se pretende estabelecer como já sabido, de que os Direitos Humanos representam para cada momento uma transformação necessária. Transformações estas que estão umbilicalmente voltadas às necessidades dos bens que ora são protegidos. O porquê das seguidas

²⁰³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 87-91.

²⁰⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

²⁰⁵ ENGELMANN, Wilson. **A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2011.

²⁰⁶ BOBBIO, op. cit., p. 94.

manifestações é que define, em cada momento da história, a formalização de um ou outro direito que são sedimentados na sociedade ou, a ideia de dimensões desses direitos que perfaz um caminho de evolução desses valores.²⁰⁷

Todavia, importante salientar que homem sempre buscou resultados para a sua condição de vida. Assim sendo, foram as transformações que ocorreram no tempo que se pode delimitar a introdução desses direitos. Assim, como já avançado, avaliando a origem jusnaturalista, ou seja, os direitos naturais davam ao homem a liberdade individual. É nesse sentido que os direitos e liberdades são considerados naturais e inalienáveis, pois figuravam no estado de natureza antes da sociedade civil.²⁰⁸ Logo, são as mudanças fomentadas pela sociedade que dão aporte aos direitos subjetivos materializados, hoje, na concepção moderna.

Não obstante, são os direitos de liberdade inerentes ao ser humano que indicaram as grandes mudanças no perfil da sociedade, como apontados nas duas grandes revoluções. É na temática do liberalismo²⁰⁹, que se fundamenta a primeira dimensão dos Direitos Humanos. São os direitos civis e políticos denominados direitos de proteção contra o Estado, pois sua essência é negativa. Ocorre, portanto, uma abstenção do poder estatal no sentido de sua interferência sobre o indivíduo. No contexto do liberalismo²¹⁰, o indivíduo é um ser antecedente ao poder

²⁰⁷ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 86-92.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 86.

²⁰⁹ PINHEIRO FILHO, José Muiños; CHUT, Marcos André. ESTADO. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 286-288. O Estado Liberal foi o que fundou a concepção atual de liberdade, com destaque para o primado da personalidade humana, bem como de que o modelo de contenção do poder estatal inspirou o surgimento dos denominados direitos fundamentais e da própria divisão de poderes, e que as doutrinas que procederam à releitura dos ideais de liberdade abriram o caminho para o surgimento do Estado Social, que não se confunde com o Estado socialista, mas com ele necessariamente coexiste.

²¹⁰ A doutrina do contrato social tornou-se um importante componente teórico para que os revolucionários franceses efetivassem a revolução. Desta forma, possibilitando que o contratualismo tem no seu cerne a ideia de indivíduo. Afinal, todo consentimento era dado pelo indivíduo, ao mesmo tempo, que expressavam os direitos naturais. Nesse sentido, é no núcleo moral do liberalismo que está mais presente a questão da liberdade, ou seja, este núcleo contém uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza do ser humano – liberdade, dignidade, vida – que representam a noção de que o homem individualmente tem qualidades e potencialidades inatas e merecedoras de respeito. Aqui está presente a ideia de que cada indivíduo deve ter seus direitos resguardados e, ao mesmo tempo, buscar a sua afirmação. Esse núcleo representa a busca de liberdades de caráter pessoal, mas fundamentadas nas garantias de proteção contra o governo. Desde logo, o liberalismo se apresentou como uma teoria antiestado, referia-se ao seu aspecto central dos seus interesses, que era o indivíduo e suas iniciativas. Logo, o Estado estava presente, contudo, de maneira bastante reduzida. Não obstante, “suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e

estatal²¹¹, logo, cabe ao Estado, apenas, garantir esses direitos, dando aos seus ocupantes o direito à vida, à liberdade, à segurança.

Nesse sentido, conforme anuncia Celso Lafer, os Direitos Humanos de primeira dimensão são caracterizados como “aqueles que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social.”²¹² Assim sendo, a certeza que se tem é que esses direitos incorporaram-se, principalmente, no século XIX com o advento da doutrina liberal, com a liberdade religiosa e o respeito pela opinião dos indivíduos, tornando assim um dado fundamental para a prática da democracia²¹³.

Nessa mesma compreensão, para Sarlet, o qual concorda que os direitos de primeira dimensão, ele também os denomina de “*direitos de defesa*”, pois representam uma “zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.²¹⁴ Esses direitos têm um relevo de importância, pois formam como já assinalado, uma conotação jusnaturalista, com o qual se pode denominá-los intrinsecamente ao indivíduo, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei. Consequentemente, esses direitos deram margem ao surgimento de outros, pois é notório que os Direitos Humanos, parafraseando Bobbio, “eles não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas”, assim, eles se completam.²¹⁵

assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61.

²¹¹ Nesse mesmo sentido, Celso Lafer afirma: “sublinho a importância da dicotomia para o tema dos direitos humanos, pois a preeminência da perspectiva ex parte populi tem a sua origem na lógica da modernidade, que afirmou a existência de direitos naturais, que pertencem ao indivíduo e que precedem a formação de qualquer sociedade política”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo. Companhia das letras. 1988. p. 125.

²¹² Ibid., p. 126.

²¹³ Ibid., p. 127.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.

²¹⁵ Para Sarlet, além dos direitos de cunho individualista, outros foram incorporados ainda na fase da primeira dimensão desses, ou seja: foram complementados por um leque de liberdades, incluindo aí, as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), bem como outros direitos de participação política, o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, de tal sorte, revelando-se aqui, uma íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Ibid., p. 47.

Consequentemente, o desempenho desse modelo de Estado, o liberalismo, em seus vários momentos contribui como uma alavanca de sedimentação de inúmeros direitos, principalmente, aqueles voltados à proteção do homem. Como já afirmado, o liberalismo apresentava-se como uma teoria antiestado, pois nos seus aspectos principais tinha o indivíduo e suas iniciativas voltados ao capitalismo, qualquer intervenção estatal era vista como uma má iniciativa.²¹⁶

Entretanto, esse modelo individualista não tinha mais espaço no avanço daquela sociedade, principalmente pelo desenvolvimento industrial que a Europa comportava. O contexto hobbesiano de proteção individual estava fadado ao insucesso. Esse momento está bem representado na posição dos autores Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, onde comentam:

A percepção minimalista do Estado, atuante apenas para a segurança individual, é, senão desfeita, deslocada, pois a sua função passa a ser a de removedor de obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens pois, com um maior numero de indivíduos podendo usufruir das mais altas liberdades, estar-se-ia garantindo efetivamente o cerne liberal, qual seja: a liberdade individual, dando-se valor novo e fundamental à igualdade de oportunidades e a uma certa opção solidária.²¹⁷

Portanto, não há dúvidas de que as transformações estavam presentes e necessariamente o chamado Estado Mínimo liberal dá espaço ao Estado Social. Ou seja, se antes o Estado tinha como uma única preocupação zelar pela paz e pela segurança, pois era contido em seus poderes e suas funções, formalizando, assim uma interferência menor possível, ao mesmo tempo em que preconizava a liberdade individual.

Nesse novo conceito ou, mudança de paradigmas, isso por volta dos meados do século XIX, o Estado inicia uma valorização, uma preocupação como os seus habitantes. Neste especial tempo, o Estado aplica positivamente suas tarefas, voltado às prestações públicas como direitos de cidadania assegurados aos cidadãos.²¹⁸ Aqui, com a mudança de comportamento do Estado, nasce a denominada segunda dimensão dos direitos humanos.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61.

²¹⁷ Ibid., p. 62.

²¹⁸ Ibid., p. 63.

No mesmo sentido, Sarlet é muito incisivo em apontar as causas que motivaram essas mudanças de comportamento do Estado, como pode ser visto na sua afirmação:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.²¹⁹

Consequentemente com a mudança positiva do Estado, alterações profundas são materializadas pelos liberais, como a estrutura econômica, social e política da Europa, tendo, portanto, reflexos internacionalmente. É nesse sentido que se pode observar que a preocupação com alguns direitos humanos sofrem alterações e outros são implantados como molde de avanço necessário.²²⁰ O poder estatal precisa ser reforçado e estruturado, haja vista que uma nova demanda de direitos é atribuída à sociedade²²¹, bem como, justifica para aquele momento a luta da classe operária para a regulamentação das relações trabalhistas. É nesse diapasão que o Estado precisa envolver-se continuamente, reforçando sua tese de controle em alguns segmentos, o quais são necessários, como a intervenção na atividade capitalista.

Nessa fase do Estado Liberal inegavelmente aparece uma faceta que, de certa forma preocupa o desenvolvimento daquele modelo apresentado. Assim, com a

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

²²⁰ O momento de transição da interferência mínima para as prestações positivas do Estado Liberal está muito bem representada nessa afirmação: “No século XIX, os liberais e os movimentos e partidos liberais mudaram a estrutura econômica, social e política da Europa e modificaram drasticamente a comunidade internacional. Pôs-se fim à escravidão, incapacidades religiosas (tolerância), inaugurou-se a liberdade de imprensa, discurso e associação, a educação foi ampliada; o sufrágio foi se estendendo até a sua universalização – muito embora essa tenha se concretizado já no século XX –; Constituições escritas foram elaboradas; o governo representativo consolidou-se como modelo de organização política-s; garantiu-se o livre comércio e eliminaram-se as taxações até então impostas etc.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

²²¹ Sarlet confirma que esses novos direitos já estavam pactuados na Constituição Francesa de 1793 e 1848, como mesmo diz “de forma embrionária”, inclusive na Constituição Brasileira de 1824, onde suas características figuram como direitos a prestações sociais estatais frente ao indivíduo, onde cita exemplos como: assistência social, saúde, educação, trabalho etc. Revelando, assim, uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, ou seja, antes negativo, agora positivo pelo Estado. *Ibid.*, p. 47.

desenvoltura do capitalismo confrontos apareceram entre as classes predominantes. Logo, de um lado a classe tradicional, a burguesia; de outro as camadas mais baixas da sociedade, o proletariado - envolvidos pelo distanciamento econômico predominante, o modelo capitalista. São reivindicações de cunho positivo dos desprivilegiados a participarem do chamado “*bem-estar social*”²²², que reforçam essas conquistas das classes menos favorecidas, caracterizando assim, o que Sarlet denomina de “*princípio da justiça social*”.²²³

No entanto, os Direitos Humanos de segunda geração, apesar de eminentemente positivos ainda são beneficiários o homem na sua individualidade, porque esses direitos ensejam como afirma Lafer: “Eles buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”.²²⁴ Não obstante, esses direitos de crédito também materializados como direitos econômico-sociais e culturais vem substituir o formalismo passado pela *práxis*, ou seja, garantir efetivamente um direito à vida mais digno tendo o trabalho amplo como seu corolário necessário.

Nessa quadra da história, percebe-se que os Direitos Humanos são um avanço das gerações, como já afirmava Bobbio nos seus escritos. Também é possível afirmar que essas mudanças são necessárias em vista do sofrimento do homem. Todavia, é preciso compreender que esses direitos não são absolutos²²⁵ quanto a sua maneira de exercê-los. Lafer sintetiza essa premissa fazendo um paralelo entre o Estado e o portador desses direitos, portanto, o homem. Ao comparar as dimensões demonstra uma preocupação como o Estado deve se portar em relação à primeira com a segunda dimensão. Diz que em relação aos direitos da primeira é preciso estabelecer “*limites de ação*” do homem frente ao Estado. Assim, direitos como de reunião, de associação, de opinião ou de greve, onde a relevância com a ordem pública representa uma preocupação de controle, ainda que, diante de um Estado Constitucional. Quanto à segunda, remonta a

²²² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo. Companhia das letras. 1988. p. 127.

²²³ Esse princípio na visão de Sarlet caracteriza-se por beneficiar as classes menos favorecidas, onde, de modo especial, a classe operária, como forma de compensação, já que existia uma extrema desigualdade que era direcionada em relação às classes empregadoras, afinal, elas detinham um maior ou menor grau de poder econômico. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

²²⁴ LAFER, op. cit., p. 127.

²²⁵ Ibid., p. 128.

preocupação de como o Estado como sujeito passivo ira se comportar diante das prioridades estabelecidas e os meios disponíveis para a execução das necessidades como saúde, educação e trabalho.²²⁶

Nesse mesmo sentido é possível analisar o outro lado da relação, portanto, o indivíduo como portador e beneficiário desses direitos. Na visão de Lafer, a iniciativa de fruição dos direitos de reunião, associação, de opinião e de greve cabe, evidentemente, aos indivíduos, ficando o Estado apenas com o papel de polícia administrativa, ou seja, o ato de fiscalizar, monitorar, bem como representar bem o papel constituído pelos poderes da República.²²⁷ Quanto aos direitos de segunda dimensão, parece não haver outro caminho, ou seja, de que o Direito, inegavelmente fomenta e dê condições de promoção aos indivíduos portadores de suas necessidades, a partir da ampliação dos serviços públicos.²²⁸

Inúmeros acontecimentos estiveram presentes ao longo dessas duas primeiras dimensões dos Direitos Humanos. Porém, importante salientar, que se de um lado os direitos humanos representaram a materialização da vontade do homem, nem sempre, esse mesmo homem de maneira universal tiveram as mesmas oportunidades. Para isso, basta verificar a premissa apresentada por Culleton, onde em um primeiro instante, os direitos de segunda dimensão predominam na satisfação das necessidades e interesses voltados à ordem social, econômica e cultural. Mas que, como já afirmado, nem todos foram portadores desses direitos, pois como afirma – “para a nascente classe social desprovida de mínimas condições materiais de vida, os direitos civis e políticos formalmente assegurados mostraram-se vazios e estéreis”.²²⁹

Entretanto, ainda que se tenha o lado perverso de que determinada classe não seja beneficiária desses acontecimentos, não se pode negar, que esses direitos foram de imensurável importância no cenário mundial como forma de crescimento da humanidade. Assim, fundamenta Culleton:

²²⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo. Companhia das letras. 1988p. 128.

²²⁷ Os poderes aqui estabelecidos por Lafer, enquanto na primeira e segunda dimensão dos direitos humanos, reporta ao tripé preconizado por Montesquieu, ou seja, no Estado Constitucional a presença do Executivo, do Judiciário e do Legislativo é fundamental para o suporte de uma Democracia justa, o que hoje, é imprescindível para um Estado Democrático de Direito. Ibid., p. 129.

²²⁸ Ibid., p. 129.

²²⁹ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 98.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX, que identificou no conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, pela fome e pela marginalização o titular desses direitos.²³⁰

Essa conjugação de fatores leva ao surgimento da chamada terceira dimensão dos Direitos Humanos a partir da história, que assimilados as anteriores fomentam um progresso importante para o homem. Percebe-se então que os grandes objetivos desta evolução é a consecução de reivindicações apresentadas pelas necessidades humanas. Assim sendo, no caminho trilhado até a terceira dimensão dos Direitos Humanos, mais precisamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, aclamada com um marco do pós-guerra de imensurável importância, há dois²³¹ outros documentos que serviram de consumação desses direitos.

São momentos ímpares na história, como se pode perceber, que marcam a necessidade de alavancar os direitos do homem. Portanto, muitos são os documentos que estiveram e estão presentes nas Cartas Constitucionais no decurso desse tempo, afinal, cada um ao seu tempo, formalizam necessidades

²³⁰ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 98.

²³¹ Na esteira apresentada, importante mensurar que esses três documentos que balizam os direitos humanos são elencados como sendo: A Carta Política Mexicana de 1917 que tem seu marco fundamental em ser a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, bem como a junção das liberdades individuais e os direitos políticos. Entretanto, esses mesmos direitos na Europa só vieram com a partir da I Guerra Mundial. “A respeito da Carta política Mexicana, Comparato afirma: “O que importa, na verdade é o fato de que a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela afirmou o princípio da igualdade substancial de oposição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procura fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar”. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193. Nesse mesmo sentido, menciona-se a Constituição de Weimar, 1919 que instituiu a Primeira Republica Alemã, resultado do pós-guerra, que apesar do momento de incertezas, representou a expressão mais bem elaborada do Estado de Democracia Social, sendo também, após o advento da II Guerra mundial, retomada em vários países quase que de forma universal formalizando os direitos civis e políticos, ora negligenciados pelo liberalismo. Ela representou profundas inovações no campo dos direitos fundamentais ao adotar grupos sociais titulares de direitos que implicavam a adoção de políticas públicas, bem como consagrou o respeito às diferenças. Outros fundamentais direitos foram estabelecidos como: no direito de família estipulou a igualdade jurídica entre marido e mulher e, equiparou os filhos havidos fora do e no casamento. Não obstante, esses direitos referem-se a garantir o indivíduo determinados bens, pois do contrário não seria possível gozar efetivamente dos direitos de primeira dimensão. “são os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à alimentação, à assistência social e, embora chamados de direitos sociais, são direitos cujo titular pode ser individualmente identificado”. CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, op. cit., p. 99.

estruturantes do homem de hoje. Logo, um exemplo é a Constituição de Weimar de 1919, que apesar da sua breve vigência, tornou-se decisiva para todas as instituições políticas do Ocidente, que mais tarde ajudaram a fundamentar os dois grandes pactos internacionais de Direitos Humanos, votados pela ONU²³² no ano de 1966.²³³

Indubitavelmente esses documentos mencionados tiveram uma importância fundamental, conforme já estabelecidos. Entretanto, nenhum outro marcou tanto o homem na sua essência neste século XX, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. O que levou a ONU a estabelecer essa recomendação a todos os Estados-parte foi o desvalor da vida, prática fomentada quando da segunda guerra mundial. É nesse sentido que Lafer atribui à chegada da terceira dimensão dos direitos humanos, e porque não os de quarta geração, àqueles estabelecidos a partir de uma simetria, portanto, umbilicalmente alinhados com a Declaração de direitos da ONU.²³⁴ Na sua visão, as dimensões anteriores serviram de suporte para os desprivilegiados. De fato, Lafer sintetiza que: “Estes direitos têm titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”.²³⁵

Conseqüentemente, Lafer sintetiza a ideia de dilemas quando faz comparação dos direitos de primeira e segunda dimensão, com aqueles chamados

²³² A Organização das Nações Unidas foi fundada em 1945, portanto, logo após o término da segunda grande guerra, de expressão internacional, tem como objetivo fomentar o diálogo entre as nações, ou seja, evitar a barbárie da guerra e enaltecer os direitos humanos.

²³³ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205.

²³⁴ A referência aqui é sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948, sendo concretizada somente a primeira parte, tida como uma recomendação aos Estados-parte. Na segunda parte da intenção da ONU, foram sistematizados outros dois pactos, sendo o primeiro sobre os direitos civis e políticos, e o segundo sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Ibid., p. 237.

²³⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo. Companhia das letras. 1988. p. 131.

de terceira ou quarta dimensão.²³⁶ O fato reside que os primeiros estão voltados para o homem na sua individualidade, como beneficiário próprio, ao passo que os últimos propõem uma coletividade de pessoas como seus beneficiários. Desta feita, mensurar uma multiplicidade infinita de beneficiários poderá sobrepor os interesses de um em relação ao outro. O próprio jurista estabelece um exemplo de imensurável importância nessa questão da coletividade, quando cita o “*direito à autodeterminação dos povos*”, afinal, os textos referem-se a todos os povos. Contudo, aponta uma dificuldade de estabelecer uma diferenciação entre povos, nação que são coisas independentes.²³⁷ Assim, pontua:

Em síntese, a diversidade de situações hoje existentes na vida internacional e a variabilidade potencial dos elementos constitutivos do conceito de povo podem trazer dúvidas sobre a compreensão do conceito, ou seja, de sua exata conotação para os efeitos de precisar qual é a coletividade que tem a inequívoca titularidade para afirmar, no campo do Direito Internacional Público, o seu direito à autodeterminação.²³⁸

Nesse pensamento, Sarlet sintetiza os chamados Direitos Humanos de terceira dimensão como aqueles denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, ou seja, depreendem dos direitos de cunho individual e, como

²³⁶ Nesse sentido Bonavides também preleciona quanto aos direitos fundamentais de quarta geração onde dá como certa a globalização política, ou seja, ao globalizar os direitos fundamentais, isso equivale a universalizá-los no campo institucional. Para tanto, é essa globalização política na esfera da normatividade jurídica que será a responsável pelos direitos de quarta geração. Assim os denomina como direitos da quarta geração, “*o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo*”. O autor parte da ideia que somente deles dependerá a concretização da sociedade aberta do futuro, ou seja, apresentando uma máxima universalidade para a qual o mundo tende a inclinar-se como plano de todas as relações de convivência. Assim, faz um alerta no sentido de que “*a democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, necessariamente, uma democracia direta*”. Noutro sentido, persevera que: “ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado os eu primeiro e largo passo”. Para finalizar, assinale Bonavides que “Os direitos de quarta geração não somente culminam subjetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber os direitos de primeira geração”. Assim, todos os direitos sobrevivem, bem como irradiam a sua eficácia normativa alcançando todos os direitos da sociedade e também do ordenamento jurídico. Noutro sentido, todas as gerações de direitos elas se interpretam e concretizam-se como forma de sustentáculo de uma sociedade. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 524-525.

²³⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo. Companhia das letras. 1988. p. 132.

²³⁸ *Ibid.*, p. 133.

também já afirmado, a preocupação é voltada à proteção coletiva. Para tanto, o alvo refere-se à proteção da família, povo e nação. Logo, esses direitos envolvem uma temática de dimensão ampla, culminando assim, entre os mais citados na afirmação do autor mencionado, estão: “o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação”.²³⁹

Indiscutivelmente percebe-se que esses novos direitos são conseqüências²⁴⁰ dos primeiros, como necessidade do homem em cada época e momento.

Nessa esteira, interessante também olhar o posicionamento de Culleton sobre o que diz dos chamados Direitos Humanos de terceira dimensão. Na sua temática sobre que tipos de direitos compõem essa dimensão está em consonância com Comparato. Mas, importante ressaltar a forma com que tenta defini-los, ou seja:

Portanto, são direitos que, embora indiretamente ligados ao núcleo de sentido dos direitos humanos, ou seja, à proteção da dignidade humana e a tudo o que a envolve, o seu exercício e a sua defesa não decorrem do direito subjetivo de determinado indivíduo, mas se difunde pela sociedade como um todo.²⁴¹

Nesse sentido, o alinhamento desses direitos perfaz o caminho oferecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. O ponto de convergência é a Declaração que deixou bem claro as novas necessidades da humanidade. Para tanto, Culleton afirma que ainda podem ser considerados

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

²⁴⁰ Esses direitos distinguem-se dos primeiros porque eles têm conotação coletiva, portanto, abarca o ser humano na sua complexidade, como um todo. A razão da chegada desses direitos remonta ao descrédito das guerras frente ao ser humano, maculando assim, a sua dignidade. Como se percebe, trata-se de uma evolução lógica e equacionada pela necessidade de outros valores fundamentais. De cunho eminentemente coletivo, mas que pode ser determinável ou indeterminável os seus beneficiários, principalmente quando a referência é sobre o meio ambiente e qualidade de vida que, ainda preserve sua individualidade, exige novas técnicas de garantia e proteção. É nesse sentido que Sarlet afirma: “Compreende-se, portanto, porque os direitos de terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”. *Ibid.*, p. 49.

direitos de terceira dimensão “as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer com dignidade (incluindo o problemático tema da eutanásia), a mudança de sexo etc”.²⁴² Entretanto, afirma que para alguns doutrinadores esses direitos mencionados podem estar já situados em uma quarta dimensão. Mas, uma coisa é certa. Esses direitos referidos como a eutanásia, a mudança de sexo, células tronco que envolve a genética e manipulação, são situações que estão presentes no limiar do século XXI e, que precisam de muitos debates para sua fiel concretização.

Contudo, uma ponderação é preciso ser feita. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 está prestes a completar 63 anos e, como sendo um marco do pós-guerra, pois situa-se no tempo, está formalmente ligada a uma completude de direitos, sendo portadores os homens, ao mesmo tempo que novos direitos estão surgindo, alguns falam em quarta²⁴³ ou quinta²⁴⁴ geração dos Direitos Humanos, muitos desses direitos são ainda apenas suposições, afinal o homem é um animal inovador e premente de necessidades. É nesse sentido, que

²⁴¹ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 99.

²⁴² Ibid., p. 100.

²⁴³ A quarta dimensão dos direitos humanos em nosso país é defendida por Paulo Bonavides que os denomina de direitos fundamentais, mas que ainda não estão nem positivados no ordenamento jurídico internacional tampouco nas ordens jurídicas nacionais. Segundo Bonavides, “a quarta dimensão representa um conjunto de direitos resultantes do processo de universalização dos direitos no plano institucional. Seu conteúdo seria a democracia (direta), a informação e o pluralismo, que constituem bens imprescindíveis à concretização de uma sociedade cosmopolita e aberta ao futuro, o que parece ser o grande objetivo dos esforços internacionais para a viabilização de um espaço viável para a convivência humana”. Entretanto, importante ressaltar que ainda não se formou um consenso na doutrina pátria, no sentido de considerar esses bens como parte do conjunto dos direitos humanos. Contudo, afirma: “Certo é que, devido à própria historicidade dos direitos humanos e da acelerada alteração das condições históricas e sociais, novos bens e novos sujeitos podem ser progressivamente incorporados ao significado dos direitos humanos e, assim, passar a fazer parte do patrimônio jurídico e moral da pessoa humana”. Ibid., p. 101.

²⁴⁴ A quinta geração estabelecida por Sarlet traduz o pensamento de Paulo Bonavides a partir da concepção de Karel Vasak, refere-se ao direito à paz, ainda que esteja presenteada na terceira dimensão, é preciso redimensionar essa paz para um lugar totalmente de destaque, superando, assim o processo teórico que nada contribui, recolocando-a no contexto multidimensional, perfazendo, assim, uma dimensão nova e autônoma. Do ponto de vista amplo, a paz preconizada como modelo estruturante diante de uma sociedade caótica de segurança, parece ser o objetivo. Porém, estabelecer uma paz que envolva a dimensão interna e externa, deixando de lado as guerras, bem como as disputas internas, sem dúvida, é condição sim para uma democracia justa e digna, substanciado pelo progresso e desenvolvimento do homem. Não obstante, esse direito à paz universal representa a concretização do diálogo internacional ou, melhor dizendo, a salvação da humanidade no limiar do século XXI. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51.

se pode afirmar que os direitos humanos de outrora não foram esquecidos e, sim, aperfeiçoados de acordo com as reivindicações do homem.

Não há como esconder que as reivindicações do homem, assim como confirma Sarlet, elas decorrem de casos concretos e derivam, exatamente, do sofrimento do próprio homem que na seara do tempo foi vítima de atrocidades fomentadas pelos mesmos semelhantes. Logo, a conclusão que se pode chegar é no sentido de que os direitos fundamentais de hoje, são oriundos de agressões, da covardia, da manipulação negativa elementares do próprio ser. Aqui remonta a necessidade de evolução, pois outra forma não deveria de ser, senão o aprendido. Perfazem a característica desses direitos em sua essência os critérios de serem abertos e mutáveis, podendo ser renovados e concretizados.²⁴⁵

A compreensão que alguns direitos permanecem no tempo é perfeitamente viável, afinal eles são apenas modificados de acordo com a necessidade concreta.²⁴⁶ Direitos que estavam naturalmente formalizados, os quais o homem é portador - como à liberdade, à vida, à igualdade perante a lei, a própria segurança compreendida a partir de Hobbes - estão nos dias de hoje materializados em Constituições quase que de forma universal. Essa premissa está de acordo com o que Sarlet afirma:

Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade humana.²⁴⁷

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

²⁴⁶ Jorge Miranda também sintetiza essa ideia que é preciso distinguir determinados direitos. Assim o faz quando comenta a distinção entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais institucionais. Existem aqueles que se reportam unicamente a pessoa humana, onde os denomina de direitos individuais. Ex: o direito à vida, à liberdade pessoal etc. Também os direitos institucionais individuais também referem-se às pessoas, mas que podem estar projetadas em instituições de serviços a essas pessoas. Ex. professar a liberdade religiosa, o direito à segurança social, o direito de sufrágio etc. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos Fundamentais. 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. 4, p. 77-79.

²⁴⁷ SARLET, op. cit., p. 53.

Sobretudo, nessa esteira é possível compreender que o direito à paz, ora fundamentado como um direito de terceira dimensão e que hoje reporta uma necessidade premente de redimensionamento, parece fazer relação com o direito à segurança do homem, diante de tantos infortúnios e desacertos da sociedade atual que, automaticamente, envolve um dos primeiros direitos inerentes ao homem, a liberdade. Sem paz não há segurança e sem segurança não há liberdade do homem. Assim, ainda que haja certos descontentamentos em aceitar na doutrina a paz como um direito individual, pois há o entendimento de que somente pertence à humanidade como um todo, logo sua titularidade pertence somente ao Estado.²⁴⁸ Contudo, diante das conseqüências atuais, é preciso redimensionar essa proteção ou mesmo alargar esse compromisso que é a segurança de todos.

Todavia, sendo o homem portador de direitos fundamentais, ainda que se possa fazer essa diferenciação individual/Estado, as opiniões de Sarlet citando Bobbio são necessárias. Pois, não há nenhuma dúvida que estão perfeitamente corretos nas suas avaliações sobre o direito à paz. Um dos fundamentos essenciais da democracia é a paz do seu povo. Muitos são os direitos fundamentais, entretanto, alguns despontam como orientadores em qualquer situação. Como afirma Sarlet, quem sofre as violações em tempos de sujeições adversas? Não há erro em afirmar que é o homem na sua individualidade. Assim, é possível compreender que a paz é corolário do direito à segurança.²⁴⁹ Aqui, reflete muito bem a posição de Bobbio, quando cita o seguinte:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade de cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54.

²⁴⁹ O direito à segurança aqui pontuado, ainda que sob o foco de uma comparação, perfaz, sim, a ideia de todo o trabalho que ora se quer concretizar, ou seja, o direito à segurança no Estado Democrático Brasileiro, cuja gênese pode ser encontrada como fundamento à passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil, na garantia do direito à vida, pelo medo da morte violenta.

daquele Estado, mas do mundo.²⁵⁰

Nesse contexto, é possível pensar a paz como corolário do direito fundamental à segurança e entronizá-lo com o direito à proteção neste limiar do século XXI como forma de manutenção da vida. A atualidade respira globalização econômica, cultural, política, pois esses conceitos coadunam como os novos tempos. Logo, o direito de proteção deve fazer parte do desenvolvimento seja em relação ao Estado ou mesmo em relação a todos os cidadãos legitimados. Assim, a universalidade dos direitos deve abarcar todos os seres humanos, sem a mínima distinção.

De tudo, parece muito claro que é necessária uma conjugação e interpretação de fatores quando o assunto é Direitos Humanos e sua fundamentalidade. Sarlet é muito preciso quando questiona a efetividade de algumas dimensões desses direitos. Não somente fatores jurídicos devem comportar, assim como, outras técnicas de adaptação precisam ser levadas em consideração quando a efetivação torna-se interna. Levanta, desse modo, a grande dificuldade desses mesmos direitos no plano global, sob a ótica da solidariedade e fraternidade dos povos. No mesmo raciocínio, levanta dúvidas acerca dos direitos à vida, à dignidade humana e, conseqüentemente, às liberdades mais elementares e essenciais do homem, mesmo com esses direitos formalmente estabelecidos na Constituição pátria, não os vê de forma satisfatória. Dessa forma, como salienta Sarlet, o ceticismo pode estar presente naquilo que seja relevante aos novos direitos que ainda não estão disciplinados, mas que, já se discute no mundo jurídico.²⁵¹

Essa necessidade de obediência aos chamados direitos fundamentais do homem, conforme anunciado, foi o grande motivo que a ONU recomendou aos países signatários a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. O que se destacou à época, e ainda hoje é assim, é compreender que os Direitos Humanos estão em constante mutação e, assim sendo, sua discussão naquele prisma da história merecia uma nova reflexão diante de tamanhas arbitrariedades. É nesse sentido que Engelmann estabelece que as diretrizes apontadas, efetivamente, precisam “dar condições de estabilidade e bem estar, baseado no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 1.

povos”.²⁵² Estabelecia-se, portanto, a condição universal de obediência e cumprimento dos Direitos Humanos, pautados pela não discriminação independente da etnia, sexo, língua ou mesmo da religião.

Os momentos que marcaram duramente a humanidade fazendo com que ela retrocedesse à barbárie pediam então, uma reflexão, uma recomendação que pudesse buscar nas semelhanças e diferenças do homem, um critério de paz. Essa junção de parâmetros fez com que no desenrolar da segunda metade do século XX, outros documentos²⁵³ de suma importância foram alçados a compreensão da humanidade, ou seja, que não há outro caminho a não ser a conjugação de valores. No entanto, Engelmann faz uma observação importante, ao afirmar que, necessariamente, os Direitos Humanos não precisam estar positivados, ou seja, inseridos em um texto de Constituição para ter valor. Eles vinculam diretamente com à dignidade humana, pois sedimentam no Direito Natural do qual o homem é seu portador nato.²⁵⁴

Consequentemente, desde a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual se apresenta como uma recomendação para os países signatários, o Brasil tem seguido essas orientações no sentido de dar prioridade e suporte na elaboração desses direitos. A marca fundamental foi a Constituição de 1988, compreendida como avançada e de notável importância para a sociedade brasileira. Ao mesmo tempo em que, na arguta colocação de Piovesan, “a Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais”.²⁵⁵ Portanto, não há motivos para não confirmar a Constituição de 1988, como uma autêntica guardadora dos Direitos Humanos

²⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

²⁵² ENGELMANN, Wilson. **A origem jusnaturalista dos direitos humanos**: o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2011.

²⁵³ Vários documentos ao longo da história da humanidade têm sido estabelecidos como forma de autocompreensão da imensa importância que representa os direitos humanos na sua complexa evolução. No entanto, no ano de 1966, a ONU adotou dois pactos internacionais de direitos humanos. São eles, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao primeiro também foi atribuído um Comitê de Direitos Humanos, apto a receber e julgar denúncias de violação de direitos humanos contra qualquer Estados-Partes. A positivação desses Pactos estabelecia a concretização da segunda etapa dos direitos do homem no âmbito universal. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 291.

²⁵⁴ ENGELMANN, op. cit.

essenciais do homem, bem como todas as regras que representam os direitos fundamentais como uma nova ordem de garantia e justiça.

Certamente, é nesse sentido de estabelecer o significado dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal que se pretende também alinhar o direito fundamental à segurança como um genuíno direito do qual o homem, pela sua simples existência, já é um portador nato. De outro modo, também tratar do *status* desses direitos na ordem interna e assim, formalizar o direito à segurança no contexto do Estado Democrático de Direito.

3.3 O Significado dos Direitos Fundamentais e o Contexto do Direito à Segurança

Em todo o percurso trilhado até o momento a preponderância tem sido no sentido de aquilatar os Direitos Humanos como fonte dos chamados direitos fundamentais de hoje. Para tanto, importante lembrar o que Robert Alexy há quase doze anos atrás mencionou quando realizou uma palestra de comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, naquilo que se referia aos problemas dos direitos do homem.²⁵⁶ O referido autor enaltece que os direitos do

²⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2008. p. 41-56.

²⁵⁶ Na palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, Alexy estabeleceu três problemas que norteiam os direitos do homem. A saber: "a) Os problemas epistemológicos, que remetem a compreensão de como os direitos do homem podem ser reconhecidos ou fundamentados. Portanto, são eles reconhecidos objetivamente ou a Declaração de 1948 serve apenas como um alento diante dos horrores presenciados pela humanidade? b) Os problemas substanciais, que nos levam a dizer que direitos são direitos do homem. Seria os direitos relacionados nas dimensões o alvitre dos mesmos valores? Ou eles estariam considerados em valores diferentes frente à Declaração dos Direitos do Homem de 1948? c) E, os problemas institucionais, ou seja, da institucionalização dos direitos do homem, que nesse sentido, o autor afirma que os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para serem garantidos seu cumprimento". Nesse espaço é importante salientar que a Constituição de 1988 é garantidora desse segmento, ao estabelecer um rol exemplificativo dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que abre o seu espaço para a ordem Internacional. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, p. 203-214, 1999. Entretanto, é possível afirmar que os direitos humanos por estarem positivados não são sinônimos de garantias. Atualmente, o paradigma positivista sofre um desalento nesse sentido. Como salienta Wilson Engelmann, quando refere-se a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que esta não apresenta uma força vinculante, já que, sua premissa é uma recomendação para os Estados-Partes. ENGELMANN, Wilson. **A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acessado em: 29 nov. 2011. Por outro lado, Comparato

homem precisam ser institucionalizados, dando a eles um catálogo amplo, facilitando assim, uma ampla discussão no cenário jurídico. Foi esse o contexto apresentado pela Constituição de 1988 após profundas análises dos constituintes que reunidos em assembléia geral fizeram cessar os comandos anteriores, estabelecendo assim, uma nova ordem constitucional para o Estado Brasileiro. O que motivou esse reajuste no sistema constitucional pátrio foi uma ampla discussão ora travada pelos constituintes, pois padeciam de vários anos de um sistema de ditadura. É nesse sentido, que realça a compreensão de que a Constituição Federal de 1988, no que tange ao catálogo dos direitos fundamentais, trouxe inovações significativas que muito contribui para o sistema democrático atual.²⁵⁷

Nessa quadra, primeiramente, necessário estabelecer um conceito ou um significado do que sejam os direitos fundamentais que aqui se pretende avaliar. Para Canotilho, os direitos fundamentais “são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente; assim os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.²⁵⁸ No olhar de Bonavides, pode-se compreender os direitos fundamentais sob dois aspectos de caracterização.²⁵⁹ No primeiro “podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”. Já pelo segundo, “os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança”. Na seara dos destaques, também é possível elencar o conceito de Paulo Gustavo Gonet Branco, onde preceitua: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade

também ensina que: “reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 266-267.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63.

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 393.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 515.

humana”.²⁶⁰ Para José Afonso da Silva, o qual utiliza a expressão “*direitos fundamentais do homem*”, o faz da seguinte maneira:

Refere-se aos princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.²⁶¹

Não obstante, a colocação desses conceitos sobre os direitos fundamentais para a sua real significação, é importante salientar que eles estão - independentemente de sua dimensão - simetricamente relacionados com o princípio da dignidade humana. Toda relevância no que tange aos direitos fundamentais, principalmente nos dias atuais, formam uma corrente de proteção relacionados à vida, à integridade física e à segurança de cada ser humano²⁶² ou ainda, como salienta Bonavides, são pressupostos que criam e mantêm as elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa.²⁶³ Nessa seara, pode se compreender como direitos fundamentais, todos aqueles direitos que abrangem a condição humana e que o fazem ser distintos de qualquer outra coisa, tornando-os portadores inatos do exercício da cidadania.

Portanto, conjugando atualmente a Constituição como uma nova ordem, pois inovou muito com os direitos fundamentais assim contemplados. No mesmo modo, referir que tem uma observância direta com o princípio da dignidade humana, e também que os direitos fundamentais não estão somente no capítulo II da referida Carta Magna, mas sim, espalhados ao longo de todo o texto Constitucional, dando uma dimensão dos direitos já existentes e aqueles que aqui poderão ser agrupados²⁶⁴ pela real necessidade da sociedade. Assim, é possível compreender o que Sarlet afirma sobre os mesmos, ao dizer que:

²⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP; Brasília Jurídica, 2000. p. 116.

²⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 178.

²⁶² BRANCO, op.cit., p.116.

²⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 514.

²⁶⁴ Apenas como exemplos podem ser citados os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º 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

Os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com ser reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.²⁶⁵

Dessa maneira, importante salientar que esse momento vivido pelos Direitos Humanos deve ser conjugado com a vontade de todos os entes políticos e o esforço contínuo da sociedade, que precisam estar vigilantes diante da real importância para o cenário atual. Nesse sentido, far-se-á para uma breve compreensão, pinçar algumas características dos direitos fundamentais, haja vista que quanto a sua classificação já foram mencionados anteriormente. Da mesma forma, mas para o devido acompanhamento, citar-se-á de forma bastante resumida à colocação de Paulo Bonavides quanto às gerações de Direitos fundamentais.²⁶⁶

Os significados dos direitos fundamentais também devem observados sob a temática das suas funções desenvolvidas, portanto, na dogmática constitucional. Atualmente há uma multiplicação de direitos, conforme já avençado, eles decorrem de uma necessidade da sociedade com a evolução dos novos tempos. Antes, os direitos fundamentais protegiam circunstâncias comuns a todos os

equivalentes às emendas constitucionais. Ver: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 13.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69.

²⁶⁶ A classificação dos chamados direitos fundamentais no limiar do século XXI, obedece às mesmas dimensões dos direitos humanos. Para Bonavides, os direitos fundamentais de primeira geração são “os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional”, a saber: “os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do Constitucionalismo do Ocidente”, esses têm por titular o indivíduo, são os direitos de resistência ou oposição ao Estado, logo, negativos. Já os de segunda geração “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século”. O princípio da igualdade é a sua essência. Os de terceira geração têm como lema a fraternidade são “aqueles dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”. O gênero humano é a sua essência. Complementando, os de quarta geração “são os direitos à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo” Predominam a máxima universalidade, uma sociedade aberta ao futuro, ao mesmo tempo em que os direitos das gerações anteriores concretizam-se a partir

homens; hoje, há uma tendência de complexidade de direitos no sentido de um abarcamento maior, ou seja, continua tendo como destinatários todos os homens, mas muitas vezes de forma direcionada a certas pessoas.²⁶⁷

Nesse sentido, é preciso entender que sobre os direitos fundamentais a constituição adotou como regra de fundamentalidade, o critério formal e material. Na lição de Sarlet, sob o ponto de vista formal, pode ser compreendido como os direitos positivados no texto constitucional, formando, assim, a parte mais alta da pirâmide; de outra parte, por serem normas constitucionais estão submetidos aos limites procedimentais, do mesmo modo, também, que tem sua aplicação imediata. Quanto à fundamentalidade no critério material, é importante observar que os direitos fundamentais constituem elemento essencial que formalizam a estrutura do Estado e da sociedade.²⁶⁸

Na mesma linha, é preciso refletir que segundo a lição de Sarlet, a Constituição de 1988 tem propiciado uma abertura ao conceito materialmente de direitos fundamentais²⁶⁹ ao recepcionar outros direitos que não constem ainda no texto pátrio, como já observado em momento anterior sobre a menção dos §§ 2º e 3º do artigo 5º. Nesse olhar, Sarlet é partidário de que no Texto Constitucional, quando o assunto são direitos fundamentais, todo o seu catálogo “são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais”, ainda que tenha posições contrárias como assim afirma.²⁷⁰

Nessa análise de raciocínio é preciso refletir a função dos direitos fundamentais já que o mesmo torna os homens como seus portadores inatos. De outro lado, parafraseando Sarlet, não condiz uma classificação dos direitos

da globalização, da universalidade da democracia. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 516-525.

²⁶⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco faz essa análise ao referir-se que os direitos fundamentais de hoje perscrutam uma tendência diferenciada no atendimento de algumas classes de pessoas. Como diz, “alguns indivíduos, por conta de certas particularidades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos [...]”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Brasília Jurídica, 2000. p. 138.

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75.

²⁶⁹ A mesma reflexão também é apresentada por Branco, que compreende que o sistema brasileiro adotou um sistema aberto de direitos fundamentais ao recepcionar outros direitos fundamentais fora do catálogo da Carta Fundamental de 1988. BRANCO, op. cit., p. 160.

²⁷⁰ SARLET, op. cit., p. 137. Como posição divergente de Ingo Sarlet, ele menciona os doutrinadores Vieira de Andrade e Manoel Gonçalves Ferreira Filho que encontrariam um campo fértil para discussão no campo organizacional.

fundamentais, haja vista sua extrema problematidade, ou seja, melhor então, apontar as formas de prestação desses direitos no sistema positivo brasileiro.²⁷¹ Porém, é necessário apontar como base legal desses posicionamentos o que Alexy, reporta quando faz a análise ao descrever a “*Teoria dos Status de Jellinek*”.²⁷²

Dessa maneira, na compreensão do autor, a referência a *status* deve ser refletida como um vínculo que condiciona o indivíduo ao Estado que a partir de determinadas regras – os direitos fundamentais positivados – refletem posições que emanam conteúdos e estruturas que o tornam sujeito de deveres, ou como afirma Sarlet, “titular de direitos”.²⁷³ Assim, é possível estabelecer alguns *status* que representam essas variantes.

No *status passivo*, Alexy aponta que o indivíduo está em um patamar de submissão frente ao Estado, principalmente nas relações individuais, logo, seriam as proibições do Estado frente ao indivíduo.²⁷⁴ Nesse sentido, sobre o *status passivo*, Sarlet preleciona que “o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais”, ou seja, ao indivíduo seria apenas um detentor de deveres, e não efetivamente, direitos. O Estado distribui os mandamentos conjugando com as obrigações.²⁷⁵

No *status negativo*, Alexy o reporta como as faculdades que os indivíduos possuem frente ao Estado, são as liberdades jurídicas não protegidas, ou seja, ao indivíduo este é portador de uma esfera de liberdade.²⁷⁶ O que fundamenta essa posição é a capacidade de liberdade que os homens possuem, a partir dela, no *status negativo*, este estará imune das investidas do Estado.

No *status positivo*, Alexy, utiliza-se da premissa de que o indivíduo estará neste patamar sempre que o Estado reconhece dele uma capacidade jurídica para a obtenção de um direito, ou seja, garante a ele pretensões positivas. Ainda nessa seara, Alexy afirma que o *status positivo* é a pretensão do indivíduo frente ao Estado que se materializa diante de dois argumentos: o direito “*a algo*” e,

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 159.

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 254.

²⁷³ SARLET, op. cit., p. 156.

²⁷⁴ ALEXY, op. cit., p. 256.

²⁷⁵ SARLET, op. cit., p. 157.

²⁷⁶ ALEXY, op. cit., p. 258-262.

“competência” para o seu cumprimento.²⁷⁷ Para Branco, este aponta o *status positivo* como sendo a situação que “o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor”.²⁷⁸ No olhar de Sarlet, o *status positivo* esta voltado também ao indivíduo onde a este “seria assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas”.²⁷⁹ Logo, neste *status* estaria envolvidos os direitos de prestações que o Poder Público tivesse que desempenhar, assim, como exemplo: os direitos sociais seriam eles prestacionais.

Por último, Alexy, apresenta o *status ativo*, definindo-o como atribuições que vão além da sua liberdade natural. Ou seja, sua esfera individual não é restringida por um encargo, mas sim, que sua capacidade, a maneira de agir é alargada.²⁸⁰ Corroborando com essa ideia, Sarlet afirma que no *status ativo* o indivíduo passa a ser titular de competências, ou seja, passa a ter titularidade ativa de participar da vontade do Estado.²⁸¹ Um exemplo nesse caso, seria o direito de votar, como é o caso da Democracia representativa no Brasil. Noutras palavras, mas com a mesma compreensão, Branco destaca que para o *status ativo* “o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado”, ou seja, como exemplo, cita o exercício do voto, portanto, nesse ponto ocorre que o cidadão exerce os direitos políticos.²⁸²

Nesse contexto, importante aferir o que Sarlet preleciona para uma breve reflexão sobre as teorias apresentados por Jellinek, também acompanhadas por Alexy quanto aos *status* dos direitos fundamentais. Nesse sentido, com as devidas ressalvas às possíveis críticas²⁸³ avençadas no sentido das teorias de Jellinek ao

²⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 263-267.

²⁷⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Instituto brasileiro de direito público - IDP; Brasília Jurídica, 2000. p. 139.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 157.

²⁸⁰ ALEXY, op. cit., p. 268-269.

²⁸¹ SARLET, op. cit., p. 157.

²⁸² BRANCO, op. cit., p. 140.

²⁸³ Sarlet salienta que diversas críticas têm sido apresentadas a teoria de Jellinek. Contudo, é necessário como mesmo afirma, que com o passar do tempo, é preciso remodelar a forma como elas foram apresentadas, ou seja, complementá-las e adaptá-las ao momento atual, logo, a doutrina e o direito constitucionalismo positivo. Assim, a primeira crítica, refere-se ao *status negativo* – onde para Jellinek as liberdades do indivíduo são exercidas apenas no âmbito da lei, portanto, à disposição do legislador. Preconiza Sarlet, que essa teoria é

longo do tempo, elas têm servido de um contínuo processo de mudanças, bem como adaptadas ao contexto atual, mantendo firme o seu propósito quanto à classificação dos direitos fundamentais.

Evidentemente, a partir dessa classificação é possível trabalhar os direitos fundamentais sob a perspectiva positiva, ou seja, o cunho prestacional, para então situar-se-á, como base no Texto Constitucional o direito fundamental à segurança, do qual reporta-se a ótica desta pesquisa. Sarlet menciona que os direitos fundamentais, pela sua essência, materializam-se direitos de defesa do indivíduo contra qualquer tipo de circunstâncias negativa do Estado que visem atacar sua liberdade ou mesmo sua propriedade.²⁸⁴ Assim, deve se compreender que mesmo na Democracia plena, portanto, um Estado Democrático de Direito com *status* Constitucional que é, perfaz-se a necessidade da presença de direitos de defesa. A lógica dessa necessidade, é que muitas vezes a democracia pode não ser justa com seus cidadãos.

Na mesma linha, os direitos de defesa se perfazem a partir de uma obrigação de abstenção do Estado, onde seus poderes devem respeito a alguns direitos individuais. De outro lado, é importante frisar que havendo a abstenção por parte Estado, isso não representa que ele está isolado e, portanto, nada pode fazer. Pelo contrário, o Estado permanece como alavanca de sustentação da sociedade, no qual ocorre somente a limitação da sua intervenção. Assim, na lição de Sarlet, compõem o rol desses direitos fundamentais aqueles oriundos da

preciso adaptar a concepção atual, onde não é mais possível (inclusive no direito constitucional pátrio) a sujeição das liberdades individuais a uma legislação infraconstitucional. Assim sendo, reitera no sentido de que o *status negativo* de Jellinek *deve ser encarado como um status negativo dos direitos fundamentais, onde a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais*, ou falando de outra maneira, que *as liberdades e os direitos fundamentais em geral vinculam também o legislador*. A outra crítica que Sarlet menciona, que também foi acompanhada por Konrad Hesse, diz: “o *status constitucional do indivíduo garantido pelos direitos fundamentais não constitui uma situação meramente formal, relativa ao indivíduo abstrato* – como Jellinek compreende no *status negativus* – mas sim, um *status jurídico material, com conteúdo concreto e determinado, que não se encontra à disposição ilimitada do indivíduo nem dos poderes públicos*”. Finalizando, Sarlet preceitua que é possível aproveitar as teorias de Jellinek, mas que elas precisam ser refletidas e compreendidas à luz do cenário atual, as circunstâncias do momento, pois quando elas foram elaboradas viviam-se outros momentos da história constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 157-158.

²⁸⁴ Ibid., p. 168.

primeira dimensão²⁸⁵, como os já conhecidos direitos de liberdade e igualdade, bem como o direito à vida e a propriedade. Os quatro direitos elencados são consagrações do direito natural.²⁸⁶

Desta forma, além dos direitos já citados que compõem a primeira dimensão, também está o próprio direito à segurança bem sedimentado como pertencente a essa mesma origem, configurando-se a partir de Hobbes como direito fundamental de proteção do homem. Os direitos de defesa, como já vistos, representam uma abstenção do Estado, ou seja, de não interferência na vida do cidadão. Contudo, apesar de não interferir, por outro lado, cabe ao Estado manter-se no sentido de ação para assegurar esses direitos fundamentais. Logo, quando são citados os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade como direitos originários de defesa, nada se fala sobre o direito à segurança como um deles. O texto Constitucional pátrio elenca esses cinco direitos no seu capítulo 5º, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” os tendo como invioláveis.²⁸⁷ Apenas lembrando, em Hobbes a inviolabilidade da segurança do homem representava a conservação da vida. Evitava desta maneira, que ele fosse vítima da morte violenta.

Em consonância com essa ideia é que se deve analisar o direito à segurança sob dois enfoques: o primeiro, como direito fundamental à proteção

²⁸⁵ Para Sarlet, “Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como as revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46, nota de rodapé.

²⁸⁶ Com referência ao direito fundamental da igualdade, Sarlet faz uma ressalva, ainda que aja uma estrutura diferenciada, ele se justifica estar neste rol, porque garante a esfera de igualdade individual, do qual este, não pode sofrer ingerências ou mesmo sucumbir-se a tratamento discriminatório, o qual geraria um direito de defesa subjetivo contra toda e qualquer agressão ao princípio da igualdade. Ibid., p. 169.

²⁸⁷ Assim, pode ser observado: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos [...]”. Noutro dispositivo também elenca a segurança como um direito social da República. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Ver: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

individual²⁸⁸, e o segundo, como direito social, no âmbito das políticas públicas²⁸⁹, pois essas têm como meta a coletividade indistintamente, portanto, um direito a prestação positiva do Estado. No entanto, o segundo enfoque, o direito à segurança estampado como direito social, não será objeto de análise desta pesquisa. Como apontado, as duas circunstâncias estão formalmente inseridas no capítulo mais essencial da Carta Política. Da mesma forma, pode-se compreender que o direito fundamental à segurança sempre foi uma preocupação ao longo dos tempos, por isso encontra-se no *status* merecido.

Nessa quadra, resulta necessário fazer outra distinção entre o direito fundamental à segurança e o direito social à segurança do indivíduo. Ambos estão em dimensões separadas na classificação da evolução dos Direitos Humanos. O direito fundamental à segurança representa como já apontado, de uma

²⁸⁸ Esse assinalamento será tratado com mais precisão quando se discutirá o último ponto do terceiro capítulo. Contudo, como foi assinalado esse direito fundamental à segurança já se baseava em Hobbes, ou seja, era preciso sair do estado de natureza, pois ali havia a guerra de todos contra todos, o qual não era conveniente. Assim, o homem precisa entrar em um pacto para então preservar sua vida, que pode ser atentamente verificado nesta passagem de Hobbes. “Portanto, enquanto perdurar este direito natural de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver”. Ainda em Hobbes, quando ele preconiza que homem precisa renunciar, ou seja, transfere o seu direito através de uma declaração para aquele que aceitou, seja um soberano ou assembléia, é para que o homem sintam-se seguro diante do governo, para que ele obtenha a sua segurança, ou seja, a sua liberdade que lhe dá a sua proteção. Assim, preleciona Hobbes: “o motivo e o fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um, quanto à sua vida e quanto aos meios de preservá-la de maneira tal que não acabe por dela se cansar”. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 113-114. Nesse contexto, em Hobbes tem-se o início de que o direito à segurança pertence intrinsecamente ao indivíduo enquanto na sua condição de homem. Posteriormente, já no século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – Revolução Francesa - no seu artigo 2º trás a seguinte redação: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 170. No mesmo compasso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, também estipula no seu artigo 3º o seguinte: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. COMPARATO, op. cit., p. 247. De outra maneira, em 1966, os Pactos Internacionais formalizados pela ONU, a segurança vem novamente como preocupação para o desenvolvimento dos Estados-Partes, assim, no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos – no seu artigo 9º está: “*Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. [...] Ibid., p. 316.*”

²⁸⁹ A segurança como políticas públicas, são aquelas ações que o Estado deve desenvolver no âmbito do seu território através de órgãos, como é o caso do sistema constitucional pátrio, o mesmo elenca no artigo 144, CF/88, alguns órgãos para o seu desenvolvimento. No entanto, esse tipo de ações são aquelas que na observação de Alexy, se enquadram nas chamadas “ações positivas normativas em sentido amplo”, como ele mesmo afirma “A prestação normativa positiva consiste na garantia de uma competência de co-gestão” ou seja, direito a algo, no caso uma política de segurança adequada a sociedade. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 201-203.

necessidade do indivíduo sentir-se com proteção a partir da sua liberdade, por isso denominado de primeira dimensão.²⁹⁰ Por outro lado, o direito social a segurança é prestacional, ou seja, nasceu da necessidade de que o Estado precisa desempenhar como forma de política social, assim um direito de segunda dimensão.²⁹¹ Não obstante, a Constituição pátria fez essa distinção ao catalogá-los em situações diferentes. Para um entendimento melhor desta distinção elencada, faz jus asseverar o que Bonavides menciona quando trata das garantias constitucionais, definindo desta forma:

A garantia Constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege.²⁹²

Com muita clareza, Bonavides ensina que se não fosse às garantias Constitucionais não haveria espaço para os direitos materiais²⁹³, assim ocorrendo um desvaziamento desses valores nos casos concretos. Para tanto, ele

²⁹⁰ Sarlet menciona que é o direito de “*cunho individualista*”, ou seja, surgiu e afirmaram-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. De outro modo, também caracterizado de “*cunho negativo*”, pois há uma abstenção por parte dos poderes públicos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46. Também nesse sentido a lição de Lafer: “Os direitos de primeira geração são aqueles que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das letras. 1988. p. 126.

²⁹¹ Sarlet traduz o surgimento da necessidade do Estado em desempenhar seu papel ativo como defensor dos chamados direitos sociais. A necessidade desses direitos resultou do impacto da industrialização e, conseqüentemente, dos graves problemas sociais e econômicos que acompanharam a evolução do Estado. A sua característica é positiva, assim “*não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado*”. SARLET, op. cit., p. 47. Também nesse sentido, Lafer preleciona que, “são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”. Ou ainda, “*foram às reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem estar social”*”. Contudo, acrescenta que tanto os direitos de primeira como segunda dimensão eles reportam o “*homem na sua individualidade*”. Ibid., p. 127.

²⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 488.

²⁹³ Na lição de Canotilho, os direitos fundamentais em sentido material seriam “os direitos subjectivamente conformadores de uma espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 406.

estabelece duas acepções de garantias.²⁹⁴ Contudo, é na acepção estrita que dá uma verdadeira dimensão concreta do seu alcance, ou seja, abarca os direitos subjetivos, ao mesmo tempo em que lhe dá suportes assecuratórios e serve de instrumento de eficácia. Desde logo, também é necessário que elas estejam fundamentadas sob a égide de um Estado de Direito, pois do contrário não haverá liberdade, assim como os Direitos Humanos não terão adequada proteção.²⁹⁵

Não obstante, ao longo do tempo as garantias constitucionais tiveram um alargamento de suas funções, ou seja, em um dado momento sua matriz resumia-se à proteção da liberdade e os direitos fundamentais. Atualmente, é preciso compreendê-la um pouco mais complexa justamente pela sua amplitude. Nesse sentido, Bonavides reintegra um novo conceito, onde leciona que:

A garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que rege, como proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.²⁹⁶

Assim, justamente pelo fato de ocorrer esse alargamento, uma nova dimensão das garantias constitucionais, principalmente com o evento do Estado Social, que faz merecedor o surgimento de uma nova modalidade, a chamada garantia institucional.²⁹⁷ Nessa quadra, enquanto a garantia constitucional está voltada à proteção dos direitos fundamentais, a garantia institucional preocupa-se fundamentalmente com as instituições que representam no texto Constitucional uma magnitude importância para a sociedade.

²⁹⁴ Nesse sentido, Bonavides classifica as garantias em duas vertentes: a primeira, sob a acepção lata, onde “as garantias são concedidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições”. A segunda, na acepção estrita, “não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 488-489.

²⁹⁵ Ibid., p. 489.

²⁹⁶ Ibid., p. 493.

²⁹⁷ Na lição de Bonavides, a garantia institucional é considerada uma das maiores novidades constitucionais do século XX. Portanto, como afirma: “A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”. Ibid., p. 492.

Nessa linha, importante também verificar o posicionamento de Sarlet: ao analisar sobre essa questão ele utiliza os termos “os *direitos-garantia*” e as “*garantias institucionais*”. O primeiro passo é assimilar que ambas constituem garantias fundamentais expressamente formalizadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.²⁹⁸ Contudo, em que pese uma dificuldade em saber quando são direitos e quando são garantias fundamentais, o certo é que essas categorias merecem o mesmo tratamento constitucional, podendo, quando o caso, serem analisadas em contextos concretos.

Nesse contexto, Sarlet explica que “os *direitos-garantia*” são as denominadas garantias fundamentais, pois exercem um papel decisivo no sentido de assegurar e proteger o indivíduo, assim, “podem ser consideradas autêntico direito subjetivo”. Ainda nessa linha, acrescenta:

Outorgam ao indivíduo, inclusive na condição de integrante de uma coletividade, a possibilidade de se defender de ingerências indevidas em sua esfera privada, protegendo-se contra abusos de poder, agressões aos seus direitos, além de viabilizar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais em geral.²⁹⁹

De outro lado, confirma Sarlet que em relação às “garantias institucionais” essas têm uma “função primordial que é a de preservar a permanência da instituição o que diz com os seus traços essenciais, em outras palavras, naquilo que compõem sua identidade”, ou seja, a sua essência, aquilo que de mais importante ela representa. Dessa maneira, enumera alguns exemplos que constituem autênticas garantias institucionais presentes no catálogo da Constituição pátria, como: a garantia da propriedade – artigo 5º, inciso, XXII -, do direito de herança - artigo 5º, inciso, XXX

²⁹⁸ Na astuta observação de Sarlet, importante mencionar que as garantias fundamentais que estão no bojo do artigo 5º, que, portanto, na sua análise se dividem em “*direitos-garantia e as garantias institucionais*” propriamente ditas, de maneira alguma podem se confundir com as demais garantias que a Constituição ao longo do seu texto, expressamente estipula. Ao mesmo tempo, alerta que as garantias que a Constituição apresenta ao largo do seu texto, analisadas a partir de um sentido amplo, também são garantias de direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 178.

²⁹⁹ Quando Sarlet trata desses “*direitos-garantia*” e faz sua análise onde reportam a eles a categoria dos direitos fundamentais intrinsecamente relacionados ao indivíduo pela sua essência de pessoa humana, parece necessário ligar esse posicionamento com o de Paulo Bonavides quando se reporta às garantias constitucionais qualificadas ou de primeiro grau. Assim, como já dito, elas não podem ser objetos de deliberação, estando salvaguardadas do arbítrio do legislador ordinário, assim como, do legislador constituinte. Portanto, qualquer decisão em sentido contrário, haverá o descumprimento do artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, ferindo as cláusulas pétreas. Ibid., p. 180.

-, da instituição do Tribunal do Júri - artigo 5º, inciso, XXXVIII -, e outros. Contudo, também assevera que não somente no capítulo 5º esses direitos estão presentes, mas que, poderão ser encontrados ao longo de todo o texto Constitucional.³⁰⁰

Desde logo, também de necessária importância refletir sobre outro posicionamento de Bonavides, no que diz respeito às garantias constitucionais. Nesse sentido, ele as divide em garantias qualificadas³⁰¹ ou de primeiro grau e garantias simples³⁰² ou de segundo grau, da seguinte forma:

Garantias de primeiro grau vêm a ser aquelas que privam o legislador constituinte, ou seja, o titular do poder de reforma constitucional da faculdade de emendar a Constituição para alterar cláusulas que o texto da lei maior rodeou de uma proteção máxima de intangibilidade, não podendo a matéria ali contida ser objeto sequer de deliberação da parte do poder constituinte derivado.³⁰³

O resultado que se quer chegar a partir desta premissa é compreender que a Constituição pátria no que tange aos direitos individuais fundamentais, aqueles que alicerçam o ápice da Carta estão, portanto, fora de qualquer cogitação de mudanças e sim, aprimoramento. De outro lado, esse modelo de garantia também veda qualquer movimento por via legislativa ordinário ou mesmo pela constituinte derivada. Como afirma Bonavides, as garantias constitucionais de primeiro grau “são também aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema”.³⁰⁴

Entretanto, quando o assunto são as garantias de segundo grau ou simples, o ilustre doutrinador aponta que elas se direcionam somente para a ação do legislador ordinário, o qual não poderá mexer no preceito expresso. Contudo, não veda o legislador constituinte, ou seja, Pode ser emendadas de acordo com o momento e a adequação. Nesse sentido, preleciona:

As garantias constitucionais de segundo grau são, de conseguinte,

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 181.

³⁰¹ Bonavides elenca entre as garantias de primeiro grau (qualificadas) como exemplos: a separação de poderes; a forma federativa de Estado e os direitos e garantias individuais, esses últimos foram incluídos pela primeira vez no texto pátrio. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 504.

³⁰² As garantias de segundo grau são todas aquelas que podem ser atingidas pelo legislador constituinte derivado exercendo o seu poder de emenda constitucional. *Ibid.*, p. 504.

³⁰³ *Ibid.*, p. 503.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 503.

aquelas que não conferem aos preceitos constitucionais uma proteção de eficácia idêntica àquelas de primeiro grau, porquanto os resguardam apenas contra o legislador ordinário, mas não prevalecem contra o legislador constituinte que exerce, nos limites da Constituição, o poder de emenda constitucional.³⁰⁵

Nesta análise, importante ressaltar que os direitos e garantias individuais, pela primeira vez, compõem o núcleo intangível da Constituição Federal. De outra parte, muitas são as garantias expressamente fundamentadas no artigo mais relevante da Carta Máxima, ou seja, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. De outra banda, o ponto crucial aqui, é diferenciar onde se encaixam - como base nos ensinamentos de Bonavides e Sarlet, conjugando assim, as garantias constitucionais – o direito fundamental à segurança e o direito social à segurança.

Assim sendo, não há dúvidas que as premissas balizadas se encaixam no entendimento de que as duas pertencem à categoria dos direitos fundamentais.³⁰⁶ Logo, que o direito social fundamental à segurança no sentido de políticas públicas, encontra-se fundamentado nas garantias institucionais que leciona Bonavides. Nesse mesmo sentido, também com base nos ensinamentos de Sarlet, esse mesmo direito está na categoria das garantias institucionais. A ideia central é no sentido de que o direito fundamental social à segurança, como políticas sociais, se encontra no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira é desempenhado por órgãos permanentes e com respaldo constitucional, caracterizando desta forma as chamadas garantias institucionais.³⁰⁷

³⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 504.

³⁰⁶ Essa posição também é defendida por Canotilho, quando menciona o seguinte: “*A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 407.

³⁰⁷ Com base nos ensinamentos de Bonavides e Sarlet, chega-se a compreensão que as instituições formalmente estipuladas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, “Da Segurança Pública”, concretizam as chamadas “*garantias institucionais*”. Nesse sentido, são verdadeiras garantias que a Constituição estabelece no âmbito das garantias gerais. Assim, Sarlet preleciona: “as garantias institucionais podem ser definidas, de forma ampla, como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que o caracteriza”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 180. Na mesma esteira, esse mesmo posicionamento pode ser colecionado de Bonavides, onde diz: “As garantias institucionais se tornam também efetivas, via de regra, por obra de pressões sociais ou de imperativos de consciência pública, empenhada e inclinada em promover a igualdade, como o primeiro dos postulados do Estado. A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da

Na outra ponta, encontra-se o direito fundamental à segurança³⁰⁸, indiscutivelmente alçado ao crivo de direito fundamental individual, com o devido reconhecimento de sua importância, portanto, de elementar necessidade de defesa do indivíduo. Nos ensinamentos de Bonavides e Sarlet, o direito fundamental à segurança de cunho individual subjetivo recai na classificação apresentada por Bonavides, são aquelas garantias da própria Constituição, onde ele denomina de “*acepção estrita*”, pois “*estabelece uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais*”. Mais a frente o mesmo autor apresenta as garantias qualificadas ou de primeiro grau, são as mais raras, por isso elas não podem ser tocadas pelo legislador constituinte, tendo, portanto, o critério de intangível pelas cláusulas pétreas.³⁰⁹ O direito fundamental à segurança encaixe-se aqui. No mesmo rastro, está o ensinamento de Sarlet, quando faz a distinção das garantias fundamentais. Nesse caso, o direito em destaque está alçado como “*direitos-garantia*”, pois eles representam uma função dúplice, de assegurar e proteger sua forma instrumental, bem como um autêntico direito subjetivo.³¹⁰

Nesse contexto, correto afirmar que o direito à segurança representa um autêntico direito fundamental de primeira dimensão, cristalizado no mais importante artigo de nossa Constituição pátria “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”. Portanto, merecedor do verdadeiro *status* constitucional de valor da liberdade humana, que a todo tempo deve ser protegido e promovido como garantia absoluta do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Nesse sentido, é

instituição [...]”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 497.

³⁰⁸ Para Virgílio Afonso da Silva quando comenta sobre liberdades públicas, ele entende que “os chamados direitos de defesa constituem das chamadas liberdades públicas, portanto, constituem a primeira geração dos direitos fundamentais, ou seja, direitos que garantem uma esfera de liberdade de atuação dos indivíduos contra ingerências estatais”. O autor estabelece como exemplos: a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de associação, de reunião e o direito de propriedade. Todavia avança um pouco mais no sentido de: “afirmar que esses direitos de primeira geração podem ser incluídos outros de fundamental importância”. Assim, a partir da análise das teorias contratualistas, são considerados também direitos de primeira geração, o direito à segurança e o direito à participação política. Para o primeiro, o direito à segurança, este representa um direito de prestação normativa e, quanto à estrutura de sua apresentação, o Estado tem o caráter positivo, ou seja, colocando somente as medidas eficazes para a sua realização. SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 6, p. 548-9, 2005. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

³⁰⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 503.

³¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 180.

que o direito à segurança deve figurar como regra de sustentabilidade de proteção como respeito ao princípio da dignidade humana.

Com efeito, a pesquisa caminha para o seu derradeiro capítulo. Para tanto, deseja-se confirmar o caminho até aqui percorrido, ou seja, afirmar que o direito fundamental à segurança deve ser visto como o sustentáculo do direito à proteção como garantia da manutenção da vida. Naturalmente, o que se quer demonstrar com essa finalização é que o Estado Democrático de Direito Brasileiro serve de sustentação para a efetivação da Constituição. E ainda, que ao exercitar o direito à segurança previsto no texto Constitucional também represente um verdadeiro exercício da cidadania, podendo assim, fundamentar uma nova perspectiva neste limiar do século XXI.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA COMO UM DIREITO À PROTEÇÃO (DA VIDA)

4.1 O Estado Democrático de Direito e a Constituição de 1988

Naturalmente o homem preocupa-se em garantir a sua proteção diante dos mais variados acontecimentos. É nesse sentido, que o direito à segurança, como caráter positivo, está fundamentado na primeira dimensão dos direitos humanos, com o surgimento de uma necessidade do Estado prestar aos seus ocupantes. Entretanto, importante afirmar que nem todos os direitos mencionados como sendo de primeira dimensão são positivos, pois há aqueles denominados de “liberdades sociais”.³¹¹ Noutra compreensão é possível também afirmar que todos os direitos sociais têm sua concretude no princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo dúvidas que a Carta magna suplantou essa necessidade ao garantir o mínimo vital para esses fins.³¹²

É nesse contexto que o direito à proteção do homem ao longo do tempo, sempre desencadeou uma preocupação constante com a manutenção da vida.³¹³

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

³¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais e sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2008. p. 349-395. Sobre a chamada “reserva do possível”, teoria desenvolvida no Direito Alemão e transportada para o Direito Brasileiro, o autor não concorda com o aceite da doutrina brasileira que vem acolhendo esse mesmo entendimento, fazendo-se assim, um obstáculo à efetividade dos direitos sociais. Pondera o mesmo, que é preciso repensar quanto à absorção de teorias jurídicas desenvolvidas em países centrais, pois lá já existe um padrão ótimo de bem-estar social em relação aos países periféricos como o Brasil, pois aqui a desigualdade social, o amplo espaço territorial e outras mazelas deixam a desejar o devido cumprimento da “reserva do possível”.

³¹³ Oportuno os dizeres de Antonio Augusto Cançado Trindade quando ele ensina sobre “O Direito e o Tempo”, que o homem está mergulhado no tempo, e que muitas vezes, os acontecimentos deste mundo contemporâneo, parece escapar da avaliação do homem. Como ele afirma, mudanças significativas ocorreram, principalmente, nos últimos dez anos do século XX, tornando assim, um número maior de incertezas ou mesmo de perplexidades. Esses acontecimentos geram uma sensação de imprevisibilidade que o mesmo pontua desta forma: “Todos os que pertencemos às gerações descendentes da guerra fria, guardamos viva na memória da perversidade do equilíbrio do terror; a medida em que nos distanciamos desta época sombria, e caminhamos rumo ao final do século, somos assaltados pela nova ansiedade ante o imprevisível, ante a irrupção de violentos conflitos internos em diferentes partes do mundo, o recrudescimento de ódios seculares, a falência do Estado, o crescimento assustador e trágico da pobreza absoluta, o agravamento da marginalidade e exclusão sociais. Nesta nova realidade sem parâmetros definidos, circundada de incertezas, diversificam-se as fontes de violações dos direitos humanos”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. v. 2, p. 336-338.

Logo, é possível compreendê-lo tendo como seu corolário o direito fundamental à segurança, contemplado com absoluta relevância no final do século XX, dada à verdadeira importância que uma Democracia representa, formalizando-o no capítulo mais importante “Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos”. Ademais, o que a Constituição de 1988 quer dizer ao fazer uma distinção³¹⁴ entre “o direito fundamental à segurança” e, conseqüentemente, a segurança pública com políticas de implementação da ordem pública estabelecida no artigo 144, são eminentemente distintas, ao passo que essas não serão objetos desse estudo.

Para tanto, a representação que visualiza o Estado Democrático de direito parece bastante sutil, ou seja, representar um conteúdo próprio sob uma nova perspectiva constitucional. As outras formas de Estado tiveram sua importância para cada momento da história. Contudo, basta compreender que as sociedades evoluem, assim como os direitos humanos constituem um agregado de valores que precisam materializar-se continuamente. Assim, “o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem um conteúdo transformador da realidade”³¹⁵, pois ele fomenta a real necessidade da participação do povo, dando azo a um novo projeto de reconstrução fundamentado em princípios³¹⁶ norteadores, o que reformula aquilo que já existia.

³¹⁴ É preciso fazer uma distinção sobre os direitos à segurança mencionado pela CF/1988. O direito à segurança que se encontra no ápice do artigo 5º, ao lado da vida, da igualdade, da liberdade e da propriedade. Assim, eles pertencem ao homem pela sua razão de ser. Oriundos do Direito Natural, portanto, acompanham o homem a partir da sua transposição para os direitos positivados, representam um direito Humano Fundamental de proteção. Por outro viés, o direito à segurança que se mantém expresso no artigo 6º da CF/1988, este está inserido no ambiente dos direitos sociais, que representam uma contraprestação do Estado através de órgãos definidos na própria CF e, portanto, está no sistema de políticas públicas efetivados pelos Governos.

³¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

³¹⁶ Importante frisar que na posição dos autores Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, eles enumeram princípios que materializam o Estado Democrático de Direito que são: a) Constitucionalidade, que é a vinculação do Estado com a garantia jurídica; b) Organização Democrática da Sociedade; c) Sistemas de Direitos fundamentais individuais e coletivos; d) Justiça Social; e) Igualdade não apenas formal, e sim, também material; f) Divisão de Poderes e Funções; g) Legalidade como forma de manutenção de exclusão do arbítrio e prepotência e, h) Segurança e Certezas Jurídicas. *Ibid.*, p. 98-99.

Primeiramente, colocar-se-á um olhar sobre o Estado Democrático de Direito, pois este deriva do Estado de Direito³¹⁷, para depois abarcar a Constituição como regra suprema e formalizadora dos direitos fundamentais. O sentido de transformação parece impulsionar o novo modelo de Estado, que além de representar uma continuidade de proteção ao indivíduo, o torna conseqüente de uma ruptura do sistema, materialmente e formalmente estabelece seu compromisso com a sociedade com força Constitucional que ao positivar inúmeros direitos e garantias mudaria o *status quo*. Assim, é essa concretização que deve transformar a realidade que outrora não foi possível, principalmente, na necessidade de atendimento das promessas da modernidade.³¹⁸

Não obstante, o Estado Democrático de Direito³¹⁹ é somente um modelo de representatividade, que como a pouco foi visto está fundamentado em princípios que norteiam sua validade, ao mesmo tempo em que remete a uma junção com a Democracia – participação do povo – para a consolidação dos interesses da

³¹⁷ Muita oportuna a lição de Streck e Bolzan de Moraes quando dizem sobre a transformação do conceito de Estado de Direito. O primeiro passo é saber que o chamado Estado Moderno foi introduzido pela ruptura do regime absolutista em face dos novos acontecimentos do século XVIII. Duas dicotomias são apresentadas, o antes, o absolutismo e o depois o liberal, onde o segundo dá origem ao Estado legal e o Estado de Direito. Dessa maneira, este último o Estado de Direito, passa a desenvolver ao longo dos dois últimos séculos três outras concepções de Estado, a saber: a) O Estado Liberal de Direito, o qual tinha como sua característica básica o conteúdo liberal de sua legalidade, havia nesse espaço certo apego as liberdades negativas, onde o Estado pouco interferia na vida dos indivíduos. A lei determinava a legalidade mantendo uma ordem geral e abstrata, onde o não impedimento das liberdades era desenvolvido. Assim, tinha como destinatário característico o próprio indivíduo; b) O Estado Social de Direito apresentava uma ideal comum com o primeiro, mantinha o ideário liberal, mas que já apresenta as imperfeições oriundas do desenvolvimento das relações de produção, agregado aos novos conflitos decorrentes de um modelo industrial, ou como os autores mencionam “temos aqui a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem à busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal”. Logo, esses dois modelos apresentavam uma identidade semelhante, pois tinham como fim comum a adaptação social; c) O Estado Democrático de Direito, que não se quer fazer uma revolução nas estruturas sociais, mas sim estabelecer a incorporação efetiva da igualdade como sua essência própria, ou seja, dar ao indivíduo condições mínimas de vida, abarcando assim toda a sociedade. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103-104.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 108.

³¹⁹ Perez Luño enfatiza que o Estado Democrático de Direito “*representa una fórmula alternativa que reenvía a un tipo de Estado apenas iniciado en nuestro tiempo, y con frecuencia de modo irregular, en el que se pretende precisamente la transformación en profundidad del modo de producción capitalista y su sustitución progresiva en el tiempo por una organización social de caracteres flexiblemente socialistas, para dar paso, a través de vías pacíficas (que no pasivas) y de libertad (formal y real), a una sociedad donde consecuentemente pueden implantarse muy superiores niveles de dichas igualdad y libertad real, donde democracia (formal y real) y socialismo no solamente son compatibles sino que se fortalezcan y consoliden mutuamente*”. Ver: LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5 ed. Tecnos, 1995. In: Diaz, E. **El Estado democrático de derecho en la Constitución Española de 1978**: socialismo en España: el partido y el Estado. Madrid: Mezquita, 1982. p. 179-180.

sociedade. De outra parte, o Estado Democrático de Direito é somente uma versão do chamado Estado de Direito, assim como os outros modelos que sucederam na história também o foram. Sintetizando o desejo de um Estado, pode-se aqui estabelecer o que Bonavides confirma ao pontuar sobre “a proteção do direito como finalidade suprema do Estado”³²⁰, onde discorre da seguinte maneira:

Que a teleologia jurídica do Estado, na sua formulação absoluta feita por Kant, será sempre inequívoca aspiração da humanidade culta e progressiva, a coroar-se naturalmente no dia em que, tendo o Estado conduzido por suas mãos o ente humano a melhor destino social e econômico, ajudando-o, nas sociedades primárias e desamparadas, a levantar-se das condições rudimentares de servidão material, logre aquela ordem justa, de reformação moral do homem, fadada a conciliar a independência política e ética do indivíduo com sua independência econômica.³²¹

Conseqüentemente, o Estado tem uma vasta complexidade quando analisado no seu aspecto geral. Entretanto, o que importa é estabelecer que o Estado seja o suporte necessário para a continuidade da sociedade, um fomentador do Direito e da Justiça. É evidente que o momento atual nos remete a reforçar a temática a cerca das conquistas que o homem obteve ao longo do tempo, bem como elas se apresentam neste início de século XXI.

Desse modo, o Estado de Direito³²² demonstra um percurso de triunfos que representam os direitos humanos, a valorização do homem ao custo de muitas tragédias como já referido nos capítulos precedentes. Aqui, poderia surgir a pergunta: onde estão esses triunfos conquistados? Esses triunfos são os direitos humanos de uma maneira ampla, sejam eles individuais ou coletivos que pela necessidade humana foram formalmente inseridos no texto constitucional nacional. Ali recebem outro nome “direitos fundamentais”, materializados sob o manto da Democracia que é a representatividade (desejo) da maioria. Portanto, democracia e direitos humanos fundamentais formam um binômio³²³ de amplos aspectos que conjugam valores intrinsecamente relacionados à dignidade humana.

³²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 160.

³²¹ Ibid., p. 161.

³²² Segundo Bonavides, “Quanto ao Estado de Direito, não é forma de Estado e nem forma de Governo. Trata-se de um status quo institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais”. Ibid., p. 326.

³²³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

Entretanto, é importante abordar uma definição sobre os direitos fundamentais, os Direitos Humanos e os direitos naturais, mostrando, sempre que possível um entrelaçamento. Primeiro, longe de qualquer desiderato no sentido de ser este o conceito mais completo, entender que são considerados direitos fundamentais aqueles reconhecidos e positivados como essenciais na Constituição política de um Estado, incorporando os valores essenciais de uma sociedade.³²⁴ Portanto, os direitos fundamentais representam os valores que cada Estado demonstra aos seus cidadãos, aquilo que de melhor quer oferecer de garantias aos seus indivíduos. Em segundo, dizer que os Direitos Humanos representam aqueles valores inerentes a sua pessoa, justamente pela condição que o homem se apresenta, direitos inatos, tendo o respaldo na Dignidade Humana.³²⁵ Em terceiro, os direitos naturais podem ser considerados aqueles que orientam a evolução do homem na sua história. Portanto, como aponta Canotilho, “eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social”.³²⁶ Corroborando com esse sentido, Engelmann estabelece dois momentos que marcam na história essa compreensão dos direitos naturais. Uma, é quando Antígona responde a Creonte, invocando as

³²⁴ No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29. Também expressa o mesmo posicionamento, MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. 4, p. 52. Na mesma vertente, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 515. Acompanhando esse posicionamento, PEREZ-LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 31. Essa mesma colocação também é defendida por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 377.

³²⁵ Para Jorge Miranda, o mesmo fala em direitos do homem. Assim, são valores supremos, valores guias, inalienáveis, e invioláveis, sempre voltados à dignidade humana. MIRANDA, op. cit., p. 48. Na mesma vertente, Pérez Luño, buscando em Thomas Paine, que “os direitos humanos constituem a conjugação dos direitos naturais, ou seja, aqueles que correspondem ao homem pela simples condição de existir”. PEREZ-LUÑO, op. cit., p. 30. Entre nós, Sarlet, afirma que os direitos humanos “guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29. Nessa mesma perspectiva o posicionamento de Canotilho, onde diz: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”. CANOTILHO, op. cit., p. 393. Para Bobbio, ele ensina que: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, dos quais nenhum homem poderia ser despojado”. No mesmo sentido, ensina: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc.”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17.

³²⁶ Ibid., p. 394.

leis não escritas; duas, quando Aristóteles faz uma distinção se a justiça política pode ser natural ou legal.³²⁷ Logo, essas duas posições confirmam a teoria sobre o Direito Natural, ao mesmo tempo em que é preciso enaltecer que o fundamento de todo direito está na dignidade do homem.³²⁸

Nesse contexto, todos esses valores estão interligados e perfazem a essência dos indivíduos como portadores inatos de direitos. Os direitos fundamentais como garantias da ordem interna de um Estado; os Direitos Humanos como balizados universais de compreensão e respeito, e os Direitos Naturais como essencial da dignidade humana. Essa mesma dignidade, no século XXI, merecedora de todo valor nas Democracias atuais. Dessa maneira, todos os direitos apresentam similitude de valores que devem ser compreendidos na Democracia³²⁹ bem como o seu papel fundamental. Primeiro que ela é muita mais antiga do que o Estado Democrático de Direito e, inclusive sobre todas as formas de Estado, principalmente aqueles cunhados a partir da grande Revolução Francesa. Entretanto, é preciso compreendê-la a partir de uma ótica junto como Estado de Direito, pelo menos é essa dimensão de similitude que Bonavides esclarece com bastante precisão, pontuando dessa forma:

³²⁷ Ambas as passagens elencadas já foram objeto de citação quando se trabalha “O horizonte Histórico da Dignidade Humana”. De qualquer forma, elas podem ser consultadas na obra de ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

³²⁸ *Ibid.*, p. 139.

³²⁹ MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia deliberativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 195-199. A Democracia tem sua origem na Grécia clássica, podendo, inclusive ser compreendida sobre várias vertentes, dando a ela diversos significados, sejam sob a perspectiva analítica ou sociológica. Porém, para o conjunto atual, ela será pontuada aqui sob o prospecto da Democracia Deliberativa, ao qual apresenta duas variantes: como um conceito ou mesmo como projeto. A primeira, figura que ela “não está livre de contradições internas, ou seja, sobre a fundamentação epistêmica ou valorativa procedimental, o pluralismo, à publicidade e mesmo a liberdade à igualdade”; entendida como projeto, “a democracia deliberativa estabelece uma nova forma de democracia dialética das antinomias clássicas da teoria democrática entre liberalismo e republicanismo ou entre igualdade jurídica e igualdade substantiva”. Contudo, o seu fundamento atual parece nortear uma importância interessante. “a democracia deliberativa preserva as conquistas do liberalismo, em especial as liberdades públicas e as instituições liberais, bem como exige que essa arquitetura jurídica seja preenchida pelo engajamento ativo dos cidadãos, livres e iguais, em um processo de discussão pública em que cada um, assumindo um ponto de vista cívico, é capaz de dar suas razões para a produção de uma razão pública”. Ainda deve ser compreendida neste foco: “A democracia deliberativa, ao postular a centralidade do processo público de discussão e de deliberação como princípio constitutivo da vontade popular, atende aos requisitos de um mundo globalizado, organizado em redes informacionais”. Finalmente, quanto a sua força no espaço democrático: “A força da democracia deliberativa advém justamente de sua aplicabilidade plena às condições reais e atuais da sociedade do século XXI”. No mesmo sentido, Bonavides, diz que: “A democracia, segundo Aristóteles, é forma de governo”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 325.

O Estado de Direito é como a Democracia, a liberdade e às vezes o próprio Direito: certas pessoas só os reconhecem e assim estimam depois de violados ou conculcados, ou seja, durante a repressão, a ditadura ou o terror. Fora daí parecem existir tão-somente no léxico dos idealistas, nos lábios dos sonhadores, na retórica dos demagogos.³³⁰

Nessa mesma linha de pensamento continua:

Em suma, a democracia e o Estado de Direito, sem embargos das escamoteações teóricas habituais, representam duas noções que o povo, melhor do que os juristas e os filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explicá-las com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactas.³³¹

Não obstante, a Democracia por estar na história do homem, nem sempre ela foi a melhor opção para a garantia dos direitos humanos. Houve tempo em que a democracia foi restringida ainda que o seu significado não concorde. A Democracia objetiva a renovação e mudanças das estruturas que condensam o sistema. Contudo há seus opositores, aqueles que em algum momento da história mundial, que também foi repetida no Brasil, tentaram contê-la, amordaçá-la no intuito de tentar calar a mais verdadeira expressão do homem. Como bem afirma Bonavides;

Aqui, a democracia do AI-5 quase nos fez caminhar por vias parecidas para outra tragédia do autoritarismo, cujo símbolo, em termos caboclos, fora a chamada democracia relativa, que se pretendeu justificar e perpetuar mediante as inconstitucionalidades do estado de exceção, traduzido na falsa legitimidade de um comportamento político dirigido, com ausência de eficaz participação popular.³³²

O melhor balizamento é estabelecer nos dias de hoje um verdadeiro vínculo no qual a Democracia possa representar além dos desejos majoritários da sociedade, uma perfeita consonância com os direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido de valores, Sarlet também condiciona a interligação dos direitos fundamentais com a democracia, assim preleciona:

³³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 327.

³³¹ Ibid., p. 327.

³³² Ibid., p. 328.

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, nesse sentido, parâmetro de sua legitimidade.³³³

Salutar essa compreensão em relação à democracia, pois ela dá o condão necessário para que o cidadão exerça a cidadania³³⁴, configurando assim, sua plenitude de liberdade e autonomia para o exercício de seus direitos fundamentais. Ou ainda, como assevera Sarlet, dando a ênfase de que “a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade”.³³⁵ Nessa linha de raciocínio é possível dizer que os direitos fundamentais representam os direitos humanos que foram agregados ao longo da história do homem e, que hoje, estão umbilicalmente vinculados ao Estado Democrático e Social de Direito³³⁶ e, ao mesmo tempo, envolto na democracia.

Logo, a democracia para uma sociedade atual é o caminho mais seguro³³⁷,

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61.

³³⁴ A Cidadania será examinada no item 4.2.

³³⁵ Ibid., p. 61.

³³⁶ O autor utiliza este termo “Estado Democrático e Social de Direito”, ao mesmo tempo em que afirma que existe um amplo consenso na doutrina sobre o princípio fundamental do Estado Social está plenamente na Constituição de 1988, ainda que não conste formalmente. Ibid., p. 62.

³³⁷ Importante referir-se à posição de Höffe ao discorrer sobre Democracia, principalmente na modalidade de democracia participativa. Assim, ela é segura porque assinala no sentido de que “é ela que assume a tarefa de reconstituir o teor concreto dos direitos humanos [...], ela também é uma forma de vida ou prática social na qual, ao contrário da democracia meramente formal, o importante é a execução real, ou seja, que todos os cidadãos defendam seus direitos políticos e sociais e tomem parte nas decisões acerca de sua ampliação”. HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 132-133.

ainda que não se possam esconder os seus influxos negativos³³⁸, bastante recentes, mas que também estão definitivamente incorporados. Desta feita, não há como esconder que no contexto nacional a Democracia ainda está afastada de um ideal democrático como sociedade. Ao mesmo tempo em que essa condição se repete negativamente também aos nossos vizinhos, conforme se pode observar na afirmação de Streck e Bolzan de Moraes, “a América Latina, em especial, não tem sido pródiga em exemplos de democracia”.³³⁹ As violações existentes no período de restrições militares, ainda que no “regime democrático” nos deixam ondas de incertezas quanto a um futuro padronizado nos Direitos Humanos.

Todavia, esse pensamento não deve prevalecer. Primeiro, que “a democracia é um lento processo de conquistas das liberdades e, conseqüentemente, dos direitos humanos”.³⁴⁰ Assim, no cenário atual nossa democracia é “novíssima”. Segundo, “a sociedade democrática será a consequência desse aperfeiçoamento e seria (será) ainda o próprio meio para um aperfeiçoamento maior”.³⁴¹ O que se quer é afirmar que diante dos desafios da democracia apresentadas como sistema de governo ou ainda como uma modalidade de Estado³⁴², são enormes para o limiar do

³³⁸ Quando lançam seus olhares para a questão da Democracia, Streck e Bolzan falam que “o processo democrático nunca se caracterizou por um desenvolvimento linear”. De outro jeito, também querem dizer que a Democracia é fundamental, contudo, alguns modelos de propostas não foram cumpridas. Assim, eles passam a caracterizar essas propostas não cumpridas da seguinte forma: a) Que a democracia deveria estar voltada aos indivíduos que são os protagonistas do jogo democrático, entretanto, não é isso que ocorre - em vez dos indivíduos - há um forte aparato dos grupos de interesse que fomentam o jogo político; b) Que quanto a organização da sociedade ela deveria ser um modelo do qual o poder estivesse somente em um único lugar, contudo, não é o que ocorre na prática, tendo assim, uma sociedade dispersa no sentido das decisões importantes; c) Que quanto ao poder político havia uma pretensão abrangente que objetivasse a destruição do poder oligárquico, contudo, na prática se observa o oposto, ocorrendo uma multiplicação das elites, ao mesmo tempo em que concorrem entre si; d) Que, quanto ao poder político eles deveriam ter uma representação dotada de liberdade para decidirem sobre os temas mais relevantes para a comunidade, entretanto, o que se verificou foi a constatação de limites para que esses representantes decidissem em prol da comunidade, tudo isso, relevado a diversos fatores; e) Que, quanto aos espaços de tomada de decisão o correto era um processo que se iniciasse na base dos interessados, contudo, o que se vê é o inverso, onde as decisões técnicas são substituídas pelos pressupostos tecnoburocráticos, logo, a razão instrumental substitui à razão política; f) Que, quanto ao problema de saber quem vota e onde vota., ocorreu um alargamento avassalador em ambos os casos, tornando as decisões a partir de estratégias participativas, ocorrendo assim, a efetiva consolidação do processo político aonde o ideal seria a conscientização da cidadania; g) Que, quanto ao controle do poder, as decisões públicas deveriam ser tomadas em público, demonstrando assim, transparência nessas decisões, entretanto, o que ocorreu foi uma ampliação dos espaços decisórios distante dos olhos dos cidadãos. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 114-115.

³³⁹ Ibid., p. 110.

³⁴⁰ Ibid., p. 110.

³⁴¹ Ibid., p. 111.

³⁴² BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 521.

século XXI, e assim sendo, a sociedade brasileira nos últimos tempos tem dado clara evidência que muitas coisas haverão de ser acrescentadas nesse novo espetáculo.

Nesse sentido, Bonavides defende a Democracia Direta como um direito de “*quarta geração*”.³⁴³ O autor parte da premissa de que o termo democracia denota uma amplitude de universalidade e, com o efeito da globalização não haveria mais espaço para não compreendê-la dessa forma, asseverando nesse sentido:

A juridicidade da democracia já começa a se exteriorizar positivamente em termos de manifesta transparência nos atos coletivos de intervenção da ONU (Organização das Nações Unidas), na formação de uma gendarmerie ou de um exército que atue ou possa atuar universalmente em nome da paz em situações concretas de crise, conforme tem ocorrido na África e na ex-Iugoslávia; paz cujo sentido político não pode ser outro senão o de sua identidade com o valor da democracia.³⁴⁴

Para tanto, Bonavides esclarece que a democracia não deve mais estar somente no âmbito interno de um determinado país, ao passo de exteriorizá-la com o mundo, formando assim a sua internacionalidade. Como pondera que, “a democracia é o princípio contemporâneo mediante o qual se confere legitimidade a todas as formas possíveis de convivência; poder-se-ia até dizer o único princípio legitimamente da cidadania e da internacionalidade”.³⁴⁵

Duas compreensões podem-se aferir: uma, da necessidade que a democracia oriente, dirija e fortaleça os Estados nas suas relações recíprocas; duas, que na ordem interna a democracia representa um legítimo direito à resistência, portanto, dos abusos perpetrados pelos detentores do poder.³⁴⁶

Na ordem interna a democracia tem, atualmente, sua concretização de forma representativa, ou seja, o povo delega aos seus representantes aquilo que gostariam que pudessem ter a disposição, portanto, afinando a sua cidadania com o Estado de

³⁴³ Apenas para esclarecimento, ao longo do trabalho utiliza-se o termo “dimensões” de direitos. Mas que aqui se utilizará o termo característico do autor em comento. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 521.

³⁴⁴ Ibid., p. 522.

³⁴⁵ Ibid., p. 522.

³⁴⁶ Como bem assevera Bonavides, sob a compreensão da democracia na ordem externa diante da opressão, dos regimes absolutistas e do desrespeito à dignidade humana, violando, portanto, os direitos fundamentais dos cidadãos, a licitude para uma intervenção militar de ordem supranacional como forma de dar uma resposta efetiva e de garantia contra todo tipo de violação aos direitos humanos. Ibid., p. 522.

Direito. Entretanto com o advento da Constituição de 1988, pelo menos formalmente, já está presente, como assevera Bonavides, o princípio que ora defende da democracia direta, pois o mesmo está devidamente fundamentado no artigo 1º Parágrafo único que apresenta a seguinte redação: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.³⁴⁷ Assim sendo, esse princípio está em perfeita consonância com o sistema previsto pela Magna Carta.³⁴⁸

Uma ideia de renovação parece latente, haja vista que a democracia representativa da forma como está sendo composta, não supre a demanda da sociedade. Por outro lado, a democracia direta defendida por Bonavides não é aquela de absoluta rigidez³⁴⁹ como preconizada na Grécia Antiga e sim aquela voltada à necessidade de cada estrutura social. Logo, como aponta o eminente doutrinador;

O importante e essencial, absolutamente indispensável para definir hoje a identidade da democracia direta, é que o povo tenha ao seu imediato dispor, para o desempenho de uma desembaraçada e efetiva participação, os instrumento de controle da mesma. Sem isso a participação será sempre ilusória, e o é nas chamadas democracias representativas do Terceiro Mundo, onde aqueles instrumentos compõem, não raro, o biombo atrás do qual se ocultam as mais obnóxias ditaduras sociais de confisco da liberdade humana.³⁵⁰

Não obstante, a ideia que Bonavides defende é no sentido de que a democracia direta está alçada a um princípio, dando a ela a relevância necessária que hoje parece solicitar os novos mecanismos de participação popular para as questões de cunho controvertidas, ou seja, o povo referenda esses atos como uma

³⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9.

³⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 524.

³⁴⁹ Na lição de Bonavides, ocorre que na Grécia Antiga a cidadania era exercida de uma forma total, todos podiam participar em praça pública sobre os assuntos do Governo. Entretanto, o momento atual é absolutamente diferente em tudo, o Estado moderno contemporâneo é o Estado territorial que congrega uma vasta área, ao mesmo tempo em que, administra milhões de pessoas em um só tempo. Por isso a democracia é representativa na maioria das democracias, delegando poderes aos eleitos. De outra parte, quando o eminente doutrinador defende a democracia direta, é muito feliz em afirmar que ela não pode ser absoluta, sendo necessário às devidas ponderações para cada momento. Ou seja, inclusive ponderá-la com as formas representativas que já existem, não tendo o condão de mudá-la por completo ou mesmo que outras formas de representação sejam banidas, extintas ou descaracterizadas. *Ibid.*, p. 526-527.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 527.

última instância. Porém, alerta que nos dias atuais a Constituição de 1988 estabelece alguns mecanismos de participação popular³⁵¹ - entretanto desconhecido da maioria dos brasileiros, pois não se ensina cidadania e o exercício dos direitos -, assim, parece permear um verdadeiro campo minado ou mesmo uma vala profunda de insatisfação.

O descontentamento em relação à democracia representativa³⁵² tem dado razão ou mesmo vozes ativas na tendência atual. Para tanto, Bonavides trás em seus ensinamentos um conceito que determina a essência, ou pelo menos um fluir do que é a democracia direta. Assim preleciona:

Enfim, democracia direta é o povo investido na amplitude real de seu poder de soberania, alcançando, pela expressão desimpedida de sua vontade regulativa, o controle final de todo o processo político. Só o povo, constituído, por conseguinte, em árbitro supremo, confere legitimidade a todos os pactos e acomodações dos grandes interesses sociais conflitantes da sociedade complexa e pluralista. O povo-ficção dos ordenamentos representativos cede lugar ao povo-realidade e concreção da democracia direta.³⁵³

Todas essas conseqüências apontadas por Bonavides parecem engrenar para um caminho de difícil solução. Ainda que se tenha uma Constituição avançadíssima em termos de direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, culturais

³⁵¹ A Constituição Federal de 1988 estabelece alguns mecanismos para o exercício da cidadania, fundamentados no artigo 14 e seus incisos: I – plebiscito, II – referendo e III – iniciativa popular. Porém, a grande maioria do povo brasileiro não tem nenhum conhecimento sequer da Constituição, para que serve essa tal de constituição, imaginar o exercício da cidadania parece utópico. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 16.

³⁵² Bonavides alerta que o Brasil sofre de um mal cada vez maior, o descaso dos representantes que tem o poder de mudar e fiscalizar a nação, dando, portanto, uma cidadania digna a todos os seus nacionais, o que de fato não tem acontecido em nosso país. Assim, preleciona: “O descrédito do princípio representativo no Brasil atual testifica tão-somente a crise de um sistema de representação divorciado do sentimento nacional, em razão de alojar nas assembleias legislativas e nas duas Casas do Congresso uma classe política sem ética, de cujas entranhas nasceram lideranças corruptas, constantemente apartadas dos mais elevados interesses nacionais e sem nenhuma afinidade com os sentimentos generalizados nas camadas sociais esmagadas e empobrecidas pela inflação. Enquanto a violência toma conta do País, a impunidade provoca um pânico social que faz temer pela sorte das instituições”. E mais: “O princípio representativo, mortalmente ferido de ilegitimidade em todas as épocas do Brasil republicano, só tem servido para perpetuar o domínio inarredável das oligarquias. Os membros políticos das classes dominantes trocam de partidos sem trocarem jamais de ideias e comportamento; permanecem retrógradas e acendem já nos porões da sociedade subdesenvolvida, nas favelas dos grandes conglomerados urbanos, as chamas de uma rebelião, sintomática do apartheid político, social, civil e geográfico imperante na presente sociedade brasileira”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 534.

³⁵³ *Ibid.*, p. 528.

etc.), esbarra-se nas concretizações desses direitos, tornando-os, em muitos casos, quase que utópicos. Aqui abre-se uma janela para ingressar no objetivo pretendido ao longo desta pesquisa, ou seja, trabalhar o direito fundamental à segurança como guardião e protetor da vida humana.

Apenas para concretizar o que representa a democracia direta, pois como já afirmado ela tem previsão constitucional. Para tanto, importante destacar o que Bonavides enfatiza em seus fundamentos de que não há mais volta, não tendo outro caminho senão o futuro. Assim,

O futuro da norma pertence, por conseguinte, ao povo da democracia direta e não ao povo ausente do sistema representativo; este já foi substituído e ninguém se dá conta dessa mudança que cava um abismo de legitimação e faz a crise estalar por todas as dobras do ordenamento jurídico.³⁵⁴

O momento requer uma afirmação dos direitos fundamentais, não bastando apenas sua formalização na Lei Suprema da República. É nesse sentido que Bonavides advoga a tese de que a democracia direta é um direito fundamental e que deve ser tratada como de quarta geração.

Consequentemente é o Estado Democrático de Direito desempenha o seu momento atrelado com a Democracia, pois esta representa a liberdade na concretização dos direitos sociais, ao passo que fundamenta a sua existência no primado da dignidade humana. De tudo, para finalizar a questão da Democracia e, asseverar o que Bonavides e Bobbio afirmam sobre as duas espécies de democracia. O primeiro³⁵⁵ afirma, que a democracia direta dá ao povo a titularidade em última instância o poder de decisão, ao passo que não desconfigura ou que ocorra a eliminação completa do sistema representativo; para o segundo³⁵⁶, que os dois tipos de democracia, direta e representativa, não são sistemas alternativos, mas sim que podem integrar-se concomitantemente. Contudo, faz um alerta. Não podem ser suficientes em si mesmas diante do Estado Moderno e sua complexidade.

Deste modo, outro assunto que merece destaque como precursor deste caminho é a Constituição Federal de 1988. Ela representa um momento histórico para a sociedade brasileira, cujos valores apresentados marcam substancialmente

³⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 537.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 529.

³⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 11. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 65.

uma mudança de paradigmas, antes manchado pelas ditaduras militares. No mesmo sentido, a Constituição³⁵⁷ representa para o Estado Democrático de Direito um substrato formal, positivados, de alta relevância, concretizando dessa maneira todas as dimensões dos Direitos Humanos.

Desta maneira, é importante destacar o papel fundamental de uma Constituição. Alinhavá-la a partir do seu nascedouro como normas escritas, ou seja, o seu fundamento está intrinsecamente relacionado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que no seu artigo 16 traz a seguinte redação: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.³⁵⁸ No dizer de Comparato a Declaração de 1789 tornou “uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referencia indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”.³⁵⁹

Portanto, esse comando materializou o nascimento das primeiras Constituições escritas ao longo da história. Tinham como objetivo, em primeiro lugar, estabelecer uma limitação do poder estatal e, em segundo lugar, formalizar nos seus textos alguns direitos fundamentais já evidenciados à época como aqueles voltados às liberdades individuais e proclamar o princípio da separação dos poderes. Partindo deste viés compreende-se que a sua origem também

³⁵⁷ Não se fará aqui um levante histórico do nascimento da Constituição e sim, delimitá-la o que ela representa a partir de 1988. No cenário brasileiro “a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, sendo consolidado somente após a redemocratização e com sua promulgação a partir de 1988”. Essa mesma Constituição pode ser “compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro por meio do qual se deve ler todo o Direito infraconstitucional”. O tema é instigante e tem tornado o ambiente jurídico extremamente relevante, ao passo que esse momento tem determinado a criação de um novo fenômeno, ou seja, “constitucionalização do direito”, tornando-se uma abertura a outros ramos da ciência jurídica, ao mesmo tempo em que tem seu foco direcionado a “dignidade humana e direitos fundamentais”. Muitos temas têm sido objetos de debates para compreender o futuro da Constituição, dentre os quais podem ser citados: “o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimação da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas alguns”. **CONSTITUIÇÃO**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144-148.

³⁵⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 163.

representa outro termo que é o Estado Constitucional, ou seja, o Estado como ente político alinhavado sob o texto constitucional, como assevera Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.³⁶⁰

Ainda perseverando nesta análise, sob o foco do mesmo doutrinador que preleciona sobre os direitos fundamentais, que esses dão suporte ao Estado Constitucional fazendo com que a sua concretização sejam formalizadas permanentemente, não havendo, portanto, possibilidades de pensar de forma contrária. Ou seja;

A Constituição (e, nesse sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui a condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.³⁶¹

A Carta escrita³⁶² representa o desejo da sociedade, e ainda mais, que ali estejam formalizados seus direitos fundamentais, pois esses derivam de suas conquistas. Seja o homem comum ou o homem político eles têm em suas raízes os valores naturais que são sucedâneos ao seu tempo, portanto, tornando se um só, o homem portador de Direitos Humanos, inatos pela condição humana.

Contudo, o Estado Constitucional³⁶³ dito acima, representa um ponto de partida,

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58.

³⁶¹ KREBS, W, JURA 1988, p. 617 *apud* SARLET, p. 59.

³⁶² Na arguta observação de Bonavides, a primeira Constituição escrita data de 16 de Dezembro de 1633 onde o documento "*Instrument of Government*", promulgado por Cromwell, na Inglaterra, tinha seu caráter "nacional e limitativo", mas que serviu depois de padrão para o constitucionalismo americano. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 68. De outro lado, Canotilho refere-se a constituição em sentido moderno, como identificador do seu "núcleo duro", o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para tanto, à época a constituição aspirava um corpo jurídico onde suas regras tinham a sociedade como direção. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 88.

³⁶³ Para Ingo Wolfgang Sarlet, parece compreender como sendo uma dependência, ou seja, a Constituição deve ser formal, ao passo que o Estado Constitucional deve garantir a partir de uma autêntica participação para a eficácia dos direitos fundamentais. SARLET, op. cit., p. 59. Noutro passo,

do qual a Constituição configura a sua essência. Assim, para a existência de um Estado Constitucional, mister que a Constituição seja fundamental no que tange a abertura para que a sociedade possa, através de um poder constituinte, estabelecer uma lei superior da qual ali conste toda a estrutura essencial do governo como ente político, ao mesmo tempo que concretize os direitos fundamentais com seus respectivos limites. Falando de outro jeito, a representação de uma tríade que vigore no limiar do século XXI, parece concatenar na seguinte premissa: primeiro, um Estado Constitucional; segundo; um Estado Democrático de Direito e; terceiro, uma Constituição. Nesse sentido, o primeiro é o que representa o poder legitimado; o segundo, que o poder seja exercido pelos seus titulares, portanto, o povo, formando assim, a soberania popular; o terceiro, a sistematização normativa dos direitos fundamentais.³⁶⁴

Todavia, Canotilho ao traçar ponderações sobre a Constituição, na qual se refere “A Constituição como ordem”, insiste em acrescentar que ela é uma ordem jurídica fundamental.³⁶⁵ Desta maneira, é preciso compreender que toda Constituição precisa apresentar como “núcleo de segurança” a estabilidade e rigidez. Parece oportuno aqui, traçar uma definição do que realmente é uma Constituição para o Estado Democrático de Direito. Na visão do eminente Canotilho é possível elencar algumas premissas sobre o que representa uma Constituição.³⁶⁶

Primeiro, uma ordem fundamental. Essa deve ter em mente dois balizadores como suas essências, ou seja, o Estado e a sociedade, pois não é possível direcionar seus aspectos fundamentais somente para um. No caso da Constituição Federal de 1988 pode-se citar o capítulo 5º e todos os seus incisos, que voltam suas

importante a colaboração de J. J. Canotilho, que entende serem duas coisas: primeiro, que o Estado Constitucional, e assim deixa bem claro, “*é mais um ponto de partida do que um ponto de chegada*”. Na sua análise o Estado Constitucional caracteriza-se a partir das grandes revoluções, principalmente com a ruptura do *ancian régimen*, nascendo aí o Estado. Ainda, que ele “*é o produto do desenvolvimento constitucional no actual momento histórico*”. Assim, o mais importante é compreender que a figura do Estado “*só se concebe hoje como Estado Constitucional*”. Ao avaliar o Constitucionalismo Moderno, nos dizeres de Canotilho, é compreender que para a existência de um Estado Constitucional, é absolutamente necessário interligá-lo a um Estado Democrático de Direito. Noutras palavras, não existirá Estado Constitucional sem a anuência do Estado de Direito e a Democracia. Ambos se conjugam. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 92-93.

³⁶⁴ Ibid., p. 85-100.

³⁶⁵ A partir desta observação de Canotilho que a Constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado, ele estabelece como portadora de duas dimensões fundamentais que devem estar em qualquer texto constitucional. Ou seja, toda constituição deve nortear a *pretensão de estabilidade*, pois representa a qualidade da ordem jurídica; noutro passo, que toda constituição tenha a *pretensão de dinamicidade*, que representa a possibilidade de mudanças e que esta deve fornecer aberturas no seio político. Ibid., p. 1435.

³⁶⁶ Ibid., p. 1436-1441.

regras para os direitos fundamentais individuais e coletivos, como à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança como proteção etc. Ao mesmo tempo em que cuida também do Estado, elencada no Título III – Da Organização do Estado – Capítulo I – Da Organização Político-administrativa. Assim, a Constituição de 1988 é bastante complexa, pois cuida de muitos assuntos em um só conjunto.

Segundo, um *processo público*. O sentido de que uma Constituição deve estar aberta para as inovações, as constantes mudanças da sociedade, ainda mais nos dias de hoje, com o avanço da globalização econômica e os influxos sociais. Porém, o que mais justifica um sistema aberto, como se tem demonstrado nessa pesquisa, é a preocupação com os Direitos Humanos na contemporaneidade. Baliza nesse sentido, o que Flavia Piovesan com muita sutileza destaca.

Os direitos humanos passam a compor um enquadramento razoável para o chamado constitucionalismo global. Delineia-se um novo paradigma centrado na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Deste modo, as Constituições contemporâneas estão, hoje, cada vez mais vinculadas a princípios e regras de Direito Internacional, que se convertem em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais. Nesse sentido, as Constituições ocidentais contemporâneas passam a contemplar não apenas forte densidade principiológica, mas cláusulas abertas, capazes de propiciar o diálogo e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.³⁶⁷

Partindo destas premissas é possível aquilatar que uma Constituição deve servir como uma ordem jurídica fomentada pelos princípios, valores, diretrizes que ao mesmo tempo representam o ápice de uma sociedade contemporânea.³⁶⁸ A Constituição de 1988 sintetiza esses “valores” quando preceitua no seu Artigo 1º os seus fundamentos³⁶⁹ essenciais, que o Estado Democrático de Direito deve compor

³⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições**, Porto Alegre, p. 79-100, 2004.

³⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1438.

³⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

como suporte necessário para uma sociedade fundada na legitimação do poder. Nesse sentido, preceitua Canotilho ao apontar que: “a Constituição pertence também uma importantíssima função de legitimação do poder. É a constituição que funda o poder, é a constituição que regula o exercício do poder, é a constituição que limita o poder”.³⁷⁰

Terceiro, comporta garantia e proteção.³⁷¹ Aqui se vislumbra um ponto de real grandeza quando a Constituição desenvolve sua função de garantia e proteção. Como assinala Canotilho, aqui o fundamento da garantia e proteção é dos direitos e liberdades. No mesmo sentido aponta: “Os direitos constitucionalmente garantidos e protegidos representam a positivação jurídico-constitucional de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao estado”.³⁷² Com esse alinhamento do Mestre português, ao afirmar que os direitos e liberdades inerentes ao indivíduo precedem a figura do Estado, isso se confirma a partir do Estado Natural como já foi visto em Hobbes, sendo possível então estabelecer o ponto crucial desse trabalho.

Trazer à luz o direito à segurança como genuíno direito fundamental do qual sempre foi portador o homem, seja ele no Estado Natural, no Estado Absolutista ou ainda no Estado Constitucional Moderno que irradia no Estado Democrático de Direito atual. No mesmo modo, estabelecer que o homem sempre buscou pela sua proteção como direito de garantir à vida. O medo da morte violenta leva o homem a buscar a segurança desejada e proclamada como direito fundamental. Por outro lado, matizada no texto Constitucional de 1988, fortalecido, desde então, como um dos direitos mais importantes consolidados no texto, ou seja, a garantia da vida.

³⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1440.

³⁷¹ No dizer de Canotilho, os direitos e liberdades dos indivíduos “*representa uma das principais dimensões do constitucionalismo moderno*”. Nesse sentido afirma, que foi exatamente com o constitucionalização dos direitos e liberdades que se pode retirar à livre pretensão do soberano (rei, estado ou nação), deixando assim, com que a Constituição possa formalizar-se como norma de direito superior. *Ibid.*, p. 1440. Para Bonavides, em relação ao termo garantia, ele traz o seguinte: “*A garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas como este não deve confundir*”. Com muita perspicácia pondera os equívocos assinalados pela doutrina, não só pátria, mas também internacional, quando comparam-se garantias e direitos. Pontua assim: “*Como se vê, ocorre o equívoco sempre que a garantia é posta numa acepção em conexão direta com o instrumento de organização do Estado que é a Constituição*”. Confirma tal hipótese ao estabelecer a existência de dois pólos que circundam as garantias, as declarações e os direitos, ao passo que desde o nascimento estão entrelaçados: o indivíduo e a liberdade. Ainda nas palavras de Bonavides, diz: “*Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo)*”. Ver: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 481-484.

³⁷² CANOTILHO, op. cit., p. 1440.

Inoportuno dizer, que sem ela – a proteção - nenhum dos demais direitos ali elencados serão vivenciados ou aperfeiçoados sem a observância deste.

O direito de proteção – entenda aqui a segurança do indivíduo - é por excelência um Direito Humano de imensurável importância³⁷³, pois como já dito ele antecede o Estado, portanto, intrinsecamente relacionado à condição humana. De outra maneira, é também um direito fundamental individual de estrita observância na Constituição pátria, pois requer que o homem, independentemente de sua etnia, procedência, ou qualquer outro tipo de discriminação, em território nacional³⁷⁴, tenha absoluto respaldo da lei maior.

Em suma, enquanto o Estado Democrático de Direito é fortalecido por uma Constituição que representa os anseios de um povo, como o caso da brasileira, também é necessário neste passo seguinte interligá-los, ou seja, retomar novamente ao direito fundamental à segurança. Portanto, tratar o direito à segurança formalmente no texto Constitucional como um modo de expressar o exercício da cidadania que também está vinculado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

4.2 O Exercício do Direito à Segurança no Texto Constitucional como um Modo de Expressar o Exercício da Cidadania

Partindo da premissa que a dignidade humana resplandece aos outros direitos inerentes do homem - pois toda norma jurídica deve a ela pautar-se - unindo-se aos pontos basilares que representam a universalidade e indivisibilidade

³⁷³ Na lição de Bonavides, este afirma que a Declaração Francesa de 1789 tinha como destinatário o gênero humano, diferentes das outras anteriores que de certa forma privilegiavam algumas classes. Quando se reporta que o direito à segurança é inerente ao homem, resplandece com a posição de Bonavides, o qual cita o da seguinte forma: “Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 516.

³⁷⁴ A Constituição Federal de 1988 estabelece desta forma esse comando, como pode ser observado no texto: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. Todavia, o direito à segurança, assim como outros tem sido discutidos além mar, ou seja, são caracterizados como supranacionais, pois é um direito natural do homem. Com o advento da globalização está sendo considerado um desafio mundial, e assim tomado de essência universal e indivisível como proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

dos direitos humanos já proclamados, se propõem a discorre sobre o direito à segurança como forma de expressar o exercício da cidadania.

Logo, esse direito declarado como fundamental pelo texto Constitucional brasileiro, dando ênfase aos documentos internacionais que também não o deixaram de lado quando da construção das dimensões dos direitos humanos, reportando ser incondicional à proteção do homem é que se pode dizer, que exercitar o direito à segurança no Estado brasileiro é exercer a plena cidadania.

Portanto, o primeiro requisito para que o homem exerça plenamente seus direitos é ter direito à vida. A vida representa a essência do direito natural, sendo que, a partir dela outros direitos naturais-fundamentais são atribuídos como forma de locupletar-se ao exercício desse prazer. Hobbes já afirma exatamente isso ao ponderar que:

O direito de natureza [...] é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e conseqüentemente fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios mais adequados para esse fim.³⁷⁵

A primeira lei da natureza representa a vida, dela decorre a liberdade que, por conseguinte, corresponde à busca da paz. A paz no direito natural era a expressão de segurança, proteção. O que fazia o homem lutar pela sua segurança diante dos outros era o medo da morte violenta. As profundas incertezas quanto à paz levam o homem a buscar sua proteção, seja ela no Pacto entre os homens que originou o Contrato Social ou ainda, nas primeiras sociedades Civis na pessoa do Soberano ou do Monarca ou do rei que culminou com o período do Absolutismo. Entretanto, o que se pode observar que ao longo do tempo, o homem sempre buscou sua proteção no Estado.

No Estado Liberal, ou como afirma Bonavides, o Estado Constitucional da separação dos poderes que surgiu após as duas grandes revoluções no final do século XVIII³⁷⁶, de desencadeou na formação do Estado de Direito. Entretanto, como bem afirma o autor, não se tem interesse na sua denominação, ou seja, se é Liberal, Democrático ou Social, para tanto é importante que ele ofereça o suporte necessário para seus cidadãos. Assim, é nesse sentido que ensina:

Se não garantir nem concretizar liberdade, se não limitar o poder dos

³⁷⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 112.

³⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43.

governantes, se não fizer da moralidade administrativa artigo de fé e fé pública, ou princípio de governo, se não elevar os direitos fundamentais ao patamar da conquista inviolável da cidadania, não será Estado de Direito.³⁷⁷

Esse tipo de Estado caracterizava pela predominância que não interferia na vida do indivíduo, era o Estado abstencionista, portanto, de abstenção do poder estatal, não interferindo nas relações privadas. A segurança era representada pela liberdade pessoal e jurídica.

Assim, diante do surgimento do Estado Constitucional, portanto, como leciona Bonavides, o Estado não é estático³⁷⁸, ele evolui e ganha novas características de acordo com sua demanda. Nesse sentido, surge o Estado Social que invés de uma abstenção como outrora, renova seus sentidos e apresenta um aspecto positivo, representando a função social. Até porque, a segunda dimensão dos Direitos Humanos, principalmente os direitos sociais mereciam uma conduta positiva desse chamado Estado Social. Porém, foram os eventos que marcaram a humanidade de forma degradante levaram os homens à reflexão, ao mesmo tempo em que elaboraram documentos³⁷⁹ que representaram metas importantes no caminho do direito à segurança e proteção da dignidade humana.

Dessa maneira, o século XX representou um feixe de valores fundamentais que somente o homem pela sua condição é diretamente o beneficiário. No que tange ao direito à segurança a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo III, trás os seguintes dizeres: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade

³⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 43.

³⁷⁹ Hobbes já afirmava que o fim do Estado é a paz e a defesa das pessoas, portanto, a proteção de seus ocupantes. É nesse sentido que ele dizia a necessidade de um estado suficientemente grande para a segurança de todos. Entretanto, é importante salientar que muitos documentos ao longo da história corroboraram para o exercício da segurança do homem. O primeiro destaque foi a *Magna Charta Libertatum* no ano de 1215, na Inglaterra, por João Sem Terra – no seu artigo 42, previa a liberdade de locomoção das pessoas, atribuindo a elas a paz e a segurança. Todavia, somente na última metade do século XVIII com a queda do absolutismo e, conseqüentemente, o surgimento do Estado Moderno Constitucional é que o direito à segurança teve reconhecimento formal em alguns documentos. Assim, como destaques seguintes pode-se afirmar que As declarações norte-americana dos direitos da Virgínia de 1776 e a Revolução francesa de 1789 – Direitos do Homem e do Cidadão, todos, na medida de suas importâncias atribuíram o devido respaldo ao direito à segurança. Contudo, os documentos mais recentes que determinaram uma mudança substancial no reconhecimento dos direitos humanos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo considerada pela ONU como uma primeira fase, que conseqüentemente deram origem a outros documentos, ou seja, os Pactos de 1966, sendo eles: Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, representaram um avanço significativo na fundamentação desse direito.

e à segurança pessoal”.³⁸⁰ O que esse documento demonstra, além de outros direitos civis, políticos, sociais, aquilo que Hobbes já dizia, ou seja, são direitos inerentes, naturais, não sendo possível qualquer possibilidade de sobrevivência sem que esses três direitos sejam assegurados pelo Estado, o qual tem o dever imensurável de proteção.

Concordando com o mesmo sentido exposto, na análise do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, é possível observar uma preocupação inerente com a proteção do homem. No seu preâmbulo, já no primeiro considerando que,

Em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.³⁸¹

Já no mesmo documento, no artigo 9º, item 1, estabelece: “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”.³⁸² Uma breve análise deste Pacto mostra a real importância dada a dignidade humana e, conseqüentemente, a segurança e proteção do cidadão. Como afirma Comparato: “o núcleo original dos direitos declarados no Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, constitui, historicamente, um meio de defesa de indivíduos ou grupos sociais contra os privilégios privados e o abuso do poder estatal”.³⁸³

Assim sendo, o segundo momento dessa formalização é relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do ano de 1966, fechando aqui a segunda fase de conclusão dos direitos do homem pela ONU, esse pacto estabelece no seu preâmbulo as mesmas evidências e necessidades que o homem é destinatário. Contudo, o primeiro Pacto visa um meio de defesa do homem na sua individualidade ou grupo social contra o abuso de poder. O segundo Pacto norteia-se pela proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos pelas classes hegemônicas do poder. Contudo, conforme estabelece Comparato, não há como

³⁸⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

³⁸¹ Ibid., p. 297-316.

³⁸² Ibid., p. 297-316.

³⁸³ Ibid., p. 349.

separar os Direitos Humanos dos respectivos documentos, a eles formam um único núcleo uno e indissociável.³⁸⁴

Não há dúvidas que os documentos que marcaram a segunda metade do século XX, fomentam a necessidade de que não pode haver discriminações, exclusões, violações, independentemente de quaisquer diferenças que existam entre os homens, pois a todos eles são atribuídas condições sociais idênticas e uma vida digna instrumentalizada pela dignidade humana. Contudo, os direitos sociais estabelecidos pelo segundo Pacto, conforme argumenta Comparato, eles devem ser efetivados, fiscalizados, gerenciados por meio de políticas públicas desempenhados por programas de ação governamental. Assim, cada país signatário desses Pactos deve elaborar suas metas de desenvolvimento, mas que não podem deixar de lado o substancial valor dado à dignidade humana representado no Brasil como um pilar de sustentação da democracia.

É necessário, portanto, discutir o verdadeiro significado do direito à segurança e robustecê-lo diante do Estado Democrático de Direito Brasileiro como forma de manutenção da cidadania. Isso ocorreu a partir da introdução no cenário jurídico do constituinte de 1988, ao proferir o preâmbulo constitucional, pois ali já ficava demonstrado que a instituição de um Estado Democrático tinha como objetivo primordial assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Predomina-se aqui, sem dúvida, uma mudança de substancial interesse, saía-se de um Estado Ditatorial e engendrava-se na democracia representada pelos valores da liberdade, do bem estar, do desenvolvimento, que assim perfaziam os valores supremos já elaborados pela Revolução Francesa de 1789, afinados pela liberdade, igualdade e fraternidade.

Conseqüentemente, o direito à segurança foi alçado duplamente no contexto da Carta da República de 1988. Primeiro, no capítulo 5º dos direitos individuais e coletivos; segundo, no capítulo 6º, respectivamente nos direitos sociais fundamentais. Cumpre relatar aqui que a segurança pública, aquela desenvolvida por órgãos devidamente estabelecidos na Constituição, bem como suas funções no exercício das chamadas políticas públicas que o Estado oferece à população está formalmente estipulada no artigo 144 da Constituição Federal de 1988.

³⁸⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 350.

Contudo, o objetivo aqui alinhavado é pontuar o direito à segurança como um essencial direito fundamental, não olhá-lo sob a perspectiva de políticas públicas. É evidente que a respeito às políticas públicas o Brasil “é um monumento a negligencia social”.³⁸⁵ Logo o que ocorre precisamente é um desencontro entre aquilo que a Constituição de 1988 expressa no artigo 3º, pois ali estão elencados os objetivos fundamentais³⁸⁶ da República Federativa do Brasil com a efetiva prática das políticas públicas neste país. Nesse contexto, o que se vê para a sociedade brasileira diante daqueles que tem o comando é um verdadeiro cinismo, um escárnio, ou seja, um despreço com o interesse das classes inferiores.

Entretanto, o momento destacado é dar ênfase de que o direito à segurança no ápice da Constituição, o qual se deve dar a verdadeira importância. Entronizá-lo nos argumentos de que o mesmo é de fundamental necessidade para o complemento de uma Democracia plena, substanciado no verdadeiro exercício da cidadania alçado ao respeito pela dignidade humana que assim determina o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, é premente que o direito à segurança deva ser tratado como genuíno direito fundamental, sendo, portanto, corolário do direito à proteção como garantia da vida.

Portanto, esse modo de aplicar o exercício da cidadania³⁸⁷ precisa ser visto como forma de concretização dos Direitos Humanos, bem como aclarar a sua relevância como corolário do direito à proteção que será analisado posteriormente.

³⁸⁵ A expressão citada é de STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25.

³⁸⁶ São apenas quatro objetivos fundamentais, contudo, com um alcance imensurável. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 125-129. A ideia de Cidadania remonta aos tempos antigos, na Antiguidade Clássica, pois entre os Gregos e Romanos a Cidadania já evidenciava o homem livre com a sociedade, ao mesmo tempo em que lhe cobrava obrigações, suas condutas e suas virtudes inerentes. Entretanto, na afirmação de Barreto é possível observar melhor a concepção de cidadania nos tempos modernos, onde diz: “Mas é com a revolução francesa que a concepção de cidadania se expande para abranger os direitos fundamentais do homem, entendidos como direitos da liberdade suscetíveis de concretização na cidade e no Estado, e os direitos vinculados à ideia de igualdade e justiça”. Ainda assim enaltece que nos dias atuais a cidadania não pode ficar somente no conceito de cidade ou Estado. Sob a ordem jurídica, a cidadania é vista como um conceito de amplo aspecto, ou seja, hoje ela abarca o conceito internacional, cosmopolita, atribuindo ao homem uma constelação de direitos, bem como seus deveres inerentes.

Assim, não será possível compreender o real sentido da cidadania, sem ligá-la aos Direitos Humanos. Logo, a compreensão que se quer chegar é buscar o entrelaçamento, ou seja, a contribuição dos Direitos Humanos e o papel da cidadania³⁸⁸. Ou ainda, falando de outra maneira, é o poder, a liberdade, a opção que qualquer homem tem de exercer seus direitos fundamentais dentro de uma sociedade pautada pela relevância que ela demonstra com seus habitantes.

Portanto, a cidadania³⁸⁹ deve ser vista como um caminho prático e efetivo para a concretização dos Direitos Humanos. Assim sendo, como bem assevera Torres, é possível compreendê-la fazendo uma análise que a cidadania pode ser analisada a partir de dimensões³⁹⁰, que assim, nos dá um melhor conceito como pode ser visto hodiernamente. O conceito hodierno de cidadania, em suma, compreende os direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difusos, em constante tensão com as ideias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances, de resultados e de solidariedade a que se vinculam.³⁹¹

Portanto, partindo dessas premissas iniciais é que se quer buscar uma concretude do que é realmente o exercício da Cidadania simetricamente relacionado com os Direitos Humanos, principalmente frente ao Estado Democrático de Direito. Nota-se uma similitude de que a Cidadania deve prever uma harmonia naquilo que

Portanto, foi a partir da Revolução Francesa com a tríade liberdade, igualdade e fraternidade e, mais adiante, com a positivação dos direitos humanos pela ONU, bem como a devida importância dada ao assunto, é possível confirmar que a cidadania amolda e deve ser vista sob o foco de três dimensões: liberdade, igualdade e fraternidade. Portanto, é nesse prisma que a Constituição de 1988 resgata a cidadania no seu sentido jurídico, expressa a devida atenção, ao proclamar como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no seu artigo 1º, inciso II da CF/88.

³⁸⁸ Quando se retrata ao papel da Cidadania, um conceito que vem colaborar nesse sentido é apresentado por Isabela Henriques ao discorrer sobre o tema “O vazio da Cidadania de Consumo”. Assim preceitua: “A cidadania deriva da garantia dos direitos fundamentais do ser humano: a proteção de sua liberdade, o atendimento de suas necessidades materiais e não materiais e a preservação da sociedade”. HENRIQUES, Isabela. O vazio da cidadania de consumo. In: FERRARI, Ana Claudia (Coord.); BARROS FILHO, Clóvis de (Org.). **Direito & Cidadania**. 4. ed. São Paulo: Duetto, 2011. p. 42-49. (Coleção Ética: pensar a vida e viver o pensamento).

³⁸⁹ Interessante o dizer de Isabela Henriques quando afirma: “A verdadeira cidadania é aquela que almeja a transformação da sociedade e faz do indivíduo um cidadão que conhece e reclama seus direitos fundamentais”. *Ibid.*, p. 44.

³⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 127. Lobo coleciona que o estudo da cidadania deve ser considerado a partir de algumas dimensões, conforme explicita: a) *dimensão temporal* – que se referem à visualização sucessiva dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos, o que envolve tanto a liberdade quanto a justiça e a solidariedade; b) *dimensão espacial* – onde a cidadania afirma-se nos planos local, nacional, internacional e supranacional, bem como no plano virtual (cibernético); c) *dimensão bilateral* - aqui devem se compreender os direitos e deveres que se expressam na cidadania pública ou privada e na cidadania ativa e participativa; d) *dimensão processual* – aqui envolve os processos jurídicos por meio dos quais se atualizam direitos e deveres.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 127.

se refere aos valores fundamentais³⁹², hoje, em muitos lugares, devidamente positivados como princípios constitucionais democráticos. É nesse prisma que o levante aqui oferecido, estabelece uma análise fundamental e de relevante importância para a compreensão da cidadania.

Assim, é louvável dizer que a cidadania remonta suas raízes em épocas distantes, formalizando um sentido histórico.³⁹³ É esse sentido que pode ser observado na lição de Engelmann³⁹⁴ quando ele ensina sobre a “*phrónesis*” a partir de Aristóteles. Esse breve contexto embutido no tempo pode muito bem ser representado no limiar do século XXI quando o assunto é tratar de cidadania.

Exercitar a cidadania é visar um determinado bem. O bem visado aqui, obviamente, são os Direitos Humanos - especialmente o direito fundamental à segurança - dos quais o homem é seu portador inato. Para tanto, esse mesmo homem ao explicitar a “*phrónesis*”, sua capacidade de aprendizado, a partir da

³⁹² De uma maneira geral, valores fundamentais são aqueles que todo homem é seu portador, simplesmente pela condição de ser humano. Valores inatos concebidos no Estado de Natureza, como à vida, à liberdade. E porque não outros advindos do processo de constitucionalização que a partir do Estado Moderno e suas variantes foram sendo formalizadas em Constituições ao longo do tempo. Valores universais que representam a essência do ser humano são, necessariamente, o exercício da cidadania.

³⁹³ A cidadania como ideal político tem sua primeira formulação no ano de 431 a.C., pelo homem de estado ateniense, Péricles. Quando a cidade grega homenageou os seus primeiros mortos da Guerra de Peloponeso, Péricles, em nome de seus cidadãos, disse que os que tinham morrido, morreram por causa nobre, a causa de Atenas. Entretanto, Atenas havia se destacado entre as cidades da Grécia, pois apresentava três qualidades: primeiro, residia no fato de que o regime político ateniense atendia aos interesses da maioria dos cidadãos e não os de uma minoria, assim, Atenas era uma democracia; segundo, encontra-se na igualdade de todos perante a lei e na adoção do critério do mérito para escolha dos governantes; e por último, Atenas destacava-se porque a origem social humilde não era obstáculo para a ascensão social de qualquer cidadão. O que se quer afirmar aqui é que esse discurso de Péricles enunciou um conjunto de direitos, que séculos depois veio a formar a substância da cidadania moderna; a igualdade de todos perante a lei, a inexistência de desigualdades sociais impeditivas do acesso social e no emprego do mérito como critério de escolha dos governantes. Péricles, entretanto, percebeu que esses ideais da civilidade somente poderiam ser realizados através da participação política dos cidadãos no governo da comunidade. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 143.

³⁹⁴ Engelmann ensina que com base na proposta da ética aristotélica, o núcleo essencial do homem, portanto, a alma, tem duas características, ou seja, uma irracional e outra racional, mas que elas se conjugam para um determinado fim. Portanto, dessa junção há um fator fundamental que são as virtudes do homem. Dessas virtudes a mais importante delas é a “*phrónesis*” que é exatamente a forma como o “*phorónimos*” (o homem) vai desenvolver na busca, no caso específico, da cidadania, atrelados aos Direitos Humanos. Assim, “*phrónesis*” está fundada na realização do bem comum, que representa a prática a partir da realidade de um objetivo, neste caso, a integralidade do homem, a sua união em relação ao mundo. Isso é o que Aristóteles evidencia de Péricles, ou seja, um homem prudente, que vê o melhor para si e para os outros. Assim, comparando os Direitos Humanos que é a vivência do homem ao longo do tempo, dá a este um aprendizado, um construído que o dote de capacidades de desenvolver a experiência que é própria do gênero humano. ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17-27.

recordação das experiências negativas do passado humano, possa iluminar o momento presente e almejar um futuro com suporte na cidadania.

Esse momento peculiar é bem representado na visão de Engelmann, quando ensina que:

A busca pela experiência, forjada com as circunstâncias fáticas do passado, serve para adequar a norma geral às características peculiares de cada situação. Nesse contexto, surge a relação de complementariedade entre as duas partes da alma humana e as respectivas virtudes de cada uma, ou seja, as virtudes morais e as virtudes intelectuais.³⁹⁵

O aprendizado que se pode extrair é que essas virtudes se conjugam para que o homem possa efetivamente estabelecer uma relação entre os fins e meios. São os processos de ações humanas, portando, o desempenhar de uma ação que visando o aperfeiçoamento dos Direitos Humanos fundamentados na Constituição, representa desta forma o verdadeiro exercício da cidadania.

Nesse contexto, se a “*phrónesis*” é o caminho para a concretização desses direitos, a partir dos meios fornecidos pela Constituição Federal de 1988. Cabe dessa forma, ao “*phrónimos*” a consecução desse fim. Assim, o exercício da cidadania é a sua real junção com o direito fundamental à segurança fornecerão os suportes necessários para a compreensão do homem envolvido neste contexto social, que é o desenvolvimento de uma cidadania ativa, pactuada na Justiça e o respeito aos Direitos Humanos.

Entretanto, como já dito no seu contexto histórico, é preciso compreendê-la, mais precisamente, a partir das grandes revoluções que servirão como um ângulo de visão para a concretização dos Direitos Humanos. Ao longo dos dois últimos séculos³⁹⁶, principalmente no século XX³⁹⁷, documentos de importância imensurável

³⁹⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 28.

³⁹⁶ No século XIX as constituições liberais formaram um exemplo de ordem político-constitucional, ou seja, para que realmente o estado liberal pudesse funcionar adequadamente era necessária uma grade de participação dos cidadãos. Como exemplo, pode ser citado o próprio funcionamento da justiça que estabelecia uma participação dos cidadãos como condição de eficácia. BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 145.

³⁹⁷ Ainda que já referidos em outros momentos, contudo, sempre é bom lembrar sobre a importância desses documentos, pode-se relacionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, em um segundo momento de concretização desses direitos a ONU estabeleceu dois pactos internacionais no ano de 1966, que são: Pacto Internacional sobre os direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 237-291.

foram editados para que a humanidade pudesse retomar um ponto de equilíbrio, que assim necessita os direitos fundamentais. Diante de tamanhos desafios para a concretização desses direitos, mister se faz necessário estipular um conceito moderno de cidadania³⁹⁸ que passa a ser acompanhado pelos modelos de Estados.

Dessa maneira, a interligação com as dimensões dos direitos humanos e a cidadania é possível ser uma complementação de *status*, pois como assevera Barreto: “A sedimentação dos direitos civis caracterizou-se por ser uma afirmação da sociedade diante do poder da monarquia absoluta”, apresentava a necessidade de estabelecer direitos para fomentar o sistema da econômica, ou ainda: “os direitos civis tiveram uma função primordial, qual seja, a de garantir a igualdade de todos, mas principalmente, assegurou a igualdade de direitos e obrigações entre os que se dedicavam à atividade econômica”.³⁹⁹

Também, além dos direitos civis aponta o papel dos direitos políticos, qual seja:

Os direitos políticos – direito de participar no exercício do poder político, como eleito ou eleitor – tiveram o século XIX como referência, porque foi o momento do surgimento do estado de direito, que substitui o ancién regime do absolutismo monárquico.⁴⁰⁰

Esses são os denominados direitos da primeira dimensão, portanto se apresentam como uma abstenção do Estado.

Posteriormente, é a vez dos direitos econômicos, sociais e culturais que são agregados ao homem, pois somente a liberdade e a igualdade não davam a resposta correta. Era preciso, que o Estado saísse da omissão tornando-se ativo, prestativo, pois os movimentos reivindicatórios exigiam uma atitude diferenciada. A cidadania estava presente, pois a sociedade já deixava bem claro que era necessária a efetivação de direitos por parte do poder. Assim, afirma Comparato⁴⁰¹

³⁹⁸ Barreto estabelece assim: “Marshall diz que a cidadania moderna é um conjunto de direitos e obrigações que compreendem, atualmente, três grupos de direitos. Os direitos Civis característicos, no esquema de Marshall, do século XVIII; os direitos políticos, consagrados no século XIX e, finalmente, os direitos sociais do século XX. A utilidade do esquema de Marshall reside, principalmente, em destacar no processo de democratização do estado liberal momentos em que um desses grupos de direitos tiveram sua predominância”. BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 146.

³⁹⁹ Ibid., p. 148.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 148.

⁴⁰¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

que esses direitos já estavam presentes na Constituição brasileira de 1824, portanto, os direitos à prestações sociais já formalmente apareciam, como saúde, educação, trabalho, segurança⁴⁰², etc.

Contudo, a maneira de expressar a cidadania se apresenta umbilicalmente com o exercício do direito à segurança, logo, uma estrita relação com os Direitos Humanos apresentados ao longo de documentos históricos e, conseqüentemente, com sua efetivação nos dias de hoje no texto Constitucional. Assim, fica claro que a partir das Constituições positivadas a essência do direito do homem tornou-se direitos fundamentais que devem ser de estrita observância pelo poder público.

A cidadania nos últimos tempos tem sido alçada como um caminho para a concretização dos Direitos Humanos a partir de a uma reflexão da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela ONU em 10 de Dezembro de 1948. Um Interessante ponto aqui a ser observado é a colocação de Mazzuoli quando se refere à Declaração de 1948 quanto a sua completude, diz: “questão mais importante, contudo, foi a de saber como chegar, numa mesma declaração, a defender os direitos individuais tradicionais e, ao mesmo tempo, destacar a importância dos novos direitos sociais”.⁴⁰³

Não obstante, interessante também observar o ponto de vista de Flávia Piovesan sobre a declaração:

Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível.⁴⁰⁴

⁴⁰² O direito à segurança como aperfeiçoamento dos direitos sociais no Brasil, esteve formalmente e materialmente estipulado no texto Constitucional do Império de 1824 como sustenta José Hugo de Alencar Linard Filho em sua dissertação, diz: “*Pode-se sustentar que a segurança das pessoas recebeu, já na Constituição de 1824, contorno de fundamentalidade formal e material, porquanto assim, estabelecia o artigo 179 do catálogo de direitos fundamentais (civis e políticos)*”. Apresentava a seguinte redação: “*A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império [...]*”. LINARD FILHO, José Hugo de Alencar. **Segurança pública e sua nota de fundamentalidade no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. p. 68. Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

⁴⁰³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Trabalho na Ordem Jurídica Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 224.

⁴⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos: o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 32-35. Especialmente o cap. I “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”.

O que se deve extrair desses ensinamentos de forma muito clara, é o acolhimento de que os direitos considerados para o homem não se extinguem, muito menos são substituídos por outros, mas que são sim, complementados sejam eles do século XIX⁴⁰⁵ onde figuraram os direitos civis e políticos, sejam eles do século XX com a ascensão dos direitos civis, sociais e culturais, assim como os direitos de solidariedade e fraternidade que povoaram a segunda metade do século XX.⁴⁰⁶ Dessa forma, no limiar do século XXI já se fala em quarta⁴⁰⁷ ou quinta⁴⁰⁸ geração de Direitos Humanos, que ainda não positivados, mas que já geram uma expectativa de sua real produção.

Conseqüentemente, a Cidadania aqui explicitada requer muito mais do que simples direitos políticos, ou seja, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos como um divisor de águas da contemporaneidade e os respectivos tratados internacionais de direitos humanos, devidamente recepcionados pela Constituição de 1988, predomina uma nova roupagem, tendo como ponto central a dignidade humana. É essa resposta correta que se quer refletir no limiar do novo século.

Na lição de Mazzuoli, a cidadania moderna caracterizou-se justamente pela ruptura do absolutismo, justamente por ela ser incompatível com determinados

⁴⁰⁵ É preciso apontar que os direitos fundamentais de primeira geração – direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei - têm suas raízes mesmo antes do século XIX, pois encontram-se na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. Como afirma Sarlet, “são precursores nomes como: Hobbes, Locke, Rousseau e Kant – segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, assim como, nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras constituições escritas do mundo ocidental”. Consultar nota de rodapé em SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46. Por outro lado, já no final século XIX, a Revolução Francesa de 1789, representa o marco fundamental da chegada dos direitos sociais econômicos, sociais e culturais, que referem-se à segunda geração desses direitos, que ao longo do século XX foram desenvolvidos. Depois, já no século XX, o desenvolvimento dos direitos de solidariedade e fraternidade.

⁴⁰⁶ Importantes documentos fundamentam a necessidade de observação dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, primeiramente e, posteriormente, complementando a elaboração dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, tendo sua divisão em: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁴⁰⁷ Sobre os direitos fundamentais de quarta geração, já mencionados anteriormente. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 524-525.

⁴⁰⁸ Sobre os direitos fundamentais de quinta geração, Sarlet menciona que o direito à paz precisa ser reclassificado para uma dimensão nova e autônoma, isso na concepção de Karel Vasak. SARLET, op. cit., p. 51.

privilégios de algumas classes.⁴⁰⁹ O que ocorreu foi que o homem obteve o *status* de cidadão, facilmente compreensível na interpretação do artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segunda sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos.⁴¹⁰

Essa cidadania conquistada pelo homem no constitucionalismo moderno revelou a largada inicial para que, finalmente, nos dias atuais com o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e o Estado Democrático de Direito formalizam a dignidade da pessoa humana como um sustentáculo imexível do Estado Constitucional de Direito.⁴¹¹ Para tanto, é importante frisar que foi a partir do surgimento da ONU em 1945 e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, conforme menciona Mazzuoli: “o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e a solidificar-se de forma definitiva, gerando,

⁴⁰⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2074/direitos-humanos-cidadania-e-educacao>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

⁴¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171.

⁴¹¹ Essa ideia de Internacionalização dos direitos humanos e a junção com o Estado Democrático de Direito, aparece bem representada na lição de Höffe, quando ele trata dos “direitos dos Estados”. Na verdade é um direito “humano” de Estados, ou como o próprio autor diz “e preferível chamar de direitos estatais”. É bem verdade que esse direito estatal deve estar voltado a proteção coletiva de seus cidadãos. Höffe fala em reciprocidade internacional, contudo faz uma analogia com o que se refere aos direitos de liberdade negativos dos indivíduos. Assim, os Estados também têm direito à vida. Logo, se o Estado tem direito à vida, isso quer dizer que todos os cidadãos têm direito à vida internacionalmente, e não apenas, na ordem interna. Isso, na visão de Höffe, é o direito a cidadania, não podendo haver interferências de outros Estados. Ainda, Höffe fala de mais direitos, um direito coletivo a propriedade, ou seja, um direito de todo o conjunto de cidadãos à integridade territorial, não podendo sofrer interferências externas. Outro direito elencado por Höffe, o direito à autodeterminação da pessoa humana, portanto, a sua dignidade. Cita também, o direito a um estado de paz, sem o emprego da força e da justiça privada e, por último elenca um direito democrático de participação, onde o Estado não pode ser considerado como um objeto, mas sim como sujeito ativo. Com essa analogia apresentada por Höffe quando se refere aos direitos dos Estados, é claro, que os seus legitimados são os cidadãos no exercício da cidadania ativa. HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 379-380.

por via de conseqüência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos”.⁴¹²

Pode se compreender que antes os Direitos Humanos não estavam evidenciados ou mesmo aquietados diante de algumas barbáries do homem, esse novo momento na história pede uma reflexão.

Portanto, esse feixe de luz sobre a humanidade faz nascer um sistema global⁴¹³ de proteção dos Direitos Humanos. Assim, em uma segunda etapa, a ONU formaliza outros dois pactos relevantes para a confirmação de seu propósito. O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que além da proteção global já estabelecida, provém desses outros dois sistemas uma proteção regional a partir de um alcance universal. Na concepção de Mazzuoli esses documentos se complementam, atribuindo a qualquer indivíduo que tendo sua integridade violada, pode recorrer àquele mais benéfico.

A base nuclear deste dimensionamento é no sentido de que “o novo” liberta-se dos paradigmas clássicos e torna-se a essência, passando assim que:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a afirmar-se como um novo ramo do direito, dotado de autonomia, princípios e especificidade próprios, cuja finalidade é a de assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, concomitantemente.⁴¹⁴

O resultado não poderia ser outro, estava formada a concepção contemporânea dos direitos humanos, tendo como seus sustentáculos a

⁴¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2074/direitos-humanos-cidadania-e-educacao>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

⁴¹³ Importante dizer que existem dois regimes de proteção dos direitos humanos na esfera internacional. O global, propriamente dito, que tem a Organização das Nações Unidas (ONU), bem como, em certas regiões do globo, sistemas regionais mais ou menos organizados, sendo que merecem destaque o africano, o europeu e o interamericano. Nesse sentido, “o sistema global de proteção dos direitos humanos insere-se no lento e gradual processo de evolução das garantias dos direitos humanos, que iniciou nas Declarações de Direitos do século XVIII. Foram, porém, os perversos acontecimentos da era Hitler e da II Guerra Mundial que colocaram os direitos humanos na pauta de preocupações mais urgentes das nações, levando-as à necessidade de adoção de medidas realmente efetivas para sua proteção no âmbito internacional”. CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 108.

⁴¹⁴ MAZZUOLI, op. cit.

niversalidade e indivisibilidade de todos os direitos⁴¹⁵ inerentes ao homem. É nesse sentido que o aprendizado do “novo” direito internacional, na última metade do século XX, na Conferência Mundial dos Direitos Humanos realizada em Viena no ano de 1993⁴¹⁶, reiterando aquilo que a Declaração Universal já balizava como fundamental, consagrou os direitos humanos como tema global, ou seja, ratificaram a sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.

Nessa esteira percebe-se que as vigas de sustentação dos Direitos Humanos em sentido global estavam formalizadas, não havendo mais espaço para relativismos, que não havia outra saída a não ser a universalidade desses direitos, bem como no critério da indivisibilidade.⁴¹⁷ Portanto, não é mais possível conceber diferenças ou afastamentos, sejam eles civis, políticos, culturais, econômicos, sociais, que todos sejam tratados com igualdade, não havendo hierarquia entre esses ou aqueles direitos. Essa é a razão da chamada concepção contemporânea⁴¹⁸ dos Direitos Humanos, formalizada no aspecto internacional e valorizada pelos Estados signatários desses tratados.

No Brasil, com a Constituição de 1988⁴¹⁹, após um longo período marcado pelo autoritarismo que compunha o regime militar, objetivou-se remodelar a

⁴¹⁵ A vertente atual indica que os direitos civis e políticos devem ser somados, acrescentados aos direitos sociais, econômicos e culturais. Logo, primeira e segunda dimensões devem estar juntas, formando um elo, um arraigado de oportunidades que, sem dúvida, a eles somam a fraternidade e solidariedade. Nesse sentido, poderia ser acrescentado os direitos de quarta e quinta dimensões, meio ambiente, genética e outros que estão sendo discutidos neste limiar do século XXI.

⁴¹⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1, p. 313, principalmente os pontos 77 e 78.

⁴¹⁷ No mesmo sentido, Flavia Piovesan preleciona: “Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade”. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional. direitos humanos e direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Juspodivm. 2008. cap. 2, p. 41-56.

⁴¹⁸ A concepção contemporânea, conforme preconiza Flavia Piovesan, “é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constituiu um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, como respostas às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”. *Ibid.*, p. 42.

⁴¹⁹ No mesmo sentido do que representou a Constituição de 1988, Flávia Piovesan preleciona “A Constituição de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós-ditadura”. *Ibid.*, p. 49.

democracia⁴²⁰ e, conseqüentemente, auferir um interesse absoluto pelos Direitos Humanos, ocorrendo desta maneira uma revolução no sistema jurídico nacional. Nessa vertente, ao perfilar no bojo do artigo 1º, inciso III, da Constituição, como fundamento da República a Dignidade da Pessoa Humana, o Brasil sacramentou o seu processo de institucionalização dos Direitos Humanos no seio internacional. Esse valor da dignidade humana é supremo, é essencial, onde toda interpretação não pode fugir deste parâmetro de avaliação.

A positivação da Constituição de 1988 foi mais além em termos de amplitude no seu contexto internacional como forma de instrumentalizar os Direitos Humanos. Essa abertura ao sistema internacional ficou expressamente formalizada no seu artigo 5º, parágrafo 2º, exatamente no artigo destinado as garantias fundamentais individuais e coletivas, ao explicitar que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁴²¹

⁴²⁰ Essa mudança que o Brasil se propôs a fazer a partir da Constituição de 1988, estabelecendo uma Democracia com seu fundamento no povo, conforme preceitua o Artigo 1º, Parágrafo Único. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Esse modelo democrático é aquele ensinado por Höffe, contudo, ele apresenta a Democracia a partir de dimensões, a saber: a) Democracia legitimadora de poder; b) Democracia executora de poder e; c) Democracia participativa. Para o objetivo aqui pretendido, apenas pinçar a democracia participativa na visão de Höffe é aquela que tem sua validade essencial na opinião pública política, ao mesmo tempo em que essa mesma opinião tem muitas funções a desempenhar. Assim, preceitua que a opinião pública deve estar em todos os lugares, ou seja, qualquer meio de comunicação – conversa de bares, imprensa escrita, falada e televisionada, até a ciência, simpósios e academias especializadas, sem se falar nas iniciativas populares -, e acrescenta ainda que: “a opinião pública não apenas é um fórum em que se pode exprimir interesses e opiniões, mas também uma arena em que se luta por influencia e poder”. Noutro ponto interessante, assinala o autor que a Democracia participativa do mundo atual são: “o resultado de um longo processo evolutivo, um processo de civilização que tem sido apoiado por instituições bem-intencionadas, tais como grêmios e constituições esclarecidos, e também através de virtudes cívicas bem-intencionadas. No caso ideal, a democracia se torna um plebiscito que se renova todos os dias”. Entretanto, nada mais argumentativo na visão de Höffe do que esse ensinamento: “como não existe poder legítimo sem reconhecimento dos direitos humanos, a democracia executora de poder deve se comprometer previamente com os direitos humanos. Só quando eles são determinados minuciosamente é que a democracia – legislativa – passa a ter um direito. Pois, diante destas condições em processo de transformação, é ela que assume a tarefa de reconstituir o teor concreto dos direitos humanos, para o que, diante da constante mudança das condicionantes empíricas, conserva sua validade normativa”. É exatamente esse ideal que representa a Democracia Brasileira, principalmente, a partir de 1988 com a nova guinada Constitucional. HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 119-134.

⁴²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

Logo, esse objetivo está em perfeita consonância com o texto. Assim, na medida em que fossem proclamados outros instrumentos na esfera internacional que tem os direitos fundamentais envolvidos, o Brasil como signatário aponta para o suporte constitucional desses direitos. Para tanto, a constitucionalização que o Brasil se propõe são aqueles que visem os Direitos Humanos na sua essência. Como salienta Mazzuoli, a Carta de 1988 foi muito receptiva, dando uma abertura aos Direitos Humanos nunca antes visto. É verdade que os Tratados, Pactos e Convenções formuladas no nível Internacional e que dizem respeito aos Direitos Humanos, serão recepcionados e, depois de ratificados pelo Congresso nacional terão aplicação imediata. Essa regra vinculante foi acrescida com a EC 45/2004, na qual estabeleceu o parágrafo 3º do artigo 5º o qual proclama:

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 constitucionais⁴²².

Essa condição de recepcionalidade que aflora no Texto Constitucional significa que o país está preocupado com o futuro da humanidade e, que além de seus cidadãos, pode sim contribuir para o efetivo avanço dos direitos fundamentais do homem, mostrando seu profundo clamor à dignidade humana.

Dessa forma, exercitar a Cidadania no Estado Democrático de Direito é referendar os próprios direitos do homem⁴²³. A mostra desse efetivo convencimento é a Constituição Federal que criou dois espaços específicos para a representação da cidadania. Primeiro, porque elegera como um dos fundamentos da República no seu artigo 1º, inciso II – A Cidadania. Segundo, porque foi à primeira Constituição a

⁴²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴²³ Os Direitos Inatos do Homem são os Direitos Humanos que pela simples condição de pessoa já são portadores, ligados intrinsecamente ao ser. Por outro lado, como afirma Perez Luño ao definir os Direitos Humanos ele o faz da seguinte forma: *“los Derechos humanos aparecen como um conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, crescentan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*. Portanto, os Direitos Humanos na afirmação de Perez Luño, está convergindo diretamente com a dignidade humana, como se pode compreender da seguinte menção: *“La dignidad humana há sido en la história, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable”*. PEREZ-LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 48-49.

demarcar expressamente que os direitos sociais são direitos fundamentais, não existindo assim, qualquer tipo de discriminação frente aos Direitos Humanos de dimensões e épocas diferentes. Nesse sentido, Mazzuoli reitera:

Conclui-se, portanto, que a Constituição brasileira de 1988 endossa, de forma explícita, a concepção contemporânea de cidadania, afinada com as novas exigências da democracia e fundada no duplo pilar da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.⁴²⁴

Consequentemente, exercitar a Cidadania fortalecida pelos Direitos Humanos, é também exercitar a Dignidade Humana, pois essa abarca todo o complexo de direitos do qual o homem é o portador nato, carece de uma reflexão. Exercer a cidadania de forma plena é que demonstra a criação de todo um aparato de Direitos Humanos, voltados à plena satisfação do homem. A preocupação com todos os tipos de violações levaram os próprios homens a criarem uma estrutura internacionalmente aceita, ainda que na medida de cada diferença, ao respeito mútuo como regra geral.

Nesse sentido, a Constituição brasileira⁴²⁵ estabelece uma regra de convite a todo cidadão. Mazzuoli elenca um tripé de valores, que somente com sua conjugação é possível falar em exercício da cidadania – Direitos Humanos, Cidadania e Educação – esses fatores devem garantir o verdadeiro engajamento dos direitos fundamentais decorrentes da dignidade humana. Portanto, são esses valores positivados no século XXI que mostra uma verdade premente, uma sociedade necessitada de valores.⁴²⁶ O futuro da humanidade depende de uma verdadeira compreensão nos princípios éticos fundamentais, ou seja, não bastam

⁴²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2074/direitos-humanos-cidadania-e-educacao>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

⁴²⁵ A CF/1988 no seu artigo 205 expressamente elenca: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011

⁴²⁶ Olhar a sociedade como pano de fundo nos faz refletir o que se pode ser feito pelo amanhã. Que tipo de doenças permeia a sociedade humana? Qualquer um poderia dar uma resposta extremamente simples e dizer: todo tipo de problema apresentado é o próprio homem que cria. Como exercer a cidadania se o homem é o problema? A sociedade sempre passou por apuros, justamente pela inexistência de sensibilidade de seus ocupantes e pela arrogância de seus interesses.

fundamentá-los⁴²⁷, pois os Direitos Humanos estão em constante reconstrução.⁴²⁸

Nessa esteira, o Brasil a partir de 1988, assumindo o Estado Democrático de Direito - uma democracia participativa - tem desenvolvido e dado uma atenção especial a questão dos Direitos Humanos. Por um lado, assumiu sua parte como um profundo receptor dos Direitos Humanos, afirmando ser um defensor da democracia e, respectivamente, da dignidade humana. Membro na Comissão dos Direitos humanos da ONU tem realizado seu papel, apresentado e debatendo iniciativas que visem à adoção dos Direitos Humanos de forma universal. Contudo, na sua esfera interna ainda não tenha efetivamente erradicado todo tipo de violações contra os seus cidadãos, sendo, inclusive, julgado e condenado pelo Tribunal Penal Internacional em alguns casos de omissão.⁴²⁹

O que a democracia brasileira procurou no final do século XX e sustenta no limiar do século XXI é a reconstrução de valores proclamados universais. Portanto, o constitucionalismo brasileiro precisa deixar de lado o positivismo jurídico⁴³⁰, formado

⁴²⁷ Para Robert Alexy, o mesmo aponta três problemas de características epistemológicas, sob o critério de ideal universal dos direitos humanos. O primeiro problema resvala na sua fundamentação, na dificuldade de fundamentar esses direitos, onde faz a seguinte indagação: “*se e como os direitos humanos podem ser conhecidos ou fundamentados*”. Como afirma, apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos dizer que os direitos humanos são universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos, evidentemente não significa um consenso geral sobre a fundamentação e, conseqüentemente, a razão de ser desses direitos. Assim, sobre a fundamentação, conclui: “*onde houver dúvida sobre o seu fundamento, ocorrerá uma possibilidade de perda de legitimidade, logo sua efetividade encontrará problemas*”. O segundo problema, quais direitos realmente são conceituados direitos humanos? Alerta no sentido de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos deixou dúvidas, ou seja, somente são direitos humanos aqueles que decorram dos fundamentos aceitos, ou qualquer um pode ser direito humano, bastando que ocorra a vontade do legislador; o terceiro problema consiste na sua institucionalização, ou seja, sua efetivação ou eficácia. Pois, afirma que as constantes violações são o principal desdobramento. Para tanto diz: “*a importância desses direitos requer não apenas a sua institucionalização nos limites do Estado-nação, mas, segundo determina a Declaração, a requer também no âmbito internacional*”. ALEXY, Robert *apud* CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 106-107.

⁴²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2074/direitos-humanos-cidadania-e-educacao>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

⁴²⁹ Esse tema fará parte do terceiro capítulo desta pesquisa que será desenvolvida no momento oportuno. Ao mesmo tempo, preceitua o parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988 o seguinte: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha manifestado adesão”. Esse parágrafo foi incluído pela EC/45 de 2004. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴³⁰ O conceito de Positivismo Jurídico está muito bem delineado por Culleton, o qual afirma: “O positivismo jurídico é uma corrente nascida no século XIX e que se consagrou, sobretudo, por meio da obra de Hans Kelsen. Essa escolha nasce do esforço de transformar o Direito em ciência, submetendo-o aos mesmos pressupostos das ciências exatas, e durante o século XX funcionou como o principal paradigma dos ordenamentos jurídicos nacionais do Ocidente. De acordo com o Positivismo, o Direito deve descrever e normatizar a realidade, sem qualquer consideração de valores e sem tomar posição frente à mesma e sem qualquer pretensão de

por uma visão eminentemente legalista e implantar os recursos necessários originados pela demanda da sociedade. Afinal, os Direitos Humanos perfilam na qualidade essencial, sejam eles concretos ou aqueles que se discutem como uma nova formação necessária e fundamental ao princípio da dignidade humana. A Carta Constitucional estabeleceu regras máximas de observação, fundamentos justos para uma democracia séria e focada no compromisso da cidadania.

Portanto, o que o Brasil está fazendo para que o exercício da cidadania possa ser efetivamente defendido nessa conjectura dos novos tempos? A resposta está apresentada como uma verdadeira guinada, saindo das trevas de um regime ditatorial e, acima de tudo, com o restabelecimento de uma democracia plena, especificamente fundada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesta caminhada alguns aportes foram necessários como ajustes, como foi visto no tema que se refere à receptividade dos pactos internacionais sobre Direitos Humanos foram inseridas no artigo 5º, por força de Emenda Constitucional 45/2004. O Brasil está receptivo as normatizações internacionais que locupletem a dignidade humana, portanto, à vida, à liberdade, à igualdade do ser humano em todos os aspectos.

É nesse caminho de mudanças e inovações que a ordem jurídica deve ser complementada. Agir com cidadania é entender e respeitar os comandos normativos, realizar seus direitos e obrigações, fundamental naquilo que de mais nobre o homem tem, a sua dignidade. Desta feita, o fato de constar expressamente no texto Constitucional de 1988 dá uma relevância de máxima importância ao direito à segurança. Estar disposto no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – artigo 5º que apresenta a seguinte redação:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: [...].⁴³¹

modificá-la ou amoldá-la a certos valores de justiça. Disso decorre que a validade da norma jurídica decorre de sua pertença a um ordenamento jurídico, independente de sua correspondência à justiça ou à sua eficácia, estabelecendo, assim, um critério meramente formal de definição do que é jurídico e do que não é". CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 153.

⁴³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

A característica transformadora da nova norma jurídica apresentada à nação demonstra uma preocupação inerente dos constituintes brasileiros, ou seja, o devido respeito à condição humana. Logo, é essa imbricação no exercício do direito à segurança que a sociedade precisa desenvolver, traduzindo naquilo que é essencial para a democracia. No entanto, não é o único direito para o qual pode ser estruturada a cidadania, mas sim, uma das condições necessárias para expressar como o verdadeiro exercício da cidadania se concretiza no cenário nacional.

Conseqüentemente, essa é a intenção seguinte, mostrar como o direito fundamental à segurança pela sua real importância na Constituição representa a proteção do homem e, portanto, deve ser tratado como o “bem comum” buscado e desejado pela coletividade para a garantia da vida. Assim sendo, essa nova perspectiva que se forma acerca desse direito é, efetivamente, entronizá-lo com a hermenêutica filosófica a qual deve servir como uma ferramenta jurídica para fomentar e definir a sua concretização.

4.3 O Direito à Proteção como Forma de Manutenção da Vida: uma nova perspectiva para o direito fundamental à segurança

Ao longo da pesquisa se tem afirmado a relevância dos Direitos Humanos para o contexto histórico da humanidade. Na mesma seara, se tem asseverado que os Direitos Fundamentais dos últimos tempos, principalmente aqueles que expressam seus significados no limiar do século XXI, precisam e devem estar relacionados com o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, importante ressaltar o que Alexy de forma sábia, leciona: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar decidir”.⁴³² Esse raciocínio corrobora com a Constituição, no qual os direitos e garantias fundamentais estão assegurados pelas cláusulas pétreas expressas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Não há outro discurso para o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Quando da chegada da Constituição de 1988 ela representava um avanço em termos de materialização de Direitos Fundamentais, pois veio caracterizando o

⁴³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 446.

anseio eminentemente necessário da sociedade brasileira. De lá até aqui, muitos caminhos têm sido percorridos, muitas teorias debatidas, exatamente naquilo que envolve os objetivos fundamentais da República. Digo isso, porque, quando se trata de Direitos Humanos e, conseqüentemente, hoje positivados, também os denominados Direitos Fundamentais Constitucionais, eles têm vinculação direta com o princípio da Dignidade Humana, o qual reforça a necessidade de constantes mutações e, exigem do Poder proteção efetiva contra todo tipo de violação ao ser humano.

É nesse sentido que se faz necessário partir da concepção de proteção devidamente perfilada pelo Texto Constitucional, o qual tem em sua essência, além da vida, da liberdade, da igualdade, a segurança como forma de proteção do homem. Os direitos fundamentais, por sua vez, podem receber diversas características⁴³³ quanto ao seu modo de produção ou mesmo de manutenção na Democracia de um Estado. De outra maneira, ainda não dito, mas há uma grande dificuldade de compreender o que é exatamente esse direito fundamental à segurança, e o que ele realmente define ou abarca como objetivos. Parte-se do princípio de que não há vida segura, não há igualdade diante dos homens, e também não haverá liberdade (de se expressar, ir e vir) sem que haja uma estrutura adequada de comprometimento à segurança individual.

Portanto, o direito material à segurança deve ser tratado como essencial no Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que permeia sua apresentação efetiva como um autêntico direito de proteção. Também sobre esse ponto de vista, não há discussão em tratá-lo como um direito subjetivo do homem, como base constitucional. Portanto, outorgando direitos subjetivos a seus destinatários, mas que não deve ser confundido como um direito à prestação no sentido social. O direito fundamental à segurança, inexoravelmente abarca o direito à proteção do

⁴³³ Anteriormente foi citado que quanto ao *status*, se pode compreender, a partir da teoria de Jellinek, que os direitos fundamentais são vistos sob quatro *status*: a) passivo; b) negativo; c) positivo e d) ativo. Noutro momento, também foi referido que eles representam duas maneiras distintas, ou seja, podem ser de: a) defesa e b) positiva. É neste último que Alexy trabalha com os direitos à prestações, onde preleciona que *“todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”*. Não parando aqui, esses direitos a prestações, se entendidos em sentido amplo, merecem outra classificação, segundo o autor, assim: a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimentos e c) direitos a prestações em sentido estrito. Logo, a ideia a guisa de uma conclusão, trabalhar-se-á o direito à proteção. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 442 e seqs.

homem. Assim, nesse sentido, deve ser submetido sob o aspecto de princípio⁴³⁴, ou seja, como um verdadeiro mandamento de otimização.

Dada a sua importância, necessário então verificar na lição de Alexy quando se caracteriza o direito à proteção, ao mesmo tempo certificar a sua dimensão. Parte-se da premissa que orienta o autor em comento, ou seja, o direito à proteção “deve ser entendido os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado para que este o proteja contra intervenções de terceiros”.⁴³⁵ Estar a salvo das ingerências e dos infortúnios ocasionados pelos acontecimentos que geram uma sociedade de homens, haja vista, que são seres complexos, é o resultado deste mandamento apresentado ao Estado como um garantidor da vida.

Esta dimensão da proteção ainda hoje requerida foi o que resultou na concepção de Hobbes para que o homem deixasse o Estado natural e admitisse o Pacto, ou seja, o acordo do qual pudessem ser governados para a manutenção da paz. Naquele tempo, a manutenção da vida era o objeto desejado. No entanto, não se pode afirmar que essa filosofia do homem mudou. Quando Alexy ensina que a proteção que o homem quer como bem maior ainda é a manutenção da vida ele não deixa de ter razão. Ninguém contradiz que a vida é o bem maior da qual merece toda preservação, logo, a proteção a ela abarca a saúde, à liberdade, à igualdade, à propriedade e tantos outros valores que representam os bens materiais, afinal, todos são objetos desta proteção complexa.⁴³⁶

Nessa análise, fica bem entendido que a ordem jurídica deve ser representada pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, sendo, portanto, o

⁴³⁴ Para Alexy, princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. O autor compara os princípios como um mandamento de otimização, onde os mesmos são caracterizados a partir que sua satisfação ocorra em graus variados, e que seu resultado não depende somente das possibilidades fáticas, mas sim, também de possibilidades jurídicas. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90. Para Virgílio Afonso da Silva, quando trabalha a distinção entre regras e princípios, trás a sua fundamentação no sentido que o traço distintivo é exatamente “na estrutura dos direitos que essas normas garantem”. Assim, nos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*; ao passo que nas regras, *garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos*. O resultado dessa conjugação, segundo o autor é: “se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”. Para os princípios, “não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige”. Tudo porque nos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44-45.

⁴³⁵ ALEXY, op. cit., p. 450.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 450.

precursor, a pedra angular, na consecução desses resultados. Na profícua lição de Alexy, ensina que esses direitos à proteção provêm de uma ordem jurídica consolidada e, assim os define: “direitos a proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si”.⁴³⁷

Logo, a Constituição Brasileira de 1988 acertou ao formular diversas normas jurídicas fundamentais de caráter protetivas em seu artigo 5º, tornando-o assim, essencial para a análise dos direitos fundamentais.

Ao lecionar sobre o tema direito à proteção, Alexy levanta um problema relativo quanto à sua existência⁴³⁸, pois quer chegar à compreensão se esses direitos são “*direito subjetivo*” ou apenas “*norma objetiva*”. Na discussão travada pelo autor quando ele compara julgados realizados pelo Tribunal Constitucional Federal⁴³⁹, não fica muito claro o posicionamento da proteção, se ela representa um direito subjetivo ou objetivo do cidadão. De outra parte, como o próprio Alexy acentua com muita propriedade, que em razão dos exemplos suscitados e a tendência do Tribunal Constitucional para a tese objetiva, há, sem dúvidas, tendências muito claras no sentido de admissão de interpretações subjetivas, ainda que elas permaneçam em aberto.⁴⁴⁰

Todavia, em que pese essa discussão, Alexy não tem dúvidas que o Estado é o grande garantidor, pois tem o dever de proteger o indivíduo em todas as suas dimensões. Portanto, que o Estado deve criar medidas de proteção não há discussões, sejam elas no sentido de proibições ou mesmo no âmbito de outros

⁴³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 451.

⁴³⁸ Sobre o aspecto do problema da existência do direito à proteção, Alexy, faz primeiramente duas divisões, ou seja, apresenta dois aspectos. O primeiro, o aspecto substancial que “*diz respeito ao que deve ser protegido e como o deve*”. Nesse caso, é tarefa da dogmática de cada direito fundamental estabelecer uma resposta. O segundo, o aspecto estrutural, ele o divide em duas questões: A primeira questão diz respeito em saber “*se existem direitos subjetivos a proteção ou apenas normas que prescrevem que o Estado proteja os indivíduos, sem a eles conferir um direito subjetivo*”. Aqui envolve, novamente, a questão do direito subjetivo ou (mera) norma objetiva. A segunda questão, “*caso os direitos a proteção existam, as natureza é, de fato, distinta da dos direitos de defesa de tipo clássico?*” Aqui envolve a distinção entre direitos de defesa e direitos a proteção. *Ibid.*, p. 451.

⁴³⁹ O Tribunal Constitucional Federal aqui mencionado é o da Alemanha, onde Alexy faz uma comparação de alguns julgados explicitando o posicionamento do Tribunal, quanto ao direito de proteção, sob o argumento das decisões serem como direito subjetivo ou mera norma objetiva, envolvendo o cidadão. *Ibid.*, p. 452.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 453.

ramos do direito, bem como a imposição de sanções.⁴⁴¹ Nesse mesmo sentido, o posicionamento de Sarlet vem sedimentar essa análise, quando ele leciona desta forma:

Neste contexto, impõe-se que relembremos aqui a aceitação da ideia de que ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.⁴⁴²

Nesse contexto, ao sintetizar os ensinamentos no que tange ao direito à proteção dos ilustres autores mencionados, é possível compreender que esse direito à proteção – logo mais o direito à segurança será mencionado – o seu objeto é amplo, não se restringindo somente a vida e a integridade física, mas sim, tudo que se encontra no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como o exemplo da dignidade humana.⁴⁴³ A partir dos ensinamentos de Alexy, se pode afirmar que o direito à proteção não está somente envolto à vida do indivíduo, mas que ele pode e deve abarcar muito mais. Sua análise está condicionada a duas construções: uma, utiliza diretamente a dignidade humana na qual o dever do Estado é protegê-la em sua totalidade; duas, apóia-se esse direito à proteção na dignidade humana, porém não no sentido total, e sim o apoio vem dos direitos fundamentais. A conclusão que Alexy menciona é que apoiando a primeira construção o conceito de dignidade humana é ampliado de forma extrema, ou seja, tudo que for digno de proteção, assim deverá ser. Na segunda construção, a tendência é que, relativizando a

⁴⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 454.

⁴⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 190.

⁴⁴³ Nesse ponto Sarlet diz que além da vida, da integridade física e, ancorado na dignidade da pessoa humana, o direito à proteção se encontra no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a liberdade, a propriedade, inclusive riscos ao desenvolvimento do uso de energia atômica para fins pacíficos, bem como, todos os direitos correlatos de proteção abrangem todos os riscos de lesões a direitos e bens constitucionalmente tutelados, tornando assim, uma verdadeira conexão, envolvendo os deveres de proteção com os deveres de precaução e prevenção. Quanto às normas de proteção, são os mais variados meios, cita como exemplos, as normas de direito penal, administrativas, procedimentais, bem como a atuação concreta dos poderes públicos. *Ibid.*, p. 191.

dignidade humana e apoiando nos direitos fundamentais, eles seriam mais direitos de defesa contra as intervenções estatais.⁴⁴⁴

Nesse contexto, parece bem claro que o direito à proteção nos últimos tempos tem ganhado terreno para a sua devida efetivação, tornando-se inevitável o seu não crescimento. Entretanto, não se pode confundir que o direito à proteção está no âmbito positivo do Estado, ao mesmo tempo em que é um direito subjetivo do indivíduo, portanto, deveres de ação.⁴⁴⁵ De tudo, é possível observar que no direito à proteção, conforme lição de Sarlet ao analisar a posição de Canotilho, que os deveres de proteção estão diretamente voltados aos direitos fundamentais, ou seja, a Constituição assegura materialmente, cabendo ao Estado o seu real cumprimento.⁴⁴⁶

Novamente, em que pese às reais discussões acerca do direito à proteção é preciso alinhavá-lo ao objetivo antes traçado desta pesquisa. O que se quer dizer de forma clara - ainda que, ao analisar o direito de proteção sob o ensinamento de Alexy, não se tem como determinar, especificamente, a localização do direito à segurança como um efetivo direito à proteção do indivíduo, naquele feixe de posições jurídicas que ele desenvolve – é que o direito fundamental à segurança é a essência do direito à proteção.

Não obstante, já foi afirmado que a Constituição Pátria arrolou o direito à segurança em duas frentes: a primeira, é que o direito à segurança está no ápice da Constituição de 1988, ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade e a propriedade. Logo, esses mesmos direitos fundamentais são originários do homem, acompanhando-o desde a transformação do Direito Natural para o Direito

⁴⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 454.

⁴⁴⁵ A ideia aqui é não fazer distinções em relação ao posicionamento dos direitos positivo, e sim traçar uma compreensão do direito à proteção dando ênfase ao direito fundamental à segurança. O direito a prestações positivas pelo Estado pode ser compreendido sob dois momentos: uma de proteção e outra que envolve os direitos sociais enquanto direitos a prestações em sentido estrito, que também são considerados direitos positivos por parte do Estado. Muitas variantes podem aqui serem apresentadas conforme a dimensão que se analisa e a ótica observada.

⁴⁴⁶ Sarlet menciona a partir de Canotilho, que os deveres de proteção em sentido amplo, comportam três acepções, ou seja: a) o dever de proteção como tarefa cometida ao Estado; b) o dever de proteção como dever de atuação e; c) o dever de proteção como dever de legislação. Assim, esses deveres vinculam de modo diferenciado os diversos órgãos estatais, ao mesmo tempo, que tem reflexos nas dimensões objetivas e subjetivas que de certo modo, representam um direito geral de proteção aos direitos fundamentais do qual o Estado é o destinatário. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 191.

Constitucionalizado. Na segunda, o direito à segurança foi transladado também para o critério social, relevante como políticas públicas e desempenhadas por órgãos de acordo com a distribuição Constitucional.

Extraindo uma melhor compreensão do que foi dito, chega-se ao resultado pretendido de maneira a qualificar o direito fundamental à segurança do qual aqui se tem discutido. O direito fundamental à segurança que se encontra no ápice da Constituição Federal é o genuíno exemplo de direito subjetivo à proteção, portanto, inafastável do ser humano. Logo, essa relação segurança e o homem, representam uma estreita convivência com a vida, exatamente pela dimensão que hoje representa o princípio da dignidade humana adotado como fundamento essencial do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Na mesma esteira, o titular deste direito subjetivo à proteção, abarcando uma dimensão maior, é a sociedade e cada indivíduo que aqui vive, trabalha e constrói o seu patrimônio, sempre voltados às garantias que o Estado como fomentador da segurança e do respeito aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito estabelecem a todo cidadão como forma participativa da cidadania representativa. De outra fonte, o Estado Constitucional que se apresenta hoje está simetricamente relacionado com os Direitos Humanos fundamentais do homem, discutidos e aperfeiçoados a partir do Estado Civil.

Nessa linha, o direito à segurança apresentado como essência de um Estado Democrático representa a necessidade de que o homem permaneça constantemente na proteção do Poder, assim como representado no Estado Civil⁴⁴⁷, o qual o homem aceitou através do Pacto despojar-se de seus direitos para obter do Soberano ou Assembléia de homens a sua segurança, ou seja, a manutenção da vida. Entretanto, a regra que lá ocorreu, ou seja - despojar-se de seus bens em troca de segurança – não pode mais ser admitida nos tempos modernos. Atualmente, as garantias constitucionais vinculam o Estado como idealizador e protetor do cidadão,

⁴⁴⁷ As sociedades políticas na visão de Locke, portanto, o início do Estado Civil, tinha essa razão de ser, conforme se expressa desta forma: “*A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade*”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J. W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 139.

não podendo mais ser admitido qualquer tipo de escusas na manutenção da vida de seus indivíduos.

Certamente, a vida de qualquer cidadão depende da estrutura de proteção que o Estado mantém para sua preservação. Toda essa estrutura, no caso da Democracia brasileira, está materialmente formulada no Texto Constitucional, representando desta maneira como o único caminho viável para concretizar o bem comum.⁴⁴⁸ Na lição de John Finnis, ele estabelece que o Estado necessariamente tenha bem definido os seus objetivos, ao mesmo tempo em que suas metas são alcançá-los. No Brasil, os objetivos já estão fundamentados na Lei Maior, portanto, não aclarando razão para que o Estado desvirtue daquilo pretendido, ou seja, ao balizar a dignidade humana como um dos objetivos fundamentais, os demais direitos fundamentais aqui se expressam, formando uma esteira e a razão de ser de uma Democracia Justa.

Nesse contexto, o bem comum determinado por Finnis deve ser perquirido a partir da junção com a Justiça distributiva.⁴⁴⁹ Portanto, alcançar o bem comum de uma determinada sociedade, necessariamente, é preciso colaboração, coordenação e iniciativas das pessoas que buscam o mesmo resultado. De outro lado, não há possibilidade de alcançar resultados se houver determinados privilégios de classes, ocorrendo assim, o não crescimento e conseqüentemente a não segurança desejada pelo grupo. Como bem afirma o autor, aprofundar a Justiça distributiva é necessário encarar os problemas⁴⁵⁰ que de certo modo são exigências da sociedade.

Na visão de Finnis, a sociedade política, portanto, o Estado, deve estar sempre consubstanciado no princípio da justiça, que em outras palavras o denomina

⁴⁴⁸ O bem comum é definido por John Finnis, quando ele trata da “comunidade política” onde ensina que esse bem comum representa “o propósito de garantir todo um conjunto de condições materiais e de outros tipos que tendem a favorecer a realização, por parte de cada indivíduo da comunidade, de seu desenvolvimento pessoal”. FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 154. (Coleção Dike).

⁴⁴⁹ Finnis trabalha a ideia de “justiça distributiva” a partir de um contexto com o “bem comum”. A conclusão que se chega é que não é possível trabalhar em detrimento de um só, logo, é necessária uma distribuição homogênea, pois só assim, haverá crescimento e segurança. Todos os recursos precisam estar coordenados e com iniciativas profícuas que darão o resultado final, o bem comum. *Ibid.*, p. 165.

⁴⁵⁰ Na concretização da Justiça distributiva Finnis ensina que: “os problemas da realização do bem comum por meio de um conjunto coordenado de condições para o bem-estar individual na comunidade podem ser divididos em duas classes muito amplas”. O primeiro “é a distribuição de recursos, oportunidades, lucros e vantagens, papéis e funções, responsabilidade, tributos e encargos”. O segundo ocorre que há “todos os outros problemas que dizem respeito ao que é requerido para o bem-estar do indivíduo na comunidade, que surgem nas relações e transações entre indivíduos e/ou grupos nas quais os estoques comuns e o que é requerido para o empreendimento comunal não estão diretamente na questão”. *Ibid.*, p. 165-166.

de princípio da “subsidiariedade”⁴⁵¹, o qual deve ser compreendido como assistência. O dever de assistência comporta à designada sociedade política que tem a função de ajudar todos os participantes a reconhecer-se com dignidade. Esse reconhecimento é exatamente o que todo cidadão deve receber ou experimentar seus benefícios através de ações. Portanto, o dever de assistência que o Estado deve fornecer é o que representará o bem comum, partindo de uma analogia, esse “bem comum”, é um feixe de direitos fundamentais, materialmente constitucionais que irradiam um canhão de luz com o qual a Democracia deve encontrar o caminho. Para concretizar essa “iluminação”, ganha especial relevo o papel da hermenêutica filosófica, que orienta fenomenologicamente esta dissertação.

Como afirma Streck, “a hermenêutica é existência. É faticidade. É vida”.⁴⁵² Assim, a compreensão de sentido, se dará a partir do mundo em que se encontra o interprete. Logo, como o autor afirma: “não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar”.⁴⁵³ Nesse contexto, o direito à proteção não surge metafisicamente no seio da sociedade. O mestrando integra o grupo social onde o direito à segurança se projeta, estuda e recebe a atribuição de sentido. Portanto, a hermenêutica filosófica será uma ferramenta jurídica fundamental para a definição dos modos de sua concretização. O círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão / interpretação / aplicação se dará o sentido e/ou o novo sentido ao direito à segurança como um direito à proteção. Assim, como afirma Engelmann: “o referido bem visado pela prática (a ação) é o resultado obtido por intermédio da hermenêutica filosófica”.⁴⁵⁴

No caso específico, o direito fundamental à segurança resplandece diretamente na expressão do direito à proteção, que também representa um genuíno exemplo de direito subjetivo que nesta esteira de Finnis está construído como um

⁴⁵¹ Nesse caso específico o autor o trata como “assistência”, ou seja, ajuda, essa deve provir da sociedade política, tendo como resultado o “bem humano”. De outro modo, que todo cidadão receba a proteção necessária do Estado para exercitar o direito à vida, à liberdade, à igualdade e a segurança. Ainda, profere em seus ensinamentos, que o cidadão é “um dente de engrenagem”, ainda que tocado por outros e que se isolado não será portador do bem estar humano. FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 148. (Coleção Dike).

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 311.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 317.

⁴⁵⁴ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 249.

autêntico bem comum. Portanto, é uma premissa válida compreender o “*bem comum*” como sendo:

Pois que existe um “bem comum” para os seres humanos na medida em que a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade, a religião e a liberdade na razoabilidade prática são bons para quaisquer e todas as pessoas. E cada um desses valores humanos é em si um “bem comum”, na medida em que um número inexaurível de pessoas pode participar deles de uma variedade inexaurível de modos ou de uma variedade inexaurível de ocasiões.⁴⁵⁵

Quando se discute que o direito à proteção tem sua essência na segurança como forma de manutenção da vida do homem, não há mais dúvidas de que o direito fundamental à segurança que está no ápice da Constituição de 1988 representa a estrutura fundamental que, a partir de uma construção coletiva de valores fundamentais, destaca a necessidade de assistência por parte da sociedade política de Finnis, portanto, o Estado Democrático de Direito Brasileiro deverá garantir o bem comum⁴⁵⁶, pois este é fundamentalmente o bem supremo dos indivíduos como objeto de toda justiça.⁴⁵⁷

Assim, o “bem comum” almejado no limiar do século XXI pode estar ofuscado pelas incertezas⁴⁵⁸ que se apresentam, principalmente, àquelas voltadas à preservação da manutenção da espécie humana, como corolário de sua dignidade. De outro modo, é preciso revisitar os acontecimentos do passado para que permaneça na memória dos homens como sombra de suas atrocidades todos os eventos que resultaram da insensatez. Por outro lado, os direitos fundamentais já estão materialmente constitucionalizados no texto pátrio, devendo apenas serem

⁴⁵⁵ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 154. (Coleção Dike).

⁴⁵⁶ O “bem comum” pode ser compreendido de várias formas, pois na afirmação de Finnis “os seres humanos têm *“bem comum”*”, sintetizando ele diz “*podemos falar de bem comum em diferentes níveis explanatórios*”. *Ex: justiça, autoridade, lei etc...* O bem comum que se busca neste trabalho é explicitar o direito fundamental à segurança como autêntico direito de proteção do ser humano, o qual tem como objetivo a sua manutenção, que é a vida, a liberdade, a igualdade etc. Direito esse de cunho subjetivo do cidadão que deve ser efetivado pela sociedade política, portanto, o Estado de maneira positiva, garantido aos indivíduos a sua dignidade.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 167.

⁴⁵⁸ Bauman ao falar sobre “tempos de desengajamento”, ensina que as incertezas ainda estão presentes na seguinte passagem: “*No mundo em que vivemos no limiar do século XXI, as muralhas estão longe de ser sólidas e com certeza não estão fixadas de uma vez por todas; eminentemente moveis, parecem aos passantes divisórias de papelão ou telas destinadas a serem reposicionadas mais e mais vezes segundo mudanças sucessivas de necessidades e caprichos*”. BAUMAN, Zigmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 45.

colocados em prática como forma de verdadeira justiça à dignidade humana. Portanto, o desejo uníssono de uma sociedade, pautada pela garantia do Estado Democrático de Direito, é ver o respeito aos Direitos Humanos em toda sua plenitude. É nesse sentido que, revisitando o passado, analisando o presente e refletindo o futuro é possível falar em o “Direito na era das incertezas”.⁴⁵⁹

São essas incertezas que predominam o imaginário do interprete com relação ao direito à segurança estipulado como direito fundamental. Contudo, essas incertezas podem ser espalhadas com resultados sem precedentes se tudo continuar no sistema da dogmática jurídica.⁴⁶⁰ Logo, somente um processo de interpretação a partir da hermenêutica filosófica poderá apresentar o resultado do novo. Nesse sentido leciona Streck:

É necessário pôr de lado a *ferramenta inadequada*, representada pelo *modus operandi* da dogmática jurídica, calcada no paradigma metafísico-objetivante, no interior do qual o sentido comum (teórico) se constitui como o lugar da pré-compreensão do jurista/operador/interprete.⁴⁶¹

Portanto, é esse “novo” que o interprete quer buscar e compreender, pois a tarefa hermenêutica está voltada a prática, ao mesmo tempo em que ela oportuniza uma “clareira” de compreensão.

⁴⁵⁹ Moraes, ao abordar o tema “O direito Civil na era das incertezas”, a partir da Dignidade da pessoa humana, uma série de conseqüências que leva o interprete a refletir sobre determinados momentos e pressupostos que podem servir de suporte para o deslinde da pesquisa em comento. Ao entrelaçar os acontecimentos como - “características do progresso científico; criação de novos valores; o esfacelamento das instituições; o fim da generalização dos conteúdos da razão prática como a ética e outros fenômenos que atingem diretamente os Direitos Constitucionais – “o bem comum”; “o interesse público”; “soberania”; “a lei”; “os direitos fundamentais” -, é necessário que sejam repensados ou mesmo que nos forneça uma resposta para as circunstâncias que fomentam essa incerteza do direito na atualidade. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 59 e seqs.

⁴⁶⁰ Streck afirma que o Brasil tem uma modernidade tardia, são inúmeros problemas que geram incertezas de difícil compreensão. Além de todas as mazelas que o autor elenca, ele assevera no sentido de que: “nossas classes dirigentes e o establishment jurídico sabem o que está ocorrendo, mas continuam a fazer as mesmas coisas que historicamente vêm fazendo”. Isto quer dizer que não há mudança de cenário, ou seja, a dogmática jurídica permanece a mesma. Por outro lado, o autor salienta que a função primordial do Estado Democrático de Direito, a partir do Direito, este deveria ser visto como um instrumento de transformação social, entretanto, não é o que ocorre no Estado Brasileiro. Há um sério problema: “de um lado há uma sociedade carente da realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível”. Assim, o autor profere que há um grande contraponto de sentidos e interpretação. Logo, é o mesmo que dizer, “ganhou” mas não “levou”. Consultar: STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30-35.

⁴⁶¹ Ibid., p. 304.

É nessa esteira de entrelaçar os pressupostos⁴⁶² fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, estruturando o direito à segurança como originário à proteção humana que se tem pela frente um grande desafio, que é exatamente descortinar essas incertezas na tentativa de dar uma resposta para o “bem comum”. Que há uma ruptura de valores éticos na sociedade atual isso é evidente. Que a corrupção desmonta toda uma perspectiva de assegurar valores, também é correto. Que as instituições estão desfaceladas pelos interesses minoritários e mesquinhos, isso é concreto. Logo, reverter esse quadro de incertezas para que se possa dar o verdadeiro suporte aos direitos fundamentais e a necessária compreensão de forma absoluta da dignidade humana.

Dessa maneira, o Estado Democrático de Direito no sistema pátrio é o grande responsável por essa manutenção de proteção aos seus cidadãos. A evidência mais clara ocorre somente a partir de 1988, pois até então, os direitos fundamentais só serviam para que o indivíduo diante de absurdos perpetrados pelo Estado, dele pudesse defender-se. Nesse mesmo sentido, que Moraes afirma que é “nos Estados democráticos, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais”.⁴⁶³ Portanto, é no Direito Constitucional Positivo que se formaliza o verdadeiro conjunto de valores que darão suporte incondicional ao respeito à dignidade da pessoa.

Não obstante, o caminho já está aberto para essa concretização. O que não se admite mais é um regresso de todos os direitos que ao longo da história foram conquistados pelo homem, dando esse substrato necessário para sua consecução. Porém, não há como negar que as incertezas estão presentes em nossos dias, formando um problema de relacionamento conforme ensina Moraes.

O problema maior do Direito na atualidade tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória

⁴⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 85. A autora trabalha com quatro postulados que representam o substrato material da dignidade humana, onde afirma que a partir deles, pois todos são princípios fundamentais de igual importância hierárquica, e que diante de uma colisão, o fim alcançado, a medida de proteção, todos devem dar lugar, primeiramente, a dignidade humana como fim último.

⁴⁶³ Ibid., p. 70.

individual.⁴⁶⁴

Partindo desta premissa, ou seja, onde há incertezas inerentes quanto ao futuro do Direito, atribuindo aos direitos fundamentais uma estreita consonância com um dos fundamentos da República, nesse caso, a dignidade da pessoa humana preconizado pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, faz-se uma análise dos postulados que devem servir de sustentação para o “bem comum” que é o direito à proteção no contexto atual.

Contudo, antes uma pequena apresentação dos motivos que justificam os postulados para a apresentação do “Bem comum”. O sentido que se quer dar aqui é formar uma junção que balize o direito à proteção a partir da teoria de Alexy, ou seja, formar substratos necessários para que o homem receba do Estado à assistência fundamental, a partir do desejado “bem comum”, do qual tem seu direito subjetivo sedimentado naquilo que é mais precioso, a vida. Outrora já discutido como valores que significam os Direitos Humanos mais essenciais, pertencentes pela simples condição de ser pessoa. Assim, os direitos fundamentais que o Estado têm que proteger são Subprincípios que derivam de uma origem somente, a dignidade do homem.⁴⁶⁵ Na metade do século XX, após as conseqüências funestas da Segunda Guerra Mundial, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 expressamente assinala no seu artigo 1º, I, “A dignidade do homem é intangível. respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”.⁴⁶⁶

Como visto no século XX, inúmeros horrores sacudiram o planeta levando o homem à quase sua destruição total. Entretanto, os erros podem ser um aprendizado que direcionará o caminho do futuro para a raça humana. Neste sentido, a segunda metade do século XX foi de reconstrução, assim como o limiar

⁴⁶⁴ AGACINSKI, S. Política dos sexos. Tradução de M. N. Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 98. *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 71.

⁴⁶⁵ Sarlet ensina que a dignidade está representada em muitos valores, assim expressa: “Tal já se justifica, entre outros fatores, pelo fato de que o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade”. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16.

⁴⁶⁶ SILVA, J. Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, n. 212, p. 88-90, 1998 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 71.

deste novo século, a luta continua para se ver reconhecidos todos aqueles direitos inerentes ao homem. Como acrescenta Moraes: “Foi a noção de ‘crime contra a humanidade’, até então inexistente, que possibilitou que se começasse a pensar na humanidade como uma coletividade, merecedora, enquanto tal, de proteção jurídica”.⁴⁶⁷ É nesse contexto que a humanidade apresenta-se como final destinatário de toda preocupação jurídica, pois são as normas positivadas que servirão de amparo para o combate de todas as formas de barbárie que possa sujeitar-se o homem.

Nessa seara, muitos Estados Democráticos têm materializado nas Constituições uma fecunda preocupação com o homem, isso de forma coletiva, pois é condizente que a proteção hoje, evoque a coletividade de maneira substancial. Tudo está voltado aos valores fundamentais, que outrora tinha uma preocupação individual, hoje, há um grande diferencial, pois tudo gira em torno da Dignidade da Pessoa Humana que representa um inestimável valor absoluto. No cenário pátrio, não foi diferente essa preocupação com a causa dos seus cidadãos. Esse exemplo pode ser refletido a partir da lição de Moraes, onde pontua desta maneira:

A configuração do nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamento a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os que aqui vivem.⁴⁶⁸

O que fica bem claro como meta da sociedade brasileira é a solidariedade, cunhada na subsidiariedade de Finnis, estabelecendo assim, um novo princípio norteador do ordenamento jurídico. É essa solidariedade que determina um valor de comunhão de interesses comuns, que assim, pode-se denominar de “bem comum”, conforme a lição de John Finnis. Compreende-se que a sociedade brasileira pode ser enquadrada na noção de comunidade política, como evidenciada por Finnis, pois visa reforçar o indivíduo de desenvolvimento em prol dessa mesma sociedade. O bem comum visualizado aqui é a segurança do homem, estar seguro diante dos riscos para a manutenção de sua vida.

⁴⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 109.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p.110.

Portanto, para que isso ocorra é fundamental estabelecer alguns postulados que servirão de suporte ao desenvolvimento da dignidade humana, já que essa é a meta fundamental do nosso Estado Democrático de Direito Brasileiro. O primeiro postulado é a garantia da vida, dever fundamental de manutenção por parte do Estado. Em outros momentos já foi dito, que a vida do ser humano é o único requisito para que o mesmo usufrua de outros direitos inerentes à sua pessoa. Como visto ao dialogar essa pesquisa, a preocupação do homem com sua manutenção, mesmo no Estado de Natureza preconizado por Hobbes, o ser humano viu que era essencial viver, foi o que o levou a um pacto de acordo, ou seja, o medo da morte violenta. A sociedade civil estabelecida por Hobbes tinha o condão de fornecer proteção ao homem. Desde sempre se discute que o homem não é um ser isolado, que precisa viver em “sociedade”⁴⁶⁹, ou seja, união de pessoas com a destinação do bem comum.

Entretanto, essa seria a “sociedade” ideal da qual Bauman imaginou para a convivência humana. Porém, não é isso que ocorre quando o homem vive em comunidade, ela pode ser totalmente oposta a essa figura apresentada por Bauman. Como ele mesmo confirma - a competição, o desprezo pelos mais fracos, a ganância, o jogo desleal - nos dá conta de que essa comunidade não está ao alcance do próprio homem.⁴⁷⁰ Para dirimir essas complexas situações, são estipuladas normas jurídicas que fundamentam uma gama de direitos fundamentais, sendo eles de vários alcances e maneiras de efetivá-los. Contudo, é importante salientar que o direito à segurança sempre foi um projeto de proteção que o homem busca ao longo do tempo, ou seja, do Estado de Natureza ao Estado Constitucional.

⁴⁶⁹ Interessante o que Bauman ensina ao falar de “sociedade”. Contudo, utiliza o termo comunidade. “a comunidade é um lugar calmo “cálido”, um lugar confortável e aconchegante. É um teto sob o qual nos abrigamos da chuva pesada, como uma lareira diante da qual esquentamos as mãos num dia gelado. Lá fora, na rua, toda sorte de perigo está à espreita; temos que estar alertas quando saímos, prestar atenção com o que falamos e a quem nos fala, estar de prontidão a cada minuto. Aqui, na comunidade, podemos relaxar – estamos seguros, não há perigos ocultos em cantos escuros (com certeza, dificilmente um “canto” aqui é “escuro”). Numa comunidade, todos nos entendemos bem, podemos confiar no que ouvimos, estamos seguros a maior parte do tempo e raramente ficamos desconcertados ou somos surpreendidos. Nunca somos estranhos entre nós. Podemos discutir – mas são discussões amigáveis, pois todos estamos tentando tornar nosso estar juntos ainda melhor e mais agradável do que até aqui e, embora levados pela mesma vontade de melhorar nossa vida em comum, podemos discordar sobre como fazê-lo. Mas nunca desejamos má sorte uns aos outros, e podemos estar certos de que os outros às nossa volta nos querem bem”. BAUMAN, Zigmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 7-8.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 9.

É desta maneira que o bem comum poder ser representado aqui como a união de todos na busca de soluções para a manutenção da vida de cada um. Portanto, é essa busca coletiva de soluções que de um lado está o Estado com força positiva e de outro seus componentes, os cidadãos. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, positivou o direito à vida⁴⁷¹ em primeiro plano, para que em seguida outros direitos fundamentais possam corroborar com a proteção do homem. Logo, o direito à vida representa um ideal que a Constituição tem o dever de garantir, fundamentado na estrita observância da dignidade humana.

Desta feita, o segundo postulado que se fará expressão é a igualdade do homem, aquele visto como digno de proteção pelo Estado. A igualdade como ensina Moraes, é o revestimento jurídico da dignidade humana, pois representa a salvaguarda de que o ser humano não poderá receber tratamento discriminatório.⁴⁷² A igualdade sempre foi um pressuposto incondicional do homem, esse direito remonta ao Estado de Natureza, mesmo convivendo com um estado de guerra, pois era representado pela lei do mais forte, igualdade de corpo e espírito, e mesmo tendo outro mais forte, essa diferença entre eles não era reclamada.

Assim, pela igualdade o homem projeta/constrói a prudência. Porém, essa mesma igualdade representava perigo quando o homem era confrontado com a sua sabedoria, ele não reconhecia o seu semelhante. Nesse sentido, ocorriam as desigualdades justamente quando queriam buscar os seus propósitos. São os mesmos propósitos remontados ao mundo de hoje, que o homem continua em batalha pela sua segurança e proteção. Não há como não admitir esse risco, a competição, a desconfiança e a busca pela glória individual colocam o homem em atrito, gerando, portanto, a violência. Para conter esse infortúnio a Constituição de 1988 elencou o direito a igualdade no ápice do seu texto, tornando-o formalmente constitucional, não admitindo discriminações. Ao mesmo tempo, também condiciona um tratamento igual para os desiguais na seara do Direito, formando assim, um arcabouço de oportunidades para todos.

⁴⁷¹ No mesmo sentido a afirmação de Engelmann, quando diz: “a vida é considerada o bem básico que possibilita a concretização de todos os outros bens ou necessidades humanas básicas”. ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 157.

⁴⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 86.

Por outro lado, o direito à igualdade é considerado um direito de defesa do cidadão em face do Estado. Para tanto, o direito constitucionalizado garante ao homem um suporte de que o Estado não intervirá na sua igualdade. Entretanto, como afirma Moraes, a humanidade é complexa, multicultural, pluralista e globalizada, é nesse sentido que o século XXI almeja uma compreensão diferente do sentido de igualdade. Não mais se deve pensar somente a igualdade em relação à individualidade do homem, e sim, em um contexto universal, independentemente de onde é o cidadão. As diferenças do nosso tempo exigem uma proteção ampla, assim como ensina a autora citada:

O vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o “cidadão”, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos.⁴⁷³

Todavia, é preciso repensar esse conceito de igualdade a partir da sedimentação do bem comum, como forma de manutenção da vida do indivíduo. Logo, como já dito, não importa somente o homem na sua individualidade, e sim o homem voltado para a sua essência, ou seja, sua dignidade. Assim, o direito à igualdade no contexto discutido deve ser a base estruturante do “bem comum” perquirido pela sociedade neste limiar de novo século, pois se isso não ocorrer, estar-se-á caminhando para uma vala de incertezas, naquilo que representa o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

O terceiro postulado que aqui se propõe pontuar é o direito à liberdade. Assim como o direito à igualdade também perfaz a essência dos direitos naturais do homem⁴⁷⁴, caminhando na história juntamente com ele, ao mesmo tempo em que o direito a liberdade representa o grande momento da Revolução Francesa de 1789, pautada pelos movimentos sociais que reivindicavam sair da opressão do sistema

⁴⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 91.

⁴⁷⁴ No Estado de natureza, a liberdade do homem era tratada, segundo Hobbes, como a ausência de impedimentos externos, pois representava um pouco do poder que o homem tinha. O homem daquela espécie era governado pela sua própria razão, tinha direito sobre todas as coisas, inclusive sobre o corpo do seu semelhante, mas que por outro lado, também representava a força de buscar a paz, o que veio conseqüentemente, com o pacto celebrado pelos indivíduos eles objetivavam uma convivência pacífica, que tinha como objetivo final assegurar o direito natural à vida.

absolutista. Como aponta Comparato:

O termo revolução passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração ex novo não apenas de um governo ou de um regime político mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura.⁴⁷⁵

Este evento marcou para o ser humano uma nova etapa, ou seja, mudanças de direção na busca de um mundo novo.

No mesmo sentido, há que se entender que o direito à liberdade, como já dito anteriormente, compõem direito de defesa do indivíduo perante o Estado. A liberdade que aqui se espera, já que o homem é o centro das atenções, pois a sua volta está o direito, normatizando suas condutas, é que subjetivamente ele sinta-se protegido pelas normas positivadas. Noutra caminho, é ter a segurança subjetiva que não sofrerá nenhuma restrição quanto a sua privacidade, intimidade, honra e imagem, ou qualquer outro meio que lhe coloque em circunstâncias vexatórias diante da sociedade. A proteção requerida é direcionada ao seu fundamento absoluto que é a sua dignidade, já que neste sentido o homem é um ser que precisa da coletividade para sua sobrevivência.

O quarto postulado deve ser extraído de uma premissa que além de abarcar os três primeiros deverá garantir a luta pela condição de um mundo melhor, aonde as incertezas que pairam sobre o homem possam ser dissipadas pela implantação prática dos direitos e princípios constitucionais. Portanto, o quarto postulado não tem outra razão de ser senão a solidariedade humana na obtenção do bem comum como forma de assegurar a dignidade humana. O que buscar diante das incertezas que sempre assolaram o homem na sua existência parece o caminho motivador neste momento. Somente o homem poderá dizer quais são as condições motivadoras da dignidade humana que farão com que exista o “bem comum” entre eles.

A busca desse bem comum - a partir da noção de Estado – tem o condão de dar sustentação e amparo a uma sociedade desejosa de proteção. Se por um lado

⁴⁷⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

Finnis estabelece o requisito da justiça que são elementos⁴⁷⁶ do qual toda pessoa possa buscar, realizar e respeitar os bens humanos amplamente, ele também trás o critério da justiça distributiva, o qual acrescenta que a busca desse bem comum só será possível com amplos esforços e regras. Dessa forma, amparado nas premissas de Finnis de que a sociedade necessita estar protegida para buscar seus ideais de justiça é que se percebe o quanto é preciso levar os direitos subjetivos do homem a sério, dando a devida atenção que eles merecem. Portanto, aqui ingressa o direito à proteção, de “cuidado” com o elemento humano.

A estrutura que precisa ser estabelecida - neste momento de incertezas quanto ao futuro – é da solidariedade coletiva. A concatenação de esforços parece ser o único caminho ponderável que o homem deve buscar para que ocorra um efetivo critério de justiça. Sendo assim, o Direito deve estar ancorado no direito fundamental à segurança, promovendo a “luta” pela implantação prática dos direitos e princípios constitucionais, dando verdadeiro sentido para a Dignidade da pessoa humana. Ainda, são essas ideias extraídas ao longo desta discussão que reiteram a necessidade de atitudes coletivas, portanto, somente a solidariedade humana poderá afastar as incertezas do direito, principalmente neste limiar do século XXI.

⁴⁷⁶ Finnis trabalha os elementos da justiça, pontuando-os da seguinte forma: o primeiro elemento ele dá o nome de “outrem”, ou seja, o sujeito, o indivíduo. Nesse caso a justiça tem a ver com as relações da pessoa, como essa pessoa enfrente o seu semelhante, portanto como estabelece a sua *performance*. O segundo elemento denomina-o de “*dever*”, dever de débito para com a outra pessoa, ou seja, aquilo que lhe é devido por direito. O terceiro elemento ele o chama de “*igualdade*”, a igualdade deve ser compreendida de várias maneiras, mas que, muitas vezes é preciso substituí-la por proporcionalidade ou mesmo equilíbrio nesse critério de justiça. Assim, ele diz que: “*basta dizer que a justiça diz respeito não a toda relação ou transação entre uma pessoa e outra, mas apenas àquelas relações e transações que são necessárias ou apropriadas para se evitar um mal*”. FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 161-63. (Coleção Dike).

5 CONCLUSÃO

Quando da proposta de pesquisar sobre o direito fundamental à segurança, sabia desde então que o tema não é unânime e, muito pouco se aborda diretamente sobre o assunto. Por outro lado, a intenção não é mudar o direito e, sim, contribuir com uma reflexão mais sustentável sobre o tema proposto, até porque, esse deve ser um dos objetivos do interprete quando inserido no contexto da pesquisa, ou seja, sugerir um viés de discussão que remeta o leitor a traçar um panorama daquilo que foi oportunizado.

O direito à segurança aqui abordado é aquele que está materialmente no ápice do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que se apresenta como um comando essencial, sublime, vigoroso, que ostenta ser chamado de verdadeiro direito fundamental. É claro que ao seu lado compõem o direito à vida, à igualdade, à liberdade e a propriedade, perfazendo um conjunto de sustentação que comporta a essência do Estado Democrático de Direito Brasileiro, ou seja, todos eles estão simetricamente sistematizados com a dignidade da pessoa humana, regra balizadora de toda democracia.

Não há como omitir que o direito à segurança sofreu ao longo do tempo muitas transformações, além do que denota sua intrínseca relação com o homem. Essa busca incansável pela proteção gerou, no Estado de Natureza, na conveniência do aceite do Pacto, o acordo estipulado por Hobbes para que o homem saísse da situação desconfortável que se encontrava para buscar segurança na proteção do Leviatã. Portanto, as incertezas em que o homem convivia é que o fez refugiar-se no soberano como forma de manutenção de sua vida.

Essa mudança pretendida foi à forma encontrada para que o homem com medo da morte violenta estipulasse aquilo que ficou denominado como Contrato Social, dando a eles a condição de cidadão. Porém, existem causas naturais da condição humana que, invariavelmente, o conduz à violência. Hobbes determinou três causas que levam o homem à discórdia, ou seja, a competição, a desconfiança e a glória. O homem tinha vida e liberdade, porém era dotado de paixões e tomava suas decisões pela razão. Entretanto, sabia que a busca da paz era possível, mas dependia de uma decisão para colocar freios nas suas vontades.

Assim, a decisão era abster-se das suas decisões e submeter-se ao Pacto. Aqui se fundamenta a gênese do direito à segurança que ainda hoje o acompanha.

Na evolução da história o desenlace da proteção do homem está substanciado no Estado Civil, um novo modelo de sociedade que procedeu ao Contrato Social. De outro lado, Thomas Hobbes mostrou que era preciso uma concordância recíproca para impedir que o homem movido pela agressividade e o egoísmo - pois são características inerentes a esse ser - o mantivesse afastado dos problemas, ao mesmo tempo desse a esse homem a segurança necessária.

A preservação da espécie e a manutenção da justiça sinalizam para a celebração dos Pactos. Contudo, o homem pela sua natureza sempre foi portador de direitos inatos, são os chamados direitos naturais, porque fazem parte da sua essência. Logo, à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança compõem esses direitos inatos, portanto, de imensurável valor. Assim, o Estado Civil que determinou uma nova sociedade, também representa um avanço nos direitos dos homens. Portanto, as leis positivadas é que garantem, regulamentam uma nova maneira de dominar, disciplinar o homem.

Logo, as leis estabelecidas ainda no Estado Civil são as primeiras referências, ou menções de suporte ao surgimento do positivismo jurídico, que assim, se fundamenta sobre dois pressupostos: a unidade política (Estado) e uma unidade jurídica (única fonte produtora de leis) assinalam para um novo tempo.⁴⁷⁷ Logo, a segurança do cidadão estava condicionada a dependência de uma lei. Assim, formas de governos foram se alternando no tempo, novos direitos foram surgindo e sempre tendo como destinatários o homem, simplesmente pela sua condição de ser, de pessoa, portador de dignidade.

A dignidade humana nunca foi tão valorizada como nos últimos tempos. Entretanto, o seu marco, ou seja, a sua essência remonta aos tempos antigos caracterizando uma base filosófica inserida na própria natureza. Por outro lado, serve como referencial de fundamentalidade dos chamados Direitos Humanos. Direitos esses que em determinado momento foram violados, execrados, vilipendiados pelas atrocidades do próprio componente desses direitos, o homem. Todas essas atrocidades representam para o homem uma nova oportunidade de inverter essa vala profunda. Uma reconstrução.

A reconstrução dos Direitos Humanos só depende do próprio homem. É esse o caminho trilhado, principalmente nos dois últimos séculos, mas que em algum

⁴⁷⁷ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 35.

momento houve retrocessos, sendo que a última barbárie humana completou 60 anos há poucos dias. Que reconstrução seria essa, já que a base é o respeito aos Direitos Humanos, tornando assim o seu cerne mais elementar. São essas consequências que dão mostra das incertezas que acompanham o homem neste limiar de século XXI.

Nesse contexto, os Direitos Humanos têm servido de núcleo estruturante do Estado Democrático de Direito Brasileiro. A Constituição Federal de 1988, inovadora, trouxe grandes mudanças, corroborando com a expectativa da sociedade. Principalmente aquelas direcionadas aos fundamentos dos Direitos Humanos que são os direitos fundamentais de que todo homem é portador. Um dos objetivos fundamentais é a observância da Dignidade da pessoa Humana, que serve de corolário aos demais direitos fundamentais. A dignidade é o bem supremo do homem.

Assim, não se discute e nem se duvida de que o texto pátrio legitimou essa tendência inovadora, ao demonstrar uma nítida preocupação com a manutenção da vida e a proteção com o seu bem maior, o seu cidadão. Esse merecedor da mais ampla estrutura de proteção, ou como afirmado por Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto *justificá-los*, mas o de *‘protegê-los’*”.⁴⁷⁸ Essa parece a grande preocupação com o efetivo exercício da cidadania no momento atual. Não há caminho mais prático para a cidadania senão a concretização dos Direitos Humanos.

Desde logo, os Direitos Humanos representam, a partir de seus fundamentos, uma justificativa intersubjetiva, panorâmica e universal. Essas justificativas movidas pela solidariedade humana irão representar que somente com a força coletiva de todos é possível reivindicar as mudanças necessárias. Além da positivação em Constituições internas, os Direitos Humanos nos últimos 60 anos, têm demonstrado que é possível uma formação de caráter Internacional com aceite quase universal. A Organização das Nações Unidas tem se esforçado para essa consecução.

Logo, pode se afirmar que essa reconstrução ao longo dos tempos tem fornecido resultados satisfatórios. Na mesma dimensão, a Democracia legitima esse trabalho baseado no supedâneo da dignidade humana. Assim, os Textos Constitucionais têm mostrado um alargamento ao constar de forma expressa os

⁴⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23.

direitos fundamentais do qual somente o homem é portador por natureza. Nesse contexto, pode-se afirmar que o homem estará sempre em sintonia na manutenção de seus direitos, porque eles conduzem a sua dignidade.

É essa reflexão que se busca diante dos Direitos Humanos como sustentáculo da Democracia Brasileira. O momento marcante foi o advento da Constituição de 1988. Iniciou-se ali o caminho de mudanças e inovações que o Estado de Direito necessitava para conduzir com eficiência seus comandos. É cediço que a última metade do século XX representou um feixe de valores fundamentais, capturados pelos Estados-Partes como sendo os valores que querem para seus cidadãos. São muitos valores que o homem é único destinatário, contudo, no caso específico aqui, somente recairá reflexões sobre o direito fundamental à segurança.

A visualização que se deve ter do Estado Democrático de Direito Brasileiro é a sua nova perspectiva constitucional. Primeiro, compreender que o constitucionalismo moderno está agasalhado quando da busca por uma constituição escrita, tendo assim como itinerário os séculos XVI a XVIII. Neste período, as normas escritas continham mais segurança do que as normas consuetudinárias. Percebe-se então, que o homem primava por regras seguras. Segundo, que o constitucionalismo apresenta um aspecto genuíno que é a limitação do seu poder, através das normas do Direito, que também representa uma preocupação inerente na garantia dos Direitos Humanos.⁴⁷⁹

Portanto, esta perspectiva que o Estado Democrático de Direito representa hoje, demonstra através da Constituição uma verdadeira preocupação com as garantias dos Direitos Humanos, ou seja, Direitos dos Humanos. Uma sociedade democrática precisa, inexoravelmente, estar amparada por um projeto de vida que garanta aos seus cidadãos a proteção e a segurança respaldada na Carta Política deste Estado. Essa tendência é que deve ser interpretada a partir da valoração dos Direitos Humanos como fundamento ético.

Esse amparo constitucional representa o assentamento dos direitos fundamentais como balizadores de uma sociedade pluralista. Assim, é neste viés

⁴⁷⁹ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolsan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.

que o direito fundamental à segurança tem sido colocado para reflexão. Ele remonta a Hobbes como condição de manutenção do homem que vivia no Estado de Natureza, depois, seguiu seu curso acompanhando o homem diante de sua evolução. Atualmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e, seguidamente, nos Tratados Internacionais que fundamentaram o último quarto do século XX é sempre lembrado como imprescindível para todo Estado de Direito.

Assim sendo, a sociedade ainda está aberta para o futuro. Porém, para que esse futuro possa trilhar por caminhos seguros é necessário lembrar o passado, modificar o presente e repensar o amanhã a partir dos Direitos Humanos. De outro lado, foi nesse caminho tortuoso, no entanto, sempre presente, que o direito à segurança manteve-se fiel no tempo. Do Estado de Natureza ao Contrato Social, e deste até o Estado Civil. Pode se afirmar que esta foi a primeira etapa percorrida. Entretanto, a partir do Estado Moderno e suas nuances sempre ocorreram preocupações com a proteção humana.

A segunda parte que está sendo percorrida é o Estado Constitucional que apresentou dimensões dos Direitos Humanos, marcaram, solidificaram e conduziram o homem ora para o abismo, ora para a glória. Com já dito, caminhos tortuosos apareceram como forma de desmontar todo um arquétipo de valores. Assim, sempre se trabalhou na reconstrução desses direitos, e atualmente, se apresentam como uma nova roupagem, pois estão consolidados, muito embora, em algum lugar eles não sejam respeitados.

Certamente, a Constituição brasileira de 1988 representa um feixe de valores que precisam estar em consonância com a sociedade. Assim, são esses direitos fundamentais que resplandecem como luzes de orientação no cenário nacional, no qual o seu cidadão é o núcleo existencial dessas garantias. Desta forma, é possível dizer que o direito fundamental à segurança está inserido como uma garantia qualificada, portando, são aquelas que se apresentam no núcleo de existência de uma Constituição.

De outro lado, é necessário afirmar que esse direito fundamental à segurança é aquele que garante uma liberdade de atuação do próprio indivíduo como meio de defesa, ou seja, não admite interferências estatais. Portanto, encontra-se fundamentado na primeira dimensão dos direitos fundamentais, logo, não é o caso de políticas públicas sociais, mas sim, um autêntico direito de prestação normativa e visa garantir a segurança do homem na sua individualidade.

Consequentemente, o Texto Constitucional perfila essa mesma lição ao proteger alguns direitos fundamentais como balizadores de uma Democracia compromissada com a Justiça e os valores da dignidade humana. Portanto, o direito à segurança é um genuíno direito fundamental de vertente normativa, o qual deve ser garantido pelo Estado de maneira positiva. Logo, é nessa premissa que se compreende o direito fundamental à segurança, formando assim, o corolário do direito à proteção que ensina Alexy.

Logo, é esse viés de conjugação que precisa ser entendido ou diagnosticado a partir de então. Não há dúvidas que para esse diagnóstico e compreensão de como funciona o direito fundamental à segurança como norma sublime do texto Constitucional, é preciso tratá-lo também como fio condutor do direito à proteção, sedimentado na dignidade humana. Por outro lado, interligá-lo a questão do “bem comum”, que deve ser uma busca constante do homem e, consequentemente, com o papel da hermenêutica filosófica e a linguagem como condição de possibilidade da própria compreensão.

O homem é um ser pensante, logo ele deve descobrir sua subjetividade que é a capacidade de diálogo que o fará compreender novos rumos, principalmente aqueles fornecidos pelos direitos fundamentais, que são, na verdade, o núcleo existencial de uma Constituição, porém, tendo como receptor o próprio homem. O direito fundamental à segurança está lançado para compreensão do mundo, do qual precisa ser compreendido, interpretado e aplicado como condição de proteção do próprio ser.

O direito à proteção que se sustenta como corolário do direito à segurança, pode se afirmar que ele não surge metafisicamente no ambiente da sociedade, mas que aqui se projeta e recebe uma atribuição de sentido. Da mesma forma, o direito fundamental à segurança também não surge metafisicamente, mas que está inserido nessa mesma sociedade que carece de sentido, de interpretação. Dessa maneira, Engelmann ensina que somente a hermenêutica filosófica como ferramenta jurídica fundamental pode dar essa definição dos modos de sua concretização⁴⁸⁰ Logo, são os desafios do mundo moderno, muitas vezes representado pelas incertezas do direito que devem levar o homem a uma reconstrução de sentidos.

⁴⁸⁰ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolsan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p. 258.

Não obstante, a Constituição é o ponto de partida como já frisado. Os direitos fundamentais estão esculpados na norma fundamental, mas que, diante das demandas, das vicissitudes tem que levar o homem a uma nova compreensão de sentido. Contudo, o direito à proteção que ora se vincula ao direito fundamental à segurança, absolutamente inserido na convivência humana, não basta apenas aceitá-lo e sim interpretá-lo. Esse é o fundamento da linguagem, dar sentido, interferir, ser a referência no diálogo, pois somente assim, se poderão observar novas perspectivas para o direito fundamental à segurança.

Neste mesmo pensamento, somente a linguagem poderá desencadear a busca do “bem comum” a partir da hermenêutica filosófica, que deve ser entendida como as garantias constitucionais que vinculam o Estado como único idealizados e protetor do cidadão. Logo, é esta estrutura fornecida e a compreensão do homem, agindo ao mesmo tempo, que se conduzirá àquilo que Finnis preconiza como princípio da subsidiariedade ou assistência. É esse resultado que será obtido com o papel da hermenêutica filosófica, onde ela deve servir de fio condutor na construção do direito fundamental à segurança como um direito de prestação subsidiariamente edificado com o Estado.

Para tanto, são os Direitos Humanos que no limiar do século XXI ainda dispensam uma preocupação, pois são eles que merecem uma atenção especial por parte do interprete no seu diálogo de compreender o novo. Parece que este é o sentido delineado na busca de opções para a concretização de uma autêntica Democracia. Por outro lado, há que se compreender que existe um compromisso para a consecução do “bem comum”, fato que somente a solidariedade humana - a partir da abertura da linguagem – possa apropriar-se dos verdadeiros Direitos Humanos, afinal, são os autênticos destinatários.

Assim, não há espaço para o medo. O que se apresenta hoje são as incertezas quanto ao futuro do direito. O vencer ou sucumbir às incertezas só depende do próprio homem. Portanto, essas incertezas não podem permanecer fechadas, sem um desvelamento, é preciso formar uma clareira onde ali se encontre sedimentado o direito fundamental à segurança como genuíno representante do direito à proteção do homem. Contudo, essa abertura dos novos caminhos somente será possível com a hermenêutica filosófica e sua intrínseca relação com a linguagem, pois esta representa para a atualidade uma condição de possibilidade de visão do mundo.

Nesse sentido, esta nova visão do mundo, compreende a concretude de valores fundamentais do homem, ora arrolados como postulados nesta pesquisa. Postulados esses que representam um núcleo essencial que, necessariamente, deve estar amparado pelo direito à proteção. Assim, à vida, à igualdade, à liberdade precisam representar o desejo da busca de um mundo melhor edificado pela solidariedade humana. Noutro desejo, a subsidiariedade do Estado e dos seus cidadãos como salientou Finnis representa a concretização do bem comum, nesse caso específico, um direito fundamental à segurança com corolário do direito à proteção que todo homem deve ser portador.

Finalmente, para refletir, é preciso sinalizar para as condições do novo. Discorrer sobre o Direito em momentos de incertezas é preciso, acima de tudo, inovar para construir o bem comum. Não haverá reconstrução sem sacrifícios. Assim sendo, é essa estrutura que está ancorada no direito fundamental à segurança, que se deve promover a “luta” pela proteção humana. Portanto, é preciso levar os direitos subjetivos previstos na Constituição a sério, sob pena de não se ter um efetivo Estado Democrático de Direito fundamentado na Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, 1999.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BACILA, Carlos Roberto. **Polícia x direitos humanos: diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade**. Curitiba: JM, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BAUMAN, Zigmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do Estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria geral do estado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Instituto brasileiro de direito público – IDP; Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). **Vade mecum**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Paulo Sette. **Reflexões sobre segurança pública**. Belém: Universidade da Amazônia; Imprensa Oficial do Estado do Pará, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. Entre discursos e culturas jurídicas. **Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra - Studia Iuridica**, Coimbra, n. 89, 2006.

CANTERJI, Rafael Braud. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Paulo Sergio da. **Polícia e democracia**: desafios à educação em direitos humanos. Recife: Bagaço, 2002.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Constituição, crise e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. (Coleção Díke).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELMANN, Wilson. **A crise constitucional**: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **O horizonte histórico da declaração universal dos direitos humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2011.

ENGELMANN, Wilson. A (re) leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Porto Alegre, n. 7, 2010.

_____. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Porto Alegre, n. 5, 2008.

_____. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

_____. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. FLORES, André Stringhi; WEYERMULLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. (Coleção Dike).

FUSTEL, de Coulanges, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARAES, Luiz Antonio Brenner. **Os organismos policiais e as políticas públicas**. [S.l.: s.n.], 1999.

HENRIQUES, Isabela. **O vazio da cidadania de consumo**. In: FERRARI, Ana Claudia (Coord.); BARROS FILHO, Clóvis de (Org.). **Direito & cidadania**. São Paulo: Duetto Editorial, 2011. (Coleção Ética: pensar a vida e viver o pensamento; 4).

HOBBS, Thomas. **De cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Tradução de Ingeborg Soler. Introdução de Denis L. Rosenfield. Posfácio de Milton Meira do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Do cidadão**. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Os elementos da lei natural e política**. Introdução de J. C. A. Gaskin. Tradução de Bruno Simões. Revisão da Tradução de Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**: Texto Integral. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret. 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo. Companhia das Letras. 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LINARD FILHO, José Hugo de Alencar. **Segurança pública e sua nota de fundamentalidade no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado) -- Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J. W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do Trabalho na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Direitos humanos, cidadania e educação**: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2074/direitos-humanos-cidadania-e-educacao>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Stoicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia representativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 195-199.

MORAES, José Luis Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

_____. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEDER, Gizlene. **Violência & cidadania**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2008.

OST, François. **O tempo do direito**. São Paulo: Instituto Piaget, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. Florianópolis: do Autor / LADESC, 1984.

PEREZ-LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINHO, Rodrigo César Rebelo. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 7. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - (Neo) Constitucionalismo**: ontem, os códigos, hoje, as constituições. Porto Alegre, p. 79-100, 2004.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. São Paulo: Brasiliense, 1984.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. SILVA. Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 6, p. 548-9, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id>. Acesso em: 25 nov. 2011.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. (Coleção Filosofia, 40).

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijui, 2005.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento**: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 Anos de Constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O antigo regime e a revolução**. 3. ed. com apresentação de Zevedei Barbu (UNB). Introdução de J. P. Mayer. Tradução de Yvone Jean. São Paulo: Hucitec, 1989.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

_____; **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. v. 2.

VILLANOVA, Marcelo Gross. **Lei natural e lei civil na filosofia política de Thomas Hobbes**. Goiânia: Edunisc, 2007.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.