XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Irineu Francisco Barreto Junior; Sébastien Kiwonghi Bizawu. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-730-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na cidade de Porto Alegre - Rio Grande do Sul, nos dias 14 a 16 de novembro, elegeu como tema "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", e propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho 53 foi coordenado por Prof. Dr Sébastien Kiwonghi Bizawu, Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior.

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Os mandamentos consagrados na Constituição Federal de 1988 e insculpidos nos pactos e acordos internacionais, dos quais o país é signatário, norteiam a abordagem temática dos artigos defendidos no congresso. As pesquisa perpassam temáticas clássicas que abordam desde o direito à morte digna, questões alusivas à cidadania e direitos políticos, politicas públicas focalizadas em idosos, crianças e adolescentes; acesso judicial à medicamentos, exames e tratamentos em saúde, assim como enfoques emergentes que miram a interface entre o fenômeno jurídico e as novas tecnologias de comunicação e informação.

Teóricos modernos e contemporâneos oferecerem o embasamento hermenêutico dos estudos apresentados, dentre os quais destacam-se Hanna Arendt, Robert Alexy e François Ost, entre outros de igual relevo e alcance analítico.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolve o Neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos. Essa mirada, simultaneamente, expande o escopo dos direitos fundamentais e provoca uma série de desafios à sociedade brasileira, especialmente de que forma oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e esgarçamento político e social.

Os coordenadores convidam os juristas a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite. Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho.

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu. Escola Superior Dom Helder Câmara.

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE FRANÇÓIS OST

STATEMENT DOS HUMAN RIGHTS IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONS: AN ANALYSIS STARTING FROM FRANÇÓIS OST

Joana Silvia Mattia Debastiani [1]
Tatiana Mezzomo Casteli [2]

Resumo

O artigo examina o fenômeno da constitucionalização dos direitos humanos no Brasil desde a Constituição de 1824 até a Constituição Cidadã. Para tanto, optou-se em uma análise sob o aspecto da evolução histórica dos direitos fundamentais. O problema da pesquisa é saber se o tempo social pode ser utilizado como novo paradigma do direito quando se trata de Direitos Humanos. A possível hipótese é que sendo o tempo do direito é condição para absorção da realidade e projeção de Direitos Humanos na contemporaneidade. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo e o procedimento é o de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Constituições, Direitos humanos, Direitos fundamentais, Tempo do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The article examines the phenomenon of the constitutionalization of human rights in Brazil from the Constitution of 1824 until the Citizen Constitution. To do so, we opted for an analysis under the aspect of the historical evolution of fundamental rights. The problem is whether social time can be used a new paradigm of law when it comes to Human Rights. The hypothesis is that being the time of the right is a condition for absorption of reality and projection of Human Rights in the contemporary world. The method of approach is hypothetico-deductive and the procedure is that of bibliographic research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutions, Human rights, Fundamental rights, Time of the right

---

[1] Mestranda PPG Direito-UPF. Bolsista CAPES. Integrante do grupo de pesquisas dimensões de poder, gênero e diversidade: a necessidade de políticas públicas não conflitivas para o desenvolvimento como liberdade.

[2] Mestranda PPG Direito-UPF. Especialista em Direito Público e Tributário/Empresarial-IMED. Professora da Faculdade de Direito-UPF. Assessora Jurídica do Município de São Domingos do Sul. Advogada

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a evolução dos direitos humanos e sua previsão nas Constituições Brasileiras, enquanto direitos fundamentais, observando o contexto histórico existente na época da promulgação ou outorga de cada uma delas e como a sucessão de regimes - autoritários ou democráticos - influenciou na garantia desses direitos. Não obstante a outros países, no Brasil a afirmação dos Direitos Humanos nas Constituições se deu de forma gradativa, recepcionando as várias dimensões de direitos humanos.

Essa evolução dos direitos fundamentais nas Constituições é o objeto deste trabalho, e, para isso, serão tratadas separadamente as diversas Constituições brasileiras, analisando os aspectos que têm relação com os direitos fundamentais, em cada período político-constitucional em que as Constituições estavam em vigor. Optou-se por tratar da Constituição de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

Por fim, busca-se analisar a afirmação dos Direitos Humanos em uma nova perspectiva acerca do tempo social utilizado como novo paradigma para o direito em quatro tempos: memória, perdão, promessa e requestionamento. Para tanto utilizar-se-á a obra O tempo do Direito de François Ost.

1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Na segunda metade do século XVIII, a expressão direito do homem passou a substituir a expressão clássica direitos naturais. O termo direitos fundamentais surgiu, no mesmo século, no centro do movimento político francês que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Ambas as expressões, direitos do homem e direitos fundamentais, revelam aspirações do constitucionalismo iluminista para constitucionalizar os direitos naturais. A partir desse marco histórico, o debate passou a situar-se apenas em relação ao emprego dos termos, embora, a princípio, pareçam sinônimos há entendimento de que direitos fundamentais são apenas os que estão positivados nas Constituições e os direitos humanos abarcariam os direitos reconhecidos nos textos internacionais e não teriam força constitucional. Os direitos fundamentais seriam, assim, aqueles reconhecidos e garantidos na Constituição de um determinado Estado. Nas palavras de Pérez Luño (1998, p. 47)

> se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho[1].

1 Trata-se sempre, portanto, de direitos espacial e temporalmente delimitados, cuja denominação responde ao

Assim, os direitos humanos são, aqueles protegidos pela ordem internacional contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos que estabelecem um nível protetivo mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional (MAZZUOLI, 2014).

A evolução histórica das Constituições Brasileira, no tocante a constitucionalização dos Direitos Humanos, representa um amadurecimento do Estado ao longo dos anos, na busca da real consolidação do Estado Democrático de Direito através da efetividade de direitos. Isto porque, os direitos fundamentais possuem uma estreita ligação com o Estado de Direito, tanto é que o tipo de Estado de Direito (liberal ou social) depende do alcance e significado que são atribuídos aos direitos fundamentais no texto constitucional; a recíproca também é verdadeira: o conteúdo dos direitos fundamentais está condicionado ao tipo do Estado de Direito que os formulam.

> Por isso, quanto mais intensa se revela a operabilidade do Estado de Direito, maior é o nível de tutela dos direitos fundamentais. De igual modo que, na medida em que se produz uma experiência dos direitos fundamentais, se reforça a implantação do Estado de Direito. Esta observação conduz ao paradoxo gritante de que, precisamente, nos países onde há maior urgência no reconhecimento dos direitos fundamentais isto não é conseguido, porque neles não existe um Estado de Direito, enquanto que onde funciona tal estrutura política, e precisamente por isso, a proteção dos direitos fundamentais, embora sempre necessária, torna-se menos urgente. (PEREZ NUÑO, 2013, p. 22-23).

Os Direitos humanos[2], por sua vez, são o fruto da sociabilidade dos seres humanos, conforme o tempo e a cultura onde estão inseridos e, enquanto "direitos históricos são mutáveis, suscetíveis de transformação e de ampliação" (BOBBIO, 2004, p. 32).

1.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Imperial de 1824 previa em seu artigo 179 e em seus 35 incisos, um sol de direitos a serem assegurados pelo Estado. Em que pese não haver previsão expressa de garantias ao direito à vida, ao Estado cabia garantir a legalidade, liberdade de expressão, de imprensa, de religião e profissional, a irretroatividade da lei, o juiz natural, a pessoalidade da

seu caráter básico ou fundacional do sistema jurídico-político do Estado de Direito. Tradução livre.

2Segundo PÉREZ-LUÑO (2002, p. 24-25) o traço básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é precisamente seu caráter universal; o de serem faculdades que deve reconhecer-se a todos os homens sem exclusão. Convém insistir neste aspecto, porque direitos, em sua acepção de status ou situações jurídicas ativas de liberdade, poder, pretensão ou imunidade existiram desde as culturas mais remotas, porém como atributo de apenas alguns membros da comunidade (...). Pois bem, resulta evidente que a partir do momento no qual podem-se postular direitos de todas as pessoas é possível falar em direitos humanos. Nas fases anteriores poder-se-ia falar de direitos de príncipes, de etnias, de estamentos, ou de grupos, mas não de direitos humanos como faculdades jurídicas de titularidade universal. O grande invento jurídico-político da modernidade reside, precisamente, em haver ampliado a titularidade das posições jurídicas ativas, ou seja, dos direitos a todos os homens, e em consequência, ter formulado o conceito de direitos humanos. Tradução livre.

pena, a inviolabilidade domiciliar, o direito a propriedade, a igualdade de todos perante a lei, a segurança individual. Ainda, abolia o açoite, a tortura e a marca de ferro quente.

Segundo Silva (2011, p. 169) "seguramente a Constituição do Império [..], continha uma das mais avançadas declarações dos direitos humanos do século XIX". Contudo, os direitos previstos permaneceram no plano ideal, esquecendo-se da ralidade ou, ainda, serviram a poucos: "à elite aristocrática que dominava o regime" (SILVA, 2011, p. 169). Ao formalizar direitos e não efetivá-los, fez do arcabouço jurídico liberal importado da Europa apenas fachada. Segundo Sarmento (2010) apesar de constitucionalizado o direito a igualdade, o Brasil manteve a escravidão e o voto censitário não permitido as mulheres, por meio do poder moderador[3], constitucionalizou-se o absolutismo (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 96).

Assim, a Constituição do Império "volta-se para o passado, trazendo as sequelas do absolutismo, se dirige para o presente, efetivando o programa de Estado liberal e pressentia o futuro em sua sensibilidade precursora para o social (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 96).

1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição de 1891 extinguiu o Poder Moderador e promoveu alterações significativas na organização do Estado, vez que inaugurou o constitucionalismo republicano no país. De uma sociedade patriarcal organizada, sob a forma de monarquia constitucional hereditária, calcada na mão-de-obra escrava, passa a uma República Federativa presidencialista, assentada no trabalho livre. Segundo Silva (2003) esse presidencialismo de características norte-americana, com disposições das Constituições da Suíça e da Argentina formou o arcabouço jurídico formal, que, por não estar vinculado com a realidade do país, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previa, não foram cumpridas.

Um elenco de direitos é consagrado no novo texto constitucional, retomando os especificados na Constituição anterior e, ainda, agregou ao rol os direitos de reunião e de associação, amplas garantias penais e o *habeas corpus.* Para Sarmento o elenco de direitos fundamentais endossa, ainda importantes bandeiras republicanas ao abolir os privilégios de nascimentos, foros de nobreza e ordens honoríferas e constitucionalizar a separação entre Estado e Igreja. Houve previsão expressa que os direitos fundamentais seriam garantidos aos

3 Segundo Nogueira (2001, p. 48) o Poder Moderador – dizia o art. 98 da Constituição – "é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da Nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos".

brasileiros e estrangeiros residentes no país (BALEEIRO, 2001).

Outro importante avanço da Constituição de 1891 constou no artigo 78 que dispunha

> A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna (BRASIL, 1891).

Com esse dispositivo a Constituição consagrou o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, propiciando o aperfeiçoamento de garantia dos direitos da pessoa humana nas ordens constitucionais subsequentes. No mesmo sentido que a anterior, deixou de prever expressamente o direito à vida, mas aboliu a pena de morte, ressalvando para as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

Em que pese ter acrescentado o direito a livre associação e reunião e a garantia constitucional do *habeas corpus*, a Constituição somente reconheceu os direitos e garantias individuais, não demonstrando qualquer sensibilidade para o contexto social, sem qualquer aproximação com os direitos de natureza prestacional (SARMENTO, 2010, p. 23).

Em um balanço geral, a Constituição de 1981 além de pouquíssima e efetividade, entre o país constitucional (liberal e democrático) e o país real (autoritário e oligárquico), manteve-se sempre em um abismo intransponível (SARMENTO, 2010, 34).

1.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 lançou as primeiras bases para um constitucionalismo social ao consagrar, em seu texto, os chamados direitos humanos de segunda dimensão. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 321). Inspirada na Constituição alemã de Weimar, de forte conotação social, introduzindo matérias referentes a ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, e uma forte legislação trabalhista e previdenciária, inaugurou o constitucionalismo social no Brasil.

Com relação aos direitos individuais, a inovação estava prevista no inciso 33 do artigo 113, o mandado de segurança contra violação de direito "certo e incontestável": Previu ainda, a ação popular, no artigo 113, inciso 38, pela qual "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou dos Municípios", limitou o direito de propriedade, ao proibir que o mesmo fosse exercido contra o interesse social ou coletivo. Além dos direitos individuais descritos nos trinta e oito incisos do artigo 113, o Texto Constitucional de 1934 aumentou o rol de direitos fundamentais ao prever os direitos econômicos e sociais, no Título IV – "Da Ordem Econômica e Social", estabeleceu no "caput" do artigo 121, que a "lei promoverá o amparo da

produção e estabelecerá as condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país", artigo que segundo BONAVIDES e ANDRADE (2002, p. 329), inaugurou "a escalada social do constitucionalismo pátrio." Nos incisos de mencionado artigo trouxe regras de Direito do Trabalho e estabeleceu, por exemplo a proibição de diferença de salário por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas; proibição de trabalho aos menores de catorze anos; descanso semanal preferencialmente aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização em casos de dispensa sem justa causa; assistência médica ao trabalhador e à gestante e reconhecimento das convenções coletivas de trabalho. Instituiu a Justiça do Trabalho, para dirimir questões entre empregados e empregadores. Estabeleceu normas de caráter programático sobre família, educação e cultura.

Como forma de consolidar a democracia, admitiu o voto feminino, instituiu a Justiça eleitoral e o voto secreto. Apesar de moderna, a Constituição de 1934 teve pouca efetividade em virtude de seu curto tempo de duração, cerca de três anos.

1.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937 foi outorgada após a dissolução do Congresso Nacional e a tomada do poder por Getúlio Vargas. Para Bonavides e Andrade (2002) foi a primeira Constituição do Brasil a ser outorgada, pois mesmo a de 1824, - outorgada por Dom Pedro I - , utilizou o texto elaborado pela Constituinte.

Para Silva (2002) a Constituição dos Estados Unidos do Brasil teve como principais preocupações: fortalecer o executivo, atribuindo-lhe uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração de leis e reduzir o papel do parlamento nacional em sua função legislativa.

Quanto aos direitos fundamentais não previu expressamente os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei, não foram contemplados a proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, tampouco mandado de segurança e ação popular previstos na Constituição anterior. Quanto ao direito à vida, o artigo 122, inciso XIII afirma que não haverá penas perpétuas, mas possibilita a declaração de pena de morte como sanção a crimes previstos, a exemplo de crimes políticos e homicídio quando cometidos por motivo fútil ou com extrema perversidade. Ainda, previu a censura prévia da imprensa e de outros meios de comunicação. Assim, apesar da previsão de alguns direitos fundamentais, tanto individuais, como sociais, como a manutenção dos direitos trabalhistas e do habeas corpus, por exemplo, estes não foram efetivados, ante a ausência total democracia. (COSTA PORTO, 2001).

O artigo 123 da Constituição previu que "a especificação dos direitos e garantias acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição" (BRASIL, 1937), porém, de acordo com Ramos (2014) a parte final do artigo deixava clarividente a prevalência absoluta da razão do Estado em detrimento dos direitos humanos, "ao determinar que o uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades de defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição". (RAMOS, 2014, 361).

Assim, a Constituição de 1937 não teve, porém, aplicação regular, muitos de seus dispositivos permaneceram como letra morta. Para Silva (2002) houve "ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por meio de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo" (SILVA, 2002, p. 83).

1.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 restabeleceu o regime democrático, republicano e o pacto federativo. O término da 2.ª Guerra Mundial e a vitória dos aliados enfraqueceram o regime totalitário de Getúlio Vargas e fizeram nascer a necessidade de redemocratizar o país, implementando medidas que assegurassem os direitos fundamentais.

A nova ordem constitucional retomou o rol dos direitos individuais previstos na Constituição de 1934, garantindo, pela primeira vez a "inviolabilidade dos direitos concernentes à vida" (BRASIL, 1946). Acresceu, ainda o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, reconheceu os partidos políticos, vedou aqueles com programas não democráticos. As penas de banimento e prisão perpétua foram abolidas. Foram restabelecidos o mandado de segurança, o habeas corpus, a ação popular, a liberdade de pensamento, independentemente de censura. (BALEEIRO; SOBRINHO, 2001).

No tocante aos direitos sociais, procurou equilibrar, na ordem econômica, o princípio da livre iniciativa com o princípio da justiça social. Assegurou trabalho que possibilite existência digna e reconheceu-o como obrigação social. Manteve direitos dos trabalhadores previstos nas Constituições anteriores, acrescentou outros tantos e inseriu a Justiça do Trabalho na esfera do Poder Judiciário.

Necessário, porém, esclarecer que a Constituição de 1946 não foi elaborada tendo por base um projeto oferecido à discussão em Assembleia Constituinte. Para a sua formação, foi tomado por base as Constituições de 1891 e 1934. Segundo Silva (2002, p. 85) "[V]oltou-se,

assim, às fontes formai do passado, que nem sempre estiveram conforma a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal". Provavelmente, por conta desse resgate do passado inviabilizou a realização plena da ordem constitucional.

Ainda em vigor, a Constituição de 1946 foi modificada por mais três Atos Institucionais, sendo que o último deles determinava a elaboração de uma nova Constituição.

1.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967

No período entre 1964 e 1967, os direitos humanos fundamentais apesar de previstos, já se mostravam enfraquecidos, pois:

> o Ato Institucional n.º 1 suspendeu as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade e estabilidade dos juízes; e permitiu a cassação dos mandatos legislativos e a suspensão dos direitos políticos. O Ato Institucional n.º 2 extinguiu os partidos políticos e deu poderes ao Presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional. O Ato n.º 4 convocou o Congresso Nacional para discutir e votar um novo texto Constitucional. (BREGA FILHO, 2002, p. 38).

É promulgada a Constituição de 1967 com forte preocupação com a segurança nacional. Apesar de prever direitos e garantias individuais e direitos sociais dos trabalhadores houve uma redução na autonomia individual, suprimindo a liberdade de publicação e tornando restrito o direito de reunião. Apesar determinar o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, na prática, ante o autoritarismo da época, tal norma não mais uma para não ser respeitada.

Também houve retrocesso quanto aos direitos sociais, com a permissão do trabalho a partir dos 12 anos, restrição ao direito de greve, e previu a proibição de diferença de salários apenas por motivos de sexo, cor e estado civil, deixando de mencionar motivos de idade e de nacionalidade.

No ano de 1968, é editado o Ato Institucional n.º 5, visando calar as vozes da oposição e dos movimentos estudantis, de trabalhadores e de parte do clero da Igreja, que se posicionavam contra o regime militar (BASTOS, 2000, p. 135). Ele autorizava a suspensão de direitos políticos, a cassação de mandatos parlamentares, a suspensão do habeas corpus para crimes políticos contra a segurança nacional, a suspensão das garantias da magistratura e dos funcionários públicos e subtraía do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ato praticado com fundamento nele. Com tantas outras restrições, os direitos humanos fundamentais foram suprimidos até o final do período da ditadura militar.

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começa assim que se instalou o golpe de 64, especialmente após o AI 5 que foi, segundo Silva "o instrumento mais autoritário da história política do Brasil". (2002, p. 88). Era preciso um novo ciclo constitucional para reequilibrar a vida nacional, com um novo pacto político-nacional.

1.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a posse do Presidente civil e a instalação de um regime democrático, impôs-se elaboração de uma nova Constituição, agora democrática que contou com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

O constituinte de 1988 quis criar uma Constituição democrática chamada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, de "Constituição Cidadã" (SILVA, 2002, p. 90). Desse modo, desde o preâmbulo, deixa evidente a sua legitimidade democrática, ao mencionar que foi elaborada e promulgada por representantes do povo. Já no artigo primeiro, afirma que o Estado brasileiro é um Estado democrático de direito. Desse modo, é a primeira vez que a Constituição se refere expressamente a um tipo determinado de Estado.

E, seguindo tendência mundial e reiniciando no país a volta da democracia, a Constituição de 1988 contemplou não só os direitos individuais (de primeira dimensão), mas também os direitos sociais (de segunda dimensão) bem como os direitos de solidariedade (de terceira dimensão), inspirada nas Constituições democráticas da Europa.

Ainda, para demonstrar a importância dos direitos humanos fundamentais, a Constituição instituiu como um dos fundamentos da República, a dignidade de pessoa humana. Os direitos e garantias fundamentais estão previstos no Título II e estão divididos nos seguintes Capítulos: dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (proteção à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade), dos Direitos Sociais, da Nacionalidade, dos Direitos Políticos e dos Partidos Políticos, das Constituições existentes, foi a que apresentou rol mais extenso de direitos fundamentais.

Seguindo tendência mundial, o § 2º do artigo 5º da CF (BRASIL, 1988) seguiu a direção do constitucionalismo contemporâneo, e entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. Segundo Mazzuoli (2014, p. 132) é dizer,

> se os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem" outros

> provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição "os inclui" no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu "bloco de constitucionalidade". Grifo do autor.

Inúmeros doutrinadores defenderam o nível supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, pois consideravam toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* (direito cogente e inderrogável) internacional. Em sede jurisprudencial, entretanto, a matéria nunca foi pacífica. Assim, a fim de acabar com as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2.º do art. 5.º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional n.º 45, com a seguinte redação

> § 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Para Piovesan (2012) o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Para ela

> Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, §§ 1º e 2º — apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. No que se refere à incorporação automática, diversamente dos tratados tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. (PIOVESAN, 2012, p. 50).

A evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras permite constatar a progressão de direitos no Brasil. A Constituição de 1988 é aquela que, sem precedentes, centraliza os direitos fundamentais e representa a consolidação de todos os direitos conquistados. A posição privilegiada dos direitos fundamentais decorre tanto em função da extensa positivação dos direitos como também pela proteção, aplicação e eficácia desses direitos. Contudo, a validade, seu fundamento e a vigência não têm sido suficiente para tornar os direitos fundamentais efetivos, o problema deixa de ser a justificação e passa a ser a proteção desses direitos (BOBBIO, 2004).

2 O TEMPO DO DIREITO SEGUNDO OST

Qual a relação entre o tempo e os direitos humanos? "Que relação existe entre a Temperança que é a sabedoria do tempo, e a Justiça, que é a sabedoria do direito?[4]" (OST, p. 12). O homem pode valorizar o passado no presente, manipular o tempo de forma do passado ou do futuro. Com o homem surge

> a possibilidade de uma repetição reflexiva do passado e de uma construção antecipativa do futuro – a capacidade de reinterpretar o passado [...] e a faculdade de orientar o futuro [...] é nessa propriedade humana seguramente notável de reflexão de tempo que se indica a possibilidade de uma construção neguentrópica do tempo social. (OST, 1999, 30-31).

A valorização do passado no presente é fundamental para a construção de uma sociedade global e multicultural em condições de respeitar cada pessoa com as suas características, respeitar a igualdade nas diferenças (SANTOS; LUCAS, 2015). Com isso, será viável projetar um futuro no presente com capacidade para a prática da proteção efetiva dos Direitos Humanos.

O tempo está reservado à memória, responsável por ligar o passado, a fim de descobrir as suas contribuições para a realização da tarefa de compreensão dos fatos do presente. O passado é construído a partir do presente, revelando-se o seu aspecto criativo e ativo. O presente mostra-se como um local privilegiado para captar a riqueza da pré-compreensão, formada com a interferência dos eventos ocorridos no passado, ou seja, a compreensão se dará a partir do contexto histórico onde se está inserido. Esse material é organizado a partir da ligação estabelecida com o passado, nele buscam-se ingredientes necessários para a efetivação dos Direitos Humanos. Nesse processo, a tradição surge como um elemento de singular importância, pode ser considerada como o "elo lançado entre as épocas, essa continuidade viva da transmissão de crenças e de práticas" (OST, 1999, p. 63-64), é, portanto, a nominação do ato de valorar as contribuições oriundas do passado.

Segundo Ost, o Direito é tradição por excelência, na medida em que "constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos e de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado" (1999, p. 64). O caráter histórico do Direito, e dos Direitos Humanos, é oriundo da

---

4(...)o direito afecta directamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito. Em termos ainda mais precisos: o direito temporaliza ao passo que o tempo institui. Trata-se, pois, de uma dialéctica profunda e não de relações que se entretecem entre o direito e o tempo. O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico no seio do qual a sua acção se desenrolaria; da mesma forma, o direito não se limita a impor ao calendário alguns atrasos normativos deixando o tempo desenrolar-se normalmente para tudo o resto. (OST, p. 14).

junção de todo um conjunto de decisões, envolvendo situações humanas que devem servir para alimentar a pré-compreensão, visando explicitar o desenho de soluções que efetivamente tenham como foco principal o humano. Assim, o ato de ligar o passado encontra-se circunscrito a essa particularidade: a memória da tradição exerce uma autoridade sobre o presente, na medida em que vem ao encontro, como um modo de compreender a realidade atual.

Para Ost (1999) o perdão é o meio para desligar o passado. Esse espaço destina-se a construir releituras da tradição, promover a interação entre as diversas tradições produzidas no contexto social, visando ao enriquecimento recíproca e a abertura da temática dos Direitos Humanos às inovações e aos novos desafios próprios de cada época.

O terceiro momento está preocupado com a promessa, chamada a ligar o futuro. O homem, como não domina o futuro, projeta promessas e pontes para frente, para o desconhecido, abrindo-se novos desafios.

> Da memória à promessa, o caminho, no entanto, não é directo: não só passa, como vimos, pelo bom esquecimento, o esquecimento-apaziguamento e o esquecimento-selecção que faz a triagem do necessário na soma do passado, como ainda requer que se faça o desvio do perdão que, não se limitando a conservar-seleccionar o passado, o transforma inscrevendo-o na perspectiva de um outro futuro. (OST, p. 172).

Os Direitos Humanos, ao trabalharem com a finitude da existência humana, procuram conjugar e encontrar o ponto de equilíbrio entre "a emancipação dos homens com o estabelecimento da lei". (OST, 1999, p. 203). A garantia da liberdade para a existência humana digna é o grande compromisso de trabalho com o tema dos Direitos Humanos. Quando Ost fala, ao longo da obra em "lei" aponta para o desenvolvimento de regras de conduta, internacionalmente aceitas e nacionalmente vinculantes, que protejam os humanos, garantindo-lhes o atendimento de suas necessidades. Aí a chave da sobrevivência dos direitos já conquistados a título de Direitos Humanos: revisar, criar e adaptar são palavras indispensáveis ao equacionamento do tempo e dos Direitos Humanos. Esses direitos devem ser considerados elementares para a caracterização de qualquer agrupamento social. Assim, "a promessa compromete o futuro se, e apenas se, conseguir apoiar-se numa forma prévia de confiança que ao mesmo tempo regenera e reforça" (OST, 1999, p. 219).

Desenha-se assim um desafio para a proteção dos Direitos Humanos: "pensar as vias de abertura do futuro em formas duráveis; romper com o passado, apoiando-se ao mesmo tempo nele, libertar as forças instituintes nas próprias formas do instituído" (OST, 1999, p.

227). Quando se apresenta o futuro, não se propõe o amanhã, mas o hoje preocupado com a continuidade do humano, com isso, abre-se espaço para o viver a atualidade.

É necessário, em Direitos Humanos, a instituição de uma memória social reflexiva ao passado e com aplicação no presente, para posteriormente intentar o perdão e por consequência o esquecimento. Desse processo o poder público de posse da memória social elabora promessas para o futuro em que se compromete a evitar as situações passadas desastrosas. Nesse contexto, a observância do princípio da proibição de um retrocesso visa à almejada evolução da sociedade, é um limite às limitações ou restrições legislativas a direito fundamental, impedindo que um direito fundamental já regulamentado sofra alterações que reduzam o significado que lhe foi atribuído pela norma anterior ordinária ou constitucional. (AWAD, 2010).

Que os humanos têm "direitos" por serem humanos, ninguém duvida. A tradição, formada pelo enlaçamento dos diversos estágios do tempo com a mediação da linguagem, testemunha nesse sentido. O grande problema é a efetivação dos Direitos Humanos, com uma visão contemporânea e crítica acerca da universalidade[5] dos Direitos Humanos, que não busque a uniformização das pessoas, pois um dos grandes desafios é garantir direitos humanos com respeito às diferenças, além da busca de respostas adequadas aos impasses gestados no bojo de uma sociedade plural, multifacetada e dinâmica como a atual, cujo enfrentamento passa pela reflexão dos papéis atribuídos ao Estado (PÉREZ-NUÑO, 2012).

Também em Direitos Humanos a memória liga o passado, assegurando-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão desliga o passado, lhe dando um novo sentido, cheio de possibilidades de futuro. A promessa liga o futuro através de compromissos normativos, do qual a Constituição é exemplo de promessa que uma nação faz a si mesma. Por fim, o requestionamento desliga o futuro com o objetivo de promover revisões que se impõe para que, na hora da mudança, as promessas feitas sobrevivam. (OST, 2009).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma relação direita entre regime político e direitos fundamentais. Durante períodos de regimes ditatoriais no Brasil, apesar dos direitos encontrarem revisões constitucionais, dispositivos da própria Constituição e a prática acabavam por negar esses

5A universalidade se construi a partir de uma noção predefinida de ser humano, "lo humano en los derechos Humanos se reduze a un modo de entender el poder y la convivencia, en donde el protagonista es el homo oeconomicus, es decir, el hombre económico del mercado, racional pero dentro de las opciones y las possibilidades ofrecidas por el Estado y por las condiciones materialies del mercado global. (RUBIO, 2015, p. 790).

direitos. Por outro lado, durante períodos de relativa democracia existiam previsões de direitos, e o Estado ofereceu condições para uma prática que respeitasse os direitos fundamentais e o exercício dos mesmos. Sua ligação com o Estado de Direito é estreita, tanto é que o tipo de Estado de Direito (liberal ou social) determina o alcance e o significado que são atribuídos aos direitos fundamentais no texto constitucional; a recíproca também é verdadeira: o conteúdo dos direitos fundamentais está condicionado ao tipo do Estado de Direito que os formulam.

Assim, análise da evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras permite constatar a progressão dos direitos no Brasil, em todos os níveis. A Constituição de 1988 é aquela que, sem precedentes, coloca os direitos fundamentais no seu centro e representa a consolidação de todos os direitos conquistados. A posição privilegiada dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 decorre tanto em função da extensa positivação dos direitos como também pela proteção, aplicação e eficácia desses direitos. Isso porque, quis afastar-se do regime ditatorial anterior e de todas as atrocidades cometidas em seu nome.

É o tempo quem liga o passado, o presente, o futuro e o requestionamento. Os Direitos Humanos, ao trabalharem com a finitude da existência humana, procuram conjugar e encontrar o ponto de equilíbrio entre a emancipação dos homens com o estabelecimento da lei. Por conta disso, em Direitos Humanos, faz-se necessário a instituição de uma memória social reflexiva ao passado e com aplicação no presente, para posteriormente intentar o perdão e por consequência o esquecimento, sempre com o intuito de evitar retrocessos e que fatos desastrosos, que afastaram direitos e garantias, ocorridos no passado, voltem a se repetir.

REFERÊNCIAS

AWAD, Fahd Medeiros. Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v 24, n. 1, 2010. Disponível em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2146>. Acesso 30 ago 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras**: 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras:** 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Alternar; CAVALCANTI, Thernístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de. **Constituições Brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 21 ed, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.

BREGA FILHO. Vladimir. **A federalização das violações de direitos humanos**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p67.pdf>. Acesso: 20 ago 2018.

COSTA PORTO, Walter. **Constituições Brasileiras**: 1937. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Instituto Piagget. 1999.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. **Los derechos fundamentales.** 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

_____. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Tradução: José Luiz Bolzan de Morais, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RUBIO, David Sanchez. **Derechos humanos, no colonialidad, y outras luchas por la dignidad**: una mirada parcial y situada. In Revista de investigaciones juridicas. Año 39, número 39, México, 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e Direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional São Paulo: Malheiro, 2011.

_____ **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiro, 2002.