XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: João Paulo Allain Teixeira, Riva Sobrado De Freitas, Sérgio Antônio Ferreira Victor – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-179-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Em uma sociedade plural e complexa, a investigação sobre os limites e possibilidades de realização da democracia é desafio permanente. No espaço do XXV CONPEDI, o grupo de trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais I" congrega esforços no sentido do estabelecimento de pautas jurídico-politicas e sociais com o objetivo de favorecer a compreensão do papel das instituições quanto à realização dos direitos.

Nesse sentido, o resultado dos debates é agora apresentado ao público trazendo uma gama de reflexões que envolvem o direito à informação, o direito à saúde, o direito à educação, a questão indígena, os direitos laborais, o direito das pessoas com deficiência, o direito da infância, a questão das minorias, em sua complexa singularidade jurídico-institucional.

Cabe a título de apresentação, agradecer a todos os participantes do grupo, pelos trabalhos apresentados e pelo rico debate presencial. A todos desejamos uma boa leitura.

Recife, Chapecó, Brasília,

julho de 2016

João Paulo Allain Teixeira

(Universidade Católica de Pernambuco / Universidade Federal de Pernambuco)

Riva Sobrado De Freitas

(Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Sérgio Antônio Ferreira Victor

(Instituto Brasiliense de Direito Público)

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA: UMA EFETIVA TRANSIÇÃO

DERECHOS Y GARANTÍAS PARA LA CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA: PARA UNA TRANSICIÓN EFECTIVA

Camila Mabel Kuhn [1]
Leatrice Faraco Daros [2]

Resumo

O presente trabalho visa refletir sobre a importância dos direitos e garantias fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito. Assim, esses direitos serão analisados tanto como mecanismos de proteção e defesa do cidadão, previstos na Constituição Federal da República de 1988, como em sua importância do ponto de vista material, para a consolidação da democracia, dentro do que preceitua a teoria de justiça de transição, para se evitar o Estado de Não Direito. O trabalho foi desenvolvido através do método dedutivo com revisão bibliográfica a fim de contribuir para o debate dentro do contexto histórico e político brasileiro.

Palavras-chave: Democracia, Direitos e garantias fundamentais, Justiça de transição, Estado democrático de direito, Estado de não direito

Abstract/Resumen/Résumé

Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre la importancia de los derechos y garantías fundamentales dentro de un Estado Democrático. Como mecanismos de protección y defensa de los ciudadanos, previstas en la Carta Magna, pero su importancia desde el punto de vista material, a la consolidación de la democracia dentro de los preceptos de la teoría de la justicia de transición con el fin de evitar lo Estado de No Derecho. El trabajo se desarrolló a través del método deductivo con revisión de la literatura con el fin de contribuir al debate en el contexto histórico y político brasileño.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracia, Derechos y garantías fundamentales, Justicia de transición, Estado democrático de derecho, Estado de no derecho

---

[1] Mestranda do PPGD/UFSC. Membro do Observatório de Justiça Ecológica, grupo de pesquisa cadastrado no CNPQ.

[2] Mestranda do PPGD/UFSC. Membro do Observatório de Justiça Ecológica, grupo de pesquisa cadastrado no CNPQ.

1 Introdução

A democracia brasileira ainda não se encontra em estado pleno de maturação. Em termos comparativos, o Brasil tem uma história democrática jovem que vem se consolidando após a Constituição Federal de 1988. Com efeito, a história constitucional brasileira é inaugurada por uma Carta Imperial Outorgada; na sequência, mesmo no período republicano, as Cartas Constitucionais ainda apareceram na experiência constitucional brasileira. Assim, além da Constituição Imperial de 1824, as Cartas de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 também foram documentos outorgados e carentes de legitimidade democrática. No entanto, analisando a história dos governos no Brasil, observa-se que a existência de Constituições promulgadas por intermédio de uma Assembleia Nacional Constituinte, como as Constituições de 1891 e 1934, não afastam a possibilidade de um governo autoritário. Dessa maneira, o período em que se pode reconhecer a existência de uma democracia plena no Brasil, com o poder sendo transferido através do voto direto e, pelo menos em tese, livre, restringe-se àquele compreendido entre a Constituição de 1946 e o golpe militar de 1964 e o período corrente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nota-se que o longo período de ditadura militar que intercalou as experiências democráticas brasileiras foi marcado por grandes restrições aos direitos e às garantias fundamentais, tanto individuais como políticos e sociais, ocasião de grandes violações a direitos humanos, além do ausente, ou quase nulo, espaço para debates acerca da realidade política brasileira.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 aconteceu como resultado de uma luta não só pela democracia, mas também pela consolidação dos direitos e das garantias fundamentais. Nesse sentido, ao se defender a democracia se defende também os direitos e as garantias fundamentais, e, ao se defender os direitos e as garantias fundamentais se está, também, defendendo a democracia.

A realidade política e social brasileira mostra uma população pouco madura do ponto de vista da consciência democrática. Em parte, isso se deve a falta de confiança nas instituições públicas e nos poderes constituídos. Também se pode relacionar os casos recorrentes de corrupção envolvendo os agentes públicos e o contexto de convivência em um sistema liberal-burguês que valoriza o individual em detrimento ao coletivo. Esses fatores, quando somados, desenham o arcabouço de uma crise no âmbito político e no próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, a motivação para este artigo surge da necessidade de se discutir a relevância da democracia, a importância de um Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias individuais os quais caminham junto dele.

Dessa maneira, a pesquisa será realizada bibliograficamente, onde serão analisadas algumas perspectivas históricas sobre a importância do Estado Democrático de Direito e o seu modelo antagônico, o Estado de Não Direito, a fim de trabalhar a importância da consolidação da democracia como princípio fundamental do Estado. Em seguida, serão examinados os direitos fundamentais e sua importância para um Estado que se diz Democrático de Direito. Nesse contexto, a justiça de transição - teoria que trabalha com os processos de transição de governos autoritários/totalitários para governos democráticos - se apresenta como ferramenta para auxiliar essa consolidação.

O objetivo do estudo é propor uma reflexão acerca da importância dos direitos fundamentais, para que isso reflita no contexto histórico atual, onde se vê claramente uma série de direitos e garantias sendo desconsiderados, bem como o próprio Estado Democrático de Direito. Assim sendo, se poderá trabalhar no sentido de uma transição efetiva e consolidada para a democracia, para um Estado onde se respeitem os direitos e as garantias individuais, no qual não haverá retrocessos.

2 O Estado Democrático de Direito e o Estado de Não Direito

A expressão "Estado de Direito" está diretamente associada à idéia de sociedade e governo regidos pelo Direito. De acordo com os ensinamentos de Streck e Morais (2001, p. 86), o Estado de Direito, no plano teórico, surge como uma construção própria da segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha (*Rechtstaat*), vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas e com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito.

Portanto, em sua gênese, o Estado de Direito foi arquitetado para que se colocassem limites jurídicos ao poder arbitrário do soberano que caracterizava o absolutismo[1]. Afirmada a liberdade natural da pessoa humana, com direitos naturais a ela inerentes, era preciso esclarecer que a formação da sociedade política, dotada de

[1] Como aponta Canotilho, "O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes". (CANOTILHO, 1999, p.09)

governo, não implicava a renúncia àqueles direitos, mas, ao revés, representaria um avanço no sentido de protegê-los com maior efetividade.

O Estado de Não Direito, por sua vez, - em contraponto a proposta do presente trabalho de consolidação da democracia para a manutanção de um Estado Democrático de Direito - é aquele Estado em que não são respeitados os direitos e as garantias fundamentais, editando-se normas arbitrárias e emitindo decisões que violam esses princípios. Esse modelo de Estado nega os princípios fundamentais tanto na via legislativa quanto na via judicial[2].

O Estado de Não Direito é apresentado como o modelo que ocorre nos governos ditatoriais. Nesse sentido, Dallari (2005, p.181), coloca que: "Em termos atuais, quando a opção é entre Estado de Direito ou ditadura, não cabe qualquer dúvida quanto à melhor escolha, pois mesmo a melhor ditadura será mais danosa para a pessoa humana do que o pior dos Estados de Direito". (2005, p.181)

De acordo com Canotilho (1999, p.12), o Estado de Não Direito pode ser caracterizado por três idéias principais:

> (1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a 'razão do Estado' imposta e iluminada por 'chefes'; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.

Diante disso, Canotilho (1999, p. 16) traz os regimes nazi-fascistas como exemplos da institucionalização do Estado de Não Direito. Segundo o jurista português, o Estado fascista pode ser qualificado como um Estado de Não Direito porque, nele, o Estado é uma realidade transcendente e não um esquema organizatório limitado pelo direito. Dessa forma, no Estado fascista os direitos individuais assentem na dignidade da pessoa humana cedem porque em primeiro lugar estão os interesses do Estado. Ainda, acrescenta que "[...] o Estado fascista é um Estado de não direito porque, como realidade que se justifica a si própria, não carece de legitimação. Foge da legitimação democrática" (CANOTILHO, 1999, p. 16).

Destaca-se que, no Estado de Direito, a condição de ser interiorizado pelo Direito não significa a simples situação de cumprimento das normas positivadas ou apenas a sujeição ao texto legal, já que esses, conforme a experiência histórica dos

---

[2] No plano internacional, Bobbio destaca que: "Não há dúvida de que os cidadãos que têm mais necessidade da proteção internacional são os cidadãos dos Estados de Não Direito. Mas tais Estados são, precisamente, os menos inclinados a aceitar as transformações da comunidade internacional que deveriam abrir caminho para a instituição e o bom funcionamento de uma plena proteção jurídica dos direitos do homem. (BOBBIO, 2004, p.40)

regimes totalitários, podem revelar-se contrários ao Direito. Portanto, não se pode confundir o Estado de Direito com o chamado "Estado de Leis". Dessa forma, Dallari (2005, p. 175) pontua que:

> [...] para que não se confunda a simples existência de uma legalidade formal, que pode existir também nas ditaduras, com a existência de uma ordem jurídica legítima e democrática, é necessário acrescentar mais um elemento à expressão 'Estado de direito'.

Melgaré (2005, p. 575) observa que o Estado de Direito, na realidade contemporânea da maioria dos países democráticos ocidentais, baseia-se no reconhecimento explícito dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. Tal fato resguarda os direitos fundamentais de eventuais alterações nas diretrizes e opções político-ideológicas dos poderes constituídos, bem como das exigências impostas por fatores socioeconômicos. Assim sendo, é necessário que as constituições estabeleçam, em seu núcleo material, um sistema de valores democráticos básico, outorgando harmonia e unidade aos ordenamentos jurídicos e funcionando como parâmetro para a interpretação das normas.

Para a realização de um Estado de Direito autêntico, como instrumento para assegurar a democracia, "[...] é necessário que os direitos fundamentais estejam concretamente ao alcance de todo o povo, como também é indispensável que estejam previstos meios eficazes de garantia permanente dos direitos" (DALLARI, 2005, p. 182).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, desde o seu preâmbulo, a adoção de um Estado Democrático para assegurar direitos e garantias individuais. Sendo que, em seu artigo primeiro, determina que a República Federativa do Brasil "constitui-se em Estado Democrático de Direito" e para tanto, em seus artigos seguintes, traz a previsão de direitos e garantias individuais, dispondo, portanto, de um catálogo generoso de direitos fundamentais que não se limitam àqueles expressamente declarados na Constituição - como bem aponta a cláusula de abertura material contida no parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição brasileira.

Sendo assim, para se evitar um Estado de Não Direito, é fundamental que se dê cumprimento de forma material aos direitos e às garantias fundamentais constantes, expressa ou implicitamente, na Constituição de um Estado Democrático de Direito, para além de sua previsão formal, a fim de, se dar de fato a consolidação da democracia.

3 Direitos e garantias fundamentais: o meio e o fim

Neste ponto, cumpre assinalar a distinção doutrinária existente quanto às expressões “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”. Ressalta-se que a diferenciação se dá apenas no grau de reconhecimento dos direitos, se ocorre no plano nacional ou internacional.

Com efeito, o termo “Direitos Fundamentais” se aplica àqueles direitos reconhecidos nas Constituições internas dos Estados, tendo validade e eficácia no plano interno de determinado país. Enquanto que a expressão “Direitos Humanos” diz respeito aos direitos reconhecidos internacionalmente, por meio de pactos e tratados internacionais, os quais se pretende universalizar. De acordo com Melgaré (2000, p. 331):

> [...] os direitos humanos referem-se a uma proteção mínima que possa conduzir o ser humano a viver dignamente. Constituem uma esfera essencialmente indisponível, existente em torno do indivíduo, que objetiva o respeito mais profundo à pessoa humana.

A adoção dessa postura pela universalização de uma proteção mínima ao ser humano aconteceu após Segunda Guerra Mundial, onde se deu uma verdadeira mudança de paradigma “[...] a experiência da negligência total dos direitos fundamentais durante o regime nazista na Alemanha pôs fim à concepção minimalista dos direitos fundamentais” (GRIMM, 2007, p. 154).

Desta forma, no chamado Estado Constitucional de Direito, surgiram as Constituições rígidas, normativas e juridicamente garantidas. Grimm (2007, p. 154), expõem que a Lei Fundamental da Alemanha prescreve que a dignidade da pessoa humana é uma garantia que o Estado deve preservar e proteger, destacando que a Constituição alemã proclamou que todas as garantias contidas na Declaração de direitos devem ser aplicadas pelo governo.

A evolução da dogmática constitucional apontou para existência de uma perspectiva jurídico-objetiva dos direitos e das garantias fundamentais, para além da tradicional noção subjetiva. Com efeito, foi a decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso *Luth* que apontou essa faceta dos direitos fundamentais, precisando a noção de ordem objetiva de valores.

Nesse sentido, Grimm (2007, p. 155 e 156) assinala que a decisão demonstrou que os direitos fundamentais não se encerram como direitos subjetivos do

indivíduo contra o Estado, pois também operam como expressões de valores objetivos. Nessa nova acepção dos direitos fundamentais, a influência deles estende-se por todos os campos do direito, barrando a aplicação unicamente vertical desses direitos. Ainda, a influência dos direitos fundamentais também se projeta na interpretação dos ramos do ordenamento jurídico, de modo que cada dispositivo legal deve ser interpretado à luz desse contexto valorativo, o que foi denominado de "efeito irradiante" pela corte alemã.

Sarlet (2005, p. 121) explica que uma face objetiva dos direitos fundamentais significa a outorga de uma função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, às normas que prevêem direitos subjetivos e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais, como uma espécie de mais-valia. Diante disso, Sarlet (2005, p. 121) sustenta que se deve distinguir entre a significação da perspectiva objetiva no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos e a sua mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva.

Ainda, Sarlet (2005, p. 123 e 124) aponta, como uma das implicações diretamente associada à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, a constatação de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada tanto sob o ponto de vista da pessoa individual e de sua posição perante o Estado, como sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade.

Além disso, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, Sarlet (2005, p. 128) destaca a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado na condição de deveres de proteção do Estado; nessa percepção, compete ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra as agressões oriundas de todos os poderes, públicos ou privados. Tal função dos direitos fundamentais também é tratada sob a denominação de imperativos de tutela. Nesse contexto, o Estado adquire a posição de amigo dos direitos fundamentais e assume a obrigação de adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos e das garantias fundamentais.

Dessa forma, os direitos fundamentais ganham a possibilidade de serem reclamados por todos e o dever de serem exercidos pelo Estado, contemplando a garantia através da qual o próprio Estado não irá agredir os indíviduos. A esfera objetiva dos direitos fundamentais é que legitima a proteção contra o Estado, detentor do poder

de punir e da força institucionalizada. E ainda, o Estado deve desenvolver políticas para garantir a efetividade do exercício dos direitos fundamentais.

Assim, os direitos fundamentais, na função de direitos de defesa, podem constituir limites negativos à esfera de atuação do Poder Público. Por outro lado, atuando na sua função de dever de proteção ou imperativos de tutela, as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado obrigando-o a intervir, de forma preventiva ou repressiva. Tal dever, além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais, nos conduz a efetividade do princípio do Estado Democrático de Direito, pois o Estado é o detentor do monopólio de aplicação da força, mas também, de solução dos litígios e promoção da paz.

Segundo Piovesan (2012, p. 80), que considera a Constituição de 1988 como marco jurídico da ruptura do regime autoritário militar:

> A Carta de 1988 instituionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. **A partir dela, os direitos humanos ganham relevos extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.** (grifou-se)

Esta institucionalização dos direitos fundamentais no regime político democrártio brasileiro, ou seja, sua previsão na Constituição da República Federativa do Brasil se desenrola desde o preâmbulo - o qual se dispõem a proteger "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos", e segue com a formalização da norma, comprometendo-se com a proteção da dignidade da pessoa humana – princípio motor dos direitos fundamentais -, como referindo-se ao Estado Democrático de Direito que deverá se pautar pelos seguintes valores:

> 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.

Por conseguinte, a Constituição de 1988 prevê um título inteiro para os direitos e as garantias fundamentais, os quais deverão ser observados no Estado Democrático de Direito de forma objetiva e subjetiva.

Ainda, ao tratar da institucionalização dos direitos e das garantias fundamentais no Brasil, Piovesan (2012, p. 82) pondera que:

> Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.

Com efeito, a democracia e a manutenção dos direitos e das garantias fundamentais caminham lado a lado, quando o descumprimento de uma se vê ameaçado, a outra também estará.

Assim, é através dos direitos e das garantias individuais (meio) que se chega a um Estado Democrático de Direito efetivamente, mas também, os direitos e garantias individuais são o propósito (fim) de um Estado Democrático de Direito.

4 A dignidade da pessoa humana como marco para os direitos e garantias individuais

A proteção da dignidade da pessoa humana pode ser considerada o coração de todos os demais direitos e garantais fundamentais. Isso porque os demais direitos decorrem deste, da perspectiva de que cada ser humano possui um valor em si mesmo que deve ser preservado e protegido.

O surgirmento desta proteção se deu em contextos pós regimes autoritários/totalitários, nos quais se perpetraram violações de forma massisa a direitos fundamentais, tendo sido proclamada oficialmente, tanto num contexto internacional, como nas constituições, num contexto histórico pós-guerra.

A idéia da dignidade da pessoa humana nasceu na filosofia e foi absorvida pelo direito, adquirindo, ao longo de seu processo histórico, o *status* de principio supremo, basilar e intangível da ordem constitucional.

Esse processo histórico de evolução do que se entede por dignidade da pessoa humana:

> [...] recebeu como inspiração intelectual a tradição religiosa do cristianismo, para a qual o homem foi criado 'a imagem e semelhança de Deus' e, como tal, encerra um eminente e incomparável valor. De modo evolutivo e rompendo com o paradigma naturalista, um dos primeiros filósofos a cuidar do tema sob a perspectiva estritamente laica, de todo secularizada, foi Kant [...] Para Kant, no reino dos fins, toda coisa tem ou um preço ou, quando está acima de todo preço, uma dignidade. (COIMBRA, 2005, 498-499)

A partir da perspectiva[3] de que o direito em si não pode ser compreendido destituído de alguma substância, pois deve ser entendido através de um compromisso material com certas intenções e objetivos axiológicos que sustentem a sua validade, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna norteador desse processo.

Nesse contexto, a dignidade humana ocupa o centro e o topo do sistema de valores constitucionais, conferindo legitimidade à imperatividade e à coercibilidade da ordem jurídica estabelecida. Assim, é inconcebível um sistema jurídico que ignore a idéia do valor da dignidade da pessoa humana. O Estado de Direito só pode ser caracterizado como tal, no contexto atual do mundo ocidental, quando afirma, respeita e promove a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, nota-se que o Estado de não direito nega o processo de objetivação histórica que levou à conquista axiológica do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento último da ordem jurídica.

Esclarece-se que, independente do que levantam alguns críticos, o fato de não existir uma precisão conceitual sobre o termo, não significa que a dignidade da pessoa humana não possa ser compreendida; e, ademais, não significa que não se possa vislumbrar quando a dignidade da pessoa humana está sendo violada. Nesse sentido, defende Coimbra (2005, p. 499 e 500):

> A dignidade humana, em razão de sua relativa imprecisão significativa, produto de seu alto grau de abstração e vagueza (*polissemia ou plurissignificatividade*), isto é, diante de sua reduzida *densidade regulativa*, não se coaduna com uma definição *a priori*, acabada e exaustiva, aperfeiçoando-se tão-somente com a sua aplicação nas situações concretas, no processo de densificação das normas (*conformação prática*). Trata-se de uma *norma semanticamente aberta* [...] que consagra a dignidade humana.

Na lição de Coimbra (2005, p. 500) a dignidade é inerente e intrínseca a todos os indivíduos, de forma universal, tal qual o pensamento kantiano, e deste ponto é que decorreria seu reconhecimento e repeito: "pelo fato de pertencer à espécie humana, independentemente de qualquer circunstância ou condicionamento extrínseco".

---

[3] Desenvolvida por Marcelo de Aguiar Coimbra no texto "*O Estado Personalista de Direito e a realização igualitária dos direitos fundamentais*" (2005, p. 495-496).

No Estado de Direito não se aceita qualquer tipo de atentado à dignidade da pessoa humana, que pode ser praticado tanto por entidade pública como, privada. Ademais, para a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, é necessário que o Estado realize todos os esforços com a intenção de oferecer as condições materiais para que todas as pessoas humanas daquele território tenham acesso a uma vida digna.

Assim, para a realização de um Estado Democrático de Direito autêntico, como instrumento para assegurar a democracia e a proteção da dignidade humana, "[...] é necessário que os direitos fundamentais estejam concretamente ao alcance de todo o povo, como também é indispensável que estejam previstos meios eficazes de garantia permanente dos direitos". (DALLARI, 2005, p. 182)

5 O Estado Democrático de Direito e a consolidação da democracia: uma tarefa para a Justiça de Transição

No Brasil, após o golpe civil-militar, ocorrido em 1964, sob um governo eleito legitimamente, instalou-se um governo ditatorial e militar que perdurou pelo período de 1964-1985/1988,[4] o qual desencadeou a repressão e a violação a direitos e garantias fundamentais, como a própria dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico de rompimento do regime autoritário militar e do início do processo de consolidação da democracia, conforme assinala Piovesan (2012, p. 77):

> Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos -, as forças de oposição social civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas.

Após a retomada da democracia, pelo menos sob o ponto de vista legal, os estudos sob o período tem se voltado a sua consolidação e aos mecanismos propostos pela chamada Justiça de Transição, para que não haja retrocessos e se perpetue a proteção aos direitos e às garantias fundamentais ou direitos humanos, os quais foram

[4] Considera-se como efetivo rompimento do estado autoritário ditatorial militar, a entrada em vigor da nova Constituição da República Federativa do Brasil em outubro de 1988, como marco jurídico dessa transição.

restringidos e violados de forma aberrante naquele período histórico. Nesse sentido, esclarece Lima (2012, p. 30):

> Os avanços e conquistas da sociedade, no pós-ditadura, em relação à proteção aos direitos humanos, expressam a busca por uma resposta do Estado quanto aos crimes perpetrados. A dinâmica histórica subjacente ao processo de consolidação do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais estabelecidos a partir da Constituição de 1988 englobam as demandas da justiça de transição.

Lima (2012, p. 32) traz as palavras de Tarso Genro, Ex-Ministro da Justiça do Brasil, onde este salienta a necessidade de se trabalhar no sentido de uma Justiça de Transição, como se este período ainda estivesse em operação, um processo contínuo para que se consolide a democracia. Essa necessidade é justificada, em parte, pelo modo como se deu a alteração do modelo de governo ditatorial para o democrático, uma vez que este não ocorreu com uma ruptura, como através de uma revolução, mas sim com a participação direta dos próprios perpetradores das violações, os agentes responsáveis pela ditadura. Assim, conforme trecho citado por Lima (2012, p. 32), o ex-Ministro expôs:

> A sucessão de regimes repressivos e autoritários, ditatoriais e/ou totalitários que avassalaram a América Latina, entre meados dos anos 60 e 80, ainda não foi tratada de forma sistemática por nenhum regime democrático em processo de afirmação do continente. Isso se justifica, de uma parte porque todas as transições políticas para a democracia expandiu-se mais como "forma" do que como "substância". Na verdade, nenhum dos regimes de fato foi derrotado ou derrubado por motivos revolucionários de caráter popular; logo, os valores que sustentaram as ditaduras ainda são aceitos como 'razoáveis' para a época da guerra fria, e também, face às 'barbáries também cometidas pelos resistentes de esquerda'.

O conceito de Justiça de Transição é recente e sua formação se deve especialmente às recentes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em suma, a noção de Justiça de Transição possui quatro importantes dimensões: o direito de acesso à verdade; a reparação às vítimas; a responsabilização/punição dos agentes perpetradores das violações aos direitos humanos; e a readequação das instituições que participaram dos abusos, ressaltando o fim principal de consolidação da democracia (LIMA, 2012, p. 33).

Como ensina Lima (2012, p. 31), o termo Justiça de Transição, originalmente *transitional justice*, foi desenvolvido pela professora de direito norte americana Ruti Teitel, a partir de uma ideia de transformação política e jurídica, com o surgimento das novas democracias na América Latina e na Europa do Leste, explicando que isto se deu em três fases:

> [...] a primeira, que é marcada pelos Tribunais de Nuremberg, criou importantes precedentes jurídicos, mas foi *sui generis*. A segunda fase refere-se às transições para a democracia na América Latina e à queda do comunismo no bloco soviético a partir dos anos 1980. Esta fase caracterizou-se pela democratização combinada a algumas medidas de transição e a privatização da economia, deixando-se a cargo da iniciativa individual a litigância. A terceira e atual fase caracteriza-se pela normalização e globalização do paradigma de justiça de transição, com um consenso em torno da necessidade de se lidar com o passado. (LIMA, 2012, p. 31)

O relatório do Ex-Secretário-Geral do Conselho da Organização das Nações Unidas, Kofi Annan, intitulado "O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedade em conflito ou pós-conflito", expedido no ano de 2004, possui relevante importância para o movimento em prol de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Para Annan, além da importância intrínseca do objeto material de proteção destes conceitos empregados na teoria da Justiça de Transição e estudo da consolidação da democracia, ainda existiria uma carga emotiva ligada a estes termos e uma importância do ponto de vista representativo:

> Conceitos como "justiça", "Estado de Direito" e "justiça de transição" são essenciais para entender os esforços da comunidade internacional para otimizar os direitos humanos, proteger as pessoas do medo e da carência, resolver disputas por território, incentivar o desenvolvimento econômico, promover governança responsável e resolver conflitos pacificamente. Nesse sentido, contribuem tanto a definir nossos objetivos como a determinar os métodos que devemos utilizar. (ANNAN, 2011, p. 324)

Diante de todo este contorno, cabe destacar que a Justiça de Transição presta-se, também, ou principalmente, a trabalhar para a consolidação da democracia, no sentido de manter o distanciamento do estado autoritário, buscando fundamentalmente o respeito aos direitos humanos e aos princípios e às garantias fundamentais (LIMA, 2012, p. 36).

A democracia, dentro do que se espera de um Estado Democrático de Direito que busca o distanciamento dos regimes autoritários, deve ser entendida muito além do regime político adotado, mas como um sistema emanado de garantias e princípios fundamentais, segundo Leal (2012, p. 21):

> O modelo de Democracia opera com a ideia de que ela significa o governo de cidadãos que estão envolvidos como grandes parceiros numa empreitada política coletiva, no qual as decisões democráticas só são na medida em que certas condições estão presentes para os fins de proteger o *status* e os interesses de cada cidadão e de todos[5].

[5] Esses interesses dos cidadãos podem ser traduzidos como direitos e garantias individuais.

Percebe-se que apenas a consolidação da democracia poderá ter o condão de aniquilar as inseguranças e incertezas que permeiam os estados que ainda se encontram em períodos de Justiça de Transição, que num passado recente viveram regimes autoritários ou totalitários, buscando a segurança da manutenção dos direitos e garantias fundamentais, característicos e indispensáveis a um Estado Democrático de Direito. Caso contrário, estaremos condenados a um Estado de Não Direito.

Deste modo, além do seu papel para a manutenção da democracia e para a efetivação de um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais ganham outros desdobramentos e funções dentro do complexo Estado contemporâneo uma vez que são a base e o fundamento do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito.

Como mencionado anteriormente, os direitos fundamentais podem assumir a função de deveres de proteção ou imperativos de tutela, que consistem na necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais. Convém mencionar que tal função assume destaque na esfera jurídico-penal, pois um dos meios pelos quais o Estado realiza o seu dever de proteção dos direitos fundamentais consiste, justamente, na proteção jurídico-penal dos mesmos. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais protegem o indivíduo do Estado na esfera jurídico-penal – constituindo limites negativos à esfera de atuação do Poder Público – eles também podem reclamar uma intervenção ativa do Estado para a proteção dos próprios direitos fundamentais, do Estado Democratico de Direito e da democracia, como instrumentos e finalidades dos Estados legitimamente democráticos.

Dentro do panorâma da justiça de transição isso remete à perspectiva de se trabalhar com a verdade, não se aceitando a anistia geral e irrestrita daqueles que atentaram, cumulativamente, contra a dignidade da pessoa humana, contra os direitos fundamentais e contra o Estado Democrático de Direito.

O que se busca é a consolidação efetiva da democracia para a garantia dos direitos fundamentais, e com a garantia destes direitos se busca também a democracia. Esse argumento que parece circular é um dos fundamentos de um Estado que se diz Democrático de Direito. Qualquer argumento em contrário em qualuqer contexto deve ser refutado, para que não tenhamos que voltar a viver em um regime de violações a direitos fundamentais e de um Estado de Não Direito.

6 Conclusão

É inegável a existência de avanços durante esses vinte e oito anos da Constituição Cidadã. No entanto, a realidade brasileira demonstra que o processo de consolidação dos direitos fundamentais e da noção de Estado de Direito ainda precisa ser aprimorado para que a democracia – uma jovem reconquistada – possa efetivamente se consolidar.

Apesar das conquistas em termos constitucionais, é necessário que se permaneça alerta com relação à possibilidade de retrocessos que culminariam com o retorno de um Estado de Não Direito. Percebe-se que pequenas afrontas aos direitos fundamentais – que em um primeiro momento de análise parecem inofensivas ou que descontextualizadas não representariam qualquer ofensa aos princípios perseguidos por um Estado de Direito, em sua acepção garantista – podem ter o potencial de desencadear desrespeitos sucessivos e maiores que abrem oportunidade para a reinstalação de um Estado de Não Direito.

Dessa forma, a Justiça de Transição, que se propõem a trabalhar para a consolidação da democracia, aparece como uma ferramenta para a efetividade de um Estado Democrático de Direito, pois, para além do ponto de vista formal, esse conceito pleiteia direitos e garantias materialmente fundamentais e um Estado Democrático de Direito de forma material.

Neste sentido, é inconcebível pensar um sistema jurídico ou político que ignore a ideia do valor da dignidade da pessoa humana e todos os direitos e as garantias dali decorrentes. O Estado Democrático de Direito só pode ser caracterizado como tal, no contexto atual do mundo ocidental, quando afirma, respeita e promove a dignidade da pessoa humana.

Convém destacar que não basta a exclusiva previsão desses institutos, é preciso sua implementação prática, seu respeito, o debate sobre eles, suas origens e sua importância. Assim, sendo, da maneira como procede a Justiça de Transição, deve-se trabalhar a “verdade” no sentido de não esquecer para não repetir.

Percebe-se que esse processo de consolidação não é estanque ou algo fechado, mas em constante desenvolvimento, já que jamais se poderá chegar a um estágio completo e acabado. Diante disso, deve-se lutar pela implementação completa da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais, para um concreto Estado Democrático de Direito, do ponto de vista material.

Portanto, enquanto cidadãos de uma jovem democracia, que muito tem a apreender para se consolidar, deve-se observar os processos históricos, socais e jurídicos tanto particulares do próprio Estado brasileiro como das experiências democráticas que já alcançaram certa maturidade para podermos identificar os componentes que levam a um retrocesso no nível de direitos e garantias que possuem o potencial de ameaçar a democracia, pois é inconcebível qualquer intenção de se caminhar para o Estado de Não Direito. Assim sendo, a compreensão da sinergia existente entre os direitos fundamentais e a democracia é a chave para se aperfeiçoar e se promover um efetivo Estado Democrático de Direito que se consolidará enquanto tal.

7 Referências bibliográficas

ANNAN, Kofi . O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório S/2004/616 apresentado ao Conselho de Segurança da ONU em 23.08.04. In: **Revista Anistia: política e justiça de transição**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, n. 1, p. 320-351, jan./ jun. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito.** Lisboa: Fundação Mário Soares Gradativa Publicações, 1ªed., 1999.

COIMBRA. Marcelo de Aguiar. O Estado Personalista de Direito e a realização igualitária dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz. ROCHA CRUZ, Danielle.(coord.) **Estado de Direito e Direitos Fundamentais***:*homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.493-510.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz. ROCHA CRUZ, Danielle.(coord.) **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.171-184.

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, Memória e Justiça no Brasil**: responsabilidades compartidas: morte, tortura, seqüestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LIMA, Jozely Tostes. O que é Justiça de Transição. In: **Revista Projeção, Direito e Sociedade.** Vol. 3, nº 2, p. 30 – 44., dez. 2012.

MELGARÉ, Plínio. *Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais.***Revista da AJURIS**, Porto Alegre: AJURIS, v.29, n.88 t.1, Dez/2000, p.331 – 360.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Um olhar sobre os direitos fundamentais e o Estado de Direito - breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material.* In: ALMEIDA FILHO, Agassiz. ROCHA CRUZ, Danielle.(coord.) **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.573-590.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: AJURIS, v.32, n.98, p. 105-150, jun. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.