

REVISTA DE DIREITO

CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Diretor:

Celso Bastos

Coordenação:

Maria Garcia

Conselho Editorial:

Ada Pellegrini Grinover, Ana Candida da Cunha Ferraz,
Bolívar Lamounier, Clèmerson Merlin Clève, Edgard Silveira Bueno Filho,
Elival da Silva Ramos, Fábio Nusdeo, Gilmar Ferreira Mendes,
Ives Gandra da Silva Martins, Jacques Marcovitych, Jorge Miranda,
Jorge Reinaldo Vanossi, José Alfredo de Oliveira Baracho,
José Celso de Mello Filho, José Joaquim Gomes Canotilho,
José Manoel Arruda Alvim Netto, Luiz David Araújo,
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Garcia, Miguel Reale Júnior,
Oscar Dias Corrêa, Péricles Prade, Raul Machado Horta,
Regina M. Macedo Nery Ferrari, Régis Fernandes de Oliveira,
Roberto Rosas e Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

IBDC

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Rua da Consolação, 3.064 - 12.º andar - cj. 121C
Tel. (11) 3061-0595 – Fax (11) 883-1991
CEP 01416-000 – São Paulo, SP, Brasil

e-mail: ibdc@aldeiaglobal.com.br – *Home page:* www.ibdc.com.br

ISSN 1518-272X

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

34

Ano 9 • janeiro-março de 2001

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

HIERARQUIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

SUMÁRIO: 1. Hierarquização de normas constitucionais ou de direitos fundamentais? – 2. O jusnaturalismo axiológico – 3. Hierarquização dos direitos fundamentais: 3.1 Diferente momento histórico do surgimento dos direitos fundamentais; 3.2 Direitos suspendíveis e irrevogáveis; 3.3 Direitos de exigibilidade imediata e progressiva; 3.4 Cláusulas pétreas – 4. Conclusões – Bibliografia

Resumo: O tema do presente artigo sintetiza a idéia defendida pelo jusnaturalismo axiológico de que não todos os direitos fundamentais possuem igual nível hierárquico. Apesar de ser hoje uma teoria severamente questionada, não podem ser ignoradas algumas das suas mais importantes idéias, sobretudo, as que visam contribuir para o pleno e efetivo reconhecimento, promoção e defesa dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – Hierarquia – Jusnaturalismo axiológico.

O estudo dos Direitos Fundamentais é, sem dúvida, um dos temas mais interessantes e importantes da Teoria Jurídica. Nesse sentido, não seria exagero afirmar que a cada dia um novo artigo ou livro é publicado sobre o tema. Contudo, tal constatação não deve ser interpretada como falta de assunto ou originalidade, mas como o reflexo da necessidade constante e imperiosa de discutir um tema inacabado e inacabável, decorrência necessária da íntima ligação existente entre Direito e sociedade. Com efeito, na medida em que a sociedade permanece em constante movimento e transformação, os direitos de seus integrantes devem acompanhar as eventuais mudanças, sob o risco de se tornarem apenas palavras impressas esvaziadas de significação real.

Assim, o Direito Constitucional tem sofrido, nos últimos tempos, diversas e profundas transformações procurando adaptar-se às mudanças e conseqüentes exigências sociais. Ensina Bonavides que, com a queda do positivismo, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que antes centrava-se na parte organizacional da Constituição, tem-se deslocado para o estudo dos direitos fundamentais e das garantias processuais. Sob essa perspectiva, deflagaram-se várias inovações constitucionais, dentre elas a concepção de uma dimensão axiológica dos direitos fundamentais, na medida em que aparecem como postulados sociais que

exprimem uma determinada ordem de valores servindo de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição.¹

1. Hierarquização de normas constitucionais ou de direitos fundamentais?

Há consenso na doutrina brasileira de que as normas² constitucionais possuem igual hierarquia, admitindo-se apenas uma diferenciação entre as decorrentes do poder constituinte originário e do derivado. Entretanto, além dessa distinção não é possível realizar qualquer outra, nem ainda em relação às chamadas “cláusulas pétreas”.

Nesse sentido, todas as normas constitucionais declaratórias de direitos encontram-se num mesmo nível hierárquico. Contudo, o mesmo não se pode afirmar em relação aos direitos, ou seja, a respeito do conteúdo dessas normas. Os direitos não são todos iguais. Como afirma Bidart Campos, “tampoco los valores, bienes y necesidades a que ellos se refieren”.³

Já o mestre espanhol Euzebio Fernández ensina que: “Ni el alcance, ni la jerarquía, ni los límites son los mismos para todos los derechos que contiene cualquier tabla contemporánea de los derechos humanos. En este punto es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenada en relación com la idea de dignidad humana”.⁴

As conseqüências de igualar hierarquicamente as normas constitucionais sem levar em consideração a desigualdade axiológica dos direitos provocam, sem dúvida, diversos problemas práticos, os que somente podem ser superados no âmbito da concretização e interpretação normativa, a qual deverá, além de se guiar pela linguagem formal das normas constitucionais, considerar o sistema de valores nelas acolhido.⁵

Atualmente, o método sugerido pelo setor da doutrina que admite a dimensão axiológica dos direitos fundamentais é o da ponderação de bens, o qual não é isento de críticas, pois argumenta-se que não constitui um método racional por sujeitar-se ao arbítrio de quem o realiza, provocando o surgimento de um claro subjetivismo e decisionismo jurisprudencial. Talvez a solução contra um modelo arbitrário de ponderação fosse o estabelecimento de um modelo, não de decisão,

⁽¹⁾ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 541.

⁽²⁾ O termo “norma” é aqui utilizado no sentido de preceito ou disposição, sem fazer referência à distinção kelseniana entre norma e preceito.

⁽³⁾ BIDART CAMPOS, Germán. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires : Astrea, 1991. p. 377.

⁽⁴⁾ FERNÁNDEZ, Euzebio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madri : Debate, 1984. p. 114.

⁽⁵⁾ BIDART CAMPOS, G. Op. cit., p. 378-379.

mas de fundamentação, baseado não em processos psíquicos, mas racionais, como o proposto por Alexy.⁶

O certo é que a atual concepção axiológica dos direitos não é nova, ela é herdeira do jusnaturalismo axiológico, ainda que se deva reconhecer a existência de importantes diferenças. A seguir desenvolve-se esta última teoria, mostrando, precisamente, os erros em que incorreu sem, no entanto, ignorar suas contribuições.

2. O jusnaturalismo axiológico

Defende esta corrente que o Direito Natural, mais do que uma ordem jurídica, é uma ordem composta de princípios jurídicos suprapositivos objetivamente válidos. A afirmação de um ordenamento jurídico "superior" e independente do Direito Positivo, composto de valores, é o que classifica esta corrente como pertencente ao jusnaturalismo axiológico.

Verifica-se a diferença entre o jusnaturalismo axiológico e o ontológico, por afirmar o primeiro a existência de Direitos Naturais deduzidos a partir do que os homens consideram bom e justo para a natureza humana, não como afirma o segundo de que o Direito Natural "decorre ou desprende-se diretamente" da natureza humana.

A teoria, denominada também ética material, surgiu com a intenção de superar o rigoroso formalismo da lei moral kantiana. Assim, diante do que consideraram como um "terrível vazio", seus principais defensores, Nicolai Hartmann e Max Scheler, propuseram uma ordem "objetiva" e *a priori* de valores.

Scheler,⁷ por exemplo, partiu da idéia de que o fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade humana, definida racionalmente como a expressão das condições antropológicas e culturais do homem que o tornam diferente dos outros seres. Tais condições são a liberdade de escolha, a linguagem, a capacidade de raciocínio e de construir conceitos, dentre outras. Através desta visão, explica-se por que sempre na história tem-se desenvolvido uma teoria sobre a liberdade e a igualdade, imprescindíveis para o desenvolvimento de todo homem, e, sobretudo, por que sempre se têm reconhecido esses valores como próprios de todo ser humano e como necessários para a criação de uma sociedade justa.

As características desta corrente podem resumir-se nos seguintes pontos elencados por Pérez Luño:⁸

⁽⁶⁾ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría general de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁽⁷⁾ SCHELER, Max. *Sociología del saber*. Madrid, 1935.

⁽⁸⁾ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 138-141.

a) os valores são essências ideais existentes *per se*, isto é, anteriores e independentes de qualquer experiência, formando uma "ordem eterna" e integrada por princípios absolutamente invariáveis. Esta ordem ideal de valores encontra-se estruturada segundo relações *a priori* de hierarquias, configurando uma série de categorias ou níveis valorativos que não podem ser modificados pelos homens;

b) a ordem objetiva e hierárquica de valores não pode ser conhecida através da razão, mas apreendida pelo sentimento e pela intuição da sua evidência, adquirindo, assim, o mesmo rigor existente nos resultados da lógica e da matemática. Precisamente a evidência e a exatidão matemática que caracterizam esses valores constituem provas indiscutíveis da sua objetividade, assim como do caráter objetivo da sua organização hierárquica;

c) a apreensão dos valores não decorre da sua cognoscibilidade racional ou empírica. O que é bom ou mau, verdadeiro ou falso, segundo Scheler, não depende da evolução natural do homem, mas da própria constituição ontológica do seu espírito, o que é privativo apenas dos homens. Desse modo, as aparentes variações ou contradições dos valores que aparecem no decorrer da história devem-se apenas à consciência axiológica humana, e não aos valores em si. A falta de uma perspectiva global do mundo é o que impede que o indivíduo tenha acesso à imutabilidade dos valores.

As críticas a essa teoria são muitas, a começar pela falta de consenso sobre o que é um valor e até quais são os valores que conformam esse ordenamento jurídico natural e imutável.

Alexy⁹ ensina que determinar o que é um valor é difícil, costumando-se diferenciar o que é um valor do que *tem* valor. Quando se afirma que alguma coisa *tem* valor, expressa-se um juízo de valor, isto é, realiza-se uma *valorização*. Observe-se que, na verdade, o valor não pode ser identificado com o objeto valorado, na medida em que, segundo as circunstâncias, um objeto poderá ter mais ou menos valor, ou um valor diferente. Assim, são os critérios de valorização que devem ser chamados de *valor*.

A teoria da ética material, de Scheler e Hartmann, trabalhou com valores como mecanismos de valorização do Direito Positivo (para sua legitimação), contudo é evidente que, previamente a qualquer juízo de valor, precisa-se determinar o valor que será utilizado para realizar a valorização. E foi justamente nesse ponto que os autores se perderam. Scheler, por exemplo, colocou a santidade no ápice da ordem hierárquica; Hartmann, por sua vez, preferiu não definir uma escala, afirmando que os valores inferiores têm prioridade na satisfação dos superiores, exemplificando que alguém com fome não pode fisicamente captar os bens superiores.

Precisamente em razão dessas discordâncias é que as objeções às teorias axiológicas não demoraram a aparecer. A primeira, no âmbito filosófico, negou qual-

⁽⁹⁾ ALEXY, R. Op. cit., p. 141

quer objetividade de uma teoria sobre valores. Assim, por exemplo, questionou-se a teoria de Scheler por afirmar que "los valores no sólo valen sinon que a ellos les corresponde un ser independiente, un 'ser de los valores'" ¹⁰ Segundo ele, os valores não podem ser qualificados como fatos independentes da vida ética, no entanto, seu conhecimento realizar-se-ia através de uma faculdade cognoscitiva especial: a intuição dos valores, baseada no sentir, e que constitui o único meio de acesso ao mundo dos valores. Existem, continua Scheler, qualidades valorativas que representam o âmbito próprio dos objetos, acessíveis não por meio do conhecimento direto empírico ou analítico, mas pela "vivência da evidência".

Eis essa visão sobre a forma do conhecimento dos valores que qualifica esta teoria como "intuitiva", e eis a partir disso que se originam outras críticas, visto que é um meio de conhecimento que não oferece nenhum critério definitivo para se realizarem valorizações corretas ou falsas, autênticas ou inautênticas. Isso, por sua vez, leva-nos a uma posição subjetivista, contrária a qualquer tese ontológica. Todavia, o fato de algo não poder ser conhecido com certeza intersubjetiva não é um argumento contra sua existência, mas, sim, um argumento contra sua fundamentação objetiva. É um argumento que serve para rejeitar a teoria intuitiva dos valores, porém não é válido para *todas* as teorias sobre os valores.

Uma saída seria a concepção de uma teoria menos forte, que defendesse os valores como critérios de valorização, os quais, como as normas em geral, valem ou não. Encontrar-se-ia, assim, sua validade não mais no âmbito da evidência, mas na sua fundamentação que, dependendo do tipo de validade procurado, poderá ser uma fundamentação jurídica, social ou ética.

As objeções mais sérias contra uma teoria axiológica são, entretanto, as metodológicas, por ser uma posição que ignora qualquer fundamentação racional – recorre a um sistema de valores *de per se* não objetivo –, podendo provocar arbitrariedades. As objeções metodológicas voltam-se sobretudo contra uma ordem hierárquica de valores e contra as ponderações.

A respeito de uma ordem hierárquica, questiona-se sobre os critérios utilizados na escolha dos valores que farão parte da lista e sobre os critérios utilizados para estabelecer a ordem, isto é, sobre se será uma lista completa e fechada ou aberta. Na verdade, só se poderá obter uma lista fechada através de um elenco de valores de alto grau de generalidade, como dignidade, liberdade, igualdade; mesmo assim, contudo, muitos valores seriam excluídos. De qualquer maneira, percebe-se que é impossível formular um catálogo completo de valores, o que dificulta qualquer tentativa de criar uma ordem hierárquica de algo que está incompleto.

Mais grave ainda é a identificação dos critérios utilizados para ordenar os valores em uma escala hierárquica. Alexy ¹¹ menciona dois destes possíveis critérios:

¹⁰ SCHELER, Max *El formalismo en la ética y la verdad material*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 190.

¹¹ ALEXY, R. Op. cit., p. 153-154.

a) ordem cardinal: utilizada para atribuir números aos valores em uma escala que expressa hierarquia ou importância;

b) ordem ordinal: é menos exigente visto que simplesmente estabelece relações de valor (preferência) ou igualdade de valor (indiferença) entre os valores que se há de ordenar.

É justamente a inaplicabilidade destes critérios que demonstra a impossibilidade de se criar uma ordem hierárquica preestabelecida, abstrata. A criação de uma escala predeterminada resultaria no que Schmitt chamara "tirania dos valores".

Entretanto, a partir da difusão do jusnaturalismo axiológico elaborou-se uma teoria defensora da hierarquização dos direitos fundamentais, pois, na medida em que estes foram considerados valores, concluiu-se que se encontravam organizados numa escala hierarquizada.

3. Hierarquização dos direitos fundamentais

Tradicionalmente, tem-se afirmado que os direitos fundamentais constituem um complexo integral, interdependente e indivisível de direitos, abrangendo tanto os individuais e políticos quanto os econômicos, sociais, culturais e de solidariedade. Tal posição é reforçada ainda mais pela confirmação de que só o reconhecimento integral de todos os direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, pois, sem a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos individuais e políticos tornam-se simples categorias formais. Igualmente, sem o pleno exercício dos direitos individuais e políticos, os demais perdem seu verdadeiro sentido. Assim, Zovatto leciona que "(...) los derechos humanos constituyen un concepto integral, único e indivisible, en el que las diferentes categorías de derechos se encuentran necesariamente interrelacionadas e independientes (...)". ¹²

Por sua parte, Gros Espiell ¹³ refere que o caráter integral, interdependente e indivisível dos direitos humanos encontra-se implícito na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, e reafirmado definitivamente nos *Pactos Universais de Direitos Humanos* aprovados pela Assembléia-Geral em 1966 (em vigor desde 1975), na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia-Geral adotada em 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A idéia de indivisibilidade implica, segundo Van Boven, que os direitos fundamentais formam um bloco único, não podendo ser colocados um sobre o outro,

¹² ZOVATTO, Daniel "Contenido de los derechos humanos". IIDH: 1 Seminário de Educación y Derechos Humanos. San José: IIDH, 1986. p. 68-69.

¹³ GROS ESPIELL, Héctor *Derechos humanos*. Lima: Cuzco, 1991. p. 143.

como em uma escala hierárquica.¹⁴ Com efeito, um grande setor da doutrina rejeita qualquer referência a uma possível hierarquização dos direitos do homem por considerar a todos essenciais e, sobretudo, pelo temor de que, através dessa teoria, pretenda-se relegar alguns sob a argumentação da sua menor importância.

Contudo, a partir do desenvolvimento da teoria do jusnaturalismo axiológico, surgiu uma nova posição, contrária à anterior, a qual, ainda que reconheça a indivisibilidade dos direitos do homem, defende a sua hierarquização como mecanismo fortalecedor da sua essencialidade. Nesta, o ponto central da discussão é, na verdade, a questão se todo o elenco que se costuma mencionar como dos direitos do homem corresponde realmente a direitos essenciais e inerentes a ele.

Existem diversos argumentos que colocam em dúvida a pretendida essencialidade da ampla lista dos direitos do homem. Nesse sentido, autores como Eguiguren¹⁵ fazem referência a diversas razões que fundamentam a existência de uma hierarquia dos direitos fundamentais, como se explicita em seqüência:

3.1 Diferente momento histórico do surgimento dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais tiveram sua aparição com o surgimento do Estado Constitucional, no século XIX,¹⁶ como conseqüência da própria evolução da humanidade. A historicidade, como característica essencial dos direitos fundamentais, evidencia que estes não são o resultado de um acontecimento histórico determinado, mas de todo um processo.

A partir disso, a doutrina tradicional classifica os direitos fundamentais, segundo a época histórica do seu surgimento, em gerações:¹⁷

a) Direitos da primeira geração: surgem teoricamente no século XVIII, juntamente com a concepção do Estado liberal. Foram os primeiros direitos do homem

(14) VAN BOVEN, Theodor C. "Criterios distintos de los derechos humanos". *Ensayos sobre derechos humanos*. Madrid: Vasak, 1989. p. 81.

(15) EGUIGUREN, Francisco. "Tienen todos los derechos humanos igual jerarquia?". *Iust et veritas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1992. ano III, n. 4.

(16) O Estado Constitucional confunde-se na sua origem com o Estado Liberal, fruto do pensamento de Bodin (teoria da soberania), Montesquieu (divisão de poderes), Hobbes (*Leviathan*) e Rousseau (contrato social). Canotilho caracteriza o Estado Constitucional como aquele que é constituído ou organizado segundo uma Constituição. CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 81-83.

(17) A respeito da terminologia usada, hoje critica-se a expressão "geração" por implicar uma mera sucessão cronológica, preferindo-se o termo dimensão, já que o correto é a permanência e acumulação de direitos. Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 4.

a serem positivados, ainda que na forma de declarações, e têm como fundamento a famosa hipótese do estado de natureza que foi, na verdade, apenas uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar, as novas exigências da sociedade burguesa. O estado de natureza foi uma mera ficção doutrinária, destinada a justificar esses direitos como inerentes à própria natureza humana. A característica comum destes direitos é terem como titular o indivíduo, na medida em que são considerados como faculdades ou atributos da pessoa, refletindo, como traço mais característico, uma nítida subjetividade. Segundo Bonavides,¹⁸ os direitos da primeira geração fazem parte da categoria do *status negativus* de Jellinek, ressaltando, na ordem dos valores políticos, a clara separação entre sociedade e Estado, valorizando o homem-singular ou o homem das liberdades abstratas. Nesse sentido, são direitos que protegem o indivíduo contra o arbitrio ou abuso do Estado. Compreendem os direitos individuais ou civis e políticos, tais como vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança, liberdade de consciência e de expressão, reunião, greve, associação, sufrágio universal e criação de partidos políticos;

b) Direitos da segunda geração: com o tempo, a visão liberalista foi superada pelo próprio processo histórico-dialético das condições econômicas. No século XIX, o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado, sujeito ao domínio da burguesia capitalista, deram origem a novas relações intersubjetivas, propiciando o surgimento de novos direitos fundamentais – os econômicos e sociais – e, paralelamente, a transformação do conteúdo dos anteriores. Este processo de "socialização" do Estado foi possível graças às novas ideologias antiliberais que deflagraram as constituições marxistas e a social-democracia na Alemanha, defensoras de um Estado capaz de garantir o equilíbrio social e econômico da sociedade. Correspondem a essa época os direitos sociais, culturais e econômicos, cuja juridicidade foi inicialmente questionada em virtude de serem direitos que exigem do Estado determinadas prestações que nem sempre podem ser satisfeitas, sendo remetidos à esfera dos chamados "direitos programáticos".

A importância da incorporação desses direitos no elenco dos fundamentais é inegável, visto que despertaram a consciência da necessidade de proteger não apenas o indivíduo, mas a sociedade na qual ele se desenvolve como ser social.¹⁹ Mencionam-se os direitos ao trabalho, à saúde, à moradia, à educação, à cultura e ao lazer como alguns dos pertencentes a esta categoria;

c) Direitos da terceira geração ou direitos de solidariedade: compreendem chamados direitos difusos, ou seja, a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, à paz, ao desenvolvimento, à livre determinação dos povos, e os direitos do consumidor e os relacionados ao progresso das ciências biológicas, como o da não-manipulação genética. Os direitos de solidariedade, que juridicamente podem ser considerados em estado nascente, caracterizam-se por exigir, para sua conceituação, um maior grau de

(18) BONAVIDES, P. Op. cit., p. 517.

(19) *Ibidem*, p. 519.

solidariedade do que os outros pelo fato de serem, ao mesmo tempo, individuais e coletivos. Seu surgimento mostra que, ainda no final do século XX, após mais de dois séculos da positivação dos primeiros direitos fundamentais, continuam aparecendo novos direitos e que, com certeza, amanhã surgirão outros, decorrentes da imperativa necessidade de satisfazer as exigências decorrentes do desenvolvimento da vida humana.

Essa distinção entre as gerações dos direitos do homem está presente também no plano teórico, quando se colocam frente a frente duas concepções diversas dos direitos do homem: a liberal e a socialista. Nas palavras de Bobbio, "é preciso escolher, ou pelo menos estabelecer uma ordem de prioridade, com a conseqüente diversidade do critério de escolha e da ordem de prioridade (...) O que podemos esperar do desenvolvimento dos dois tipos de regime não é uma síntese definitiva, mas, no máximo, um compromisso (...) Mais uma vez, porém, coloca-se a questão: quais serão os critérios de avaliação com base nos quais se tentará o compromisso? Também a essa questão ninguém é capaz de dar uma resposta que permita à humanidade evitar o perigo de incorrer em erros trágicos. Através da proclamação dos direitos do homem, fizemos emergir os valores fundamentais da civilização humana, até o presente. Isso é verdade. Mas os valores últimos são antinômicos: e esse é o problema".²⁰

Esse raciocínio nos leva a afirmar que, entre as três gerações ou categorias de direitos fundamentais, existem claras diferenças, resultantes do gradual processo histórico do qual derivam-se, concluindo-se, então, que:

a) As diferentes épocas do surgimento, reconhecimento e positivação dessas três categorias de direitos fundamentais revelam que são fenômenos que têm respondido a contextos históricos distintos e a concepções ideológicas diversas. Isso impede que sejam considerados como estritamente equivalentes em seu grau de consenso e legitimidade nacional e internacional, ou como possuidores da mesma natureza. Nesse sentido, Bobbio afirma que: "(...) os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente (...). Não é difícil de prever que, no futuro, poderão surgir novas pretensões que no momento sequer podemos imaginar (...) O que demonstra que não existem direitos por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras cultura".²¹

b) O fato de um determinado direito ter sido considerado como parte do elenco dos direitos fundamentais não tem, geralmente, dependido apenas das suas características intrínsecas, mas do seu grau de consenso e aceitação social. Isso permite explicar por que certos direitos não foram originariamente considerados e muito menos pensados como fundamentais; possivelmente hoje, ou no futuro, esses possam alcançar essa natureza.

⁽²⁰⁾ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 44.

⁽²¹⁾ Ibidem, p. 18-19.

Constitui, pois, um erro considerar as diversas categorias dos direitos fundamentais como um todo indiferenciado e indivisível, uma vez que, histórica e politicamente, nunca tiveram tais características, atribuídas na atualidade apenas por considerações teóricas de tipo ideológico.

Bobbio não apenas utiliza a relação "positivação de direitos - evolução da sociedade" para demonstrar o diferente momento da sua aparição, mas também para negar a naturalidade dos direitos fundamentais, entendendo que não é possível dissociá-los da historicidade. A atual proteção dos anciãos, exemplifica o mestre italiano, não existiria se não tivesse acontecido o aumento da sua longevidade, graças aos avanços da medicina e à modificação das condições de vida.²²

3.2 Direitos suspendíveis e irrevogáveis

Se fosse aceito o caráter indivisível e integral dos direitos fundamentais, formando uma unidade interdependente, o respeito de todos eles deveria ser exigível sempre e em toda circunstância. Porém, tanto nos pactos e nas convenções internacionais sobre direitos humano quanto nas diversas constituições nacionais, admite-se que, em circunstâncias graves, seja feita uma diferenciação entre os direitos fundamentais, criando-se as categorias dos "direitos suspendíveis"²³ e dos "direitos irrevogáveis". Tal distinção, além de outras importantes conseqüências jurídicas e sociais, reflete uma clara diferença, e até uma prioridade, entre os direitos fundamentais.

Temos, por exemplo, o art. 27.1 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José de Costa Rica*, que prevê que: "Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. Contudo, no art. 27.2 enumera-se expressamente um núcleo básico intangível de direitos irrevogáveis cuja suspensão não é autorizada

⁽²²⁾ Ibidem, p. 76.

⁽²³⁾ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A respeito da confusão na doutrina sobre os conceitos "suspensão de direitos" e "suspensão de garantias", afirma que "ocorre diferença formal entre direitos e garantias. Os primeiros são entendidos como o reconhecimento de atributos de ordem política e jurídica de que a pessoa é titular; ao passo que as garantias são normas positivas que asseguram e protegem determinado direito". "Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis. Teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de enumeração". *A proteção dos direitos humanos no plano nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: IIDH, 1991. p. 188.

mesmo em situações de emergência: "A disposição, precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 6 (Proibição da escravidão e servidão), 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (Liberdade de consciência e de religião), 17 (Proteção da família), 18 (Direito ao nome), 19 (Direitos da criança), 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos".

Embora a grande maioria destes direitos irrevogáveis pertença aos da primeira geração, é importante salientar, por um lado, que nem todos os direitos desta categoria gozam dessa proteção e, por outro, que alguns da segunda geração encontram-se incluídos nessa relação.

A idéia de um núcleo básico de direitos irrevogáveis e insuspendíveis, independentemente da impossibilidade de abranger toda uma categoria específica, faz necessariamente referência a uma determinada diferenciação, prioridade, graduação ou hierarquia entre os distintos direitos fundamentais, protegendo plenamente apenas os que poderiam estar relacionados aos "valores últimos" de uma sociedade.²⁴ Similar distinção, ou hierarquização, pode ser apreciada no art. 3.º: "Art. 3.º. Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949: em caso de conflito armado de caráter não internacional, que ocorra em território de uma das Altas Partes Contratantes, cada Parte em conflito se obrigará a aplicar, no mínimo, as seguintes disposições: (...) Para este fim, os seguintes atos estão e permanecerão proibidos em qualquer tempo e lugar, em relação às pessoas acima mencionadas:

a) violência à vida e à pessoa, em particular o homicídio de qualquer tipo, mutilação, tratamento cruel e tortura;

b) tomada de reféns;

c) ultrajes à dignidade pessoal, em particular os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) o proferimento de sentenças e as execuções sem julgamento prévio pronunciado por um tribunal regularmente constituído, fornecendo todas as garantias judiciais reconhecidas indispensáveis pelos povos civilizados (...)". Tal disposição é comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, sobre Direito Internacional Humanitário, especificando-se claramente um conjunto de direitos e obrigações que conformam as "regras mínimas" aplicáveis em circunstâncias extremas, como seriam os conflitos armados não internacionais, as quais deverão ser observadas, sem exceção, pelas partes implicadas no problema.

Por sua parte, a Constituição Brasileira dispõe sobre uma série de mecanismos de controle político e jurídico das medidas excepcionais adotadas em períodos de crise do Estado. Assim, indicam-se claramente os direitos fundamentais que seriam suscetíveis de limitação em casos de estado de defesa e de sítio.

²⁴ VAN BOVEN, T. Op. cit., 1989.

Nela se estabelece que o estado de defesa pode ser decretado pelo Presidente da República após consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades. Deve ser decretado por prazo de trinta dias, prorrogável uma única vez pelo mesmo período. O controle político será exercido pelo Congresso Nacional, que receberá comunicação do ato com a sua respectiva justificativa no prazo de 24 horas, podendo rejeitá-la pelo *quorum* da maioria absoluta, caso em que cessará imediatamente o estado de defesa. Quanto à proteção dos direitos fundamentais, estabelece-se, no art. 136, § 1.º, I, que as medidas tomadas durante o estado de defesa só poderão restringir certos e determinados direitos: de reunião, de sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas.

No caso do estado de sítio, além da consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa, exige-se a autorização prévia do Congresso Nacional, que exercerá o controle político do ato. As hipóteses previstas para a decretação do estado de sítio são as seguintes: a) grave comoção de repercussão nacional ou comprovação de ineficácia de medidas tomadas no estado de defesa; b) declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira. Na primeira hipótese, o decreto poderá vigorar durante trinta dias, prorrogável tantas vezes quanto forem necessárias. Já, na segunda hipótese, o decreto durará enquanto perdurar o conflito armado, ficando a proteção dos direitos fundamentais assegurada segundo o disposto no art. 138, que exige que o próprio decreto indique as garantias constitucionais que ficarão restringidas ou suspensas, com o fim de permitir um controle político e jurisdicional futuro. Nos incisos de I a VII do art. 139, estão indicados os direitos fundamentais que poderão ser restringidos quando da decretação do estado de sítio com fundamento na primeira hipótese prevista no art. 137, I, sendo possível limitar, além dos direitos indicados para o caso do estado de defesa, os seguintes direitos fundamentais: a) o direito de locomoção, com possibilidade de detenção em prédios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns; b) a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; c) o direito de inviolabilidade de domicílio; d) o direito de propriedade, pela possibilidade de intervenção em empresas de serviços públicos, admitindo-se até a requisição de bens.

A indicação taxativa, na Constituição, dos direitos fundamentais suscetíveis de serem restringidos durante o estado de defesa ou de sítio representa, indiscutivelmente, além da garantia de sua proteção, o reconhecimento, na legislação nacional, da existência de diferenças hierárquicas claras entre os direitos fundamentais.

3.3 Direitos de exigibilidade imediata e progressiva

Verificou-se, nos itens anteriores, que entre as gerações de direitos existem claras diferenças. Uma terceira, e que é a mais importante, consiste na afirmação

de que, enquanto os direitos da primeira geração possuem aplicabilidade imediata, os da segunda, terceira e quarta gerações estão sujeitos a uma progressividade, traduzida em normas programáticas cuja aplicação concreta encontra-se condicionada ao desenvolvimento de políticas legislativas posteriores, que lhes darão viabilidade material.

Do ponto de vista conceitual e histórico, tal distinção parece válida, pois, se, para a vigência concreta dos direitos individuais e políticos, apenas se requer a abstenção do Estado, manifestada no respeito às esferas pessoais individuais e autônomas, para a concretização dos direitos sociais, culturais, econômicos e difusos impõe-se ao Estado uma certa "obrigação de fazer", consistente em criar e propiciar as condições materiais de tais direitos. Observe-se, então, que sua efetividade está condicionada ao grau de desenvolvimento material alcançado pelo Estado, assim como pela política econômica adotada.

Contudo, a Constituição Federal prescreveu, no art. 5º, § 1º, que todas as normas sobre direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, é suficiente estarem vigentes para produzirem efeitos. Esta tem sido uma norma que tem provocado diversos questionamentos, na medida em que muitos dos direitos fundamentais encontram-se acolhidos em normas de aplicação mediata, ou seja, precisam de uma mediação legislativa ou o cumprimento de determinadas circunstâncias de fato que lhes confirmem exequibilidade. A solução do impasse criado tem se solucionado interpretando-se que, no caso dos direitos de eficácia limitada, como os sociais ou de todos os que implicam uma prestação positiva do Estado, a sua aplicação imediata restringe-se a uma eficácia²⁵ jurídica, mas não concreta nem real, isto é, não enquanto mecanismos de satisfação efetiva das necessidades básicas da sociedade.²⁶

Deve-se, porém, advertir sobre erro generalizado que consiste em atribuir mecanicamente uma natureza progressiva e um caráter programático à aplicação dos direitos das duas últimas gerações. Embora seja verdade que, em muitos deles, a progressividade é a regra, isso não impede que alguns tenham, devam e possam ter aplicação imediata, como é o caso, por exemplo, da sindicalização.

3.4 Cláusulas pétreas

A Constituição brasileira prevê no art. 60, § 4º, as matérias que não podem ser objeto de reforma constitucional, ou seja, que se encontram fora dos alcances

⁽²⁵⁾ Determinado setor da doutrina distingue entre *eficácia* e *efetividade*: a primeira é a obtenção do resultado jurídico pretendido pela norma; a segunda é a observância efetiva da norma por parte das autoridades e dos destinatários. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 66.

⁽²⁶⁾ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

do poder constituinte derivado. No inc. IV da referida norma, expressamente, estabelece-se que os direitos e garantias individuais correspondem ao que a doutrina denomina "cláusulas pétreas", normas constitucionais que não podem sofrer emendas.

A pergunta que pode ser feita é: se todos os direitos e garantias fundamentais possuem igual importância, igual hierarquia, por que apenas veda-se a reforma dos individuais?

4. Conclusões

O jusnaturalismo axiológico defendeu a hierarquização dos direitos fundamentais do homem como uma maneira de centralizar os esforços para proteger e salvaguardar os direitos mais essenciais ou, por outras palavras, os que são realmente essenciais, evitando a dispersão e, conseqüentemente, a desproteção de todos.

Apesar de ser hoje uma teoria severamente criticada, não é possível negar a importância do jusnaturalismo axiológico, assim como também não pode se desmerecer a sua contribuição na construção de uma visão mais crítica dos direitos do homem, sobretudo a respeito da conveniência, ou não, da constante incorporação de novos direitos no elenco dos considerados essenciais para uma vida humana digna. Não se trata da negação da importância de esse ou aquele direito, na medida em que todos eles, até os correspondentes à organização do Estado (organização dos poderes, por exemplo), são importantes para um convívio social pacífico.

Na atualidade, defende-se uma dimensão axiológica dos direitos fundamentais sem, porém, defender uma escala fixa, preestabelecida de valores. Dentre essas novas teorias, salienta-se a de Pérez Luño,²⁷ para quem o fundamento dos valores deve ser buscado nas necessidades do homem: "Toda necesidad supone carencia: el hombre tiene necesidad en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias".²⁸ O valor é uma abstração mental decorrente de uma experiência humana concreta, configurada a partir do discurso racional intersubjetivo baseado nas necessidades humanas. O valor é uma projeção da consciência do homem dirigida ao mundo externo, representando o modo de preferência consciente inserido em determinadas condições históricas e que, portanto, tem um fundamento empírico e não metafísico.

Tudo isso implica afirmar a fundamentação dos direitos do homem na manifestação multilateral e consciente das necessidades humanas, decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática. E, enquanto dados sociais e historicamente vinculados à experiência humana, tais direitos possuem objetividade e

⁽²⁷⁾ PÉREZ LUÑO, A. Op. cit., p. 181.

⁽²⁸⁾ Idem, *Ibidem*.

universalidade que possibilitem sua generalização por meio do discurso racional e do consenso, atingindo a sua concretização por meio de postulados axiológicos materiais. O sistema de valores ou preferências conscientes deve servir para maximizar e otimizar a satisfação das necessidades e os interesses de todos e de cada um dos membros da sociedade.

Embora pareça que a proposta de Pérez Luño se reduz a uma forma de falácia naturalista de derivar o dado empírico das necessidades ao valor dos direitos do homem, não ocorre assim, visto que ele distingue claramente o plano dos fatos do plano dos valores, quando propõe não uma identificação nem uma separação radical entre ambos, mas a sua necessária articulação. A fundamentação dos direitos do homem que propõe dirige-se a abolir a rigorosa divisão entre *sein* e *sollen*, sem, porém, aceitar a identificação hegeliana entre realidade e razão.

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade –, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a idéia de dignidade humana, porém não mais uma idéia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como o conjunto de valores ou necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real. Tais valores, sem dúvida, possuem objetividade e universalidade na medida em que refletem os interesses universalizáveis de todos os homens, generalizáveis por meio do discurso racional e do consenso.

Desse modo, os direitos fundamentais tornam-se os mais adequados instrumentos legitimadores do Estado, já que a justificação do domínio e do poder estatal dependerá não só da forma como esses interesses universalizáveis (cujo conteúdo material são as necessidades humanas) estejam positivados – direitos fundamentais – mas, sobretudo, do grau de eficácia que tais direitos tenham. Falar de direitos fundamentais, então, não significa apenas fazer menção ao catálogo de direitos constitucionalizados, relativos à dignidade humana, mas significa verificar a idoneidade do Estado para satisfazer as necessidades²⁹ de todos os membros que o compõem.

Bibliografia

ALEXY, Robert *Teoria general de los derechos fundamentales*. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1993

⁽²⁹⁾ Eis evidente que não é qualquer tipo de necessidade, mas só as generalizáveis por meio do consenso decorrente do discurso racional. Cf. HABERMAS, Jürgen *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997; HELLER, Agnes *Ética general*. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis. Teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de enumeração". *A proteção dos direitos humanos no plano nacional e internacional: perspectiva brasileiras*. Brasília : IIDH, 1991.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires : Astrea, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, 1997.
- EGUIGUREN, Francisco. "Tienen todos los derechos humanos igual jerarquía?" *Iust et veritas*. Lima : Pontificia Universidad Católica del Peru, 1992. Ano III, n. 4.
- FERNÁNDEZ, Euzebio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madri : Debate, 1984.
- GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos humanos*. Lima : Cuzco, 1991.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.
- HELLER, Agnes. *Ética general*. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madri : Tecnos, 1995.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- SCHULER, Max. *El formalismo en la ética y la verdad material*. Madri : Centro de Estudios Constitucionales.
- . *Sociología del saber*. Madri, 1935.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- VAN BOVEN, Theodor C. "Criterios distintos de los derechos humanos". *Ensayos sobre derechos humanos*. Madri : Vasak, 1989.
- ZOVATTO, Daniel. "Contenido de los derechos humanos". *IIDH. I Seminario de Educación y Derechos Humanos*. San José : IIDH, 1986.