

# O Poder Judiciário e os Direitos Humanos

( 3 )

**Des. Alberto Nogueira**

Vice-Presidente do TRF

## 1. Introdução

O juiz exerce uma função e um papel. A função sempre foi e continua sendo a mesma: a de julgar. O papel, ao contrário, tem variado ao longo da história, de conformidade com a finalidade e o objeto daquela, que se resumem na tutela (proteção) de determinados bens e interesses.

O Judiciário é a organização onde o juiz atua, e se estrutura de acordo com as contingências de tempo e lugar.

Pode, ou não, representar um **Poder**, com maior ou menor peso, em relação ao **Estado** (em suas múltiplas formas históricas) ou à **Sociedade**.

Os Direitos Humanos surgem em razão do próprio homem, antes do Estado, com o Estado e mesmo contra o Estado, qualquer que seja a sociedade onde viva (mesmo em uma sociedade nazi-fascista ou “comunista”).

No presente trabalho, examinaremos a relação entre o Poder Judiciário (com o foco principal sobre a função do juiz) e os Direitos Humanos (como direitos novos de 3ª e 4ª gerações).

## 2. O Papel do Juiz na Sociedade Contemporânea

O juiz aparece no meio social como uma “entidade” complexa, como tudo que vive, como tudo que é social. O juiz, no acertado diagnóstico de

GIUSEPPE FERRARI, não faz parte de uma outra galáxia<sup>1</sup>: é uma pessoa, homem ou mulher. Pode ser qualquer um de nós.

Destacamos, aqui, o papel do juiz e não, propriamente, da figura do juiz. Inobstante, dir-se-á, mas o papel do juiz não será o próprio juiz? Sim e não, na medida em que, nessa nossa visão, o juiz pode desempenhar mais de um papel e, apesar dessa variação, continuará sendo a mesma pessoa. Em suma, o juiz assume no tempo e no espaço uma multiplicidade de papéis, cabendo desvendar um deles, próprio da sociedade contemporânea.

Num trabalho muito interessante, sob o título “O Juiz na Sociedade Moderna ou Repensando o Judiciário”<sup>2</sup>, o Desembargador REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fez, a propósito do tema em exame, diversas colocações, todas adequadas e pertinentes. Em apertado resumo, o notável magistrado sustenta que o juiz deve se integrar na política, influir no aparelho legislativo e procurar obter leis adequadas. Com apoio em BOAVENTURA SANTOS, entende que se o juiz conseguisse fazer funcionar o judiciário com eficiência outra coisa não lograria senão reproduzir a injustiça, máxime em um país como o Brasil, cujas leis, na maior parte desatualizadas, outra coisa não finalizam se não reproduzir o sistema e seu aparelho de dominação. Como se vê, trata-se de tese bastante arrojada, coerente com a premissa acima. Nessa linha, o papel do juiz seria o de manter o “status quo”. Nossa visão passa por caminho diferente, no qual se distinguiu “julgar” de “fazer funcionar”. No “funcionamento” encontramos “papéis”: o juiz é ao mesmo tempo ator e autor. Dentro do Judiciário, é ele o principal ator, ao julgar cada caso.

Sob o aspecto institucional, o juiz aparece em outra posição, ao lado do processo e da organização judiciária, conjunto que se volta para a realização da Justiça.

Sem uma adequada organização judiciária, sem um devido processo, pouco poderá fazer o juiz. O devido processo legal, portanto, tal como consagrado no art. 5º, LIV e LV da Constituição de 1988, depende, para sua concretização, desses elementos estruturais. Chegamos assim à substancial diferenciação: a função tem a ver com o julgamento, enquanto que o papel se volta para a atuação.

---

<sup>1</sup> FERRARI, Giuseppe. *La giustizia è il giudice*: A. Milani, 1989.

<sup>2</sup> RT-683 - setembro de 1992 - p. 244/248.

Ao longo da história, todos os juízes desempenharam a mesma função de julgar. Mas o papel que assumiram sempre se modificou de acordo com cada época. Segundo a lição de SÃO TOMÁS DE AQUINO, os juízes seriam escolhidos como pessoas quase divinas. Esse enfoque místico e mítico ao mesmo tempo intriga e assusta, se considerarmos o ato de fazer justiça. No seu Tratado da Justiça, indaga: é lícito julgar?, já que no Eclesiastes se diz: “Não julgueis porque sereis julgados”. Sua resposta vem de pronto: sim, mas fazendo justiça. Diante desse quadro de análise, vislumbramos nele o primeiro papel do juiz nos tempos remotos. Transportando-se esse mesmo papel para o plano contemporâneo e à luz das análises mais autorizadas<sup>3</sup>, corta-se o vínculo divino do juiz, e este passa a ser visto como uma pessoa humana, um profissional, um operador do direito que tem a responsabilidade e o dever de encontrar a solução correta para cada caso. Isso não exclui sua participação ativa em toda a vida social, expondo suas idéias, colaborando na elaboração das leis e até negando aplicação às que considere injustas, pois de acordo com sua convicção íntima sempre encontrará uma fórmula legítima de realizar a justiça no contexto de um Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>.

O papel que examinamos aqui é, em qualquer hipótese, adstrito à função. Um papel dentro da função, portanto. Por isso mesmo é que GIUSEPPE FERRARI escreveu uma excelente monografia com o sugestivo título “A Justiça é o Juiz” (no original, “La Giustizia è il Giudice”<sup>5</sup>). A afirmativa envolve uma metáfora que, tudo dizendo, nada esclarece, de

---

<sup>3</sup> *Tribunais Constitucionais Europeos y Derechos fundamentales, favoreu, luis e outros* (ed.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (Colección Estudios Constitucionales).

<sup>4</sup> Nas palavras de Calamandrei: “O Magistrado ou o advogado que se preocupa com o facto – o factista - é um homem corajoso, modesto mas honesto, a quem interessa mais encontrar a solução justa que melhor se adapte a realidade, do que fazer boa figura como colaborador de revistas jurídicas...” (*Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 7ª ed., p. 133). Ou, na correta observação de Mauro Cappelletti: “o bom juiz pode ser criativo, dinâmico e *ativista* e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz” (*Juízes Legisladores?* Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre - 1993, p. 74). Veja-se ainda a certa lição de Benjamin N. Cardozo: “Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração... Pode-se acorrentar o direito com toda sorte de cadeias e grilhões. O juiz sábio arranja sempre um meio de libertar a vítima. Isso é verdadeiro nos sistemas baseados em códigos. É certamente mais verdadeiro num sistema como o nosso” (*A Natureza do Processo e A Evolução do Direito*, ref. Lêda Boechat Rodrigues. Coleção AJURIS, Porto Alegre, 1978, p.23/24).

<sup>5</sup> Ob. Cit.

feição, ademais, tautológica, portanto ficamos sem saber o que é a Justiça e o que é o Juiz. Trabalhar com um duplo conceito indecifrado de igualdade acaba sendo artifício lógico, embora requintado. Entretanto, se dissermos que o papel do juiz está na função de juiz, tudo fica mais fácil e mais claro. Embora variando no tempo, o papel do juiz deve corresponder à Justiça, que, por sua vez, há de ser considerada sob vários aspectos: a) como idéia, numa acepção ampla; b) como o lugar onde se presta a jurisdição; c) como organismo, em seu funcionamento e em sua estrutura<sup>6</sup>. Vemo-la no tríplice aspecto mas não de forma abstrata, como galáxia perdida no espaço sideral ou no “buraco negro” jurídico, e sim, concretamente, aqui e agora. O juiz, nessa confluência, é o aplicador, o elucidador, ou, na fórmula aristotélica, o mediador<sup>7</sup>. Se é lícito falar-se em teatro antigo, teatro grego, teatro medieval, teatro moderno e pós-moderno (já que estamos a tratar de “papel”), nada impede que se fale em justiça antiga, justiça medieval, justiça moderna e justiça contemporânea. Para uma leitura mais completa, consulte-se o clássico “O Juiz e a Função Jurisdicional” do MINISTRO MARIO GUIMARÃES, escrito depois de mais de 40 anos de brilhante magistratura, ao se aposentar, ao qual, em sua modéstia, chamou de “trabalhinho” para auxiliar seus colegas mais jovens, mas, em verdade, um verdadeiro e completo tratado<sup>8</sup>. Dentro dessa tipologia - e com o propósito de estimular o debate - vemos nos tempos antigos o juiz envolvido com a tradição e com a religião, só aparecendo os Tribunais mais tarde<sup>9</sup>. Na atual fase, tem-se desenvolvido um grande esforço no sentido da diversificação de novos instrumentos para solução de conflitos sem a obrigatória participação do juiz, em especial a partir do Projeto de Florença, graças à genialidade e invulgar dedicação do Professor MAURO CAPPELLETTI<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Na tríplice visão de ROGER PERROT, cf. *Institutions Judiciaires*, Ed. Montchrestien, 4ª Ed., Paris, 1992, p. 20/21.

<sup>7</sup> Ob. Cit.

<sup>8</sup> Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1958

<sup>9</sup> Sobre o tema, veja-se *A Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges, EDIOURO, rep. do original *La Cité Antique, étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grece et de Rome* (1864) e de Werner Jaeger, PAIDÉIA, *A Formação do Homem Grego*. Ed. Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília, São Paulo, 1ª ed., 1986.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (eds.) *Access to Justice: a world survey*. Milan: A. Giuffrè; Alphenaaanderijn: Sijthoff, 1978; 6 v. (The Florence Access - to - Justice Serie). Em Português, ed. brasileira intitulada *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, 168 p.

Mais uma vez se constata que o papel do juiz não exaure o da Justiça, na medida em que esta pode ser concretizada (no sentido de prestação jurisdicional) por meios outros, tal como preconizado pelo referido estudo.

No regime antigo o juiz era um funcionário do Rei e a este subordinado, e portanto, nessa condição, fazia a justiça por aquele determinada e não de acordo com a própria convicção. Em caso de dúvida, recorria à consulta real para obter uma interpretação oficial. Esse sistema cedeu lugar a uma nova Justiça, ao advento da Revolução Francesa de 1789, pautada nos Códigos. Nessa nova fase, o papel do juiz (moderno) passou a ser o de aplicar a lei (“le juge c’est la bouche de la loi”) escrita. O juiz medieval aplicou a lei do Rei. O moderno passou a aplicar os Códigos. O juiz do Século XIX é o juiz legalista, o servo da lei e, por extensão, do Poder Legislativo<sup>11</sup>.

A essa altura, parece ter ficado evidente a distinção entre função e papel, bem como as mudanças ocorridas, relativamente a este último, conforme as transformações. Sendo dinâmico esse papel, cabe à sensibilidade do juiz perceber com a necessária antecipação as mudanças sociais para se adaptar, sem traumas, às situações emergentes, mudando, em maior ou menor velocidade, as tonalidades e nuances de cada papel, de tal modo que assegure a Justiça adequada para as situações presentes e futuras. Assim procedendo, o juiz penetrará mais facilmente em “A Era dos Direitos” de seu tempo, na fascinante análise e terminologia de NORBERTO BOBBIO<sup>12</sup>. Isso é válido para a sociedade moderna capitalista ou socialista: o Direito Burguês está condenado à morte pelo exaurimento de sua funcionalidade, sendo correta, no particular, a crítica (antecipada) de PROUDHON, ao discorrer sobre a idéia de “Justiça e Liberdade”<sup>13</sup> Vivemos uma época de transição do Estado Burguês para o Estado Contemporâneo, que se afirma cada vez mais como um Estado Democrático de Direito e, tal como sucede nessas conjunturas, enfrentamos uma grande e generalizada crise<sup>14</sup>. Estado de Direito (ou Burguês), Estado Social (na linha de atendimento às grandes massas, tal como ocorreu com o “NEW DEAL”) e Estado Democrático de

---

<sup>11</sup>. Sobre o tema, consulte-se a obra clássica de Aldo Schiavone, *Las Orígenes del Derecho Burgués*, Hegel contra Savigny, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986 (do original italiano *Alli Origini del Diritto Borghese*, Hegel contra Savigny, Gins. La Terza ° Figli, Roma – Bari, 1984).

<sup>12</sup>. *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992

<sup>13</sup>. *Justicia y Libertad*, Barcelona, 1977 (não consta a editora, apenas a impressora, Tramacolor).

<sup>14</sup>. Bem ilustrativa, sob esse aspecto, a visão (conservadora) de Georges Ripert em *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1947.

Direito, eis a seqüência que se desenvolveu e se desenvolve a nossos olhos. Na outra vertente: na antiguidade as Doze Tábuas e diplomas similares eram aplicados como “lei fundamental”(tradição, religião, costumes...); na Idade Média, “a vontade do Rei”(onde tivesse autoridade) ou do “Senhor da Terra”(em caso contrário); a Lei Codificada no Estado Burguês (ou industrial) e, finalmente, a Constituição, no atual estágio.

Não significa isso que o costume e a lei escrita tenham perdido seu valor. Continuam valendo e conservam sua inegável utilidade. Mas, sendo o Direito também uma luta<sup>15</sup>, pretendemos - para fins de debate - que o papel de juiz contemporâneo é o de aplicar a Constituição<sup>16</sup>, abrindo espaço para a plena concretização do Estado Democrático de Direito, entendido este como um salto a mais no sentido da liberdade, que se soma a todas as conquistas realizadas pelo homem no decorrer de uma longa e gloriosa alvorada jurídica.

Tal o papel do juiz contemporâneo, tão diverso do antigo juiz romano, que, por força dos “Institutos”, estava plena e exclusivamente vinculado às leis, às constituições e aos costumes, tal como determinado por Justiniano. No texto original:

“Superest ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem imprimus illud observare debe judex, ne aliter judicet quam quod legibus aut constitutionibus, aut moribus proditum est”(Justiniano. *Corpus juris civilis*, livro 4, título XVII, edição de 1856, p. 210).

---

<sup>15</sup> Na inesquecível e sempre atual lição de Rudolf Von Ihering, in *A Luta Pelo Direito*, Ed. Liber Juris, Rio de Janeiro, 1987.

<sup>16</sup> No trabalho intitulado *También Los Jueces Son Hombres*, escrito para edição alemã de Elogio dei giudici, PIERO CALAMANDREI esclarece que, no texto original, elaborado no período fascista, foi sobremodo enaltecido o papel dos juizes. Em suas palavras: “El Elogio de los jueces fue, pues, entre lineas también un elogio de la legalidad, entendida como garantia de la libertad: esto explica también el tono generalmente optimista de las anotaciones sobre los jueces escritas por mi en aquel periodo, para poder soportar sin dejarse consumir por la anarquia de la opresión política de aquel período, era necesario continuar creyendo al menos en la justicia de los jueces” ( **In**, *Derecho Procesal Civil*, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1986, p. 253). Vinte anos mais tarde (a 1ª ed. foi de 1935), foi mais severo com os juizes, substituindo aquele otimismo por “un discreto y resignado pesimismo” (idem, p. 254. Em nota de rodapé, esclarece-se que por razões editoriais, renunciou-se ao título acima para se manter o primitivo, que, em alemão, figurou como Lob der Richter, tradução literal do original italiano. Esse episódio bem demonstra como o papel do juiz pode-se alterar, diante de circunstâncias políticas, tal como sucedeu na Itália, onde, pelo menos nos primeiros anos do fascismo, os magistrados formados em época anterior mantiveram um posicionamento democrático e libertário, o que não fizeram os juizes do período fascista).

O tema que ora examinamos foi superiormente analisado pelo respeitado jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni em conferência pronunciada no seminário sobre Reforma Judicial no Equador (Zaffaroni, 1993).

Nessa explanação, Zaffaroni formulou seu modelo básico de magistraturas, correspondentes a três estágios da evolução política da magistratura, a saber: a) magistraturas empírico-primitivas; b) magistraturas técnico-burocráticas; e c) magistraturas democráticas de direito.

A primeira dessas magistraturas, no enfoque desse autor, corresponde a um Estado de direito “legal”, mas dotada de considerável nível técnico, revela considerável grau de consolidação institucional no país. Ressente-se, entretanto, de inserir-se numa estrutura hierarquizada (“a carreira”), com risco à independência interna do juiz.

A terceira, além de apresentar um nível mínimo técnico-jurídico, satisfaz com maior amplitude o princípio da independência (interna e externa) dos juízes “mediante a transferência do governo do Poder Judicial para um órgão diferente do Executivo e do Supremo Judicial”, integrado este por “uma maioria de juízes que representam todos os colegas e uma minoria de juristas independentes designados pela representação popular” (Zaffaroni, 1993, p. 29-30).

Nessa análise, sustenta que o modelo empírico-primitivo foi superado na Europa no final do século passado e que, na América Latina, “o único caso de garantia de forte profissionalidade se acha no Brasil” (idem, p.30).

Os modelos de magistratura democrática, continua o mestre, fizeram a transição do Estado “legal” de direito para o Estado “constitucional” de direito (ibidem, p. 36).

Como visto, embora sob ótica diversa, o diagnóstico de Zaffaroni coincide, no essencial, com o nosso, em especial quando apontamos a superação dos códigos (modelo “legal”) pelas modernas Constituições (modelo de juiz “constitucional”).

### **3. Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas: Diferenciações e Convergências**

As expressões “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “liberdades públicas” têm sido, equivocadamente, usadas indistintamente como sinônimos. Em verdade, guardam, entre si, de rigor, apenas um núcleo comum, a liberdade.

Daí o grande número de “conexões” ou “ângulos de abordagens” apontados nas obras especializadas sobre o tema dos direitos humanos. Há quem, como, por exemplo, BLANCA MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, reserve a expressão “direitos humanos” para aqueles positivados em nível internacional (exigências básicas relacionadas com igualdade e liberdade da pessoa, que não tinham alcançado um estatuto jurídico-positivo) e “direitos fundamentais” para os direitos humanos positivados em nível interno, ou seja, garantidos pelos ordenamentos jurídico-positivos estatais<sup>17</sup>.

Tais conexões se articulam nas mais diversas cadeias de conceitos, nos contextos específicos em que os autores se fixam.

Vejam algumas figurações dessa espécie, a partir do conceito-chave de “liberdade”.

Em MARIO DE LA CUEVA, lê-se:

“... donde se conclui que a soberania é o poder comum das liberdades, ou para dizê-lo com expressões que usamos em outro ensaio: no pensamento rousseauiano, a soberania não é atributo de um poder, que como tal não existe, nem o é de uma entidade, o Estado, que se impõe ao povo e aos homens, porque essa entidade nada mais é senão a fantasia criada por Hegel do Estado como um deus terrestre; a soberania, dissemos, é parte da essência da vontade geral, que, por ser livre, não aceita nenhuma outra superior, porque deixaria de ser livre, e sim, ao contrário, define o uso de sua liberdade, seu estilo de vida e seu destino na história”<sup>18</sup>.

Sob o título “Marx et les Droits de l’Homme”, BERNARD BOURGEOIS faz interessante e precisa reflexão:

“Em sua obra ‘Direito natural e dignidade humana’, E. Bloch descreve a história ocidental através do diálogo ou do conflito da corrente do direito natural - que afirma principalmente a dignidade que o homem deve à sua liberdade - e a corrente da utopia social - que

---

<sup>17</sup> VALLEJO FUSTER, Blanca Martínez. *Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual*. In: BALLESTEROS, Jesús (ed.). *Derechos Humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos, 1992, P. 44-45.

<sup>18</sup> CUEVA, Mario de la. *La idea del Estado*. 4a. Ed.. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 111.

quer promover a felicidade do homem pela e na edificação de uma comunidade pacífica. A primeira corrente culminou na Revolução de 1789, a segunda, na Revolução de 1917. Na realidade, segundo Bloch, a tarefa de um marxismo autêntico consiste justamente em reconciliar a liberdade do direito natural com a venturosa solidariedade da utopia social, porque ‘não existe verdadeira instauração dos direitos do homem sem o fim da exploração, não existe verdadeiro fim da exploração sem a instauração dos direitos do homem’”<sup>19</sup>.

O respeitado catedrático lusitano SOARES MARTÍNEZ, no plano da Filosofia do Direito averba:

“Outra questão complexa respeitará à distinção entre as **liberdades teóricas**, abstractas, apenas visionadas, ou apenas definidas pelo legislador; e as **liberdades reais**, efectivas. Estas implicam segurança. Isto é, a certeza, ou, ao menos, a elevada probabilidade, de que as liberdades definidas poderão exercer-se. A problemática da liberdade é, assim, por natureza, inseparável do respeito da **autoridade**, das estruturas da polícia e da administração da justiça, sem eficácia das quais não haverá liberdades reais”<sup>20</sup>.

Na visão de GEORGES VEDEL, “os direitos do homem, as liberdades e os direitos fundamentais, qualquer que seja o nome pelo qual sejam chamados, provêm originariamente do direito natural”<sup>21</sup>.

A lição de DOMINIQUE TURPIN é um colosso de clareza, precisão e objetividade:

“Muitas vezes consideradas como sinônimas, as noções de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’ não se superpõem totalmente. A primeira é mais antiga, mais ampla, mais ambiciosa, mais imprecisa, porque mais filosófica ou política (ela está hoje em dia

---

<sup>19</sup>. BOURGEOIS, Bernard. *Marx et les droits de l'homme*. In: PLANTY-BONJOUR, Guy. *Droit et liberté selon Marx*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 5-6.

<sup>20</sup>. MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do direito*. 2a. ed. Ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 41.

<sup>21</sup>. VEDEL, Geprge. *La constitution comme garantie des droits: le droit naturel*. In: Tropes, Michel; Jaume, Lucien. *1789 et l'invention de la constitution*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994. p. 205.

na moda, constituindo-se para muitos um sacerdócio e para alguns uma sinecura). A segunda é mais recente (seu ensino autônomo data apenas de 1954 e 1962), mais modesta, mas também mais jurídica, logo, mais precisa (e, por conseqüência, sem dúvida mais protetora)”<sup>22</sup>.

Na elegância de seu estilo didático e de extrema clareza, ensina JEAN RIVERO: “As liberdades públicas são os poderes de autodeterminação consagradas pelo direito positivo”<sup>23</sup>.

E, em seguida, a perfeita distinção que o professor emérito da Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris faz, com absoluta precisão, entre “liberdades públicas” e “direitos do homem”: “As duas noções, de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’, são vizinhas, mas, no entanto, distintas: elas não se situam sobre o mesmo plano, de um lado, e não têm o mesmo conteúdo, de outro lado. Elas não se situam no mesmo plano - a noção de ‘direitos do homem’, cujas origens históricas e filosóficas veremos mais adiante, surge da concepção do Direito Natural”<sup>24</sup>.

A noção de direitos humanos, diz JEAN RIVERO, transcende seu reconhecimento pelos textos legais, sendo este reconhecimento, entretanto, possível:

“Os direitos do homem, com efeito, apresentam características que permitem ver um direito no sentido próprio do termo, de uma possibilidade reconhecida ao homem: um titular, um objeto preciso, um sujeito contra o qual se pode opor. É então possível lhe conferir uma sanção que os faça entrar no direito positivo. É o que se passou com o direito internacional: os direitos do homem, tal como proclamados pela Declaração Universal de 1948 e determinados pelos pactos de 1966, definem na sociedade internacional uma categoria jurídica à qual os textos atribuem um regime de proteção. Deu-se o mesmo no quadro europeu. O direito interno francês não procedeu dessa forma. Não considerou os direitos humanos no seu conjunto uma categoria autônoma com seu estatuto próprio”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> TURPIN, Dominique. *Les libertés publiques: théorie générale, libertés de l'esprit, liberté individuelle, liberté sociales*. Paris: Dunod, 1993. p.7

<sup>23</sup> RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 7 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1974. V. 1: Les droits de l'homme. P. 21.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid. p. 21-22.

Assim também JEAN MORANGE, que, ao mesmo tempo em que assinala aparecerem as expressões “direitos do homem” ou “liberdades públicas”, em alguns manuais, segundo as preferências de cada autor, como sinônimos<sup>26</sup>, afirma que “as liberdades públicas traduzem juridicamente, mais ou menos fielmente, uma filosofia dos direitos do homem”<sup>27</sup>, acrescentando: “É banal afirmar que nenhuma liberdade pode ser ilimitada. Mesmo aos olhos dos liberais mais extremistas, a liberdade de cada um deve terminar onde começa a liberdade do outro”<sup>28</sup>.

A distinção entre “liberdades públicas” e “direitos do homem” também se distingue por outro critério, aliás por todos reconhecido, como lembra o autor acima citado, ao frisar que “nos países anglo-saxões os direitos do homem evocam o direito internacional, ao passo que as liberdades públicas correspondem mais aos *civil rights*”<sup>29</sup>.

FRANÇOIS TERRÉ, professor da Universidade PANTHEÓN-ASSAS (Paris-II), é ainda mais didático, em duas passagens distintas. Na primeira, fazendo conexões: “aos conceitos de **liberdades públicas** e de **direitos do homem** - sustentados pela noção de direito subjetivo -, deve-se acrescentar um outro, em nossa época, sob a influência crescente do direito constitucional. Trata-se daquilo que se tem convencido chamar de **direitos fundamentais**”<sup>30</sup>.

Na segunda, analisando tais conceitos à luz de critérios orgânicos: “Mais significativos são, em definitivo, os critérios de natureza orgânica, manifestando essencialmente uma superioridade da Constituição: os direitos e liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, protegidos contra o poder executivo, mas também contra o poder legislativo, enquanto que as liberdades públicas - no sentido do direito francês clássico - são essencialmente protegidas contra o poder executivo... Em segundo lugar, os direitos fundamentais são garantidos em virtude não apenas da lei, mas sobretudo da Constituição ou dos textos internacionais ou supranacionais”<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup>. MORANGE, Jean. *Droits de l'homme et libertés publiques*. 3. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p.11.

<sup>27</sup>. Ibid., p. 16-17.

<sup>28</sup>. Ibid., p. 17-18.

<sup>29</sup>. Ibid., p.125.

<sup>30</sup>. TERRÉ, François. *Sur la notion de droits et libertés fondamentaux*. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. *Droits et libertés fondamentaux*. 3. Ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 10.

As liberdades públicas, averba JEAN RIVERO, “constituem precisamente uma destas categorias, consagrada notadamente pelo artigo 34 da Constituição. Elas correspondem aos direitos do homem inseridos no direito positivo através de seu reconhecimento e ordenamento pelo Estado”<sup>32</sup>.

E, em tom de alerta ou de advertência: “É necessário frisar que se as liberdades públicas são sempre direitos do homem, nem todos os direitos do homem são liberdades públicas”<sup>33</sup>.

Nessa linha e também na melhor didática francesa, JACQUES MOURGEON: “Em resumo, os direitos do homem se definem como sendo prerrogativas disciplinadas por regras que a pessoa detém para si própria nas relações com os particulares e com o poder”<sup>34</sup>.

São ainda do mestre da Universidade de Ciências Sociais de Toulouse:

“Após a reforma de 1954, os programas universitários incluíram o estudo das ‘liberdades públicas’, expressão que, desde então, a doutrina utiliza, às vezes; que a jurisprudência aceita mal (ela prefere a outra, “liberdades fundamentais”); que o legislador menciona em alguma ocasião; mas que é consagrada na Constituição de 1958 (art. 34)”<sup>35</sup>.

Finalmente, com a mesma preocupação de JEAN RIVERO, aponta: “Se, entretanto, as liberdades públicas são direitos do homem, esta última categoria é muito mais ampla e extensa que a anterior”<sup>36</sup>.

JACQUES ROBERT e JEAN DUFFAR (colaborador) a respeito do tema assim se posicionam: “Existe uma diferença entre as duas expressões: ‘direito do homem’ e ‘direitos do cidadão’; os direitos do homem têm um caráter pré-social; os direitos do cidadão, ao contrário, estão ligados à existência da cidade”<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> RIVERO, Jean. *Les libertés publiques...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>33</sup> Ibid, p. 22-23.

<sup>34</sup> MOURGEON, Jacques. *Les droits de l’homme..* 5 ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 8.

<sup>35</sup> Ibid., p. 8.

<sup>36</sup> Ibid., p. 8

<sup>37</sup> ROBERTO, Jacques, DUFFAR, Jean. *Droits de l’homme et libertés fondamentales.* 5. Ed. Paris: Montchrestien, 1994, p. 40. No original: “Il existe une différence entre les deux expressions: <<droits de l’homme>> et <<droits du citoyen>>. Les droits de l’homme on un caractère présocial; les droits du citoyen, au contraire, son liés à l’existence de la Cité.”

E, quanto à distinção entre “liberdades públicas” e “Direitos do Homem”, lançam advertência semelhante: “Acrescentamos que todos os direitos do homem não têm necessariamente o caráter de ‘liberdades públicas’. O direito ao trabalho ou à instrução são direitos do homem, mas não liberdades”<sup>38</sup>.

Fora da França, o magistério de ANTONIO E. PÉREZ LUÑO não discrepa desses enunciados, a despeito de interessantes nuances de aportes. Assim, diz o mestre da Universidade de Sevilha: “a definição de direitos humanos que sustento atende a três idéias-guia: 1<sup>a</sup>) **jusnaturalismo** em seu fundamento; 2<sup>a</sup>) **historicismo** em sua forma e 3<sup>a</sup>) **axiologismo** em seu conteúdo”<sup>39</sup>.

A posição do professor PERÉZ LUÑO está bem estruturada em sua lógica de situação, quando a explicita com invejável clareza: “Por fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos entendo a que conjuga a sua raiz ética com sua vocação jurídica”<sup>40</sup>.

E, em elegante síntese didática: “A distinção germânica entre *Menschenrechte* y *Grundrechte*, a francesa entre *droit de l’homme et libertés publiques* ou a italiana *entre diritti umani e diritti fondamentali* atende à respectiva dualidade de planos (prescrito e descritivo) e ao diferente nível de positividade de ambas as categorias”<sup>41</sup>.

Segundo a tese sustentada por esse autor, “nem todo direito humano é um direito fundamental, enquanto não for reconhecido por um ordenamento jurídico positivo: mas ao inverso, não é possível admitir um direito fundamental que não consista na positivação de um direito humano”<sup>42</sup>.

Seguindo uma rota semelhante e na trilha dos autores acima referidos, no presente estudo destacamos (a seguir) as expressões “Direitos do Homem”, “Direitos Fundamentais” e “Liberdades Públicas” para um exame mais completo e aprofundado.

### 3.1. Direitos do homem (Direitos Humanos)

Para JEAN-MARC VARAUT, a tônica na expressão “Direito do Homem” (no singular) recai na preposição “do”. Em suas palavras: “Na ex-

---

<sup>38</sup>. Ibid.

<sup>39</sup>. PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. 5. Ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 514.

<sup>40</sup>. Ibid., p. 515.

<sup>41</sup>. Ibid., p. 515.

<sup>42</sup>. Ibid., p. 521.

pressão **direito do homem**, o mais importante é a preposição **do**. Ela indica uma relação de posse e coloca a questão essencial da natureza do homem”<sup>43</sup>.

Assinala o que para nós é absolutamente tranquilo, “que o Direito positivo não esgota a fundamentação dos direitos humanos, é algo que não merece maior discussão”, isto porque, também assim entendemos, “De um lado, os direitos humanos são exigências éticas; de outro, são direito na medida em que formam parte de um ordenamento jurídico-positivo”<sup>44</sup>.

Nessa perspectiva dualista, os direitos humanos surgem como uma exigência ética e se integram, imperativamente, no ordenamento jurídico positivo. O “salto” do **infra** para o **constitucional**, ou mesmo **supra**, na Espanha, é descrito em cores vivas por LUIS PRIETO SANCHIS:

“Pois bem, durante mais de uma década os direitos humanos, o Estado de Direito, a democracia avançada e tantas outras noções afins converteram-se nas idéias dominantes para cujo estudo eram chamados não apenas os filósofos do Direito ou da política, mas inclusive os juristas ‘dogmáticos’ que quiseram dar cabal conta do ordenamento positivo.

Ao menos uma vez, o relógio acadêmico indicava a mesma hora que a de nossa história coletiva, pois efetivamente essa foi a ideologia que animou o processo constituinte e que acabou plasmada na Constituição de 1978 cuja maquete (reprodução) professoral, ademais, é clara em numerosos preceitos”<sup>45</sup>.

Nessa matriz, averba o citado jurista espanhol, a “tábua de direitos” mais fundamentais inspirou-se na Declaração de 1789, no que saltam à vista algumas incorporações e também algumas omissões, encontrando-se, na Seção 2ª do Capítulo II, “direitos e garantias de natureza econômica, tributária e laboral”<sup>46</sup>.

SERGE-CHRISTOPHE KOLM por seu turno articula os “direitos do ser humano” (sem referir-se à expressão “direitos do homem” ou “direitos

---

<sup>43</sup> VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au droit: pour un libéralisme institutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. P. 239.

<sup>44</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. *Los derechos humanos como derechos subjetivos*. In: BALLESTEROS, Jesús (ed.). *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 24.

<sup>45</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990. p.12.

<sup>46</sup> Ibid., p.107.

humanos”) ao “princípio liberal”, de que a construção ideológica mais precisa é a do **proprietarismo**<sup>47</sup>.

A visão de JACQUES MOURGEON se volta para um plano mais transcendental ou material, na medida em que, para esse autor, “os direitos do homem se definem como prerrogativas ditadas por regras que toda pessoa detém em seu próprio nome e que se aplicam nas relações com os particulares e com o poder”<sup>48</sup>.

A nota em destaque para a conceituação dos direitos do homem parece ser, para JACQUES ROBERT e JEAN DUFFAR, o “mundialismo”, no sentido de que extravasam os limites dos cidadãos de cada país para atingir um valor universal<sup>49</sup>.

Pela vertente marxista e ao menos no contexto dos eventos ocorridos após 1789, a visão a respeito dos direitos do homem assume uma feição completamente diferente de tudo que se viu até aqui.

Como bem assinala BERNARD BOURGEOIS, em trabalho intitulado “Marx et les droits de l’homme”, que, aos olhos de Marx os direitos do homem se tornam na negação conjunta do direito e do homem<sup>50</sup>.

Ou seja, os direitos do homem são o “não-direito” e o “não-homem”<sup>51</sup> porque são direitos dos burgueses<sup>52</sup>.

O marxismo em sua concepção original deixou, sem dúvida, um grande vazio na temática dos direitos humanos porque se deteve na mera análise e conseqüente diagnóstico do Estado Burguês.

Não rompeu o impasse na superação desse estágio para a reformulação de uma teoria dos direitos humanos de toda e qualquer pessoa, e não apenas do cidadão burguês.

No particular, parece ter ignorado até mesmo a proposta de Hegel, que via no Estado o papel de conduzir o processo de afirmação dos direitos humanos em todos os segmentos da nova sociedade (sem classes?).

---

<sup>47</sup> KOLM, Serge-Christophe. *Le libéralisme moderne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. p.42.

<sup>48</sup> MOURGEON, Jacques. *Les droits de l’homme*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 8.

<sup>49</sup> ROBERT, Jacques, DUFFAR, Jean. *Droits de l’homme et libertés fondamentales*. 5. Ed. Paris: Montchrestien, 1994. p. 42.

<sup>50</sup> BOURGEOIS, Bernard. *Marx et les droits de l’homme*. In: PLANTY-BONJOUR, Guy (org.). *Droit et liberté selon Marx...*, op. cit., p. 13.

<sup>51</sup> Ibid., p. 13.

<sup>52</sup> Ibid., p. 19.

Bem oportunas as palavras de MIGUEL BAPTISTA PEREIRA no seu aprofundado livro sobre modernidade e secularização: “Hegel concebeu o estado de direito como a condição de possibilidade da validade da liberdade concreta, isto é, toda a ordem jurídica, com os direitos humanos e as liberdades do cidadão, pressupõe o estado como garantia de realização. A libertação de << *belum omnium contra omnes* >> da condição pré-civil da natureza é a constituição de uma ordem jurídica assegurada pelo poder estatal e só nesta ordem é possível a liberdade moral e responsável”<sup>53</sup>.

### 3.2. *Direitos Fundamentais*

A melhor exposição que conhecemos sobre as origens dos modernos “Direitos Fundamentais” é a de HANS PETER SCHNEIDER. Esse jurista alemão abre seu trabalho sobre as origens da Lei Fundamental de Bonn de forma magistral:

“Raramente coincidiram na história mundial tantas comemorações e aniversários de Constituições como em 1988/1989. É quase inevitável estabelecer comparações: os franceses celebram o bicentenário de sua revolução, os ingleses o 300º aniversário da *Glorious Revolution* (do que, por certo, pouco se tem escutado), os americanos a ‘reentrada’ em vigor de sua Constituição e a eleição de seu primeiro presidente, os italianos o 40º aniversário de sua República e os espanhóis celebram os dez anos de existência de sua nova Constituição. Os alemães nós poderíamos congratular, não sem certa amargura, de poder recordar algo mais que haver provocado, faz agora 50 anos, a Segunda Guerra Mundial: o 40º aniversário de nossa Lei Fundamental. Com independência da alegria e orgulho justificados que desperta o fato de nos encontrarmos diante da Constituição ‘mais liberal’ de nossa história, não há que esquecer que tampouco a Lei Fundamental caiu do céu, surgiu sem nada mais, se conseguiu sem luta. É necessário recordar que a Lei Fundamental surgiu em meio a constantes enfrentamentos com as forças restauradoras por uma parte e com os aliados, por outra e teve que ser literalmente conquistada.”<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup>. PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e secularização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 113-114.

<sup>54</sup>. SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15.

Não cabe, aqui, fazer o comentário dessa luta, cumpridamente descrita nesse trabalho, mas apenas, após a transcrição dessa linda abertura, completar a citação com duas passagens que tudo sintetizam a respeito do tema nele abordado. Na primeira, esclarece-se que o grande feito dos alemães foi o de afastar a antiga e arraigada tese segundo a qual eram sempre considerados como “manifestações marginais extra-estatais da Constituição, com um caráter meramente programático. A Lei Fundamental tentou primeiro evitar esta marginalização, essencialmente antepondo os direitos fundamentais em bloco aos demais artigos e dotando-os sem exceção de vinculação jurídica obrigatória em face de todos os poderes estatais. Vista assim, a Lei Fundamental pode ser considerada como a ‘Constituição dos direitos fundamentais’, interpretada e desenvolvida sempre em função dos ditos direitos fundamentais.”<sup>55</sup>

Por fim, em fecho preciso: ...”a Lei Fundamental pode ser em geral definida como a Constituição dos direitos humanos e civis.”<sup>56</sup>

Na segunda passagem, explica como se deu a mudança do sistema anterior para o atual:

“Afastando-se claramente do mero caráter programático dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental, com isso, ao mesmo tempo, não apenas reforçou a vinculação do poder público à Constituição (art. 20, ap. 3, LF) quanto aos direitos humanos e dos cidadãos, como também os acentuou especialmente no texto normativo.”<sup>57</sup>

E, concluindo: “À diferença da anterior tradição constitucional alemã do século XIX e começos do século XX, os direitos fundamentais têm validade não mais pelas próprias leis, mas, ao contrário, as leis têm força pelos direitos fundamentais.”<sup>58</sup>

Reforçando esse entendimento e expondo outros argumentos de inegável pertinência, averba MICHEL PÉDAMON, professor da Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris (Paris II), em livro dedicado ao Direito Alemão:

---

<sup>55</sup>. Ibid., p. 16. <sup>56</sup> É o fato que toda Constituição se elabora em oposição ao regime

<sup>56</sup>. Ibid., p. 17

<sup>57</sup>. Ibid., p. 79.

<sup>58</sup>. Ibid., p. 79.

político que se pretende abolir. Mas para os redatores da Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz*), não se tratava somente de romper com um passado recente e doloroso, tratava-se de exorcisar este período do IIIº Reich que durante doze anos profanou o rosto da Alemanha e ao mesmo tempo seu direito.”<sup>59</sup>

Fizeram-no com tamanho empenho que levaram o princípio da rigidez constitucional ao máximo possível, instituindo o sistema também adotado na nossa Constituição de 1988, das “cláusulas pétreas”, em relação a matérias consideradas de absoluta importância para a sociedade e que por essa razão insuscetíveis de alteração, ainda que mediante regular revisão.

A superioridade dessas normas - e sua imutabilidade -, esclarece o citado autor com propriedade, impede que mesmo a maioria do Parlamento possa submetê-las “a qualquer revisão, enfim e sobretudo para a consagração dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) de toda pessoa humana”<sup>60</sup>.

“Concretização” é a palavra-chave para a melhor compreensão da natureza dos Direitos Fundamentais: o homem concreto, socialmente localizado.

Sobre esse homem concreto, assim se refere JUAN FERRANDO BADÍA:

“A época contemporânea, que está presenciando a conversão ou transformação da democracia política em social, constata também que esta última reconhece os direitos do homem, mas à diferença da democracia liberal-burguesa, os considera como exigências, quer dizer, adquirem uma dimensão imperativa. O homem concreto tem direitos que correspondem a necessidades que, se não satisfeitas, o impedem de alcançar sua plenitude humana. O homem é plenamente

---

<sup>59</sup> PÉDAMON, Michel. *Le droit allemand*. Paris: Presses Universitaire de France, 1985. P. 55. No original: C’est un fait que toute constitution s’élabore par opposition au régime politique qu’elle entend abolir. Mais pour les rédacteurs de la Loi fondamentale de 1949 (*Grundgesetz*), il ne s’agissait pas seulement de rompre avec un passé récent et douloureux, il s’agissait aussi d’exorciser cette période du III Reich qui pendant douze ans avait profané le visage de l’Allemagne en même temps que son droit.”

<sup>60</sup> Ibid., p. 57. No original:....”d’aucune révision, enfin et surtout par la consécration des droits fondamentaux (*Grundrechte*) de toute personne humaine”.

livre quando está liberado de condicionamentos materiais e espirituais. E para isso necessita, este ‘homem concreto’, da intervenção do Estado.”<sup>61</sup>

Nessa linha, e como sempre magistralmente, NORBERTO BOBBIO, ao asseverar com profundidade e pertinência: “O próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status de indivíduo.”<sup>62</sup>

Nas palavras de MIGUEL DE UNAMUNO, deve ser considerado o Homem em sua dimensão de ‘carne e osso’ “el que nace, sufre y muere – sobre todo muere -, el que come y bebe, y juega, y duerme, y piensa, y quiere; el hombre que se va y a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano.”<sup>63</sup>

De qualquer sorte, como afirma PÉREZ LUÑO “o termo ‘direitos fundamentais’ (droits fondamentaux) aparece na França em 1770 no movimento político e cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A expressão alcançou logo especial relevo na Alemanha, onde sob o título de os *Grundrechte* se articulou ao sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política. Este é seu sentido na *Grundgesetz* de Bonn de 1949. Decorre daí que grande parte da doutrina entenda que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais”<sup>64</sup>.

### 3.3. As Liberdades Públicas.

As origens da expressão são longínquas, como assinala M. WALINE, ao comentar o tópico referente à 5<sup>a</sup> regra para a definição de competência judicante “a autoridade judiciária é a guardiã das liberdades públicas”: “Mas desta antiga prevenção, ficou um costume jurisprudencial que faz da autori-

---

<sup>61</sup>. FERRANDO BADÍA, Juan. *Democracia frente a autocracia: los tres grandes sistemas políticos. El democratico, el social-marxista y el autoritario*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1989, p. 106.

<sup>62</sup>. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 68.

<sup>63</sup>. UNAMUNO, Miguel de. *Antología*. México, DF.: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 284.

<sup>64</sup>. PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, op. cit., p. 30-31.

dade judicial, para retomar a expressão tradicional ‘a guardiã das liberdades públicas’, quer dizer, a protetora natural do cidadão contra os atentados da administração ou do governo, contra seus mais garantidos direitos, porque presumidos como os mais importantes.”<sup>65</sup>

Não é definível nem passível de conceituação a liberdade humana. Na bela percepção de GEORGES GURVITCH:

“Não se pode deduzir, nem explicar a liberdade humana, nem tampouco tirá-la de uma construção qualquer. Pode-se tão-somente prová-la, vivê-la, experimentá-la e após descrevê-la. Ela é uma propriedade, uma qualidade primordial, irreduzível da existência humana, tanto coletiva quanto individual, flama subjacente a toda obra, ação, reação, conduta, realização. Ela pressupõe obstáculos a superar, resistências a vencer, barreiras a derrubar, realizações a ultrapassar, situações a transformar. Ela é uma liberdade situada, liberdade incrustada no real. Ela é uma liberdade sob condição, liberdade relativa.”<sup>66</sup>

E, nessa belíssima imagem: “Os degraus da liberdade humana são escalonados até o infinito”<sup>67</sup>.

Embora não tenham as três expressões antes examinadas o mesmo significado, já que assentam em conteúdos diversos, representam elas, a nosso ver, a experiência de culturas e realidades próprias de determinados povos, na incessante marcha de libertação do homem.

## À Guisa de Conclusão

A experiência do século que se ultima trouxe à reflexão dos observadores mais atentos novas idéias e fórmulas que vêm impulsionando cada

---

<sup>65</sup> WALINE, M. *Droit administratif*. 5 ed. Paris: Sirey, 1957. P. 83. No original: “Mais, de cette ancienne prévention, est restée une coutume jurisprudentielle Qui fait de l’autorité judiciaire, pour reprendre l’expression traditionnelle <<la gardienne des libertés publiques>>, c’est-à-dire la protectrice naturelle du citoyen contre les atteintes de l’administration ou du gouvernement, contre ses droits les mieux garantis, parce que présumés les plus importants.”

<sup>66</sup> GURVITCH, Georges. *Déterminismes sociaux et liberté humaine*. 2. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1963. p. 90-91.

<sup>67</sup> Ibid., p. 93.

dia com mais vigor a marcha libertária do homem em direção ao terceiro milênio<sup>68</sup>.

Essa formidável marcha se faz basicamente em três colunas de ataque:

a) passagem dos direitos do nível infra para o super (concretização dos direitos constitucionais - tônica de nosso *O devido processo legal tributário*) na linha dos Direitos Fundamentais<sup>69</sup>;

b) no campo da cidadania na dupla perspectiva *ex parte populi* e *ex parte principis* com a integração dos excluídos, de tal modo que a Constituição se faça efetiva a partir de uma Justiça independente e afinada com tal projeto (aspecto que abordamos nos *Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito*), temática que se articula com as Liberdades Públicas (na qual o Estado passa a ser um papel totalmente diverso do que desempenhou em fases anteriores); e, por fim,

c) a 3<sup>a</sup>, que é a dos Direitos Humanos, agora aqui considerados.

Eis que aí também se insere uma de nossas teses mais importantes, qual seja, a de que a teoria e a prática dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e das Liberdades Públicas, longe de se excluírem, se complementam.

São as três rotas da confluência para o autêntico Estado Democrático de Direito. ◆

---

<sup>68</sup>. Veja-se, no particular, a antológica passagem de OTTO VON GIERKE a respeito dos direitos humanos: “Neste sentido, a doutrina medieval já estava, de uma parte, imbuída da idéia dos direitos humanos inatos e indestrutíveis correspondentes ao indivíduo.” (VON GIERKE, Otto. *Teorías políticas de la Edad Media*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 228).

<sup>69</sup>. A conclusão nº 22 desse trabalho está assim redigida: “O juiz moderno (a partir do século XIX) cumpriu o papel de assegurar as liberdades tradicionais. O juiz moderno atual é, antes de tudo, o aplicador dos Direitos Fundamentais inscritos nas modernas constituições. Antes aplicava os Códigos. Agora, além dos Códigos (e acima dos Códigos), aplica a Constituição.” (NOGUEIRA, Alberto. *O devido processo legal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. P. 167). É nessa direção que marcha o direito moderno, como se vê, por exemplo, da Convenção Européia dos Direitos do Homem subscrita em 4 de novembro de 1950, a respeito da qual observa com propriedade JEAN-MARC VARAUT: “A originalidade e a importância dessa Convenção estão em adequar as instituições judiciárias de tal modo que lhe assegurem o efetivo respeito: a Comissão e a Corte Européia dos Direitos do Homem que têm sua sede em Strasbourg.” (VARAUT, Jean-Marc. *Le droit au droit, op. cit.*, p. 240).