

v.1,n.1,maio/ago.2009

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARÁ

# TRTE PARÁ



# Democracia e Direitos Fundamentais: A Síndrome de Ivemark nos poderes federados- um discurso à luz dos direitos humanos

*Elder Lisboa Ferreira da Costa*

*Mestre em Ciências Jurídico Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Portugal. Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca na Espanha. Professor de Direito Penal e Processual Penal.*

## RESUMO

O presente texto aborda aspectos da democracia e suas características fundantes. Trata da questão da tripartição dos poderes e o papel de cada um dos entes federados dentro de um sistema constitucional partindo de princípios de índole democrática.

Aborda-se a questão dos direitos humanos e direitos e garantias fundamentais voltados para um discurso internacional dos direitos humanos baseados nos estudos de Gregório Peces-Barba Martínez.

A síndrome de Ivemark é uma patologia encontrada em seres humanos, considerada uma anomalia. Seus estudos foram transportados de forma metafórica para a democracia, onde o mau funcionamento dos poderes provoca necessariamente disfunções no aparelho estatal, testemunhando uma democracia doente em seus predicados necessitando de revisão para o seu melhor desempenho.

Necessariamente o Brasil vive a síndrome de Ivemark onde a posição dos órgãos está invertida. Com esta patologia temos o aparecimento da Magiscracia com a hipertrofia do Poder Judiciário ditando o que fazer aos outros poderes federados. A disfunção desta democracia demonstra a fragilidade das instituições e das instâncias formais de controle o que é analisado no presente artigo à luz do discurso internacional dos Direitos Humanos.

## PALAVRAS CHAVE

Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Democracia, Síndrome de Ivemark.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com muita honra aceitei o convite do dileto Presidente do Tribunal Regional Eleitoral Desembargador João José da Silva Maroja para escrever um artigo a ser publicado na revista do TRE do Estado do Pará, onde, a partir de agora, se

poderá discutir, fomentar e alocar idéias temáticas de direito. Toda a crítica literária construtiva é válida e, por si merece aplausos.

O tema que me proponho a discutir são os direitos humanos, direitos fundamentais e a democracia. Tais temas devem ter uma leitura primeira e propomos esteja voltada para um discurso internacional dos direitos humanos.

Tenho me debruçado sobre alguns tópicos característicos da democracia e, volvi os estudos sobre a tripartição dos poderes com ênfase na sua aplicação aos regimes democráticos. O papel dos direitos humanos com base em um discurso internacional deverá ser o norte para a avaliação dos regimes.

Noutro ponto analisamos a síndrome de Ivemark. A síndrome é uma patologia que atinge seres humanos de forma congênita. Foram estudadas suas características e aspectos fundantes. Usamos da linguagem metafórica transportando para os poderes federados e para a democracia os conceitos médicos da síndrome de Ivemark.

A pergunta que não quer calar e que ao longo deste texto procuramos refletir: O fenômeno da síndrome de Ivemark ocorre na federação? E ao final propomos modestamente algumas soluções.

## A PEDRA DE TOQUE NA AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O NATURAL

As primeiras manifestações, resquícios ou pressupostos do aparecimento dos direitos humanos<sup>2</sup> remontam à época do Código de Hamurábi<sup>3</sup> (1694 a.C.). A eles são creditadas as primeiras linhas sobre o assunto. Deve-se destacar que os direitos humanos eram concebidos de forma diversa como na atualidade. Todavia, temos que entender que a afirma-

1 - Segundo a doutrina a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais repousa precipuamente de que os direitos humanos são valores universais inerentes à dignidade da pessoa humana. São valores universais próprios e intransferíveis de todos os seres humanos. Os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados por uma ordem constitucional de uma soberania com princípios democráticos. Normalmente esses direitos encontram-se nos preâmbulos das Constituições. Sua modificação só pode ser efetuada pelo poder constituinte originário.

2 - A influência do código de Hamurábi perdura em muitas legislações. Para maiores informações, vide COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. Curso de Direito Criminal. Parte Geral. Arts. 1º ao 120. Belém: Unama, 2007. p. 47.

3 - Puy, Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Santiago de Compostela, destaca na antiguidade os resquícios dos Direitos Humanos na Babilônia no Código de Hamurábi. PUY, Francisco. Retrospectiva de Los Derechos Humanos. Dès Ojém 1989. Anuário de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad. Madrid. 1988-89. p. 168.

ção é somente para pontuar cronologicamente as primeiras manifestações, pois a nomenclatura Direitos Humanos só vai surgir historicamente muito tempo depois.

Devem-se à Grécia,<sup>4</sup> por meio de Platão,<sup>5</sup> alguns ensinamentos a respeito de direitos humanos, afirmando que a lei positivada tinha sua existência no direito natural. Vicente Rão destaca o direito natural:

Se investigarmos o conceito tomístico do direito natural, iremos encontrá-lo apresentado nos seguintes precisos termos: O direito natural, em sentido amplo, compreende o conjunto das regras de conduta derivadas logicamente da lei moral, que fundamentam nossos direitos e nossos deveres em relação ao próximo e à sociedade em geral.<sup>6</sup>

Sófocles na sua obra *Antígona*,<sup>7</sup> do ano 44 a.C., já preconizava a existência de um conjunto normativo superior e imutável, proveniente do direito natural<sup>8</sup>. Aristóteles em sua *Retórica*, já procedia a uma distinção entre a lei particular e a lei comum. A idéia é a de um direito natural que seria anterior à lei positiva e que serve para aferir a validade da justiça, da moralidade e da lei positiva.<sup>9</sup>

No cristianismo, os ensinamentos de Jesus Cristo foi um marco não só para a criação de uma nova religião, mas um divisor de águas entre o Velho e o Novo Testamento. Ressalte-se que embora sendo o centro de toda a nova doutrina que estava por nascer, Jesus Cristo não escreveu uma linha sequer. Paulo de Tarso foi o maior escritor do cristianismo por meio de suas epístolas.

O Direito Natural teve em São Tomás de Aquino um grande expoente como demonstra Wagdi Sabete, sobre o trabalho de Dom Odom Lottin destaca:

O mérito de São Tomás não foi o de relembrar a qualidade inata da lei natural, nem o de tê-la limitado aos primeiros princípios... Mas notando que a lei natural consiste nas diretrizes da razão, teve o grande mérito de ter salientado o caráter intrínseco da lei natural.<sup>10</sup>

No Judaísmo, Deus estabeleceu uma aliança com os patriarcas. Noé, Abraão<sup>11</sup> e Moisés<sup>12</sup>. Esta aliança tinha caráter universal para toda a humanidade e uma visão de igualdade entre os homens. Já pontuamos o aspecto histórico das instituições e legados na formação do conjunto de regras, o qual recebe o nome de direito.

Há ainda a crença de um Direito Natural variável. Kelsen destaca:

A objeção irresponsável de que a doutrina do direito natural ainda não pôde, até ao presente, formular normas da reta conduta com caráter geral, válidas em todas as circunstâncias, sempre e em toda a parte – quer dizer, de que não foi capaz de estabelecer um direito natural imitável –, conduziu à teoria de um direito natural variável.<sup>13</sup>

Os resquícios de notas sobre os direitos humanos devem ser creditados aos povos antigos, onde já se previam normas que hoje são muito próximas dos pressupostos dos Direitos Humanos, embora devam ser interpretadas dentro do seu contexto histórico.

Para se chegar ao grande debate dos direitos humanos é indispensável à citação de dois expoentes de nossa história, pois com seus escritos trouxeram um grande debate sobre o tema direitos humanos. Trata-se embate jurídico ocorrido na Alemanha envolvendo dois expoentes: Saviny e Thibaut, a respeito da codificação das normas. Como destaca Bruhl:

Uma controvérsia célebre envolveu na Alemanha, no começo do século XIX, dois juristas, Saviny e Thibaut, o primeiro, partidário do costume, o outro, da codificação. Saviny, líder da escola histórica, tinha discernido a idéia justa, e que a sociologia contemporânea afirmou segundo o qual o direito procede da consciência coletiva. Daí ele chegar à conclusão de que o costume devia ser preferido à lei, porque constituía expressão direta e pura das aspirações da coletividade nacional. Porém o exame dos fatos é contrário a esta tese. Constata-se, com efeito, que, longe de ser mais flexível que a lei, e de natureza a adaptarem-se mais facilmente as condições novas, o costume tende a incrustar-se, a perpetuar-se e modificar-se com dificuldade. Thibaut, nesse ponto, tinha razão contra Saviny. Aliás, todos os Estados modernos vivem sob o regime da codificação, que, além disso, apresenta sobre o costume, como vimos à grande vantagem de um conhecimento mais rápido e mais seguro.<sup>14</sup>

Aqui se denota a grande problemática entre a lei e o costume. A sociedade dita às normas que deverão processar em sociedade, comunicando à lei que deve adequar-se a essas mudanças. O vetor a ser seguido é a dignidade da pessoa humana, para isto se encarregará os direitos humanos.

### O DIREITO COMO AFIRMAÇÃO SOCIAL E O PACTO SOCIAL. A CONCEPÇÃO DO ESTADO MODERNO

O Direito na verdade é um fenômeno social na afirmação de Bruhl: "O direito é o conjunto de normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo o momento pelo grupo social a que pertence".<sup>15</sup>

O direito na verdade é a representação de todo o saber da comunidade com suas características e nuances. O direito também representa a vontade daqueles que estão no poder e representará a eleição de prioridades abstraídas da concepção de quem está na base da pirâmide. Espera-se que as pessoas que estão no ápice da pirâmide estejam de acordo com os pressupostos e ditames do discurso dos direitos humanos.

Posteriormente, surge o pacto social (Rousseau) para estabelecer entre os indivíduos parâmetros de convivên-

4 - Péricles afirmava que a democracia é o Estado entre nós. É administrado no interesse do povo e não de uma minoria, sendo a igualdade o fato de a lei dar um tratamento idêntico a todos em detrimento dos conflitos particulares.

5 - Platão é um dos primeiros filósofos a defender uma sociedade coletiva dominada pelo Estado como precursora para resolver os problemas de justiça social e a incessante busca de uma sociedade mais justa. 6 - RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Ed. 1991. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 59.

7 - Na peça de teatro *Antígona*. O irmão de Antígona é condenado à morte com a proibição de ser sepultado. Antígona resolve sepultá-lo contra os ordens do poder, invocando uma lei natural superior às ordens dos governantes. (cfr. M. H. DA ROCHA PEREIRA, *Hélade – Antologia da cultura grega*. Editora Coimbra 1982. p. 239-240).

8 - Cícero já tinha uma concepção do direito natural.

9 - AMARAL, Diogo Freitas. *História das Ideias Políticas*. Editora Almedina. Coimbra. 2003. p. 145.

10 - GHABRIEL, Wagdi Sabete. *O Cristianismo e a Origem Intelectual dos Direitos do Homem V.V.A.A.* Almedida. Coimbra. 2003. p. 24. A tradução é livre para o Português brasileiro.

11 - Abraão na verdade é o pai das três religiões monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo.

12 - PUY, Francisco. *Retrospectiva de Los Derechos Humanos. Dès Ojém 1989. Anuário de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad. Madrid. 1988-89, p. 168. Afirma que foi com a Torá de Moisés que se teve no judaísmo o toque dos Direitos Humanos.*

13 - HANS, Kelsen. *A Justiça e o Direito Natural*. Almedina. Lisboa. 2001, p. 135. Tradução livre do autor.

14 - LÉVY, Bruhl Henri. *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 58.

15 - LÉVY, Bruhl Henri. *Sociologia do Direito*. Martins Fontes. São Paulo 1997. p. 20.

cia humana com o fito de dirimir conflitos, estes passando a ser resolvidos de forma coletiva. O surgimento de normas comuns deveria ser obedecido por todos e estabelecer os limites de liberdades<sup>16</sup> entre os homens. Surge, portanto, a concepção do Estado Moderno.<sup>17</sup> Historicamente se deve a Maquiavel ser o primeiro técnico da política que a considerou como técnica.

No início do Século XVIII, a revolução industrial vai estabelecer um novo paradigma no pensamento europeu, posto que com a nova doutrina preconizada por Montesquieu e Rousseau, vai desembocar no maior acontecimento da Idade Contemporânea - a Revolução Francesa.<sup>18</sup>

Há um grande problema em relação à afirmação dos direitos sociais. Estes direitos são vistos pelos operadores do direito como sendo de segunda categoria, quando comparados a outros direitos estampados na Constituição Federal. Trata-se de uma visão míope e deturpada desses direitos. A propriedade privada tem sido um grande entrave para a afirmação dos direitos sociais.

A base da do sistema capitalista é a propriedade e tem sido a mola propulsora das desigualdades sociais. Ferreira Filho destaca:

A propriedade privada é à base do sistema capitalista moderno, tanto é verdade que a crítica vê na propriedade a fonte da escravidão do homem e pretende que sua abolição libertaria todos os indivíduos de seus grilhões.<sup>19</sup>

Os mecanismos de suporte dos direitos sociais em contraposição aos direitos individuais, por exemplo, tem encontrado resistência até no poder judiciário. Alguns chegam até e entender que os direitos sociais no seu âmago são cláusulas programáticas.

A crítica feita ao Estado por Marx de que no sistema capitalista os interesses são na verdade antagonicos, tornando inviável a realização do bem comum<sup>20</sup> o que inviabilizaria um direito justo.<sup>21</sup> Mais tarde verificar-se-ia que o ilustre pensador teve um erro em sua análise, pois a diversidade entre os seres humanos será palco de discussões em torno de melhorias a todos os cidadãos e o antagonismo será motivo de aproximação.

Quanto a isto, o maior inimigo do rei não são seus inimigos ou o exército rival. Seu maior inimigo os bobos da corte, pois só diz aquilo que o rei quer ouvir.

### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÓTICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL

O estabelecimento de uma sociedade humana com o passar do tempo em decorrência da multiculturalidade passa a vi-

ver sob o comando de regras estabelecidas pelo Estado, sob os auspícios e comando da norma jurídica. Nasce o direito positivo com características próprias de cada povo segundo seus costumes e tradições e, principalmente os dados culturais serão imprescindíveis para a formação do novo direito. A cultura de cada povo irá desenhar a formação do direito positivo.

Deve ser afastada qualquer conotação e possível convivência dos direitos e garantias fundamentais com constituições autoritárias, daí a democracia, como visto, ser a pedra de toque para o reconhecimento desses direitos.

Posteriormente, os ideais do regime de direitos baseados nos direitos fundamentais, superiores ao do Estado, forma corpo legiferante. Na verdade os direitos fundamentais surgem para proteção dos cidadãos contra os abusos do próprio Estado. Os ideários de Buda trouxeram novos paradigmas para a conformação dos direitos humanos. Destaca Moraes:

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e na Mesopotâmia no terceiro milênio a.C, onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O código de Hamurábi em 1690 a.C, talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra a dignidade, a família, prevendo igualmente a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pode ser sentida com a propagação das idéias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C). Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com a concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade de igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles)<sup>22</sup>.

Com o aparecimento das cidades tivemos o aparecimento do Estado e das soberanias. Em fase posterior houve a necessidade de aproximação dos discursos, pois a conflituosidade entre os povos passou a ser uma constante. A existência de conflitos entre os povos e as soluções começa a ser concebida por regras internacionais de mútuo consentimento. Esta é a concepção contemporânea de resolução dos conflitos<sup>23</sup>. Em Rousseau temos plasmada a idéia de soberania popular, onde o importante estudioso faz apologia à democracia direta.

16 - A liberdade sempre foi um problema para a humanidade.

17 - Com o recrudescimento do capitalismo mercantil na Europa principalmente em soberanias como a Inglaterra e França e, posteriormente, na Itália. A concepção do Estado Moderno surgiu no século XV com a concepção e sob os escritos de Maquiavel. As principais características do Estado Moderno são a soberania e a dicotomia entre Estado e Sociedade Civil.

18 - Afirmamos ser o maior acontecimento contemporâneo, pois os historiadores ainda não encontraram outro evento histórico de singular importância em que a história pudesse ser dividida em idade pós-contemporânea.

19 - SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

20 - O bem comum é um conceito próprio do pensamento político católico base da doutrina social da Igreja. Do ponto de vista filosófico, seus maiores teóricos são São Tomás de Aquino e Maritain. O termo "bem comum" é de origem medieval e São Tomás identifica-o como a suficiência de bens materiais e com a vida feliz e virtuosa compartilhada por todos. Maritain utiliza o conceito para opor-se ao individualismo de matriz liberal e ao coletivismo de matriz marxista, identifica-o como "bem estar humano da multidão", afirmando que ele subentende e exige respeito aos direitos fundamentais das pessoas. ABBAGNANO., Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Martins Fontes. São Paulo. 2007. p. 124. A Igreja por meio dos Papas tem mostrado a dignidade da pessoa humana como mola propulsora dos direitos humanos. Esta preocupação deu-se primeiramente com a encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, no ano de 1891. Mais tarde Pio XII, teve destaque nesta reflexão com a encíclica *Quadragesimo Anno*. Em 1965 houve o Concílio Vaticano II, onde o Papa Paulo VI declara a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, a respeito da Igreja e o Mundo atual, e a Declaração *Dignitatis Humanae*, sobre a liberdade religiosa.

O Papa João Paulo II teve um dos mais longos pontificados publicou a encíclica *Laborem Exercens*.

Para a crítica dos direitos humanos temos a chamada teoria do direito natural clássico de Aristóteles e São Tomás de Aquino do Professor Michel Villey, que segue o mesmo pensamento de Burke. Michel Villey. *Compendio de Filosofia del Derecho*. Definiciones y fines del derecho, Euns, Pamplona, 1979.

21 Logicamente aceitar o posicionamento de Marx é não aceitar o âmago da lei que busca sempre a justiça. Nesse particular verificou-se posteriormente o pensamento equivocado de Marx.

22 - MORAES., Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo. Atlas. 4ª Edição. 2002. p. 25.

23 - Os Estados Modernos quando pugnam pela solução de conflitos baseadas em regras internacionais, não deixam de ser soberanos e muito menos há diminuição de sua soberania.

Para a pacificação dos conflitos não se pode tentar soluções isoladas. Daí surge à necessidade de um discurso internacional dos direitos humanos para a mediação dos interesses nas nações.

Todos esses acontecimentos têm dado ao Direito Internacional uma característica de um Direito das Gentes, sua função precípua seria regular a relação entre os Estados<sup>24</sup>, provocando uma relação interestatal com funções que fomentem a boa relação dos Estados em procurarem interesses comuns. Quando a norma interna não busca uma solução baseada em um discurso internacional dos direitos humanos, o cidadão encontra guarida no plano global, em decorrência de sua dupla nacionalidade. Tal assertiva é afirmada pela Professora Anabela Rodrigues:

A definição de humanidade esboçada através do conceito de direitos humanos concretiza-se com a proibição fundadora de crime contra a humanidade, no caso o indivíduo ganha dupla nacionalidade a nacional e a internacional<sup>25</sup>.

Beck afirma com propriedade: "El Estado nación ya no es capaz de manejarse en un mundo de riesgo global, por lo que es preciso que se desarrolle la cooperación internacional entre Estados".<sup>26</sup>

Segundo Mazzuoli, o Direito Internacional "tem ele hoje um alcance muito mais amplo, visto que se ocupa da conduta dos Estados e dos organismos internacionais e de suas relações entre si, assim como de algumas de suas relações com as pessoas naturais ou jurídicas"<sup>27</sup>. Com a entrada em vigor do Estatuto de Roma<sup>28</sup> em 1950 promulgou a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Uma das alternativas para a solução dos conflitos é a apresentação de demandas é o recurso às cortes internacionais, dentre elas a Corte Interamericana de Direitos Humanos com sede na Costa Rica, cujo objetivo é a aplicação e interpretação sobre direitos humanos.

Os Estados signatários que tenham ratificado a convenção se submetem a uma jurisdição internacional na qual as soberanias devem adequadamente as diretrizes dos direitos humanos<sup>29</sup>. Se não o fizerem estarão sujeitas as determinações da Corte Interamericana.

O Direito Internacional ganha uma nova fase. Há nitidamente um processo de internacionalização do Direito como afirma Peces Barba:

Hoy, una identificación de los derechos humanos es im-

posible sin considerar esta dimensión internacional com la que se presentan. Se trata de un proceso incompleto y que se sitúa también en un ámbito jurídico, el de la comunidad internacional, que carece de un poder político que garantice plenamente la eficacia de ese ordenamiento, encontrándose en una situación similar a la poliarquía medieval, es decir, en un momento previo a la formación del Estado en el mundo moderno".<sup>30</sup>

É óbvio que pode acontecer dos interesses internos dos povos serem contrariados, mas de certo que um interesse maior deve preponderar. Os interesses estarão a partir de agora vinculados a perpetuação da raça humana no planeta<sup>31</sup> e, esses interesses devem estar acima de quaisquer interesses locais, como afirma Paulus: "A codificação dos Direitos Humanos e o desenvolvimento do Direito Penal Internacional progredem em paralelo, embora a relação entre eles de modo nenhum esteja livre de tensões".<sup>32</sup>

### ATERMINOLOGIA DIREITOS HUMANOS

O professor Italiano Norberto Bobbio traz uma importante contribuição para a terminologia dos direitos humanos quando retrata que a especificação se produz em relação aos titulares dos direitos e também com o conteúdo dos mesmos e tem uma conexão indiscutível com sua consideração como um conceito histórico<sup>33</sup>, ou seja, está inserto na cultura política e jurídica moderna. E finalmente podem alcançar o sentido do consenso que integra a moralidade tradicional do direito.<sup>34</sup>

Diante da terminologia dos direitos humanos destaca que Bobbio retrata a impossibilidade de tratar-mos os direitos humanos de forma absoluta, pelo menos em termos de sua conceituação, e, destaca dificuldades: ser um fenômeno heterogêneo, a terminologia dos direitos humanos extremamente vaga, e uma antinomia entre os direitos invocados pelas pessoas. Daí ser essa contribuição fundamental para a democracia.

Retratamos o trabalho de Brito citando Bobbio, quando destaca o ponto comum para essa identificação: retrata o autor:

Por esses motivos, acredita Bobbio, que, ao contrário de um fundamento, é possível identificar diversos fundamentos e, que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.<sup>35</sup>

Para a identificação desta liberdade identificamos a liberdade promocional, o método mais adequado o das necessi-

24 - *A Concepção de Estado aqui retratada deve ser do Estado Soberano.*

25 - RODRIGUES, Anabela Miranda. *Princípio da Jurisdição Penal Universal e Tribunal Penal Internacional. Exclusão ou complementaridade? Direito Penal Internacional para a proteção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Goethe-Institute de Lisboa. 2003, p. 59. Esclarece a autora de quem fala de dupla nacionalidade é Mario Bettati*

26 - BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global. Madrid: España Editores, 2002. p. 137.*

27 - MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos e Relações Internacionais. Campinas, São Paulo Agá Júris. 2000. p. 33.*

28 - Segundo o Estatuto de Roma, se chega a vincular a escravidão ao exercício dos atributos de direito de propriedade sobre uma pessoa. Art. 7.2. e também a Conferência em Durban em 2001 que condena energicamente a escravidão e práticas análogas a escravidão que ainda seguem existindo.

29 - Os Estados signatários por meio do artigo 61 da Convenção podem fazer com que demandas cheguem até a Corte. A via é a reparação de danos quando os Estados signatários não cumprem com as determinações da convenção.

30 - PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 173.*

31 - *Defendemos que esta perpetuação da raça humana na terra deva ser feita com qualidade de vida.*

32 - PAULUS, Andreas L. *Do Direito dos Estados ao Direito da Humanidade? A instituição de um Tribunal Penal Internacional e o Desenvolvimento do Direito Internacional. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Goethe -Institute de Lisboa. 2003, p. 79.*

33 - *Sobre a historicidade dos Direitos Humanos destaca Fernández Largo: Lo que llamamos humanos no es fruto de un invento puntual ni de la construcción de un genio del Derecho. Se trata, más bien, de un conjunto de exigencias muy dispares entre sí con una historia distinta en cada caso y en edades muy diferentes. Todo ello se ha ido sobreañadiendo y engrosando en el decurso del tiempo hasta nuestros días, en que esa formación continúa y de la que no podemos predecir lo que durará. De ahí que el intento de describir los derechos humanos como un todo homogéneo, sin fisuras y a cuyo nacimiento se le puede señalar una fecha fija, es una empresa vana y generadora de confusión. De ahí que no se pueda tener una idea clara de los derechos humanos sin conocer, aunque sea a grandes rasgos, su propia historia. FERNÁNDEZ-LARGO. Antonio Osuna. Teoría de los Derechos Humanos. Sean Esteban - Edibesa. Salamanca-Madrid. 2001, p. 27-28.*

34 - PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 180.*

35 - BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Trabalho decente. LTR. São Paulo. 2004. p.44.*

dades básicas, preconizado por Bobbio “La necesidad es un criterio que satisface mejor que la capacidad y la calidad de las necesidades, que no a la cantidad o la calidad de la capacidad demostrada en esta o aquella actividad o del trabajo prestado en esta o en aquella obra.”<sup>36</sup>

A terminologia Direitos Humanos tem sua gênese na Segunda Guerra Mundial e, foi plasmada dentro de um contexto a volver os povos a uma nova concepção de relacionamento interestatal.

Os direitos humanos são fruto de uma realidade cultural da vida social e, buscam necessariamente a eficácia para a realização desses objetivos. Peces Barba destaca:

Pero los derechos humanos son una realidad cultural de la vida social y, por consiguiente, persiguen la eficacia en la realización de sus objetivos lo que, como hemos podido constatar, en nuestro análisis, les vincula con la realidad del poder, aunque surjan para limitarlo, con un poder institucionalizado, es decir, que es capaz de asumir esos valores morales que fundamentan la idea de derechos, y convertidos en valores políticos, en objetivos o fines de ese poder político, que lidera y orienta la vida en una sociedad determinada. Normalmente, el consenso moral, por la reflexión de sus teóricos y doctrinarios y por la acción práctica de legisladores, jueces, funcionarios o ciudadanos que deciden esa incorporación, lo que supone en algún momento actos de voluntad.<sup>37</sup>

São Tomás de Aquino, doutor da Igreja<sup>38</sup> católica, estudioso fundamental para a elaboração do conceito de Direitos Humanos plasmou a concepção Boeciana de pessoa adotada pelo santo da Igreja Romana, tendo como escopo a tese do bem comum e de uma vida digna para todos os homens<sup>39</sup>, ao mesmo tempo dá ênfase à dignidade do trabalho e do trabalhador. Esta é a contribuição do cristianismo para a formatação de uma definição dos direitos humanos. O cristianismo<sup>40</sup> prega que nenhum ser humano possui maior dignidade do que os demais, estando todos em um mesmo patamar.

Historicamente os direitos humanos confirmam o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana consistindo no principal direito fundamental plasmado em quatro valores mesclados, que coincidem com sua justificação: *liberdade, igualdade, segurança e solidariedade*. Estes prolongam a vida social dos indivíduos dando efetivamente dignidade ao homem.

A dignidade é algo intrínseco a todo ser humano e dele

não se desprende em nenhuma hipótese. Sarlet destaca:

Inicialmente, cumpre salientar – retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana.<sup>41</sup>

Se há uma universalidade em relação à terminologia dos direitos humanos é o caminho da dignidade da pessoa humana. Afirmamos que esta dignidade não varia em nenhum lugar do mundo e, portanto universal.

Kant afirma que a pessoa humana está acima de tudo e que nela se centra o sentido de todo o sentido da existência. Na interpretação de Sarlet, traçando o perfil dos ensinamentos de Kant destaca:

Ainda segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra coisa equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.<sup>42</sup>

A noção de direitos humanos teve sua expansão histórica de forma sucessiva. Semer, citando Flávia Piovesan retrata:

A noção de direitos humanos expandiu-se historicamente. Como ensina Flávia Piovesan, é possível compreender-se os direitos humanos em gerações sucessivas que foram se agregando umas às outras, sendo a primeira versando sobre direitos relacionados à liberdade (direitos civis e políticos), seguindo-se outra relacionada à igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais e uma terceira, vinculada à solidariedade (direito ao desenvolvimento, à paz e à autodeterminação). Nem mesmo se pode dizer tenha esse desenvolvimento chegado ao fim – como adverte José Damião Trindade, é justamente mantendo-se como força crítica da sociedade, que o discurso dos direitos humanos compreendeu o seu papel transformador.<sup>43</sup>

Portanto, o papel dos direitos humanos no plano internacional em transformar as democracias será vital para o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Caberá às democracias entender que se alguma disposição interna contrariar normas fundamentais, utilizar meios e critérios de superação desses obstáculos à eliminação das desigualdades dos cidadãos.

36 - Citado por PECES BARBA. *Lecciones de derechos fundamentales. Colección de derechos humanos. Madrid: Dykinson, 2004. p. 290.*

37 - PECES BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 209. Disto depende a eficácia dos direitos fundamentais, que se realiza através do Direito, onde assume primeiramente valores éticos, depois políticos, convertendo-se em jurídicos, organizando a convivência social com o fim de desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o direito.*

38 - São Tomás de Aquino foi um personagem da Igreja, fundamental para a elaboração do conceito de Direitos Humanos; elaborou a concepção Boeciana de pessoa, sendo adotada pelo santo da Igreja Católica, adotando a tese do bem comum e de uma vida digna para todos os homens, ao mesmo tempo dá ênfase à dignidade do trabalho e do trabalhador. A definição Boeciana de pessoa foi integralmente adotada por São Tomás de Aquino na *Suma Teológica*, com expresso recurso aos conceitos de substância, ou hipóteses. Para ele o homem seria um composto de substância espiritual e corporal. Foi sobre esta concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. E essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito Universal de Direitos Humanos. São Tomás de Aquino ensina, com maestria, que a Lei Natural, é a participação dos seres humanos criados à imagem e semelhança de Deus, possuindo uma razão interna e uma inclinação natural para os seus fins. Damos a isto o nome de lei natural. Esta lei possui um vetor principal, praticar o bem e evitar o mal. Decorre então a necessidade de criar a lei feita pelo homem para aplicar a lei natural fazendo o bem a todos os homens.

39 - Esta é plasmada na máxima que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e, não pode haver diferenças entre os seres humanos.

40 - Há uma dificuldade da nomenclatura dos direitos humanos retratada pelo cristianismo. Jesus Cristo, a figura central da doutrina, em algumas passagens bíblicas prega a resignação a um estado e sistema de coisas, às vezes impedindo a completude do conceito visto por esse ângulo.

41 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002. p. 43.*

42 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002. p. 33.*

43 - SEMER, Marcelo. *Direito Penal e Direitos Humanos: Uma história de paradigmas e paradoxos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 69. Nov/Dez. 2007. ano 15, p. 97.*

## DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A vinculação de um elenco de direitos tem sua gênese no direito natural<sup>44</sup> e na própria evolução histórica. Estariam insertos em qualquer sociedade, seria aquilo que conhecemos como senso comum, inerentes a todos.

Os Direitos Humanos têm uma concepção ampla, estes valeriam em todos os tempos, em qualquer espaço e território. Dentro desses atributos estão também os direitos da personalidade derivados dos atributos da pessoa humana, que lhe são características intrínsecas aos seres humanos.

Sobre este aspecto Haba destaca em determinar quais são os direitos humanos e da conclusão sobre a divergência sobre esta concepção.

Sobre la manera de determinar en general cuáles son los DH, y más aún acerca de conclusiones concretas en esa materia, existen y han existido divergencias, fundamentales a veces. No hay una respuesta única. En todo caso, se podría decir que en la etapa histórica actual la enumeración, por lo menos de labios para afuera, con respecto a un núcleo básico de ellos (por ejemplo, hoy nadie se atreve a defender públicamente el uso de la tortura). A pesar de todo, justo es reconocer que desde el punto de vista metodológico sigue dejando que desear el nivel de precisión con que es tratado el concepto de DH.<sup>45</sup>

Todavía, quando estes direitos são reconhecidos pelo direito positivo de cada Estado-Nação ganha no preâmbulo de cada constituição o nome de direitos fundamentais, vinculados a uma concretude reconhecidos pelo Estado democrático.<sup>46</sup> O Estado-Nação é uma realidade política em crise, pois não é capaz de, sozinho diante da globalização resolver os problemas, por isso há o fenômeno de descentralização interna, se agrupando em unidades geoestratégicas, promovendo tratados, uniões políticas como a ONU. Deve-se ter em mente a compreensão dos direitos fundamentais e dos temas compartilhados para a sua perspectiva. Guerra Filho destaca:

A exata compreensão desse objeto de estudo, os direitos fundamentais implicam abordagem de temas compartilhados com a filosofia jurídica e política, como são aqueles dos direitos humanos, numa perspectiva pragmática, que busca menos a ênfase na sua importância – já evidenciava por dois séculos de discurso a respeito – do que os meios de sua realização. (Bobbio, 1992).<sup>47</sup>

A experiência de duas guerras mundiais necessariamente deveria aproximar os povos para uma convivência mútua e pacífica. Todavia, não basta somente esta terminologia, deve haver uma especificação.

Peces Barba nos descreve com propriedade esse efeito, partindo dos estudos de Norberto Bobbio, destacando:

En efecto, el proceso de especificación, terminología

aportada por Bobbio, supone una ruptura con el modelo racional y abstracto, y una cierta aproximación al modelo pragmático inglés, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, con la de las personas situadas como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, etc., y al matizar también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, etc.<sup>48</sup>

Houve uma positivação dos direitos econômicos e sociais com base no direito internacional. Destaca Puig.

Si bien el concepto de derechos económicos y sociales y su inserción en las constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales datan de fechas relativamente recientes, hay que destacar que la concreción de la idea de derechos, en el campo internacional, se ha realizado con anterioridad a la de los derechos civiles y políticos. Su aparición se produce en 1919, con la creación de la organización Internacional de Trabajo (O.I.T), surgida del Tratado de Versalles (capítulo XIII). En aquel entonces fracasó de la tentativa de formulación inmediata de tales derechos, acometida por la Comisión de Legislación del Trabajo de la conferencia de los preliminares de la paz, debido a la posición de algunos gobiernos en el seno de la conferencia plenaria.<sup>49</sup>

Os interesses locais não devem ser esquecidos ou mesmo desprezados, todavia deverá haver uma adequação em detrimento dos interesses gerais que serão objeto do Direito Internacional. Nesse sentido afirma Ramos:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos visa antes de tudo a proteção do indivíduo. O Estado não possui interesse material algum a ser protegido; pelo contrário, possui uma série de deveres de respeito e garantia dos direitos humanos.<sup>50</sup>

A amplitude do discurso dos Direitos Humanos está representada principalmente nos discursos das Nações Unidas e, em outros tratados internacionais cujo objeto principal é a harmonização dos povos e respeito mútuo.

Não há discurso de interferência nas soberanias ao firmarem os tratados, mas um discurso de integração e respeito recíproco, respeitadas as diferenças e procurando pacificar os conflitos externos ou internos. A conflituosidade pode estar relacionada a conflitos entre nações soberanas, ou contendas internas entre grupos rivais relacionadas ao poder local.

Portanto, haverá a necessária intervenção de organismos internacionais como as Nações Unidas, onde as soluções possam estar direcionadas à solução pacífica coadunada aos direitos humanos.<sup>51</sup>

As diretrizes do discurso de direitos humanos se centram na preocupação na existência de um “estado cosmopolita”. Giddens destaca sobre os fatores que contribuem para a globalização<sup>52</sup> destacando: “Cuáles son las causas que explican

44 - Sobre o direito natural São Tomás de Aquino é um grande expoente.

45 - HABA, Enrique P. *Derechos Humanos o Derecho Natural? Metacrítica de una Crítica Iusnaturalista a la Noción de Derechos Humanos*. Anuario de Derechos Humanos. . Aranzadi.

46 - Quando tocamos no Estado Democrático de Direito, afirmamos que todos os direitos são decorrentes da liberdade plena, e esta só pode ser concebida pelo regime democrático e, daí plasmou nosso conceito.

47 - GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direito Fundamental*. São Paulo. Celso Bastos Editor. 2ª Edição. São Paulo. p. 30.

48 - PECES BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 155.

49 - PUIG, Carmen Martí de Veses. *El Proceso de positivación de los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho Internacional*. Anuario de Derechos Humanos 3. Facultad de Derecho da Universidad Complutense. Madrid. 1984-85. p. 175.

50 - RAMOS, André Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro. Renovar. 2004. p. 13.

51 - Nesse particular, lamentamos o posicionamento da Organização das Nações Unidas quanto ao conflito entre Estados Unidos e Iraque sobre a retirada das tropas americanas do I Iraquiano.

52 - David Held, citado por Giddens em 1999, afirma: “Han revisado la polémica, dividiendo a sus participantes em tres escuelas de pensamiento: los escépticos, los hiper globalizadores y los transformacionistas. Não entraremos em maiores detalhes sobre as características de cada um. Para mais informações vide: GIDDENS, Antony. *Sociologia*. Alianza Editorial. p. 79. A globalização é um processo no qual a vida social nas sociedades é cada vez mais afetada por fatores e influências internacionais e a forma mais eficaz de globalização é a econômica. Denota-se nos tempos atuais onde a crise americana alastra-se por todo o mundo.

el auge de la globalización? Como hemos visto, la explicación de cualquier cambio social resulta completa, pero no es difícil señalar algunos de los factores que están contribuyendo al aumento de la globalización en el mundo contemporáneo; entre ellos los avances de la tecnología de la información y la comunicación y los factores económicos y políticos.<sup>53</sup>

Teremos inevitavelmente um discurso internacional de proteção dos direitos e garantias individuais. Neste particular destaca Habermas:

A discrepância entre o conteúdo dos clássicos direitos de liberdade, ou seja, direitos humanos, e a validade limitada de suas concretizações através do direito – que se restringem a um Estado nacional revela que o sistema dos direitos, fundamentando discursivamente, ultrapassa o nível de um único Estado democrático de direito, tendo como alvo a globalização dos direitos. Kant já entrevira, com razão, que o conteúdo semântico dos direitos fundamentais exige um “estado cosmopolita” fundado no direito internacional. No entanto, para transformar a declaração dos direitos do homem, da ONU, em direitos reclamáveis não bastam tribunais internacionais, pois estes só poderão funcionar adequadamente quando a era dos Estados soberanos singulares for substituída por uma ONU capaz, não somente de tomar resoluções, mas também de agir e de impô-las.

Em conclusão, há inevitavelmente um discurso internacional de direitos humanos, cujo principal vetor se baseia na dignidade da pessoa humana e volver as suas necessidades para a convivência e bem estar comuns.

### O BRASIL E A DEMOCRACIA

No Brasil a implantação da democracia veio com a constituição cidadã de 1988, impondo uma derrota no regime autoritário ausente de participação popular. O povo passa a ser o cerne de toda a atividade estatal e o bem comum interesse de todos, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, como explica Flávia Piovesan:

Preliminarmente, cabe considerar que a carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.<sup>54</sup> Desde o preâmbulo, a carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).<sup>55</sup>

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se plasmados no texto constitucional. No Brasil há a nítida falta de efetividade desses direitos aos cidadãos<sup>56</sup>. O que se passa? Como proceder diante de uma realidade tão distante daqui-

lo que está escrito nas leis?

Alexis de Tocqueville<sup>57</sup> alerta sobre os estudos da democracia, onde a visão deixa de ser jurídica e passa ao aspecto sociológico. A democracia é a conjugação da liberdade com a igualdade. Entende o estudioso por igualdade tanto a igualdade jurídica como a igualdade social, em particular a idéia de Thomas Paine relativa aos esforços que a sociedade deve realizar para dar aos pobres uma ajuda que lhes permita elevarem-se acima da sua condição.<sup>58</sup>

Habermas explica com maestria de que a solução para a implantação das políticas públicas passa pela participação de todos os atores representada pela democracia participativa. Na democracia deve acontecer o envolvimento de todos os atores do processo para exercício da cidadania plena. A discriminação de qualquer cidadão ou classe representa uma afronta aos direitos e garantias fundamentais e obstáculo para a efetivação de uma justiça plena e que alcance todos os cidadãos.

### A DEMOCRACIA. A CONCEPÇÃO DE POVO. GÊNESE DE TODAS AS SITUAÇÕES

Ab initio, vamos estabelecer os vetores pelos quais a discussão será pautada. Volveremos como norte e bússola norteadora o Estado Democrático de Direito<sup>59</sup> e a partir daí, pautar qualquer discussão sobre o assunto deverá conter essas bases.

A democracia é hoje um regime de envergadura planetária, mas nem por isso é um regime que não encontre problemas a serem resolvidos para que haja a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Como afirma Fabre, a política e a idéia constitucional foram invenções gregas e, daí deriva a concepção de democracia<sup>60</sup>.

Sabe-se que a democracia praticada em Atenas era a democracia direta onde os cidadãos participavam direta e ativamente das decisões. Essa concepção era pensável, por duas razões, a primeira pelo quantum populacional, a outra em razão do tamanho do territorial da polis permitindo uma maior interação entre os cidadãos.

Segundo Souto Maior, atribui-se a Clístenes a instituição de um curioso sistema para prevenir tiranias. Quando alguém era considerado perigoso para a segurança do Estado a Eclésia ou Assembléia do Povo poderia desterrá-lo por dez anos sem perda de suas propriedades e com o direito de reintegração nos seus direitos Cívicos. A esse sistema deu-se o nome de ostracismo<sup>61</sup>.

Na Grécia no ano de V a.C., no chamado século de Péricles, como afirma Comparato, nasce a filosofia, onde foi substituído o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade crítica racional da realidade.<sup>62</sup>

Os estudos sobre a noção de povo já estava dissociada de

53 - GIDDENS, Antony. *Sociologia*. Alianza Editorial. Madrid. 2006. p. 70.

54 - PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 9ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 25. Para maiores informações sobre o fenômeno, a autora cita *arrazoado de Caçado Trindade sobre a matéria*.

55 - PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 9ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2008 p. 26.

56 - Recentemente em Belém do Pará crianças morrem em hospitais públicos à mingua sem qualquer assistência médica. *Autoridades do Estado assistem a tudo passivamente como se nada estivesse acontecendo. Problemas gravíssimos de direitos humanos e, se algo não for feito, podem chegar à Corte Interamericana de Direitos Humanos*.

57 - *Afirma o estudioso que à medida que as condições se tornam cada vez mais iguais num determinado povo os indivíduos parecem menores e a sociedade parece maior*.

58 - AMARAL, Diogo Freitas. *História das Idéias Políticas*. Editora Almedina. Coimbra. 2003. p. 100.

59 - *Não será analisada a questão dos direitos humanos em países totalitários. Utilizamos como parâmetro, até para não termos maiores discussões, entendemos um país totalitário que diga ser republicano, e a ausência de eleições, ou quando as mesmas se tornaram viciadas*.

60 - MAIOR SOUTO, A. *História Geral*. Companhia Editora Nacional. São Paulo. 12ª Edição. São Paulo. A democracia não seria a solução de todos os problemas, ao contrário ela traz a diversidade de pensamentos, permite que todos se expressem livremente e isto provoca inevitavelmente a conflituosidade. Na verdade a democracia deve conjugar o convívio de todos de forma plausível, sem abrir mão de suas diferenças.

61 - MAIOR SOUTO, A. *História Geral*. Companhia Editora Nacional. São Paulo. 12ª Edição. São Paulo. p. 80.

62 - COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2001. p. 9.

multidão desde o século XVII. Esses estudos segundo Fabre foram propostos por Althusius e mais tarde com o arremate de Suarez assim descrevendo:

A democracia era caracterizada ao mesmo tempo como uma ortocracia (uma constituição reta) e como uma demofilia (amor ao povo). (...) Nesse imenso edifício, o corpo do Estado é, dizia ele, o povo, ou seja, o conjunto dos cidadãos. Somente o povo possui o poder de mando denominado “direito de majestade (jus majestadis); este, conforme afirmava Althusius, é indivisível, intransferível, portanto inalienável e imprescritível. Em suma, o povo que no Estado, detém a “majestade” é soberano.<sup>63</sup>

A razão filosófica da democracia repousa no argumento principal de que o povo é reconhecido como soberano. O sentido da verdadeira democracia será, portanto que todas as decisões tomadas deverão basear-se no verdadeiro destinatário de todas as atividades promovidas pelo Estado, ou seja, - o povo e, somente para ele deve haver a destinação das políticas públicas. Nesse sentido Goyard Fabre destaca:

Ao percorrermos a genealogia filosófica da democracia, o esclarecimento conceitual do termo “povo”, adquire como acabamos de ver, uma importância primordial. Contudo, ele é insuficiente, pois o governo do povo, pelo povo exige que o corpo do povo seja reconhecido como soberano. Ora, exceto quando nos referimos a uma democracia direta em que a assembléia do conjunto dos cidadãos decide, sem intermediários, medidas a tomar ou ações a empreender, a noção de soberania do povo é complexa. Ela brotou de longos debates teóricos e práticos cujo caminho esteve sempre coberto de dificuldades e insucessos.<sup>64</sup>

A democracia deve ser exercitada com bases a reconhecer a soberania do povo como um corpo legiferante, quer nas democracias onde a mesma é exercida diretamente ou por meio dos seus representantes escolhidos de forma democrática por meio de eleições livres. Isso exige a alternância no poder<sup>65</sup> e eleições livres.

No Estado Democrático de Direito o debate centra-se na questão do poder, refletido de forma legítima<sup>66</sup> onde posamos ter os direitos e garantias individuais afirmados. Este está intimamente ligado à cidadania onde todos em iguais condições possam escolher seus dirigentes livremente.

Este fenômeno é a representatividade do espelho que já foi objeto em outro texto por nós publicado. Como num espelho temos de um lado a parte que reflete, é a escolha dos representantes alocados nos partidos políticos e seus programas de governo feita por voto direto e secreto. O outro lado do espelho é onde se encontra todos os interesses da classe que está no poder e que não pode ser vista pelo outro lado.<sup>67</sup>

Nesta representação deve-se analisar sempre os discursos da classe dominante e verificar se a praxis representa o direcionamento voltado para o bem estar do povo. A legislação depois de positivada é justa sempre para a classe dominante, para os dominados estará impregnada de defeitos e regras mal colocadas, daí deriva o antagonismo no regime democrático.

Por isso, a elaboração de leis deve ter como regra o bem estar do povo por meio do respeito aos direitos e garantias individuais e aos direitos sociais. A democracia está intimamente ligada aos direitos fundamentais e estes resultam de uma estruturação autônoma e merecem uma proteção jurídica. Como afirmado por Jungen Habermas:

Los derechos fundamentales (independientemente del contenido concreto que tengan) que resultan de la estructuración autónoma de la misma protección jurídica individual para cada uno de los miembros, o sea de la posibilidad de ejercitar los derechos subjetivos.<sup>68</sup>

Todavia, a afirmação das democracias não tem sido fácil. O regime democrático passa por uma crise sistêmica nos seus predicados. Estes predicados estão baseados em uma tríplice vertente cujos ensinamentos estão fincados em Montesquieu, onde previu a tripartição dos poderes, prevenindo que, cada poder terá um papel dentro de uma forma de governo<sup>69</sup> adaptada para cada cultura dentro das hipóteses monarquia ou república. A crise desencadeada se verifica quando um poder legitimamente constituído, não realiza seu papel delineado na constituição, provocando em determinadas situações a hipertrofia do outro.

A preocupação com determinadas situações desencadeadas no Brasil existe. A inércia dos poderes executivos e legislativos em suas funções precípua tem sido a tônica. O Poder Judiciário tem ganhado as manchetes dos jornais, muitas vezes determinando aos outros poderes o que fazer. As ações propostas pelo Ministério Público têm proliferado em todo o país, substituindo o executivo na gestão de políticas públicas<sup>70</sup>.

O Ministério Público e outras instituições legitimadas têm lançado mão de diversos mecanismos para a solução de problemáticas na área social são as chamadas Ações Civis Públicas e os TACs (termo de ajustamento de conduta).

Ora, as ações civis públicas têm proliferado dentro do campo de atuação do Ministério Público pela inércia das instâncias formais de controle que não cumprem o seu papel na sociedade por meio políticas públicas, obrigando o judiciário a entrar no campo de atuação do poder executivo por meio de determinações judiciais.

Verifica-se que se há necessidade de ajustes é por que as condutas estão [des]ajustadas no âmbito dos dois poderes

63 - FABRE, Simone Goyard. *O que é Democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 119.

64 - FABRE, Simone Goyard. *O que é Democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 118-65 - A alternância do poder é a vigia mestra nas democracias modernas, por isso a hipótese de terceiro mandato presidencial para um mesmo governante deve ser rejeitada.

66 - Andrieu a respeito do estudo realizado por Malinowski assevera que o direito é muito mais do que um “maquinário servindo para administrar a justiça em caso de transgressão”. Baseado nos fatos levantados nos diferentes setores da atividade trobriandesa, o elemento jurídico é o que torna efetiva a coerção social sob a forma de um entrelaçamento de cadeias de serviços mútuos, sendo cada um deles prestado com a certeza de uma reciprocidade posterior. A estrita liturgia econômica da pesca mostra-se assim o produto de uma obrigação jurídica e compartilhada. Todos endossam, e não por autoritarismo irrefletido ou por medo da polícia, mas por que sabem que uma recusa persistente de garantir seu serviço os privaria, por sua vez, do indispensável serviço dos outros. O *italico* consta do original. O exemplo acima nos evidencia que a participação de todos os cidadãos no processo torna a vida em comum participativa e melhor para todos. ANDRIEU, Louis Assier. *O Direito das Sociedades Humanas*. Martins Fontes, 2000. São Paulo, p. 46.

67 - Tudo que não se pode ver é o outro lado do espelho, mas que é necessário para que o espelho reflita. Esses são todos os problemas da democracia.

68 - HEBERMAS. *Jugen. El estado democratico de derecho. Anuario de Derechos Humanos*. Volumen 2. Facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid. 2001. p. 453.

69 - Quando falamos que cada um tem um papel dentro da formatação institucional podemos parafrasear a música “cada um no seu quadrado”. Haverá a hipertrofia de outro poder quando dentro de regras previamente estabelecidas começa a fazer o trabalho do outro. Particularmente no Brasil vê-se a hipertrofia do poder judiciário, quando estabelece regramentos a ser estabelecidos por outro poder. Este fenômeno tem sido corriqueiro entre o judiciário e o legislativo muitas vezes pela omissão deste último.

70 - Este fenômeno tem provocado um fenômeno que se conhece como Magiscrécia. Não somos contra a impetração de ações civis públicas e nem dos Tac'sTACs. Todavia são a prova viva de que o modelo de gestão implantado merece reparos.

federados. Há problemas nas entranhas do perfeito funcionamento do órgão federativo.

Denotamos a crítica a esse sistema. As condutas estão em desacordo com o estabelecido na norma? Se as condutas dos gestores estão elencadas no que prescreve a Constituição Federal e num rol de leis e códigos de como devem se comportar perante o trato da coisa pública, por que a necessidade de ajustes?

Perguntamo-nos: A Constituição e leis infraconstitucionais não são suficientes para a afirmação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos? Porque há necessidade de impetração das ações civis públicas e dos TACs para que os administradores cumpram com o seu papel perante a sociedade? O que se passa?

A prática desse modelo demonstra a fragilidade do regime democrático, onde haverá uma hipertrofia do judiciário em detrimento dos demais poderes. Não estará o modelo implantado por Montesquieu entrando em colapso?

Recentemente os três presidentes dos poderes da República assinaram um pacto federativo onde pugnam pela afirmação dos direitos e garantias fundamentais de forma conjunta. Ora, a assinatura do pacto por si é uma redundância, visto que, existe a Constituição Federal para garantir tais direitos. Por que as autoridades da República pugnam para a assinatura de um pacto federativo se tudo já está estampado na carta maior?

Entendemos que tudo não passa de um jogo de cena. A democracia está combatida e capenga em seus predicados. As instâncias formais estão corrompidas e sem rumo. Os poderes carcomidos em suas entranhas estão como nos textos bíblicos sepulcros caídos, onde por fora exibem uma exuberância a toda prova, mas por dentro fétidos e corroídos.

Tal como o corpo humano, estamos diante da síndrome de Ivemark, onde os órgãos estão invertidos e as funções comprometidas afetando sobremaneira o principal órgão do corpo humano – o coração, in casu, a democracia, que trataremos mais adiante.

### **EXPLICANDO A SÍNDROME DE IVEMARK E A CORRELAÇÃO COM OS PODERES FEDERADOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O ADVENTO DA MAGISTRÁCIA**

A síndrome de Ivemark é uma patologia que ocorre no corpo humano. É de natureza congênita. Tal deformidade é característica quando os órgãos humanos estão em posição invertida. Em uma grosseira comparação é como se fosse uma imagem refletida por um espelho. Os órgãos de que tratamos neste texto são o baço, intestino e fígado. Quando ocorre a síndrome os mesmos estão posicionados de trás

para frente.

A expectativa de vida de uma pessoa que sofre da síndrome de Ivemark depende muito da formação dos órgãos, todavia com a afetação dos órgãos há conseqüências inevitáveis ao coração, órgão central e vital ao corpo humano. Verifica-se que as democracias por meio dos poderes federados vivem analogicamente a síndrome de Ivemark.

Fizemos uma comparação onde o Poder Executivo seria o baço<sup>71</sup>, o Poder Legislativo o intestino grosso<sup>72</sup> e o Poder Judiciário o fígado<sup>73</sup>.

O coração,<sup>74</sup> órgão central do corpo humano será a Democracia.

A partir daí desenvolveremos nosso raciocínio.

A síndrome de Ivemark está presente no seio da democracia permeando contrariedades e incertezas, como veremos adiante.

Nenhuma discussão poderá ter início que não tenha por base a Constituição<sup>75</sup> cidadã de 1988 que inaugurou um novo modelo de governo no Brasil fincado no regime democrático ao estabelecer no art. 1º CF<sup>76</sup> onde se funda ser o Brasil uma República Federativa sob pilares democráticos<sup>77</sup>.

A democracia sempre foi objeto de estudos e, neste texto apoiaremos nos escritos de Goyard Fabre. A democracia por ser o coração em linguagem metafórica é o órgão vital de qualquer regime de governo que pretenda respeitar os direitos e garantias fundamentais onde deve fincar suas bases.

A tese da tripartição dos poderes preconizada por Montesquieu será discutida com certa limitação com base em cada função constitucional dos poderes federados à luz de um discurso internacional dos direitos humanos. O apoio virá dos estudos do professor catedrático Gregório Peces-Barba Martinez da Universidade Carlos III de Madri.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais na atualidade têm sido colocados à prova no que tange à sua efetivação embora elencados formalmente em um texto positivado. As disfunções dos poderes é o que ocasiona uma democracia fragilizada e afastada dos ideais humanitários.

### **IVEMARK E A DEMOCRACIA**

A síndrome de Ivemark sendo uma patologia humana transportamos seu exemplo para as funções dos poderes na democracia, a saber:

O Poder executivo seria o baço, cuja função no corpo humano pode ser assim demonstrada: o baço localizado no lado superior esquerdo do abdômen, suas funções mais conhecidas são a formação de linfócitos (células de defesa do organismo, destruição de hemácias velhas (também conhecidas como glóbulos vermelhos, defesa do corpo contra invasores (bactérias causadoras de doenças) e o armazenamento de sangue. Disponível em Espaço saúde: [www.saude.ocorpo humano.com.br](http://www.saude.ocorpo humano.com.br) acesso em 24.05.09 às 11:20, por Manuel Schutze.

71 - As funções desses órgãos no corpo humano podem ser assim demonstradas: o baço localizado no lado superior esquerdo do abdômen, suas funções mais conhecidas são a formação de linfócitos (células de defesa do organismo, destruição de hemácias velhas (também conhecidas como glóbulos vermelhos, defesa do corpo contra invasores (bactérias causadoras de doenças) e o armazenamento de sangue. Disponível em Espaço saúde: [www.saude.ocorpo humano.com.br](http://www.saude.ocorpo humano.com.br) acesso em 24.05.09 às 11:20, por Manuel Schutze.

72 - Segundo especialistas o intestino grosso tem como função reabsorver água. Há as conhecidas células epiteliais, no qual lubrifica a massa de resíduo alimentar qual vai perdendo água resta ainda no interior grosso um material não digestivo forma-se então as fezes que devem ser eliminadas do organismo. Disponível em [www.patymari.sites.uol.com.br/digestivo.htm](http://www.patymari.sites.uol.com.br/digestivo.htm). acesso em 24.05.09 às 11:35

73 - A função do fígado é destruir as hemácias e emulsificação de gorduras no processo digestivo, através da secreção da bilie. Armazenamento e liberação de glicose, síntese de proteína do plasma, síntese do colesterol, desintoxicação iostoxificação de drogas e toxinas. O fígado possui aproximadamente 220 funções diferentes todas interligadas e correlacionadas. [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) acesso em 24.04.09 às 11:40.

74 - As funções do coração são: fornecimento de oxigênio ao organismo e a eliminação de produtos metabólicos (dióxido de carbono). É o órgão vital do corpo humano. [www.msb-brasil.com/msdbrasil/patients/manual\\_merck/mm\\_sec3\\_14.html](http://www.msb-brasil.com/msdbrasil/patients/manual_merck/mm_sec3_14.html). acesso em 24.05.2009 às 11:44

75 - Os Estados modernos estão fincados na idéia de Constituição como norma superior. Segundo Fabre, por volta de 330 a.C, Aristóteles reúne a documentação coletada por seus discípulos e redige a constituição dos Atenenses onde pretende lembrar a importância das reformas de Sólon e a influência de Clístenes depois da destruição da tirania dos pisisstratos; depois menciona a evolução espetacular que, graças a Péricles, seguiu-se a guerra do Peloponeso. Em seguida estudar a Constituição dos Atenenses, distingue a Constituição e as Leis. FABRE. Simone Goyard. O que é Democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 43.

76 - O ponto fundante é a soberania, a cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho livre e o pluralismo político. Art. 1º Incisos I, II, III, IV e IV da Carta Magna.

77 - Em alguns manuais ensina-se que a democracia é a vontade da maioria, com o que não concordamos, pois se assim o fosse quando Hitler assumiu o poder na época da Alemanha nazista, contava com mais de 90 por cento de aprovação popular. O conceito moderno de democracia funda-se quando norteamos que este regime de governo deve respeitar os direitos e garantias fundamentais.

nhecidas como glóbulos vermelhos, defesa do corpo contra invasores (bactérias causadoras de doenças) e o armazenamento de sangue.

O executivo não cumpre com as suas funções de defesa do organismo, in casu, a democracia, ao contrário, com o aumento de medidas provisórias que congestionam a pauta do congresso nacional, provocam um abalo na função primordial do legislativo destruindo a função originária que é executar, ocasionando um armazenamento de funções legislativas impróprias, fragilizando a tripartição dos poderes.

O poder legislativo seria o intestino grosso cujas funções são reabsorver água. Há as conhecidas células epiteliais, no qual lubrifica a massa de resíduo alimentar qual vai perdendo água resta ainda no interior grosso um material não digestivo forma-se então os excrementos que devem ser eliminadas do organismo.

O legislativo não cumpre com a função primordial, legislar bem, não tem lubrificado a democracia não tenho absorvido os predicados da democracia participativa. Os escândalos que ultimamente atingiram o poder legislativo, não têm eliminado os excrementos <sup>78</sup> que devem ser extirpados do corpo federativo, causando sérios transtornos ao bom andamento do coração – a democracia.

O poder judiciário – o fígado – cuja função é destruir as hemácias e emulsificação de gorduras no processo digestivo através da secreção da bile. Armazenamento e liberação de glicose, síntese de proteína do plasma, síntese do colesterol, desintoxicação de drogas e toxinas. O fígado possui aproximadamente 220 funções diferentes, todas interligadas e correlacionadas.

Em nossa comparação o judiciário tem desempenhado as funções de desintoxicação dos desmandos do executivo e do legislativo, por meio da ação de órgão como o Ministério Público. Tem feito a interpretação dessa proteína que é extraída da constituição federal como pilar das bases democráticas, fazendo ampla desintoxicação de leis inconstitucionais, muitas delas não recepcionadas pela Carta cidadã. <sup>79</sup>

Hoje o poder judiciário tal como o fígado tem múltiplas funções. Sofre ataques de toda a ordem e críticas de que estaria legislando ou executando ocupando funções distorcidas na democracia.

Quando os órgãos não cumprem sua função adequadamente, o coração in casu a democracia terá sérios abalos em suas características originárias distorcendo as instâncias de atuação dos poderes federados.

Dependendo das anomalias detectadas e a inversão de papéis provocados pela síndrome de Ivemark provoca o comprometimento no funcionamento da democracia. A democracia está gravemente enferma. O grau de comprometimento e confusão de papéis coloca a democracia na UTI.

Sendo os problemas sistêmicos e crônicos podem levar à morte a democracia. Cabe a cada um de nós criarmos e mecanismos para o aperfeiçoamento das instituições, onde cada uma desempenhará o seu papel de forma adequada, afastando a incidência da síndrome de Ivemark. Vida longa à democracia e com boa saúde para que todos possam desfrutar de uma vida melhor onde se respeitem e se afirmem os direitos e garantias fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos e os direitos fundamentais passam por uma crise mundial quanto a sua afirmação e garantias. A democracia mostra-se combalida e capenga. A tripartição dos poderes preconizada por Montesquieu com a hipertrofia de um poder sobre o outro se mostra perigosa.

A síndrome de Ivemark, explicada tecnicamente onde os órgãos no corpo humano estão invertidos acontece também na democracia como demonstrado. A tripartição dos poderes harmônicos e independentes está tirando o sono de estudiosos com a sua descaracterização ocasionando a hipertrofia de um em detrimento de outro.

A magistracia <sup>80</sup> vivida hoje no Brasil e o protagonismo do judiciário é latente. É ao mesmo tempo ator e diretor da peça de teatro, volvendo os cordéis para onde quer. O judiciário tem ocupado um papel de inversão do preconizado pela tripartição dos poderes. A gravidade repousa que os magistrados não têm seus representantes eleitos provo. O judiciário quando age atuando como gestor confunde a competência privativa do executivo do executivo.

A problemática ocorre quando o executivo não cumpre com sua função constitucional. Tal fator mostra-se preocupante, pois há inevitavelmente a hipertrofia do judiciário sobre os demais poderes.

Embora a solução apresentada pelo judiciário possa apresentar-se benéfica, nos perguntamos se isso é saudável para a democracia. Terá legitimidade para agir dessa maneira já que seus representantes não foram eleitos? Será a magistracia um novo modelo de gestão legítima?

A expectativa de vida de uma pessoa que sofre da síndrome de Ivemark depende muito da formação dos órgãos a afetação dos mesmos; há conseqüências inevitáveis ao coração.

Denotamos que as democracias por meio dos poderes federados vivem analogicamente a síndrome de Ivemark, com a inversão de competências dos poderes federados. O mau funcionamento é evidente.

Caberá a todos num curto espaço de tempo responder e procurar [des] inverter esses papéis provocados pela síndrome para que a democracia doente não entre na fase terminal e venha a simplesmente desaparecer da face da terra.

Como na UTI a democracia tem tomado medicamentos às vezes desnecessários e outras vezes com a dosagem acima do permitido. A inversão de papéis é a tônica.

Boa solução para vida longa nas democracias é o discurso internacional dos direitos humanos, onde todo homem merece respeito não pela sua nacionalidade, mas principalmente por ser uma pessoa digna intrínseca a todo ser humano respeitando os direitos e garantias fundamentais. As soberanias devem entender que as intervenções das cortes internacionais não representam uma intromissão em assuntos internos, mas ao contrário, surgem para aperfeiçoar e integrar o regime.

O controle das instituições feito de forma democrática pelos cidadãos exercitados pela democracia participativa é a solução para um regime forte e livre de resquícios autoritários e só assim estaremos livres da síndrome de Ivemark no seio da democracia.

78 - Os escândalos de corrupção envolvendo o legislativo são as fezes que teimam em permanecer no corpo estatal ocasionando um mal estar na democracia.

79 - Típico processo de desintoxicação foi à recente decisão do STF que julgou inconstitucional a lei de imprensa.

80 - O termo magistracia foi por nós criado. Os magistrados têm exercitado suas funções para ditar normas aos outros poderes federados provocando esse fenômeno, os magistrados ditam como a democracia deve movimentar-se.