



Ingo Sarlet
Juiz e professor

Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária

Que a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não é

resultado apenas de um engenho cerebrino acadêmico de perfil acaciano, ou seja, dedicado a discutir como se enxuga gelo ou eventualmente como se vende geladeiras para esquimós, pensamos que tenha ficado esclarecido na última coluna ([clique aqui para ler](#)). Mas é claro que o tema não é tão singelo e nem se esperaria que quedasse sem contestação. Esta poderá ter sido movida por eventual incompreensão da nossa narrativa, o que também poderia ensejar uma autocrítica pautada pela necessidade de maior clareza na apresentação do tema. Mas também a crença firme de que de fato a distinção apresenta natureza meramente semântica, inexistindo, portanto, justificação substancial para a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, poderá ser uma razão consistente. Isso, tanto pelos critérios que se buscou traçar, quanto por outros, como, por exemplo, se pode inferir da leitura da obra de Luigi Ferrajoli, apenas para citar um dos juristas estrangeiros mais festejados entre nós, especialmente para quem aprecia um argumento de autoridade, mas nem sempre se curva à autoridade do argumento. Mas isso, à evidência, não se aplica apenas ao merecidamente reverenciado Ferrajoli (sem dúvida um jurista a ser lido e levado a sério), mas a todo e qualquer recurso à citação pela citação de algum autor ilustre desacompanhada da necessária reflexão.

Assim, reitera-se, dada a grande (sim, é isso mesmo, grande!) relevância teórica e prática do tema, é o caso de insistir nessa senda e mesmo aproveitar a trágica e recente situação envolvendo a execução, por força de condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes, de um cidadão brasileiro pela autoridade pública na Indonésia, a despeito dos apelos por clemência formulados pela Presidente Dilma Rousseff. Aliás, tais apelos e mesmo tantos outros veiculados por diversos meios ligados aos direitos humanos, mas que em geral não invocaram (pelo menos não na mídia e salvo exceções) o discurso dos direitos fundamentais, como costuma acontecer, não lograram êxito. Mas já voltaremos a isso.

Antes disso, vamos (re)enfatizar alguns pontos!

Mesmo que já devesse bastar a circunstância de que nem todo direito de caráter moral assume a condição de um direito consagrado no texto constitucional ou mesmo em outro texto normativo, de

modo a demonstrar que direitos humanos e direitos fundamentais não são (sempre e necessariamente!) a mesma coisa, avancemos um pouco mais. Com efeito, também resulta elementar que nem todo direito humano definido como exigência da própria condição humana e de cunho universalizável (ou outro modo de justificação filosófico disponível) assume a condição de direito fundamental, pelo menos não em determinado sentido. Não fosse assim, não seria possível alcançar um nível elevado de consenso (e mesmo assim resultado de um longo processo de construção) de que o direito à vida é sim um direito humano, sendo, além disso, um direito fundamental, mas que o direito ao FGTS e mesmo a percepção de uma gratificação equivalente a um terço da remuneração das férias, é sim um direito fundamental do trabalhador na Constituição Federal de 1988, mas não corresponde à concepção de direitos humanos em qualquer um dos sentidos filosóficos apresentados, mas tampouco na condição de direito inserido em algum documento internacional de direitos humanos.

Os exemplos, contudo, poderiam ser multiplicados, embora já resulte intuitivo que as diferenças são menos sutis do que alguns imaginam, muito menos de que se trata de mera empulhação semântica, na busca de ganhar tempo escrevendo para uma coluna da relevância da **ConJur**... Poderíamos aqui agregar os institutos do Habeas Data e do mandado de injunção, mas até mesmo do mandado de segurança, todos consagrados no artigo 5º da CF/88, insuspeitos de serem direitos e garantias fundamentais e instrumentos para a sua efetivação, mas que igualmente não constam nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e muito menos foram contemplados (ainda que existam institutos similares) em todas as constituições nacionais vigentes na condição de direitos fundamentais ou pelo menos a expressão equivalente em sentido. Nessa toada, não parece ser razoável sustentar que estamos diante de direitos humanos, na condição de exigências morais ou de direitos de caráter universal fundados na dignidade humana, mas também não de direitos humanos compreendidos como aqueles consagrados nos sistemas (internacional e regional) de proteção dos direitos humanos como uma espécie de pauta mínima (mas não máxima) vinculativa dos Estados signatários.

Com isso já se percebe que *os direitos fundamentais, considerados como tais aqueles consagrados nas ordens jurídicas constitucionais e dotados de um particular regime jurídico que é constitutivo da própria fundamentalidade*, podem ter (e em muitos casos o têm) uma amplitude muito maior que a do universo dos direitos humanos, seja qual for o critério justificador de tal noção. É por isso que o FGTS, o “terço sobre as férias”, as ações constitucionais citadas, e muitos outros (poderíamos aqui incluir a garantia da anualidade eleitoral, consagrada no artigo 16 da CF/88), podem — como é o caso no Brasil — assumir a condição de direitos fundamentais e ainda assim não serem direitos humanos, o que não restaria alterado quanto à sua correção mesmo que utilizada outra terminologia, como a de direitos individuais, liberdades públicas, entre outras.

O problema, portanto, é o conteúdo e não o rótulo, de tal sorte que as diferenças apontadas não estariam superadas apenas pelo recurso à mesma nomenclatura bordada nos documentos jurídicos ou nos textos doutrinários... Sejam eles pintados de rosa ou de azul...

Mas é claro que em muitos casos (em número menor ou maior, a depender da ordem constitucional) a condição de direito humano e de direito fundamental de certo modo é coincidente, designadamente onde as constituições consagram os direitos reconhecidos e protegidos no plano do direito internacional dos direitos humanos ou mesmo já positivaram o elenco (também mutável) daqueles direitos aos quais se atribui a condição de exigências morais de caráter universal e fundadas na dignidade humana. É o que



ocorre com as liberdades fundamentais, a igualdade, a propriedade (com ou sem função social), os direitos de personalidade, mas também com o direito à vida.

Dito isso, remanesce a interrogação: o fato de se tratar tanto de direitos humanos quanto de direitos fundamentais ofusca por completo toda e qualquer distinção?

Assim volta ao cenário o já anunciado caso do brasileiro executado na Indonésia, em virtude de pena de morte aplicada aparentemente mediante observância ao devido processo legal (indonésio), por tribunal competente (e mediante respeito ao princípio-garantia do Juiz Natural), direito de defesa assegurado e em virtude da prática de delito que também no Brasil pode ser enquadrado na categoria de crime hediondo, portanto, qualificado pela sua gravidade.

No caso da Indonésia, não só a constituição não prevê o direito à vida como direito de matriz constitucional interna (embora proíba a tortura) como também a Indonésia, apesar de ter ratificado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, não firmou o Protocolo Adicional e Facultativo de 1991, objetivando a erradicação da pena de morte. Nesse sentido, nem do ponto de vista do direito internacional público, nem do ponto de vista do direito interno, o direito à vida, no caso da Indonésia, assume a condição de direito humano ou fundamental e isso faz e fez (por mais que se possa lamentar) não apenas muita, mas toda a diferença. Mas mesmo no caso de países que assumem a posição de pioneiros no campo da consagração de um direito à vida na órbita constitucional, como é o caso dos Estados Unidos da América (o primeiro a inserir o direito à vida em um texto constitucional), o fato de se tratar de um direito constitucional (fundamental) e também um direito humano não impede que lá se siga praticando, ainda que não em todos os estados da Federação, a pena capital, o que aqui hoje não será explorado.

É claro que se poderia argumentar (com razão) que tal diferença de tratamento é irrelevante para o enquadramento do direito à vida como direito humano e fundamental pelo menos do ponto de vista de um conceito não jurídico-positivo de direitos humanos, que, em virtude da relevância do bem jurídico protegido, são sim (mas nesse sentido!) sempre também direitos fundamentais. Dito de outro modo, o direito à vida é um direito humano e fundamental ainda que alguns Países assim não o tenham reconhecido do ponto de vista político e jurídico. Mas tal concepção de direitos humanos não é necessariamente juridicamente vinculativa (o que não elide eventual vinculação política ou mesmo moral) e por isso mesmo não supera (embora com ela coexista!) a distinção entre direitos humanos e fundamentais tal como apresentada e praticada, no cenário do direito internacional e constitucional.

Assim, embora seja possível usar o mesmo rótulo para institutos que são sim distintos por diversas razões e por maior que possam ser as convergências, a tese da identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais (a despeito de uma identidade parcial, maior ou menor) induz em erro e não contribui – muito antes pelo contrário – para uma adequada compreensão e manejo das duas dimensões, que não são reciprocamente excludentes e nem necessariamente conflitantes.

Além disso, persiste outra indagação que desafia outras críticas possíveis. Afinal, qual a razão de se adotar o termo direitos fundamentais para os direitos constitucionalmente assegurados quando pelo menos parte desses direitos também se enquadra na noção de direitos humanos? Outrossim carece de resposta a pergunta se todos os direitos assegurados numa determinada constituição são sempre direitos



que podem ser chamados de direitos fundamentais e qual o critério que define tal condição. Dito de outro modo: é o caso de perquirir se é mesmo possível falar de “verdadeiros” direitos fundamentais quando se trata de posições jurídicas contempladas no plano constitucional, mas que não correspondem nem a direitos consagrados no sistema internacional de proteção dos direitos humanos nem às exigências concretas fundadas diretamente na dignidade humana.

A resposta a tais perguntas, por sua vez, depende de o que se entende por direitos fundamentais e qual o conceito de direitos fundamentais que subjaz a determinada ordem constitucional. Aliás, no caso da CF/88 o constituinte – para desgosto dos defensores da tese da identidade ou mesmo irrelevância da distinção – traçou expressa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, designadamente com base no critério de que os primeiros são aqueles direitos consagrados na esfera do direito internacional (a prevalência dos direitos humanos, tal como prevista no artigo 4º, inciso II) e os direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II) são os direitos consagrados pelo constituinte. O fato de o catálogo ser inclusivo dos direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos (artigo 5º, § 2º, da CF/88) novamente não elimina eventuais diferenças e tensões. Afinal, o Brasil há de ratificar tais tratados e assegurar-lhes eficácia e efetividade na ordem jurídica interna, o que, como se sabe, tem sido motivo de acirrada polêmica teórica e não menos intenso dissídio na prática política e judiciária. Mas isso será o nosso mote na próxima coluna. Por ora buscamos agregar elementos ao debate e demonstrar – na esperança de maior clareza – que direitos humanos e direitos fundamentais, para além de uma questão terminológica, não são categorias necessariamente equivalentes e que as eventuais distinções (de diverso jaez) assumem sim uma relevância prática que não deveria ser desconsiderada, mas sim, devem ser levadas a sério e desenvolvidas. Que o digam os que não fruem do “direito humano?” ao FGTS em tantos outros Países (mas que talvez possam contar com um padrão de vida digno apesar disso) e que o digam os titulares do direito à vida que seguem sendo executados, com ou mesmo sem um devido processo legal em tantos outros lugares, por mais que sejamos (e é o caso deste colunista) contrários a toda e qualquer hipótese de aplicação de tal pena, já pelo simples fato da irreversibilidade em caso de algum (e sempre possível) erro... Mas também essa é uma discussão que deixaremos para aprofundar em outra ocasião, pena de extrapolarmos o espaço que nos cabe nessa coluna.

Date Created

13/02/2015