

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Giselle Ashitani Inouye

**Efetividade dos Direitos Humanos: a sociedade civil e os *writs*  
constitucionais**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Giselle Ashitani Inouye

**Efetividade dos Direitos Humanos: a sociedade civil e os *writs*  
constitucionais**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sub-área de Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

SÃO PAULO

2011

Banca Examinadora

---

---

---

*Dedicatória*

Aos meus amados pais, por  
me ensinarem o valor da  
educação.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço sobretudo aos meus pais, Nilza e Mauro Inouye, pelo amor incondicional; esse trabalho é também fruto de sua dedicação e esforço; ao meu amado César Vinícius Cobein, companheiro de todas as horas, pelo amor, paciência e incentivo dia após dia; ao meu irmão Daniel Ashitani Inouye sempre presente em minha vida; aos meus familiares, em especial aos meus tios Tomaz Massao Ashitani (*in memoriam*), Maria e Houiti Tota, aos meus primos Eliana Ashitani, Hugo Ashitani, Lucélia Cavancante Ashitani e Simone Akemi Tota, e aos meus sogros Suelly e Moacyr Cobein, por todo apoio e compreensão durante essa longa jornada; à minha querida orientadora Maria Garcia, pelas lições de vida compartilhadas, e à querida professora Regina Vera Villas Boas, pela compaixão nos momentos mais difíceis, minha eterna gratidão a ambas; aos meus grandes amigos e fiéis escudeiros Gisella Martignago, João Carlos Azuma e Márcia Maria Correa Munari, por me fazerem acreditar, mesmo quando tudo parecia estar perdido; ao amigo Ruy de Oliveira Domingos, por sempre me socorrer nos momentos de desespero; aos amigos da PUC, Camila Castanhato, Thiago Matsushita, Érica Taís Giardulli Ferrara, Lauro Ishikawa, Rodrigo de Camargo Cavalcanti, Aloysio Vilarino dos Santos, Marisa Alves Vilarino, Rafael Santos, pelos bons momentos compartilhados. Finalmente, mas não menos importante, agradeço a Deus por iluminar meu caminho.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A SOCIEDADE CIVIL	12
1.1. Estado e sociedade: dicotomia ou unidade	12
1.1.1. Conceito de Estado	13
1.1.2. Conceito de sociedade civil	15
1.2. Origem e evolução de sociedade civil	18
1.3. Democracia e sociedade civil	30
1.4. Sociedade civil e a democracia no Brasil	36
2. OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	43
2.1. Breve relato histórico das Declarações de Direitos	44
2.1.1. Inglaterra: documentos que precederam as Declarações de Direitos	44
2.1.2. Declarações de Direitos na América	47
2.1.3. França: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	49
2.1.4. Declarações Sociais: México, Rússia e Alemanha	52
2.2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos	60
2.3. O fundamento dos direitos humanos	63
2.4. Redemocratização do Brasil: a Constituição de 1988 e os direitos humanos	65
3. OS <i>WRITS</i> CONSTITUCIONAIS	68
3.1. Considerações gerais sobre os <i>writs</i> constitucionais	68
3.2. A Constituição de 1988 e seus <i>writs</i> constitucionais	74
3.2.1. Direito de Petição	76
3.2.2. <i>Habeas Corpus</i>	79

3.2.3. <i>Habeas Data</i>	84
3.2.4. Mandado de Segurança	89
3.2.5. Mandado de Injunção	94
3.2.6. Arüição de Descumprimento de Preceito Fundamental	98
3.2.7. Ação Popular	105
3.2.8. Ação Civil Püblica	108
4. A LEGITIMIDADE DA SOCIEDADE CIVIL NA EFETIVIDADE DOS <i>WRITS</i> CONSTITUCIONAIS	114
4.1. Direito de Petição: o modelo inglês	114
4.2. <i>Habeas Corpus</i> : caso Ellwanger	116
4.3. Mandado de Segurança: fornecimento de medicamentos pelo Estado	122
CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS	132
ANEXO A – Declaração de Direitos ( <i>Bill of Rights</i> ), 1689	
ANEXO B – Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789	
ANEXO C – Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948	
ANEXO D – Manual do Parlamento Inglês para Petição Püblica ( <i>Public Petition</i> )	
ANEXO E – Manual do Parlamento Inglês para “Petição contra Projeto de Lei” ( <i>Petition against Private Bill</i> )	

## **RESUMO**

Após um longo e obscuro período ditatorial no qual direitos e garantias foram suprimidos, a mobilização da sociedade civil permitiu a redemocratização do Brasil. A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, é considerada o marco jurídico desse processo de transição. A sociedade civil constitui importante vetor para as mudanças políticas e sociais. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto de estudo a defesa dos direitos humanos pela sociedade civil mediante a utilização dos *writs* constitucionais como mecanismos para se assegurar a mais plena efetividade desses direitos.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Direitos humanos. Direitos fundamentais. Direito Constitucional. Sociedade civil. *Writs* constitucionais. Remédios constitucionais.

## **ABSTRACT**

After a long and dark period of dictatorial regime in which rights and guarantees were suppressed, the mobilization of the civil society allowed Brazil's redemocratization. The Constitution of 1988, also known as the Citizen Constitution, is considered the legal landmark of this process of transition. Civil society is an important vector for the political and social changes. In this context, this paper aims to study the defense of human rights by civil society through the use of constitutional *writs* as mechanisms to ensure the fullest effectiveness of these rights.

## **KEYWORDS**

Human rights. Fundamental rights. Constitutional law. Civil society. Constitutional *writs*. Constitutional remedies.

## INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos humanos nos remete à época em que a sociedade insurgiu-se contra os abusos cometidos pelos regimes absolutistas na Europa. O reconhecimento do valor da liberdade consistia no cerne das aspirações populares, sendo certo que um longo caminho foi percorrido desde então.

O processo de independência das treze colônias inglesas, na América do Norte, fruto do fenômeno de transmigração do ideário liberal que permeava o Velho Continente, culminou na adoção do início do constitucionalismo moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, marcou indelevelmente não só a Cidade Luz como também possuiu o condão de espriar ventos de liberdade por todo o Ocidente.

A ascensão do capitalismo, pós-revolução industrial, em que pese o benefício da produção em larga escala de bens de consumo, acabou por acentuar a desigualdade econômica, fato este que motivou o surgimento dos movimentos sociais na vertente constitucionalista consagrada pelas Constituição Mexicana, Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e Constituição de Weimar.

O totalitarismo vivenciado durante a Segunda Guerra Mundial perverteu qualquer noção de valor da pessoa humana e demonstrou o quanto a vida pode ser tratada de forma descartável e supérflua. Esse foi o marco histórico que conduziu a humanidade à criação de um sistema normativo de proteção aos direitos humanos com o fito de que as pessoas jamais fossem submetidas às atrocidades cometidas. Os direitos humanos foram universalizados, não sendo mais assunto interno de cada Estado.

Não obstante a consagração dos direitos humanos na ordem mundial, ainda se afigura o desafio de sua concretização. Dessa constatação decorre a problemática da presente dissertação, com enfoque na atuação da sociedade civil, à

luz dos instrumentos de garantia contidos na Constituição de 1988 - os denominados *writs* constitucionais.

No primeiro capítulo abordam-se conceito, origem e evolução da sociedade civil. O segundo capítulo versa sobre o reconhecimento histórico dos direitos humanos e sua inserção na Constituição Brasileira de 1988. O terceiro capítulo apresenta os *writs* constitucionais disponíveis à sociedade civil brasileira. O quarto capítulo colaciona, a título exemplificativo, casuísta relevante que destaca efetiva busca da atuação da sociedade civil na proteção dos direitos humanos.

## 1. A SOCIEDADE CIVIL

O processo histórico da afirmação dos direitos humanos corresponde a uma luta, uma manifestação da sociedade contra os abusos cometidos contra o ser humano. Independentemente de quem seja o violador dos direitos humanos, a sociedade é uma constante nesse processo. E não poderia ser diferente uma vez que ela é o agente determinante para a evolução desses direitos.

### 1.1. Estado e sociedade civil: dicotomia ou unidade

O termo “sociedade civil” encontra-se vinculado ao termo “Estado”. Durante os séculos XVII e XVIII, a sociedade civil era entendida como sinônimo de sociedade política ou Estado, não havendo, assim, distinção entre os dois termos<sup>1</sup>. Nos dias atuais, entende-se que os termos não são mais equivalentes; aliás, na maior parte das vezes, são abordados como diametralmente opostos. Trata-se da grande dicotomia Estado/Sociedade civil.

Uma vez considerada a distinção entre os termos, a questão que pesa é delimitar o significado de “Estado” e “sociedade civil”. Norberto Bobbio adverte que o significado desta dificilmente poderá ser alcançado sem que se analise e delimite simultaneamente o significado daquele<sup>2</sup>. Nessa linha, inicialmente será analisado o “Estado” para, em seguida, examinar-se a “sociedade civil”.

---

<sup>1</sup> A origem e evolução histórica da expressão “sociedade civil” será resumidamente tratada no item 2.2 do presente estudo.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. 12ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.33.

### 1.1.1. Conceito de Estado

A origem moderna do termo “Estado” remonta a Maquiavel, segundo quem:

Todos os Estados e todos os governos que exerceram ou exercem certo poder sobre a vida dos homens foram e são repúblicas ou principados. Um principado, ou é hereditário, quando é longeva a soberana linhagem de seu Senhor, ou é nascente. E este, ou é inteiramente nascente, como foi Milão para Francesco Sforza, ou consiste num apêndice do Estado hereditário do Príncipe que o assenhoreou, como o Reino de Nápoles para o Rei de Espanha. Domínios assim conquistados, ou costumam viver sob o jugo de um Príncipe, ou conservam-se afeitos à liberdade; e sua posse se dá, ou com o concurso de armas alheias, ou com recurso às suas próprias; ou graças à fortuna, ou graças ao mérito (*virtù*).<sup>3</sup>

Nesse contexto, o dicionário filosófico, “Estado” consiste em:

Em geral a organização jurídica coercitiva de determinada comunidade. O uso da palavra E. deve-se a Maquiavel (*O Príncipe*, 1513, §1). Podem ser distinguidas três concepções fundamentais: 1ª a concepção *organicista*, segundo a qual o E. é independente dos indivíduos e anterior a eles; 2ª a concepção *atomista* ou *contratualista*, segundo a qual o E. é uma formação jurídica. As duas primeiras concepções alternaram-se na história do pensamento ocidental; a terceira é moderna e, na sua forma pura, foi formulada só nos últimos tempos.<sup>4</sup>

J.J. Gomes Canotilho pormenoriza o conceito:

O **Estado** é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros “poderes” e “organizações” de poder”. Quais são essas qualidades? Em primeiro lugar, a qualidade de *poder soberano*. A **soberania**, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num *poder supremo* no plano interno e num *poder independente* no plano internacional. Se articularmos a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado poderemos

<sup>3</sup> MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. **O Príncipe**. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 3.

<sup>4</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4ª edição, 2ª tiragem. Tradução da 1ª edição brasileira por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.364.

recortar os elementos constitutivos deste: (1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo* = sujeito do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado *território*. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no *monopólio* de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a *efectividade* das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o carácter *originário* da soberania, pois o Estado não precisa de recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de *independência*) é, por natureza, *relativa* (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).<sup>5</sup>

Dalmo de Abreu Dallari formula, de modo conciso e completo, o conceito de Estado: “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.<sup>6</sup> Aclara o autor:

Nesse conceito se acham presente todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.<sup>7</sup>

O conceito de bem comum adotado por Dallari é aquele formulado pelo Papa João XXIII, na Encíclica *Pacem in Teris*, para quem “o bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, p.89-90.

<sup>6</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 20ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos da teoria geral do estado**. op. cit., p. 118.

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos da teoria geral do estado**, op. cit., p. 24.

### 1.1.2. Conceito de sociedade civil

Se de um lado à conceituação de Estado estão relacionados seus elementos característicos elencados de forma positiva (o Estado é dotado de soberania, território, povo e finalidade<sup>9</sup>); de outro, a de “sociedade civil” tende a ser elaborada de forma negativa. Explica Norberto Bobbio:

Exatamente porque a expressão “sociedade civil” em seu significado oitocentista e hodierno nasceu da contraposição (ignorada pela tradição) entre uma esfera política e uma esfera não política, é mais fácil dela encontrar uma definição negativa do que uma positiva, tanto mais porque nos tratados de direito público e de doutrina geral do Estado (a *allgemeine Staatslehre* da tradição acadêmica alemã de Georg Jellinek a Felix Ermacora) nunca está ausente uma definição positiva do Estado: sociedade civil como conjunto de relações não reguladas pelo Estado, e portanto como tudo aquilo que sobra uma vez bem delimitado a âmbito no qual se exerce o poder estatal<sup>10</sup>.

No Dicionário de Filosofia, do latim *societas*, sociedade significa:

No sentido geral e fundamental: 1º campo de relações intersubjetivas, ou seja, das relações humanas de comunicação, portanto também: 2º a totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem essas relações; 3º um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada.<sup>11</sup>

Por sua vez, no Dicionário de Política a sociedade civil é conceituada como:

Na contraposição Sociedade civil-Estado, entende-se por Sociedade Civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos da teoria geral do estado**, op. cit., p. 72.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**, op. cit., p.34.

<sup>11</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 1ª edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.912.

suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impõem à conquista do poder político.<sup>12</sup>

Acrescenta Norberto Bobbio que os sujeitos dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos e, portanto, da sociedade civil, são as:

(...) classes sociais, ou mais amplamente os grupos, os movimentos, as associações, as organizações que as representam ou se declaram seus representantes; ao lado das organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher, os movimentos de jovens, etc.<sup>13</sup>

Celso Bastos entende que a sociedade “vem a ser toda forma de coordenação das atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas.”<sup>14</sup>

Desse modo, é clara a distinção conceitual existente entre Estado e Sociedade Civil. Todavia, isso não significa a inexistência de relação entre eles.

Estado e sociedade estão relacionados e formam uma unidade. Konrad Hesse explica que, com o advento do Estado democrático e social, não se pode mais falar no dualismo Estado e sociedade. Isso porque, o Estado democrático *não se constitui senão por meio da cooperação social* e da mesma forma, *a vida social encontra-se mais ou menos estreita com a vida estatal no processo de formação da*

<sup>12</sup> Norberto Bobbio *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, op. cit., p. 1210.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**, op. cit., p.36.

<sup>14</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editora; 2004, p.24.

*unidade política*. Essa unidade política é formada pelo Estado e sociedade (comunidade).<sup>15</sup>

Nesse sentido, Norberto Bobbio conclui ainda: “(...) Sociedade civil e Estado não são duas entidades sem relação entre si, pois entre um e outro existe um contínuo relacionamento.”<sup>16</sup>

Assim, não obstante distintos, sociedade civil e Estado são duas entidades que convivem entre si, ou seja, uma não existe sem a outra.

---

15 “La concepción tradicional parte, a este respecto, de la distinción entre ‘Estado’ y ‘Sociedad’, situando al Estado como una unidad dada y a la Sociedad como una pluralidad dada el uno frente a la otra y sin relación alguna. Este dualismo sigue hundiendo sus raíces en el pensamiento liberal predemocrático de la época anterior a 1918, siendo expresión de la relación entre un poder estatal, representado por el gobierno monárquico y el aparato funcional, y una ‘sociedad’ excluida en buena parte de la determinación y conformación políticas, cuya vida básicamente venía autorregulada, en tanto el ‘Estado’ sólo tenía que garantizar los presupuestos de un proceso sometido a sus propias leyes, interviniendo sólo en caso de perturbaciones. Ahora bien, los presupuestos de tal dualismo han desaparecido en el Estado democ

rático y social contemporáneo. La vida ‘social’ ha dejado de ser posible sin una organización responsable, organizadora y planificadora. A la inversa, el ‘Estado’ democrático no se constituye sino a través de la cooperación social. También la vida social se halla en relación más o menos estrecha con la vida estatal en el proceso de formación de la unidad política. (...) La expresiva diferenciación entre ‘comunidad política’ como la ‘asociación global’ y ‘government’ como denominación sintetizada de las instituciones de formación de la opinión y de la voluntad políticas, de las instituciones de dirección, coordinación y gobierno dentro de la asociación global obligaría, en el contexto de la exposición de los rasgos básicos del Derecho Constitucional vigente, a renunciar al concepto de ‘Estado’ o a utilizarlo con un significado difícilmente determinable. De ahí que la diferenciación entre lo estatal y lo no-estatal en el seno de la colaboración humana dentro del territorio del Estado deba ser expresada empleando el concepto de ‘comunidad’ (Gemeinwesen) referido a ambos, en tanto el concepto de ‘Estado’ queda reservado al concepto más estricto de actividad y actuación de los poderes constituidos a través de la formación de unidad política. ‘Unidad política’, ‘Estado’ y ‘comunidad’ son empleados, pues, como denominaciones de las diferentes conexiones de actuación que, en buena medida, son realizadas por las mismas personas, por lo cual no deben ser entendidos en forma de una yuxtaposición aislada y si como ‘ámbitos’ a efectos de una mejor comprensión”. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 12 a 14.

<sup>16</sup> Norberto Bobbio In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, op. cit., p. 1210.

## 1.2. Origem e evolução da sociedade civil

A doutrina difere sobre a origem da sociedade civil. Para uns a sociedade civil tem sua origem na sociedade natural, para outros origina-se de um ato de vontade.

A corrente da sociedade natural é sustentada pelos jusnaturalistas. Para estes, a sociedade civil ou o Estado surgem em contraposição ao estado de natureza no qual os Homens são regidos tão-somente pelas leis naturais. A partir do momento que se criam as leis, os Homens passam de uma sociedade natural (*societas naturalis*) a uma sociedade civil (*societas civilis*).

Já no século IV a.C., Aristóteles defendia a ideia de uma sociedade natural. Para o filósofo, o Homem é, por natureza, um ser social que necessita relacionar-se com outros para poder se desenvolver e o isolamento seria uma exceção. Conclui que o Homem é um “animal político” (*politikon zoon*), o único ser dotado de racionalidade e capaz de formar uma sociedade. Os demais seres, irracionais, constituem apenas agrupamentos impulsionados pelo instinto de sobrevivência.<sup>17</sup>

Na Idade Média, São Tomás de Aquino, seguidor de Aristóteles, afirma que “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade.” Assim como Aristóteles, entende que o isolamento é uma exceção e acrescenta que ele ocorre em uma das três hipóteses:

*excellentia naturae*, quando se trata de indivíduo notavelmente virtuoso, que vive em comunhão com a própria divindade, como ocorria com os santos eremitas; *corruptio naturae*, referente aos casos de anomalia mental; mala fortuna, quando só por acidente, como no caso de naufrágio ou de alguém que se perdesse numa floresta, o indivíduo passa a viver em isolamento.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 56-57. Título original: *Polítikón*.

<sup>18</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p.10.

Celso Bastos cita Ranelletti, como um dos principais defensores dessa teoria na modernidade<sup>19</sup>:

(...) Ranelletti também defende a tese de que o homem se observado em qualquer época, mesmo que remota, sempre se encontra em convivência com outros homens, formando pequenos grupos. Para Ranelletti a associação entre os homens é uma condição essencial de vida, pois só mediante a associação, e a conseqüente cooperação entre os indivíduos é que o homem consegue suprir todas as suas necessidades para deste modo atingir os fins de sua existência.<sup>20</sup>

Sobre a corrente da sociedade natural, Dalmo de Abreu Dallari acrescenta que “a existência desse impulso associativo natural não elimina a participação da vontade humana”, e conclui que “a sociedade é produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana.”<sup>21</sup>

Em oposição à concepção do fundamento natural da sociedade, surge a tese de que a existência da sociedade é fruto da vontade humana e não de um impulso natural. Platão faz menção à organização social racionalmente constituída, suprimindo-se o impulso natural.<sup>22</sup>

A ideia da sociedade como fruto da vontade humana será claramente apresentada por Thomas Hobbes, segundo quem, em um primeiro estágio, os Homens vivem em estado de natureza. Nesse momento os Homens vivem com “constante temor e perigo de morte violenta. A vida do Homem é solitária, pobre,

---

<sup>19</sup> No mesmo sentido: DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p.11.

<sup>20</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit. p.26.

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p.11-12.

<sup>22</sup> Em um dos diálogos da obra, Platão discorre acerca do nascimento da cidade: “Sócrates - O que causa o nascimento da cidade, penso eu, é a impossibilidade que cada indivíduo tem de se bastar a si mesmo e a necessidade que sente de uma porção de coisas; ou julgas que existe outro motivo para o nascimento de uma cidade? (...) Pergunto, um homem une-se a outro homem para determinado emprego, outro ainda para outro emprego, e as múltiplas necessidades reúnem na mesma residência um grande número de associados e auxiliares.(...)” PLATÃO. **A República**. São Paulo: Sapienza, 2005, p.64. Título original: *The Republic of Plato*.

sórdida, embrutecida e curta”. Os homens encontram-se, pois, em estado de guerra: “uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”.<sup>23</sup>

Dessa situação de guerra decorre a constante do medo e é esse o impulso para que ele se associe a outros homens em busca de proteção. Hobbes formula duas *leis fundamentais da natureza* que são a base da vida social:

1-) É um preceito ou regra geral da razão, que todo homem deve-se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la. Se não conseguir, pode procurar e usar toda a ajuda e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental da natureza, que é procurar a paz, e segui-la. A segunda resume o direito natural, isto é, por todos os meios possíveis, cuidar da própria defesa.

2) Que um homem concorde, conjuntamente com outros, e na medida em que tal considere necessário para a paz, e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo.<sup>24</sup>

Nesse contexto, para Hobbes, em primeiro lugar tem-se a lei fundamental da paz, em decorrência desta dá-se a segunda lei fundamental que é a necessidade de que os homens concordem com a renúncia recíproca de seus direitos em prol da busca pela paz. Uma vez que os homens tornam-se conscientes das duas leis, é celebrado o contrato social que constitui um acordo de vontade para uma mútua transferência de direitos. Passa-se do “estado natural” ao “estado social”. Para Hobbes, a sociedade nasce com o Estado e ela deve ser por este protegida a todo custo face à segurança que proporciona aos Homens. Hobbes entende que o Estado não deve sofrer qualquer tipo de limitação, daí surge a ideia dos Estados absolutistas, que influenciou a Europa no século XVII.

---

<sup>23</sup> HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Traduzido por Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.98. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonweath Ecclesiastical na Civil.*

<sup>24</sup> HOBBS, Thomas. Op. cit, p.55-56.

No final do século XVII, o pensamento de John Locke<sup>25</sup> surge em oposição ao Absolutismo de Hobbes. Apesar de concordar com a pré-existência dos Homens em relação à sociedade, bem como de que esta surge como fruto de um acordo de vontade entre os indivíduos, Locke discorda de Hobbes quanto ao “estado de natureza”.

Enquanto para Hobbes o homem em aludido estado encontrava-se em situação de “guerra de todos contra todos”, para Locke existe uma distinção entre *estado de natureza* e *estado de guerra*. Segundo este, o estado de natureza corresponde a um “estado de paz, boa vontade, cooperação mútua e preservação”, ao passo que, no estado de guerra, verifica-se um “estado de inimizade, malícia, violência e destruição recíproca. Quando os homens convivem segundo a razão, sem uma autoridade superior comum no mundo que possa julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, o uso da força, ou sua intenção declarada, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer instância superior comum sobre a Terra para quem apelar, configura o estado de guerra; e o não ter a possibilidade de apelo dá ao homem o direito de guerra contra um agressor, embora pertença à mesma sociedade e seja igualmente súdito.”<sup>26</sup>

A vida em sociedade, para Locke, é uma necessidade, uma conveniência, pois no estado de natureza a fruição de seus direitos é incerta e sujeita a constantes invasões. Os Homens reúnem-se em sociedade para evitar o estado de guerra e garantir a vida, a liberdade e a propriedade<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>26</sup> LOCKE, John, op. cit., p.32.

<sup>27</sup> Nas palavras de John Locke: “Se, como disse, o homem no estado de natureza é tão livre, dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses e a ninguém sujeito, por que abriria mão dessa liberdade, por que abdicaria ao seu império para sujeitar ao domínio e controle de outro poder? A resposta óbvia é que, embora o estado de natureza lhe dê tais direitos, sua fruição é muito incerta e constantemente sujeita a invasões porque, sendo os outros tão reis quanto ele, todos iguais a ele, e na sua maioria pouco observadores da equidade e da justiça, o desfrute da propriedade que possui nessa condição é muito insegura e arriscada. Tais circunstâncias forçam o homem a abandonar uma condição que, embora livre, atemoriza e é cheia de perigos constantes. Não é pois sem razão que busca, de boa vontade, juntar-se com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de “propriedade”. LOCKE, John, op. cit., p.92.

Montesquieu<sup>28</sup> refere-se ao estado de natureza do Homem antes do estabelecimento da sociedade. Para ele, no estado de natureza o Homem sentia-se fraco, constantemente atemorizado e inferior aos demais. Por se sentir inferior, um não tentaria atacar o outro. Nesse estado, o homem estaria sob influência das leis naturais.

No pensamento de Montesquieu, em virtude do sentimento de fraqueza, a primeira lei natural seria o desejo pela paz. A segunda lei, relacionada ao sentimento de necessidade, seria a que o incitaria à busca de alimentos. A terceira lei seria a atração entre os sexos opostos; os Homens aproximar-se-iam pelo sentimento de um temor recíproco e pela inspiração despertada pelo fascínio de um pelo outro. Por último, a quarta lei natural seria o “desejo de viver em sociedade”; o Homem seria motivado por seus sentimentos e pela consciência de seu estado.

Após reunirem-se em sociedade, os Homens “perdem o sentimento da própria fraqueza; a igualdade que entre eles existia desaparece, e principia o estado de guerra”. Esse estado de guerra impulsiona a elaboração de leis. Montesquieu não menciona expressamente o pacto social, tal como o fez Hobbes.

Jean Jacques Rousseau retoma o *pacto social* como instrumento inicial de formação da sociedade. Rousseau<sup>29</sup> considera o ser humano livre em seu nascimento, mas submetido a toda forma de obstáculo durante sua existência. Para Rousseau, “a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais.” Esse direito é fundado em convenções, não se originando da natureza.

Para Rousseau, preocupado apenas com a sua sobrevivência, o Homem em seu estado de natureza é um Homem bom. Todavia, afirma que, em um determinado momento, este estado do Homem necessita ser alterado para evitar seu próprio perecimento. Em suas palavras:

---

<sup>28</sup> MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.20.

<sup>29</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

Suponho os homens chegando àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo não pode mais subsistir e o gênero humano pereceria se não alterasse seu modo de ser.<sup>30</sup>

A partir desse momento, uma vez que os Homens não poderiam engendrar novas forças, eles ver-se-iam compelidos a combinar as forças existentes de forma a vencer a resistência. Surge então uma dificuldade: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja toda a força e a liberdade de cada associado e pela qual cada um se unindo a todos obedeça, todavia, apenas a si mesmo e permaneça tão livre como antes.”<sup>31</sup> Para esse problema Rousseau propõe o *contrato social* como solução.

Rousseau entende que as cláusulas do contrato social resumem-se em: “alienação total de cada associado com todos seus direitos a toda comunidade, pois primeiramente, cada um se dado por inteiro, a condição é igual para todos, e a condição sendo igual para todos, ninguém tem o interesse de torná-la onerosa para os outros.” A alienação total é condição indispensável, uma vez que a existência de eventual reserva implica na manutenção do estado de natureza e necessariamente tornaria a associação tirânica ou vã<sup>32</sup>.

Rousseau conclui que, em sua essência, o contrato social corresponde aos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.”<sup>33</sup>

Verifica-se que para Rousseau a associação dos indivíduos encerra em uma unidade soberana que será regida pela *vontade geral*. Em outras palavras, para o autor o povo é soberano e agirá em de acordo com a vontade geral, que não se

---

<sup>30</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do Contrato Social**, op. cit., p.28-29.

<sup>31</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do Contrato Social**, op. cit., p.29

<sup>32</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do Contrato Social**, op. cit., p.29.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do Contrato Social**, op. cit., p 29.

confunde com a soma das vontades individuais. Nesse sentido, esclarece Rousseau:

Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrário ou diversa da vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode ser completamente distinto do interesse comum; sua existência absoluta e naturalmente independente pode fazê-lo considerar aquilo que ele deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos demais do que seria oneroso o cumprimento para si, e considerando a pessoa moral que constitui o Estado como um ser de razão, visto não se tratar de um homem, ele desfrutaria dos direitos de cidadão sem desejar cumprir os deveres de súdito: injustiça cujo progresso arruinaria o corpo político.<sup>34</sup>

Importante destacar que, se para Hobbes e Locke a sociedade civil encerra a noção de uma sociedade política e civilizada, a partir de Rousseau passa a existir uma distinção entre estas duas últimas de tal sorte que para ele a sociedade civil irá corresponder à sociedade civilizada, mas não política, que surgirá a partir do contrato social.

Na obra “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, Rousseau trata da transição entre o estado de natureza e a sociedade civil. Afirma o autor: “O primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.”<sup>35</sup>

Com a noção de propriedade surge também a desigualdade entre os homens decorrendo daí os males da vida em sociedade. Rousseau explica essa passagem da seguinte forma:

Antes de terem sido inventados os sinais representativos da riqueza, estas só podiam consistir em terras e em animais, os únicos bens reais que os homens poderiam possuir. Ora, quando as herdades foram crescendo em número e em extensão a ponto de cobrirem o solo inteiro e se tocarem

---

<sup>34</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques op. cit., p.31.

<sup>35</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.61

todas, umas não puderam mais crescer senão à custa de outras, e os extranumerários que a fraqueza ou a indolência tinham impedido de adquiri-las por sua vez, tornados pobres sem ter perdido nada, porque tudo mudando em torno deles, só eles não tinham mudado, foram obrigados a receber ou a roubar a subsistência das mãos dos ricos; e, daí, começaram a nascer, segundo os diversos caracteres de uns e de outros, a dominação e a servidão, ou a violência e as rapinas.<sup>36</sup>

Percebe-se que para Rousseau com a propriedade e com os sinais representativos da riqueza, operou-se o rompimento da igualdade entre os Homens, instalou-se uma terrível desordem que os tornou avarentos, ambiciosos e maus.

No início a sociedade haveria *convenções gerais* observadas por todos os particulares, sendo a comunidade responsável em relação a cada um deles. Todavia, o decurso do tempo mostrou que esse modelo era insuficiente para solucionar os desentendimentos entre os homens.

Tem-se que, ao contrário do que ocorre nas acepções anteriores, a sociedade civil de Rousseau encerra um momento negativo do desenvolvimento da sociedade. Para superar esse momento, Rousseau entende ser necessário encontrar uma forma de associação “que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um se unindo a todos obedeça, todavia, apenas a si mesmo e permaneça tão livre como antes.”<sup>37</sup> A solução é o *Contrato Social*, que marca a transição da sociedade civil (ou civilizada) para a sociedade política, quando haverá a “alienação total de cada associado com todos seus direitos à toda a comunidade, pois primeiramente, cada um se dando por inteiro, a condição é igual para todos, e a condição sendo igual para todos, ninguém tem o interesse de torná-la onerosa para os outros”<sup>38</sup>.

Norberto Bobbio ilumina:

---

<sup>36</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**, op.cit., p.73.

<sup>37</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**, op. cit., p.29.

<sup>38</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**, op. cit., p.29.

(...) Esta sociedade civil descrita por Rousseau é tão pouco identificável com a sociedade política ou Estado que, em certas passagens, é apresentada como um estado em que “as usurpações dos ricos, o banditismo dos pobres e as paixões desenfreadas de todos” geram um estado de “guerra permanente” que faz pensar no Estado de natureza de Hobbes. Por outras palavras, enquanto para Hobbes (e igualmente para Locke) a Sociedade civil é a sociedade política e ao mesmo tempo a sociedade civilizada (civilizada na medida em que é política), a Sociedade civil de Rousseau é a sociedade civilizada, mas não necessariamente ainda a sociedade política, que surgirá do contrato social e será uma recuperação do estado de natureza e uma superação da sociedade civil. A Sociedade civil de Rousseau é, do ponto de vista hobbesiano, uma sociedade natural.<sup>39</sup>

Do pensamento de Rousseau extraem-se as ideias hoje consideradas como fundamentos da democracia, ou seja, “a afirmação da predominância da vontade popular, com o reconhecimento de uma liberdade natural e com a busca de igualdade, que se reflete, inclusive, na aceitação da vontade da maioria como critério para obrigar o todo, o que só se justifica se for acolhido o princípio de que todos os homens são iguais.”<sup>40</sup>

Em que pesem as discussões supracitadas sobre o tema, o atual emprego do termo “sociedade civil” atrelado ao Estado encontra sua origem em Karl Marx que faz uso de uma interpretação reducionista da “sociedade civil” de Hegel, como observado por Norberto Bobbio<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Norberto Bobbio In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, op.cit., p. 1207-1208.

<sup>40</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**, op. cit., p.18.

<sup>41</sup> Em Hegel, a “sociedade civil” passa a ter um conceito distinto daquele desenvolvido pelos jusnaturalistas para os quais o termo “Estado” identificava-se com “sociedade civil”. Norberto Bobbio explica o pensamento de Hegel: “No sistema hegeliano, o espírito objetivo (que segue ao espírito subjetivo e precede o espírito absoluto) é distinto nos três momentos do direito abstrato, da moralidade e da eticidade. A eticidade, por sua vez, é distinta nos três momentos da família, da Sociedade civil, e do Estado. Como se vê, a Sociedade civil, nesta sistematização geral das matérias tradicionalmente ligadas à filosofia prática, não coincide mais com o Estado, mas constitui um dos seus momentos preliminares. A Sociedade civil não é mais a família, que é uma sociedade natural e a forma primordial da eticidade, mas também não é ainda o Estado, que a forma mais ampla de eticidade e como tal, resume em si e supera, negando-as e sublimando-as, as formas precedentes da sociabilidade humana. A sociedade civil coloca-se entre a forma primitiva e a forma definitiva do espírito objetivo e representa, para Hegel, o momento no qual a unidade familiar, através do surgimento de relações econômicas antagônicas, produzidas pela urgência que o homem tem em satisfazer as próprias necessidades mediante o trabalho, se dissolve nas classes sociais (sistema de

Para Hegel, a sociedade civil encontra-se em um momento entre a estrutura familiar e o Estado. Em outras palavras, a família desenvolve-se em sociedade civil quem por sua vez, desenvolver-se-á em Estado. Hegel explica que a formação da sociedade civil está relacionada com as necessidades dos homens em relação aos demais:

A pessoa concreta que é para si mesma um fim particular como conjunto de carências e como conjunto de necessidade natural e de vontade arbitrária constitui o primeiro princípio da sociedade civil. Mas a pessoa particular está, por essência, em relação com análoga particularidade de outrem, de tal modo que cada uma se afirma e satisfaz por meio de outra é ao mesmo tempo obrigada a passar pela forma da universalidade, que é outro princípio.

Na sua realização assim determinada pela universalidade, o fim egoísta é a base de um sistema de dependências recíprocas no qual a subsistência, o bem-estar e a existência jurídica do indivíduo estão ligados à subsistência, ao bem-estar e à existência de todos, em todos assentam e só são reais e estão assegurados nessa ligação. Pode começar por chamar-se a tal sistema o Estado extrínseco, o Estado da carência e do intelecto.<sup>42</sup>

Verifica-se que no pensamento de Hegel, apesar de ter como fundamento o fim egoístico de cada indivíduo, a sociedade civil (ou *Estado extrínseco*) está submetida ao princípio da universalidade que determina um sistema de dependências recíprocas de uns em relação aos outros. A sociedade civil é regida por uma regulamentação externa (estatal) e não apenas pelas relações econômicas privadas.

---

necessidades). É então que a luta de classes acha uma primeira mediação na solução pacífica dos conflitos através da instauração da lei e da sua aplicação (administração da justiça). É então, enfim, que os interesses comuns encontram uma primeira regulamentação meramente externa na atividade da administração pública e na constituição das corporações profissionais (polícia e corporação). Para fazer compreender que a Sociedade civil possui algumas características do Estado, mas não é ainda Estado, Hegel define-a como "Estado externo" ou "Estado do intelecto". O que falta à Sociedade civil para ser um Estado é a característica da organicidade. A mudança da Sociedade civil em Estado verifica-se quando cada uma das partes da sociedade, que nascem da dissolução da família, se unificam num conjunto orgânico. "Se se troca em Estado a Sociedade civil e a sua finalidade é colocada na segurança e na proteção da propriedade e da liberdade pessoal, o interesse do indivíduo como tal é o fim último onde tudo se unifica. Por causa disto, ser componente do Estado pode ser considerado uma opção caprichosa". Norberto Bobbio In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. op. cit., p. 1208.

<sup>42</sup> HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do Direito**. Traduzido por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título original: *Grundlinien der Philosophic der Rechts*, p.167-168.

Embora Hegel não limitasse o conceito de sociedade civil às relações econômicas, Karl Marx assim o entendeu, atribuindo uma interpretação restritiva às ideias de Hegel. No prefácio de *Crítica da Economia Política*, Marx assinala que estudando Hegel concluiu que a formação das instituições políticas e jurídicas possui raízes nas *relações materiais da vida* e que estas eram denominadas, consideradas em sua totalidade, como *sociedade civil*.<sup>43</sup>

Em Marx, a base da sociedade civil, sobre a qual se desenvolvem as instituições políticas e jurídicas, são as relações econômicas travadas entre os indivíduos. Ou seja, no pensamento marxista, a sociedade civil equivale à sociedade pré-estatal (sociedade natural ou estado de natureza dos jusnaturalistas), distinta e separada do Estado. Marx contrapõe a formação da sociedade civil à da sociedade feudal: “A sociedade feudal foi dissolvida no seu elemento básico, o *homem*; mas no homem que constituía o seu real fundamento, no homem *egoísta*. Este *homem*, membro da sociedade civil, é agora a base e o pressuposto do Estado *político*. Como tal é reconhecido nos direitos do homem.”<sup>44</sup>

A dissolução da sociedade feudal é compreendida por Marx como uma revolução política. Nesse cenário, o homem, como membro da sociedade civil, é *apolítico* e surge, necessariamente, como o homem *natural*:

Esta revolução considera a sociedade civil, o mundo das necessidades, o trabalho, os interesses privados e a lei civil como a *base da sua própria existência*, como pressuposto inteiramente subsistente, portanto, como a sua *base natural*. Por fim, como membro da sociedade civil é identificado como o *homem autêntico*, o *homme* como distinto do *citoyen*, porque é o homem na sua existência sensível, individual e *imediate*, ao passo que o homem político é unicamente o homem abstracto, artificial, o homem como pessoa *alegórica*, *moral*. Deste modo, o homem tal como é na realidade reconhece-se apenas na forma do homem *egoísta*, e o homem *verdadeiro*, unicamente na forma do *citoyen abstracto*.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Nesse sentido ver Norberto Bobbio in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Op. cit., p. 1209.

<sup>44</sup> MARX. Karl. **A questão judaica**. Traduzido por Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, p.28-29.

<sup>45</sup> MARX. Karl. **A questão judaica**, op. cit., p. 29-30.

Verifica-se, portanto, que em Marx o surgimento do Estado e a dissolução da sociedade feudal implica no retorno da sociedade civil ao estado de natureza, tal como lecionado por Hobbes. Nesse sentido, explica Norberto Bobbio:

Pelo exposto verificamos que, ao final deste processo de mudança, ou melhor, de desvios de significado, Sociedade civil acabou por ter um significado oposto àquele que tinha no início do processo. Em outras palavras, na grande dicotomia “sociedade-Estado”, própria de toda a filosofia política moderna, Sociedade civil representa, ao princípio, o segundo momento e, ao fim, o primeiro embora sem mudar substancialmente o seu significado: com efeito, tanto a “sociedade natural” dos jusnaturalistas, quanto a “Sociedade civil” de Marx indicam a esfera das relações econômicas intersubjetivas de indivíduo a indivíduo, ambos independentes, abstratamente iguais, contraposta à esfera das relações políticas, que são relações de domínio. Em outras palavras, a esfera dos “privados” (no sentido em que “privado” é um outro sinônimo de “civil” em expressões como “direito privado” que equivale a “direito civil”) se contrapõe à esfera do público. (...) E, o que é mais significativo, o caráter específico da Sociedade civil (burguesa) assim definida é o do Estado de natureza descrito por Hobbes, isto é, a guerra de todos contra todos: “Tudo quanto a Sociedade civil é realmente, esta guerra (do homem contra o homem), de um contra o outro, de todos os indivíduos que se excluem reciprocamente só por causa da sua individualidade, é o universal e desenfreado movimento das formas elementares da vida desligadas dos vínculos dos privilégios.”<sup>46</sup>

Hodiernamente, em que pesem as diversas concepções do termo, sociedade civil é entendida no sentido marxista. em que, nas lições de Norberto Bobbio, corresponde à “esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder;

---

<sup>46</sup> Norberto Bobbio In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, op. cit., p. 1209.

como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder público.”<sup>47</sup>

Se é na sociedade civil que se desenvolvem as relações entre os indivíduos, grupos e classes sociais, se essas relações são determinantes à caracterização das instituições, se é nessa esfera que se forma a opinião pública, o consenso e o dissenso sobre um determinado assunto, é também em seu âmbito que se verifica a mais importante forma de tutela dos direitos fundamentais com vistas à garantia da própria existência digna dos indivíduos.

### 1.3. Democracia e sociedade civil

A democracia encontra suas origens na democracia direta grega<sup>48</sup>. Consoante o *Dicionário Oxford de Filosofia*, no pensamento grego, *demokratia* “é o governo

---

<sup>47</sup> Norberto Bobbio In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, op. cit, p. 1210.

<sup>48</sup> “O Dicionário de Filosofia fornece esclarecimentos sobre referido conceito grego de democracia: Uma das mais antigas doutrinas políticas, talvez a mais antiga, é distinção das três formas de G. (de um só, de poucos, de todos), enunciadas por Heródoto por meio da discussão de sete personagens persas, mas na realidade expondo noções populares de sabedoria grega. Heródoto pergunta: ‘Como poderia ser um G. bem instituído o domínio de um só homem, se ele pode fazer o que quer sem dar satisfação a ninguém? O monarca tende a tornar-se tirano. Por outro lado, o G. do povo é com certeza o melhor, porque nele todos são iguais, mas também tende a degenerar e a tornar-se desenfreada demagogia. Por isso, a melhor forma de G. é uma boa monarquia’ (III, 80-82). Em República, Platão punha acima dessa classificação o Estado idealmente perfeito, a aristocracia ou G. dos filósofos. A primeira degeneração da aristocracia é a timocracia, ou seja, o G. fundado na honra que nasce quando os governantes se apropriam de terras e de casas. A segunda é a oligarquia, governo baseado no patrimônio, no qual os ricos mandam. A terceira forma é a democracia, na qual a todo cidadão é lícito fazer o que quer. Finalmente, a forma extrema de degeneração política é a tirania, que muitas vezes nasce da excessiva liberdade da democracia (Rep., VIII – IX). De modo mais sistemático, em O Político, Platão distinguiu três formas de regime político: G. de um só, G. de poucos e G. de muitos; essas formas, segundo sejam regidas por leis ou desprovidas de leis, motivam respectivamente o G. régio ou tirania, a aristocracia e oligarquia e as duas formas da democracia, a regida por leis ou a demagógica (Pol., 291 d-e). Essa classificação foi repetida por Aristóteles (Pol., III, 1279 a 27), que, no entanto, alude a outra divisão, na qual as formas fundamentais seriam duas: ‘democracia, quando os livres governam e, em geral, os livres são muitos e os ricos poucos’ (Ibid., IV, 4, 129b, I): classificação que seria simétrica a outras classificações didáticas, cuja autoria Aristóteles declara. Contudo a classificação triádica veio a ser tradicional e a

pelo povo em geral (excluindo, no entanto, as mulheres e, claro, os escravos), que contrasta com o governo pelos ricos e aristocratas. Na sociedade moderna, a democracia é a soberania do povo em geral, que não se exprime diretamente através do voto sobre questões particulares, mas através de representantes. Surgem questões tais como saber se os vários mecanismos garantem que a tomada de decisões corresponde, genuinamente, às expectativas do povo, servindo a seus interesses”.<sup>49</sup>

Na Grécia antiga, a democracia era praticada de forma direta, onde o povo ateniense reunia-se em praça pública - Ágora - para o exercício direto e imediato do poder político, transformando o local “no grande recinto da nação”<sup>50</sup>.

Paulo Bonavides ressalta que “a democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor sobre as questões do Estado, que fazia de sua assembléia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial.”<sup>51</sup>

Mais do que isso, acrescenta o autor que “cada cidade que se prezasse da prática do sistema democrático manteria com orgulho um Ágora, uma praça, onde os cidadãos se congregassem todos para o exercício do poder político. O Ágora, na cidade grega, fazia pois o papel do Parlamento nos tempos modernos.”<sup>52</sup>

A democracia ateniense encontrava fundamento na *isonomia*, *isotimia* e *isegoria*. Nas lições de Paulo Bonavides, a isonomia consiste na “igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza; com a *isotimia* abolia-se “a organização democrática da Grécia os títulos ou funções hereditárias, abrindo a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas, sem mais

---

ela os escritores políticos da Idade Média, do Renascimento e da Idade Moderna se referem constantemente.” ABBAGNANO, Nicola., op. cit., p. 487.

<sup>49</sup> BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**, consultoria da edição brasileira por Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 90.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**, 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.288.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo., op. cit.. p.288.

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo., op. cit.. p.288.

distinção ou requisito que o merecimento, a honradez e a confiança depositada no administrador pelos cidadãos”; por sua vez, a *isegoria* traduzia o “direito de palavra, da igualdade reconhecida a todos de falar nas assembléias populares, de debater publicamente os negócios do governo. (...) Com a *isegoria*, exercício da palavra livre no largo recinto cívico que era o *Ágora*, a democracia regia a sociedade grega, inspirada já na soberania do governo de opinião.”<sup>53</sup>

A despeito das bases supramencionadas, havia na *polis* grega a escravidão que se mostrava como um contra-senso aos ideais democráticos. Sustentava-se que as decisões políticas eram tomadas imediata e diretamente pelos cidadãos, entretanto os cidadãos, homens livres gregos, representavam apenas uma pequena parcela da sociedade. Grande parte da população era escrava e, por essa razão, excluída do cenário político na *polis* grega.

Nesse sentido, Paulo Bonavides ressalta que “autores mais rigorosos asseveram que não houve na Grécia democracia verdadeira, mas aristocracia democrática, o que evidentemente traduz um paradoxo. Ou democracia minoritária, como que Nitti, reproduzindo aquele pensamento célebre de Hegel, em que o filósofo compendiou, com luminosa clareza, o progresso qualitativo e quantitativo da civilização clássica, tocante à conquista da liberdade humana. Com efeito, disse Hegel, que o Oriente fora a liberdade de um só, a Grécia e Roma a liberdade de alguns, e o mundo germânico, ou seja, o mundo moderno, a liberdade de todos.”<sup>54</sup>

A despeito dos problemas existentes no sistema grego, não se pode negar a sua grande influência ao longo da história até os dias de hoje.

Norberto Bobbio discorre sobre as principais teorias da democracia, bem como sobre a evolução de seu conceito até seu significado contemporâneo:

Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia,

---

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.291.

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo, op.cit, p.289.

como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior ao inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república.<sup>55</sup>

Na contemporaneidade, o sistema representativo nos Estados democráticos prevalece como a forma mais viável para se garantir o funcionamento desses Estados<sup>56</sup>.

A grande extensão dos Estados, bem como sua crescente população tornou a democracia direta clássica impraticável. Como seria possível reunir os cidadãos em praça pública para a tomada das decisões políticas? Além disso, o cidadão moderno não é como o cidadão grego. Os indivíduos não se dedicam exclusivamente à vida política, dedicam-se também a outras atividades que lhe garantam uma existência digna.

Assim, a democracia assumiu contornos diversos, adaptados às suas reais condições. Paulo Bonavides aponta como bases da democracia moderna “a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volonté générale* do *Contrato Social* de Rousseau); o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção dos poderes, com separação nítida no regime presidencial e

---

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco, op. cit. p. 319 e 320.

<sup>56</sup> Um dos últimos redutos da democracia clássica pode ser encontrado nos minúsculos cantões suíços: Uri, Glaris, Unterwald e Apenzzels, onde os cidadãos reúnem-se em praça pública para a tomada de decisões.

aproximação ou colaboração mais estrita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e fé religiosa; a temporariedade dos mandatos eletivos; e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem.”<sup>57</sup>

Mais do que a eleição de seus governantes ou a tomada de decisões políticas por seus representantes, verifica-se um processo de alargamento da democracia no qual a sociedade passa a intervir não apenas nas decisões políticas, mas também naquelas que afetam a sua vida em sociedade, enquanto indivíduo considerado na multiplicidade de seu status. A respeito de aludido processo, leciona Norberto Bobbio:

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e, sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. Em termos sintéticos, pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na substituição da democracia representativa pela democracia direta (substituição que é de fato, nas grandes organizações, impossível), mas na passagem da democracia na esfera política, isto é, na esfera em que o indivíduo é considerado como cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus status, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuários, etc; em outras palavras, na extensão das formas de poder de ascendente, que até então havia ocupado quase

---

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**, op.cit., p.295.

exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas e muitas vezes politicamente irrelevantes associações voluntárias), ao campo da sociedade civil em suas várias articulações, da escola à fábrica. Em consequência, as formas hodiernas de desenvolvimento da democracia não podem ser interpretadas como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas devem ser bem mais entendidas como a ocupação, por parte de formas até tradicionais de democracia, de novos espaços, isto é, de espaços até então dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático.<sup>58</sup>

Para Norberto Bobbio, portanto, a democracia atual não deve ser meramente política, mas social, vez que as aspirações do indivíduo devem ser levadas em conta nas tomadas de decisão pelo Poder público.

Alain Touraine entende a democracia como “o regime que reconhece os indivíduos e as coletividades como sujeitos, isto é, os protege e encoraja em sua vontade de “viver sua vida” e dar unidade e sentido à sua experiência vivida. Nesse caso, o que limita o poder não é somente um conjunto de procedimentos, mas a vontade positiva de aumentar a liberdade de cada um. A democracia é a subordinação da organização social, em particular, do poder político, a um objetivo que não é social, mas moral: a libertação de cada. (...) Ainda mais do que a criação de uma sociedade política justa ou do que a abolição de todas as formas de dominação e exploração, o objetivo principal da democracia deve ser permitir que os indivíduos, grupos e coletividades se tornem sujeitos livres, produtores de sua história, capazes de unir, em sua ação, o universalismo da razão e a particularidade de uma identidade pessoal e coletiva.”<sup>59</sup>

O decurso da história permite-nos afirmar que a sociedade civil assume papel determinante no processo de democratização do Estado, bem como no alargamento dessa democracia conquistada. A sociedade civil triunfou na luta contra os regimes absolutistas, em prol do reconhecimento dos direitos sociais; insurgiu-se contra a precariedade na qual se encontrava a classe trabalhadora; lutou pela independência

---

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política.** 12ª edição, tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2005 155 a 156.

<sup>59</sup> TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2ª edição, trad. da 1ª edição brasileira por Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 254 a 255.

das colônias dominadas; conquistou o reconhecimento dos direitos das mulheres, das crianças, culminando com o reconhecimento de direitos universais a todos os seres humanos.

Não se pode esperar que o Estado garanta, por si só, o sucesso da democracia. Além da sua organização estrutural, bem como a tutela dos direitos de seus cidadãos, cabe ao Estado garantir a existência dos instrumentos necessários para que a sociedade civil, por sua vez, promova suas reivindicações e exija a tutela de seus direitos. Tais mecanismos servem para que haja a adequação do Estado às necessidades sociais, em constante evolução.

#### **1.4. Sociedade civil e a democracia no Brasil**

A Constituição de 1988 é considerada o marco do processo de redemocratização do Brasil.

Com o fim da ditadura militar houve uma intensa participação da sociedade civil na elaboração da Constituição de 1988. Inúmeras propostas e emendas foram encaminhadas ao Congresso, sendo, inclusive, garantido aos indicados pelos subscritores das mesmas o direito de palavra no plenário.<sup>60</sup> A mobilização não só

---

<sup>60</sup> Nesse sentido, Paulo Bonavides: “Apesar das condições muito especiais da Constituinte de 1934 com a representação classista e da Constituinte de 1946 com a presença das esquerdas, inclusive do Partido Comunista Brasileiro, foi a de 1987 a que obteve maior participação popular. Pode-se afirmar que essa participação não resultou em adoção de propostas populares, mas o fato é que sugestões e emendas com milhões de assinaturas chegaram ao Congresso e foram submetidas à Comissão de Sistematização, permitindo-se aos indicados pelos subscritores das mesmas, o direito de palavra no plenário. A circunstância de não terem sido consideradas para o efeito de inclusão no texto do projeto da comissão ou mesmo nas votações de plenário não significa que inexistiu a participação da sociedade. Essa participação, todavia, enfraqueceu-se no curso do processo legislativo, de tal forma que as reivindicações constantes das emendas populares passaram a ser defendidas por alguns constituintes, sem que a sociedade se mantivesse mobilizada para o acompanhamento dos debates e das votações.” BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 9ª edição. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 479 a 481.

conseguiu dar cabo à ditadura militar, mas também influenciou na formação do conteúdo de nossa Constituição Cidadã, como é também denominada a Carta Magna de 1988.

A importância e o poder da sociedade civil perante o Estado foram tratados por Ferdinand Lassalle. Pode-se dizer que a sociedade civil corresponde ao que Lassalle denominava de *fatores reais de poder* na medida em que, segundo o autor, “os *fatores reais do poder* que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.*”<sup>61</sup>.

Lassalle vai além ao concluir que as “constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.”<sup>62</sup>

Em que pese certo reducionismo da teoria de Lassalle quanto à essência da Constituição, não se pode negar a importância dos *fatores reais de poder*, da sociedade civil para aludido diploma.

A força da sociedade civil encontra-se ainda mais intensa nos países de regime democrático, pois, como assinala Paulo Bonavides, “a democracia é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo”.<sup>63</sup>

Logo em seu artigo primeiro, a Constituição de 1988 consagra o Estado brasileiro como “Estado Democrático de Direito”:

---

<sup>61</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

<sup>62</sup> LASSALLE, Ferdinand, op.cit.,p.40.

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. **Democracia Direta, A Democracia do Terceiro Milênio**. In: **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**, organizado por Lauro Luiz Gomes Ribeiro, Luciana Andrea Accorsi Berardi, 1ª edição. São Paulo: IOB-Thomson, 2007. p. 393.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Abandonando a tradicional expressão “Estado de Direito”, o Poder Constituinte empregou na Constituição de 1988 a expressão “Estado Democrático de Direito”, deixando claro que a Constituição, o Direito, é fruto da vontade do povo e não outorgada por qualquer autoridade, pois um Estado de Direito nem sempre garante a participação de seus destinatários.<sup>64</sup>

Como aduz Miguel Reale, o “adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. “Estado Democrático de Direito”, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a Estado de Direito e de Justiça Social”<sup>65</sup>. Esse seria o espírito da Constituição de 1988.

De fato, essa parece ter sido a intenção do Constituinte de 1988. Verifica-se que o princípio democrático, bem como da dignidade da pessoa humana insculpidos no artigo 1º irradiam-se por toda a Constituição.

Não por acaso no “Título II”, a Constituição dispõe sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, antes mesmo da “Organização do Estado”, prevista no “Título III”. Essa estrutura do texto constitucional coaduna-se com os *princípios*

---

<sup>64</sup> Carlos Ari Sundfeld lembra que “O mero Estado de Direito de certo controla o poder, e com isso protege os direitos individuais, mas não garante a participação dos destinatários no seu exercício.”SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3ª edição, 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 1998, p.49.

<sup>65</sup> REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2.

*essenciais* da democracia que, nas lições de Maria Garcia<sup>66</sup>, correspondem a: “(a) a garantia de certos direitos fundamentais do homem; (b) a valorização do indivíduo e da personalidade humana integrada; (c) o compromisso entre ideias opostas, para uma solução pacífica.”

Carlos Ari Sundfeld entende o Estado brasileiro como um “Estado Social e Democrático de Direito”. Trata-se de uma evolução do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito na medida em que o Estado deve também atuar em prol do desenvolvimento e da realização da justiça social. Para o autor, constituem os elementos desse Estado:

“a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social”<sup>67</sup>

Dos elementos elencados por Sundfeld, chamamos a atenção ao elemento da participação do povo. No parágrafo único do artigo 1º, a Constituição estatui que “todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos”. E não poderia ser de outra forma. Rememore-se o festejado conceito de democracia elaborado por Abraham Lincoln em seu célebre discurso proferido em Gettysburg, em 1863, segundo quem “a democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo.”

Se o governo é “do povo, para o povo e pelo povo”, mostra-se imperiosa a supremacia da vontade do povo e, para tanto, são necessários instrumentos que

---

<sup>66</sup> GARCIA, Maria. **A democracia e o modelo representativo**. In **Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil**. coord. Maria Garcia. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p.43.

<sup>67</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3ª edição, 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 1998, p.56.

viabilizem a manifestação dessa vontade. José Afonso da Silva aclara o conceito de Lincoln da seguinte forma:

“Governo *do povo* significa que este é fonte e titular do poder (*todo poder emana do povo*), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo *pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apóia no *consentimento popular*; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da *representação política* (*o poder é exercido em nome do povo*). Governo *para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar”.<sup>68</sup>

No Brasil, podem ser citados o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular como mecanismos de participação direta previstos no artigo 14 da Constituição. Entretanto, nos moldes do parágrafo único do artigo primeiro, a vontade popular é também obtida por meio da representação política.

Embora seja apontado como um instrumento democrático, a representação política nem sempre é expressão de um Estado efetivamente democrático; dela pode decorrer a ilegitimidade do poder político em detrimento da real vontade popular.

Paulo Bonavides critica o sistema representativo e aponta que, no País, a soberania popular, constitucionalmente consagrada, é “reduzida a um mero simulacro de mandamento, sem correspondência com a realidade e a combinação dos interesses que se confrontam e se impõem na região decisória, onde se formulam as regras de exercício efetivo do poder”<sup>69</sup>.

Em outros termos, verifica-se o distanciamento entre a vontade popular e a vontade dos representantes no Poder Público. Nesse sentido, conclui:

---

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 135.

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. **Democracia Direta, A Democracia do Terceiro Milênio**. In: **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**, op. cit., p. 409.

O sistema representativo não só falseia a verdade federativa senão que coloca a Federação em contradição com a Nação e a democracia. Serve ao mesmo passo a um gênero de Sociedade extremamente contraditória, desigual, injusta e antagônica, onde a igualdade e a unidade proclamadas na Constituição em verdade encobrem a desigualdade e a divisão nos corpos sociais, imediatamente sujeitos à hegemonia e à ditadura dos grupos mais poderosos, que a aparentemente legitimam sua supremacia, tanto pela via parlamentar como presidencial de governo, no quadro contemporâneo de apresentação instrumental de uma suposta soberania popular.<sup>70</sup>

A solução proposta pelo autor é a democracia direta, ou seja, a participação direta do povo nas decisões do governo:

(...) alargar a brecha [dos instrumentos previstos no artigo 14 da Constituição], para converter instrumentalmente numa realidade de poder soberano a vontade do povo. De tal sorte que a democracia neste país deixe de ser o que tem sido até agora em todos os tempos – a utopia do idealismo constitucional – e passe da esfera da crença e das formas fictícias para a esfera do concreto, do real, do fático, com o povo absolutamente senhor do seu destino e de suas faculdades decisórias.<sup>71</sup>

Não se trata da democracia direta extraída da acepção grega do termo, pois seu modelo “mantém no seu receituário político de organização e função elementos representativos remanescentes e subsidiários”.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. **Democracia Direta, A Democracia do Terceiro Milênio**. In: **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**, op. cit., p. 409.

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. **Democracia Direta, A Democracia do Terceiro Milênio**. In: **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**, op. cit., p. 413.

<sup>72</sup> Mas esta expressão não corresponde, com extremo rigor, ao símile grego da antiguidade clássica, porquanto o modelo nela contido, extraído de fórmula mista consideravelmente atenuada, mantém no seu receituário político de organização e função elementos representativos remanescentes e subsidiários sem embargo haver deslocado, já, o eixo da soberania, em bases funcionais, dos corpos intermediários do Estado – as casas legislativas e os órgãos executivos - para a sede da autoridade moral, centralizadora e suprema, que é o povo, *desbloqueado* no exercício direito e vital de suas prerrogativas de soberania. Tal modelo de democracia participativa direta conserva ainda a aparência de uma forma mista, típica das chamadas democracias semi-representativas ou semidiretas, bastante conhecidas da nomenclatura política pós-Weimar, mas com esta diferença capital: seu centro de gravidade, sua mola chave, em todas as ocasiões decisivas, é a vontade popular, é o povo soberano. A parte direta da democracia é máxima, ao passo que a parte representativa será mínima; uma primário ou de primeiro grau, a outra secundária ou de segundo grau.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.60.

A democracia no Brasil necessita de grandes transformações para que seja de fato concretizada de acordo com os ditames Constitucionais. A vontade popular deve ser, antes de tudo, uma diretriz às ações governamentais. Não se podendo conceber o argumento de que *o povo é incapaz de decidir*, tal como enfatiza Dalmo de Abreu Dallari<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Esclarece Dalmo de Abreu Dallari que: “O argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação preferido pelo povo é boa ou não. Assim sendo, a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgado. Basta atentar-se para o fato de que, qualquer que seja a decisão popular, sempre haverá grupos altamente intelectualizados e politizados que irão considerá-la acertada, como haverá grupos opostos, também altamente qualificados, que a julgarão errada.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**, op. cit., p.304.

## 2. DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Os direitos humanos<sup>74</sup> não surgiram todos ao mesmo tempo, nem em uma única oportunidade. Os direitos humanos não são um dado histórico, mas um construído. Assim expõe Celso Lafer os pensamentos de Hannah Arendt<sup>75</sup>. Na medida em que a sociedade se desenvolve, os direitos humanos evoluem para melhor adequá-los à realidade social.

Se hoje existe um sistema de tutela dos direitos humanos em âmbito nacional e internacional, foi necessário um longo e árduo processo para sua formação. Sábias são as palavras de Norberto Bobbio ao escrever que “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> O presente trabalho tratará, indistintamente, os termos direitos humanos e direitos fundamentais. Respeitará o uso, todavia, do primeiro sob a perspectiva desses direitos em âmbito internacional, tal como o faz a doutrina internacionalista, e do segundo, quando se referir aos mesmos direitos no âmbito constitucional, tal como o fazem os constitucionalistas.

<sup>75</sup> Celso Lafer: “a análise arendtiana ilumina como os direitos humanos não são, na linha de pensamento que remonta a Platão, uma medida externa à *polis*, ou seja, um *dado*. São um *construído*, uma invenção ligada à organização da comunidade política, que na experiência europeia foi mais ou menos duradoura em função das vicissitudes históricas derivadas da aplicação do princípio das nacionalidades na estruturação do Estado”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 134.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.31.

Flávia Piovesan, compartilhando aludido entendimento leciona: “Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações moerias, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p.110.

José Afonso da Silva: “O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos, Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.” SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p.149.

Nesse contexto, mostra-se imperioso um breve estudo acerca do processo histórico de reconhecimento e positivação dos direitos humanos.

## **2.1. Breve relato histórico das Declarações de Direitos**

### **2.1.1. Inglaterra: documentos que precederam as Declarações de Direitos**

A instauração do feudalismo durante a Alta Idade Média esfacelou o poder político e econômico no território europeu. Apenas a partir do século XI, iniciou-se o movimento de reconstrução da unidade política da Europa<sup>77</sup> e, com ela, a reconcentração do poder: papa, imperadores e reis disputavam a hegemonia sobre o território europeu.

Em manifestação contra os abusos cometidos em razão da concentração do poder dos governantes, surgiu na Inglaterra a célebre *Magna Charta Libertatum*, de 1215, elaborada pelo Arcebispo Stephen Langton e assinada pelo Rei João, também conhecido como João-Sem-Terra, mediante pressão imposta pelos barões feudais.

Apesar da Magna Carta ter beneficiado, em especial, os dois privilegiados estamentos da sociedade medieval, clero e nobreza, não se pode negar seu mérito em relação ao reconhecimento dos direitos humanos, sobretudo quanto ao valor da liberdade nela contido, bem como de ter insculpido em seu conteúdo a pedra angular da democracia moderna. Fábio Konder Comparato esclarece:

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos,

---

<sup>77</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005, p.44.

sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo.<sup>78</sup>

(...) Mais do que isso, porém, a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história da política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. (...) O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – nobreza e clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, mas também por direitos subjetivos dos governados.<sup>79</sup>

Nos dois séculos seguintes ao final da Idade Média, séculos XVI e XVII, verificou-se na Europa a reconcentração do poder. Nesse período, Jean Bodin e Thomas Hobbes elaboram a teoria da monarquia absoluta, que serviu de fundamento para a formação dos grandes impérios coloniais nos quais o poder emanava do Rei e em seu nome era exercido.

Outro documento histórico inglês foi a *Petition of Rights*, de 1628, cujo objetivo era assegurar a observância de direitos e liberdades já conhecidos pela Magna Carta, mas ignorados pelo Rei. Com base nesse documento, o Rei teria que pedir autorização ao Parlamento para efetuar gastos, não poderia mais instituir impostos sem o consentimento daquele e também não poderia aplicar a pena de morte ou de mutilação sem o devido processo legal<sup>80</sup>.

Após a *Petition of Rights* surge o *Habeas Corpus Act*, em 1679, elaborada pelo Parlamento inglês a fim de limitar o poder real de prender arbitrariamente os opositores do governo. Comparato esclarece: “A importância histórica do habeas-

---

<sup>79</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p.77 a 78.

<sup>80</sup> Artigo 39 da “Petition of Rights”: “Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem seus bens, nem declarado for a da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com a força contra ele, nem mandaremos que otrems o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país.”

corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais.”<sup>81</sup>

Ainda na Inglaterra, um século antes da Revolução Francesa, em 1689, é promulgado o *Bill of Rights*<sup>82</sup>, que colocou fim ao regime absolutista. Segundo Comparato:

... o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (*cruel and unusual punishments*)<sup>83</sup>

O *Bill of Rights* é considerado, portanto, o mais importante documento inglês, pois, ao afirmar a supremacia do Parlamento, limitou os poderes reais mediante a divisão dos Poderes<sup>84</sup> e deu origem à monarquia constitucional submetida à soberania popular.

---

<sup>81</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p.86.

<sup>82</sup> Vide Anexo A

<sup>83</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p.93.

<sup>84</sup> José Damiano de Lima Trindade: “Já em 1215, em pleno feudalismo, os barões ingleses rebelados impuseram ao rei João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum*, documento de restrições ao poder do soberano que, excetuados os servos, garantia a ‘todos os homens livres do reino’ (nobres, grandes mercadores, eclesiásticos e burgueses das cidades várias liberdades e garantias. A mais famosa delas, inscrita no artigo 39, foi antecessora do moderno *habeas corpus*, proibia que homens livres fossem presos, exilados ou tivessem bens confiscados, ‘a não ser mediante um julgamento regular por seus pares ou conforme a lei do país’. A *Magna Charta* foi confirmada dezenas de vezes por diversos reis nos séculos seguintes, embora, após a Guerra das Duas Rosas (1455-1485), Henrique VII tenha recuperado a autoridade real sobre aquelas classes. Outro documento histórico no mesmo sentido foi a *Petition of Rights*, de 7 de junho de 1628, pela qual, em outra situação de confronto, os representantes da aristocracia, da burguesia e da Igreja, requereram ao rei que não fossem baixados tributos sem autorização do Parlamento, nem aplicadas as penas de morte ou de mutilação sem o devido processo legal. O contencioso se reacendeu quando o rei Carlos I (1625-1649), após desentendimentos sobre religião e impostos, dissolveu o Parlamento. Em 1640, os escoceses se revoltaram contra a anexação de seu país pela Inglaterra (ocorrida em 1603), e o mesmo rei convocou de novo o Parlamento para votar recursos necessários para sufocar a rebelião. O Parlamento recusou-se. Deflagrada a guerra civil, as forças do Parlamento, lideradas por Oliver

### 2.1.2. Declarações de Direitos na América

Os desentendimentos entre a Inglaterra e suas colônias americanas a partir da década de 70 do século XVIII foram motivados por medidas mercantis e tributárias impostas pela metrópole inglesa. Para os colonos, as medidas adotadas prejudicavam seus interesses comerciais e financeiros. Assim, a luta contra os regimes absolutistas<sup>85</sup> na Europa culminou na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, em 12.1.1776, na América.

Inspirados pelos pensamentos de Locke, Montesquieu e Rousseau, os norte-americanos elaboraram aludida Declaração, considerada o primeiro documento político a reconhecer os direitos humanos. Vale lembrar, a Declaração de Virgínia antecedeu a própria Declaração de Independência norte-americana, de 4.7.1776.

A Declaração de Virgínia, além de reconhecer a existência de direitos inerentes ao homem, preocupa-se, sobretudo, com a estrutura democrática do Estado e com a necessidade de limitação de poderes. Para José Afonso da Silva,

---

Cromwell, venceram, proclamaram a República e executaram Carlos I em 1649. Em 1660, houve a restauração da monarquia, que tentou reaver poderes absolutos, mas a resistência da burguesia e da aristocracia conduziu ao *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, pelo qual esse instituto da *common law* tornou-se lei. / As tensões com a monarquia prosseguiram até que, em 1688, a Revolução Gloriosa definiu a correlação de forças, o Parlamento, dominado por uma aliança da alta burguesia com a nobreza anglicana liberal, apoiou o príncipe Guilherme de Orange, que destronou militarmente seu sogro, o rei Jaime II. Essa união da maioria das classes dominantes no Parlamento possibilitou-lhes mobilizarem as classes populares em seu favor, sem perder o controle sobre elas – ao contrário do que quase se passaria na França – e acarretou a substituição revolucionária do absolutismo por uma monarquia constitucional. / Foi, então, assinado o *Bill of Rights*, 'Declaração de Direitos', que reiterou os direitos individuais e firmou a supremacia institucional de um Parlamento bicameral na Inglaterra. Implantou-se a liberdade de imprensa, a livre iniciativa econômica, desvencilhou-se de restrições anteriores, e logo desenvolveram-se outras reformas que permitiram à acumulação privada de lucro em meta dominante das políticas governamentais". TRINDADE, José Damião de Lima, op. cit., p. 82 e 83.

<sup>85</sup> Maria Garcia: "Ressaltam muitos constitucionalistas que o Estado Moderno surgiu absolutista e, durante alguns séculos, todos os defeitos e virtudes do monarca absolutista foram confundidos com as qualidades do Estado. A reação a esse absolutismo, como a tudo que representasse vedação ou restrição individual, deu origem ao Estado liberal, no século XVIII. / Nessa época, ambas as Revoluções marcantes, a Francesa de 1789 e a Norte-Americana (por muitos entendida, apenas, como a Guerra de Independência) de 1776, procuraram atingir o Estado naquilo que mais ressaltava como dominador ou opressor da liberdade e da igualdade do homem e do cidadão: limitação do poder governamental, representação popular e eliminação dos privilégios aristocráticos e do clero". GARCIA, Maria. **Inconstitucionalidades da lei das desapropriações: a questão da revenda**, 2ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

mencionada Declaração encerra em seu conteúdo as bases dos direitos dos homens<sup>86</sup>.

Meses após a Declaração de Virgínia é adotada a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 4.7.1776, que assume relevante papel no processo histórico de reconhecimento dos direitos humanos na medida em que admite a existência de direitos inalienáveis e inerentes ao homem, tais como: a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Além disso, estabelece que a tutela de aludidos direitos se dá por meio da criação de governos cujos poderes derivam do consentimento dos governados; em outras palavras, reconhece-se a soberania popular.

Tornou-se célebre sua justificativa para a proclamação de sua independência:

Consideramos de per si evidentes as verdades seguintes: que todos os homens são criaturas iguais; que são dotados pelo seu Criador certos direitos inalienáveis; e que, entre estes, se encontram a vida a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar estes direitos e os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados; quando qualquer forma de governo se torna ofensiva destes fins, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-o nos princípios e organizando os seus poderes pela forma que lhe pareça mais adequada a promover sua segurança e felicidade. A prudência aconselha a não mudar governos há muito

---

<sup>86</sup> José Afonso da Silva: "A Declaração de Virgínia consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como: (1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; (3) o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; (5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições freqüentes, certas e regulares; (6) as eleições dos representantes do povo devem ser livres; (7) é ilegítimo todo poder se suspensão da lei ou de sua execução, sem consentimento dos representantes do povo; (8) assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares; (9) vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários; (10) vedada a expedição de mandados gerais de busca ou de detenção, sem especificação exata e prova do crime; (11) a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; (12) "que a milícia bem regulada, composta de elementos do povo, com prática das armas, constitui a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; que os exércitos permanentes, em tempo de paz, devem ser evitados, como perigosos para a liberdade; e que, em todos os casos, o militar deve ficar sob rigorosa subordinação ao poder civil e por ele governado"; (13) todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência." SILVA, José Afonso da, op. cit., p.153 e154.

estabelecidos em virtude de causas ligeiras e passageiras; e, na verdade, toda a experiência tem demonstrado que os homens estão mais dispostos a sofrer males suportáveis do que a fazer justiça a si próprios, abolindo as formas a que estão acostumados. Mas, quando uma longa sucessão de abusos e usurpações, visando invariavelmente o mesmo fim, revela o desígnio de submetê-los ao despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever, livrar-se de tal governo e tomar novas providências para bem da sua segurança. Foi este o paciente sofrimento destas colônias e é agora a necessidade que as constringe a alterar o seu antigo sistema de governo.

Após a independência das colônias inglesas na América, é aprovada em 17.9.1787, na Convenção de Filadélfia, a Constituição dos Estados Unidos da América. No entanto, sua entrada em vigor dependia da ratificação de pelo menos nove Estados Independentes, ex-colônias, pois esses Estados seriam unidos em um Estado Federal, tornando-se simples Estados Federados. No entanto, alguns dos Estados exigiam para a adesão ao pacto a inserção de uma *Carta de Direitos* na Constituição para a tutela dos direitos fundamentais. Em 1789, Thomas Jefferson e James Madison elaboraram as dez emendas que constituíam o *Bill of Rights* americano e que foram aprovadas em 1791.

As declarações norte-americanas possuem conteúdo liberal em prol de seu pleno desenvolvimento econômico. Com fundamento na filosofia jusnaturalista, citadas declarações tutelavam os direitos civis e políticos.

### **2.1.3. França: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**

Embora a Europa tenha assumido papel importante quando do início do processo de reconhecimento dos direitos humanos – em especial com os documentos ingleses – a propagação de tais direitos ocorreu somente a partir de 1789, na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Sustenta-se que a Declaração de Direitos francesa de 27.8.1789<sup>87</sup> sofreu grande influência da Revolução Americana, sobretudo da Declaração de Virgínia. Todavia, há que se ressaltar que a Declaração de Direitos francesa, utilizando-se da técnica das Declarações americanas, consolidou o pensamento político que envolveu a Europa no século XVIII. Trata-se do chamado fenômeno da transmigração,<sup>88</sup> apontada por Santi Romano.

Nesse sentido Boris Mirkine-Guetzévitch expõe:

mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII – dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal. E porque essa corrente era geral, comum a todas as Nações, aos pensadores de todos os países, a discussão sobre as origens intelectuais das Declarações de Direitos americanas e francesas não tem, a bem da verdade, objeto. Não se trata de demonstrar que as primeiras Declarações “provêm” de Locke ou de Rousseau. Elas provêm de Rousseau, e de Locke, e de Montesquieu, de todos os teóricos e de todos os filósofos. As Declarações são obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII.<sup>89</sup>

A Revolução Francesa, assim como a norte-americana, tinha como propósito a limitação do poder estatal sobre a sociedade, mediante garantia de um rol mínimo de direitos.

---

<sup>87</sup> Vide Anexo B

<sup>88</sup> Santi Romano: “o fenômeno da transmigração ou propagação do direito; que se dá por inúmeras causas que pode ser reduzidas a duas: a) a conquista ou a colonização que impõe ao país conquistado ou colonizado a ordenação do Estado conquistador ou da metrópole, salvo oportunas adaptações; b) a livre adoção por parte de um Estado das Instituições de outro, verificando-se aquilo que Emerico Amari dizia, com feliz expressão, “contagiosidade do direito”. Conforme a causa que o determina, esse fenômeno pode assumir aspectos que variam também sob outros pontos-de-vista: ou uma ordenação estende-se a novos países com sua própria força jurídica, com seus próprios textos, com suas próprias leis, parcialmente modificada ou íntegra; ou ela é apenas imitada por um outro Estado, que a toma como modelo, sem que entre as duas ordenações haja identidade ou qualquer relação jurídica. A primeira hipótese verifica-se, principalmente, no caso de conquista ou colonização, e como exemplo típico pode-se citar a propagação do direito romano; a segunda quando se trata da livre adoção. E isto sem considerar uma terceira hipótese, que aqui não interessa e que se tem quando dois ou mais Estados obrigam-se, internacionalmente, a ter sobre determinadas matérias normas idênticas”. ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 47-48.

<sup>89</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, **Les constitutions européennes**, v.1/126 e 127; Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV/119, *apud* SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 157.

Entre os séculos XVI e XVIII a sociedade francesa era dividida em clero, nobreza e o povo, e o poder e os privilégios pertenciam aos dois primeiros estamentos. Em oposição ao regime absolutista, o povo inicia a revolução que teve como consequência o fim do Antigo Regime.<sup>90</sup>

Os revolucionários franceses, liderados pela burguesia, acreditavam que os direitos consagrados na Declaração Francesa serviam a toda humanidade, razão pela qual seu texto abstrato, universal e atemporal podia ser facilmente adaptado a distintas realidades.<sup>91</sup>

A burguesia em ascensão necessitava de uma tutela jurídica que lhe assegurasse as condições necessárias ao seu desenvolvimento. Dessa forma, sob o manto do liberalismo econômico, a Declaração de Direitos Francesa abarcava uma concepção individualista da sociedade na qual se pregava a necessidade de abstenção da atuação estatal.

Aludido documento consagrou em seu artigo terceiro o princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana da Nação. Consignou-se, ainda, a

---

<sup>90</sup> Emerson Garcia: “No Antigo Regime francês, que compreende o período entre os Séculos XVI e XVIII, a sociedade era hierarquizada em três ordens ou estados: o clero, a nobreza e o povo. As duas primeiras detinham o poder e os privilégios, à última restava o trabalho, sem direitos correlatos. Cada ordem recebia um tratamento diferenciado da lei: o clero, por exemplo, era regido por um sistema jurídico específico, o Direito Canônico, sendo seus membros julgados por seus próprios pares. A Magistratura judicial e as altas patentes do exército eram reservadas aos nobres, que também possuíam foro próprio e não podiam sofrer penas degradantes. (...) Além da desigualdade entre as ordens, cada uma delas apresentava escalonamentos internos. Conquanto fosse possível a transposição horizontal, vale dizer, a passagem de uma ordem para outra, era praticamente impossível o evoluir vertical, a ascendência dentro de uma mesma ordem. As classes mais baixas do clero, aliás, ostentavam situação de penúria semelhante à população em geral. No âmbito da Terceira Ordem ou, na expressão mais conhecida, Terceiro Estado, a burguesia era a minoria. Apresentava um escalonamento que se estendia dos detentores do capital, classe mais abastada, aos pequenos artesãos, que se dedicavam ao trabalho manual e se encontravam em situação semelhante à do povo. A burguesia superara a aristocracia nos planos econômico e cultura, mas, por pertencer ao Terceiro Estado, além de ter direitos limitados, tinha o acesso a determinados bens de consumo vedado por lei, o que era causa de grande insatisfação. É nesse quadro que eclode a Revolução Francesa; classes dominantes querendo preservar seus privilégios, classes incipientes lutando para participar da vida política do Estado e ter um rol mínimo de direitos reconhecido. GARCIA, Emerson. **Contornos essenciais da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789** in: SIEYÈS, Emmanuel. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 2 e 3.

<sup>91</sup> Fábio Konder Comparato ao tratar do assunto cita Duquesnoy que explica o caráter universal da declaração: “Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos”. COMPARATO, Fábio Konder, op.cit., p.130.

existência de direitos inerentes à condição humana, quais sejam: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão<sup>92</sup>.

Em seqüência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foram promulgadas as Constituições Francesas de 1791 e 1793 e se iniciou o processo de positivação dos direitos humanos de primeira dimensão<sup>93</sup>, categorizados como direitos civis e políticos, sendo seu objetivo maior a limitação do poder estatal.<sup>94</sup>

#### 2.1.4. Declarações Sociais: México, Rússia e Alemanha

Após a Revolução Francesa, com a afirmação dos direitos humanos de primeira dimensão, os revolucionários haviam conquistado uma garantia formal das liberdades para a limitação do poder estatal.

Os homens eram considerados iguais perante a lei, entretanto, não havia uma igualdade real entre os indivíduos. No pensamento liberal, o ser humano “era uma abstração. O homem era considerado sem levar em conta sua inserção em grupos, família ou vida econômica. Surgia, assim, o cidadão como um ente desvinculado da

---

<sup>92</sup> Emerson Garcia: “A DDHC sacramentou os direitos individuais característicos do liberalismo clássico, originado pelo pensamento político que principiou com a *Magna Charta* de 1215, o mais célebre dos textos clássicos, estendeu-se às proclamações inglesas dos séculos XVII e XVIII (*Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights and Claim of Rights* de 1688, *Act of Settlement* de 1700) e sedimentou-se com a revolução americana (Declaração de Independência dos Estados da Nova Inglaterra e *Bill of Rights* da Virgínia, de 1776).” GARCIA, Emerson. **Contornos essenciais da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. In: SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**, op. cit., p. 7.

<sup>93</sup> Willis Santiago Guerra Filho: “Que ao invés de ‘gerações’, é melhor se falar em ‘*dimensões de direitos fundamentais*’, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: RCS, 2007, p. 43.

<sup>94</sup> Paulo Bonavides: “Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 517.

realidade da vida. Estabelecia-se igualdade abstrata entre os homens, visto que deles se despojavam as circunstâncias que marcam suas diferenças no plano social e vital. Por isso, o Estado teria que abster-se. Apenas deveria vigiar, ser simples gendarme.”<sup>95</sup>

Assim, a burguesia liberal - uma pequena parcela da sociedade - havia conquistado o que lhe interessava. Ela alcançara as condições necessárias à exploração da atividade comercial e da mão-de-obra, bem como o poder necessário para impedir que essa situação se modificasse.

Verifica-se, portanto, que a liberdade e a igualdade conquistadas após a Revolução Francesa alcançaram apenas parte da sociedade. Juan Ferrando Badía bem resume essa situação:

A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos políticos, as possibilidades de oposição política: mas, de fato, tais direitos e liberdades não podem ser exercidos realmente senão pelos capitalistas, que são os que têm os meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais. E assim, no caso do direito do sufrágio, este serve apenas para camuflar diante dos olhos dos proletários uma papeleta de voto, mas a propaganda eleitoral se encontra nas mãos das forças do dinheiro. Simula-se conceder-lhes o direito de formar sindicatos e partidos políticos, mas as oligarquias capitalistas conservam, direta ou indiretamente, o controle.<sup>96</sup>

O advento da Revolução Industrial, impulsionada pelo sucesso do regime liberal, possibilitou o desenvolvimento econômico e a multiplicação da riqueza e do poderio burguês. Por outro lado, intensificou a desigualdade social, na medida em que a grande massa trabalhadora - o proletariado - sofria as consequências do modelo de produção decorrente do sistema capitalista.

A mecanização das indústrias levou à divisão de trabalho e à especialização dos trabalhadores na linha de produção. Essas mudanças acarretaram o

---

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p.159.

<sup>96</sup> FERRANDO BADÍA, Juan. **Democracia frente a autocracia**. Madrid: Technos, 1980, p.49, *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p.159.

desemprego e a alienação do trabalhador em relação ao seu produto. O trabalhador não possuía mais domínio sobre o processo de produção e tampouco era proprietário do resultado de seu trabalho, como ocorria no antigo sistema de corporações de ofícios da época do feudalismo.<sup>97</sup>

Nesse cenário, a miséria assolou o proletariado. Este segmento social passou a viver na penúria, em uma situação distante daquela idealizada quando do início dos movimentos revolucionários do século XVIII. Tornava-se cada vez mais claro que o festejado lema da Revolução Francesa, “liberdade, igualdade e fraternidade”, ainda tinha muito a ser ampliado. Norberto Bobbio ressalta que:

A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.<sup>98</sup>

A igualdade conquistada pela sociedade liberal mostrou-se inútil para a grande massa trabalhadora que era obrigada a se empregar nas empresas capitalistas.

As condições de miséria, fome e doenças que afligiam a classe operária revelaram que a limitação do poder estatal na sociedade não era suficiente para garantir a todos os direitos mínimos necessários a uma vida digna. Se antes imperava a necessidade de abstenção do Estado, agora, mostrava-se necessária

---

<sup>97</sup> Sobre o assunto, esclarece José Damiano Trindade: “No artesanato feudal, como vimos, tanto a produção quanto a apropriação de seus resultados estavam unidas na pessoa do artesão. No capitalismo concorrencial esses dois momentos sofreram cisão vertical: o novo modo de produção, com extremada divisão social do trabalho e meios de produção mecanizados, demanda o concurso de centenas ou de milhares de trabalhadores em cada fábrica, ou em fábricas sucessivas, agregando ainda trabalhos desenvolvidos virtualmente por toda a sociedade, desde a extração das matérias-primas até culminar na mercadoria acabada, mas a apropriação dos resultados dessa cadeia produtiva social passou a ser feita individualmente pelos proprietários dos novos meios de produção, que “redistribuem” uma parte desses resultados em forma de salários. A desigualdade, não mais pelo privilégio de nascimento, aloja-se no âmago do sistema – é inerente à sua lógica.” TRINDADE, José Damiano de Lima, op. cit., p.87.

<sup>98</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, op. cit., p. 29.

sua intervenção para garantir melhores condições de vida àqueles que se encontravam marginalizados.

Os revolucionários liberais haviam ensinado que eram legítimas as revoluções contra a opressão, bem como haviam mostrado ser possível o sucesso dessas revoluções. Com essa consciência, na metade do século XIX, eclodem os primeiros movimentos da classe operária.

Karl Marx surge nesse período como um dos grandes críticos ao regime burguês capitalista ao conclamar o proletariado a se organizar para que unidos reivindicassem seus direitos e promovessem uma profunda transformação social.

Originaram-se, assim, os direitos de segunda dimensão, posteriormente categorizados como direitos econômicos, sociais e culturais. O conceito desses direitos, são extraídos das lições de José Afonso da Silva, segundo o qual:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>99</sup>

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, os direitos sociais implicam na intervenção, positiva ou negativa, do Estado na sociedade e, nesse sentido, André Ramos Tavares pondera:

Enquanto no individualismo, que se fortaleceu na superação da monarquia absolutista, o Estado era considerado o inimigo contra o qual se deveria proteger a liberdade do indivíduo, com a filosofia social o estado se

---

<sup>99</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, op.cit., p. 286 e 287.

converteu em amigo, obrigado que estava, a partir de então, a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade.<sup>100</sup>

Após muita resistência das classes dominantes, a afirmação dos direitos sociais se deu no início do século XX, com a Constituição Mexicana de 1917, sucedida pela Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, da Rússia, e pela Constituição de Weimar de 1919, da Alemanha.

A Constituição Mexicana foi a primeira a dispor sobre os direitos sociais. Considerando a desigualdade de condições na relação de trabalho, passou a proteger os trabalhadores contra os abusos dos empresários. Dentre as inovações trazidas, ressaltam-se: a supressão da liberdade de contratar na medida em que foram impostas regras a serem obedecidas em prol da garantia dos direitos dos trabalhadores; a desconsideração do trabalho como uma mercadoria qualquer sujeita às leis de mercado; a responsabilidade do pelos acidentes de trabalho e a fixação da jornada de trabalho.

Entre a Constituição Mexicana e a Constituição de Weimar, eclodiu a Revolução Russa que culminou na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918.

A Declaração Russa, alicerçada nas teses de Marx, Engles e Lenin, incorporou mudanças radicais na ordem social. Seu propósito era abolir qualquer forma de opressão, exploração entre os homens e de classes sociais. Por seu caráter socialista, com vistas na tutela dos direitos sociais e na busca pela igualdade real, essa Declaração omitiu-se quanto aos direitos individuais reconhecidos na Declaração Francesa de 1789. Todavia, tal como sinaliza José Damião de Lima Trindade, “até em proveito desse rumo, seria também razoável esperar que, em vez de silenciarem sobre garantias individuais, os revolucionários imprimissem-lhes sentido novo – compatível com os direitos sociais dos trabalhadores e com a

---

<sup>100</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p.412.

primazia do interesse social, superando o viés individualista com que haviam sido marcadas as revoluções burguesas.”<sup>101</sup>

Enquanto na Rússia efervesciam as novidades trazidas pela Declaração e posterior Constituição, na Alemanha o momento era desastroso. A 1ª Guerra Mundial havia levado o País ao caos econômico e social, à fome, à rebeldia de suas forças armadas. Não havendo outra opção, em fevereiro de 1919, a Alemanha assinou sua rendição.

Vencida na guerra, a Alemanha foi compelida a se submeter ao Tratado de Versalhes, de 28.6.1919. Sob o pretexto dos prejuízos causados pela guerra, os países vencedores impuseram à Alemanha, dentre outras, pesadas indenizações, a proibição de se rearmar, perdas territoriais e de suas colônias africanas.

Além das perdas decorrentes da guerra, as determinações do Tratado de Versalhes não contribuíam para sua reestruturação. A Alemanha estava na iminência de um colapso tanto da esfera econômica como da política. O movimento operário, sob forte influência das revoluções europeia e russa, organizava-se. Para que a reforma socialista não atingisse o País, a burguesia cedeu aos protestos do proletariado e incluiu, na Constituição de Weimar de 11.8.1919, os direitos sociais reclamados.<sup>102</sup>

Embora mais tímida que as Constituições Mexicana e Russa sob o ponto de vista social, a Constituição Alemã de 1919, malgrado sua curta duração, influenciou sobremaneira futuras constituições promulgadas no Ocidente. Além de conciliar os interesses das classes sociais com a manutenção do capitalismo, a Constituição de Weimar ainda exerceu influência “sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido

---

<sup>101</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**, op.cit., p.159.

<sup>102</sup> O ânimo na qual foi promulgada a Constituição pode ser observado no artigo 165, da Constituição de Weimar: “Os operários e empregados são chamados a colaborar, em igualdade de direitos com os empresários, na regulação das condições de salário e trabalho, assim como na evolução econômica geral das forças produtivas. São reconhecidas as organizações de ambas as categorias e bem assim as convenções que celebrarem entre si. Para salvaguarda de seus interesses sociais e econômicos, os operários e empregados mantêm representantes legais nos conselhos de empresa, bem como, de acordo com os setores econômicos, em Conselhos Distritais de Trabalhadores e num Conselho Nacional de Trabalhadores. (...)”

traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-facista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.”<sup>103</sup>

Após a Primeira Guerra Mundial, ascende na Alemanha o nazismo. Adolf Hitler chega ao poder em 30.1.1933 e passa a disseminar seu ideal nacionalista, anti-semita, anticomunista e racista. O País passou a descumprir as restrições impostas pelo Tratado de Versalhes tornando possível um grande desenvolvimento econômico. Ao mesmo tempo, os ideais nazistas submetiam milhões de vidas à escravidão e ao extermínio nos campos de concentração.

O ímpeto imperialista da Alemanha nazista deflagrou a 2ª Guerra Mundial que perdurou de 1939 a 1945<sup>104</sup>. Os horrores e atrocidades cometidas antes e durante esse período sombrio da humanidade mostraram o quão vulnerável pode ser a vida humana diante do poder estatal. Flávia Piovesan salienta:

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.<sup>105</sup>

A violação dos direitos humanos pelos Estados totalitários deixou claro que, sem o respeito à dignidade da pessoa, a paz e a convivência harmônica entre as nações seria inviável. Uma vez que as guerras mundiais haviam esfacelado as

---

<sup>103</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, op.cit., p.188 e189.

<sup>104</sup> Em 1º de setembro a Alemanha nazista invadiu a Polônia. Este incidente é considerado o marco inicial da Segunda Guerra Mundial, cujo conflito envolveu nações de quase todo o mundo, incluindo as grandes potências divididas entre duas alianças opostas, os Aliados e o Eixo, que culminou com a vitória dos primeiros em 1945.

<sup>105</sup> PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.118.

conquistas alcançadas em sede de direitos humanos, a humanidade percebeu a necessidade da reconstrução desses direitos. Segundo Flávia Piovesan:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, e que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hanna Arendt, o direito de ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.<sup>106</sup>

Nesse contexto, ao fim da 2ª Guerra Mundial, os direitos humanos emergem como tema de preocupação internacional e não mais restrito ao âmbito interno de cada país. Não mais se admitiria que um Estado violasse os direitos humanos sem que fosse responsabilizado por seus atos.

Sob essa nova ótica da tutela dos direitos humanos, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, mediante aprovação da respectiva Carta das Nações Unidas, considerada o marco histórico da internacionalização dos direitos humanos. Flávia Piovesan elucida:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultura, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.118.

<sup>107</sup> PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.126.

A partir da criação da ONU, verificou-se a necessidade de se elaborar uma Declaração de Direitos que contivesse o significado dos “direitos humanos e liberdades fundamentais” imprecisamente previstos na Carta de 1945. Foi, então, elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

## **2.2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Em 18.6.1948, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas concluiu o projeto da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>108</sup>, aprovada em 10 de dezembro do mesmo ano pela Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante aprovação unânime de quarenta e oito Estados e oito abstenções.

Os ideais da Revolução Francesa, “liberdade, igualdade e fraternidade” são retomados pela Declaração da ONU e consignados no seu artigo I. Em seu preâmbulo, a Declaração considera a dignidade como inerente a todos os seres humanos e consagra o direito à igualdade e à liberdade.

A Declaração Universal possui trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo com sete *Considerandos*. Um dos grandes méritos da Declaração Universal foi compatibilizar, em um único documento, os direitos humanos de primeira dimensão (reconhecidos nas revoluções liberais do século XVIII) e os direitos humanos de segunda dimensão (consagrados nos movimentos sociais do século XX). Em outras palavras, a Declaração contempla tanto direitos civis e políticos quanto direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos supramencionados estão assim distribuídos na Declaração: nos artigos I a XXI estão previstos os direitos e garantias do ser humano enquanto

---

<sup>108</sup> Vide Anexo C

indivíduo; nos artigos XXII a XXVIII, os direitos do ser humano considerado como um ser social. Por sua vez, o artigo XIX assinala os deveres da pessoa para com a comunidade e o artigo XXX, a impossibilidade de se atribuir uma interpretação que reconheça “a qualquer Estado, grupo ou pessoa, o direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades” constantes na Declaração.

Ao universalizar a igualdade entre os homens, a Declaração rompe com qualquer ideal de superioridade de raça, cultura, religião ou classe social. Ao reconhecer que o desprezo e o desrespeito aos direitos humanos resultaram em barbáries cometidas pelo ser humano contra o próprio ser humano, a Declaração deixa claro que o desrespeito a esses direitos podem levar à destruição da própria humanidade. Em prol da defesa dos direitos e liberdades fundamentais, assevera que serão promovidas medidas progressivas de caráter nacional e internacional.

Para Flávia Piovesan, a Declaração de 1948 “consolida a afirmação de uma ‘ética universal’ ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”<sup>109</sup>. No mesmo sentido, José Augusto Lindgreen Alves afirma que a Declaração proclama “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”, representando um “mínimo denominador comum de distintos sistemas e culturas”.<sup>110</sup>

Norberto Bobbio ressalta que, após a Declaração Universal, pode-se afirmar que a humanidade compartilha alguns valores comuns e, finalmente, “crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.”<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Cumpre esclarecer que a autora utiliza o termo empregado por Eduardo Muylaert Antunes, tal como referenciado em nota de rodapé: “Cf. Eduardo Muylaert Antunes: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos se impõe com ‘o valor da afirmação de uma ética universal’ e conservará sempre seu lugar de símbolo e de ideal”. PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.136.

<sup>110</sup> LINDGREEN ALVES, José Augusto. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. 1ª edição. São Paulo: FTD, 1997, p. 27.

<sup>111</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, op. cit., p. 28 a 29.

Acrescenta o autor que a universalidade foi uma lenta conquista, podendo-se distinguir suas três fases na formação histórica das declarações de direitos. Na primeira fase as declarações nascem como teorias filosóficas. Igualdade e liberdade não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir, um dever ser e não um ser. Segundo Bobbio, nessa primeira fase os direitos dos homens “são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador”.<sup>112</sup>

Na segunda fase, o direito idealizado passa a ser concretizado. Entretanto, perde-se em universalidade vez que os direitos protegidos são válidos apenas nos Estados em que são reconhecidos.

A Declaração de 1948 inicia a terceira e última fase "na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (...) os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”<sup>113</sup>

Diz-se que a Declaração Universal apenas inicia a última fase na formação das declarações de direitos, pois ainda há um longo trajeto a ser percorrido. Não basta a positivação dos direitos nos ordenamentos jurídicos de cada Estado. Há que se garantir a concretização de aludidos direitos. Esse é o atual desafio quando tratamos de direitos humanos.

---

<sup>112</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, op. cit., p. 28 a 29.

<sup>113</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, op. cit., p. 28 e 29.

### 2.3. O fundamento dos direitos humanos

Os direitos proclamados nas Declarações emergiram como um anseio social em um determinado momento histórico e foram reconhecidos em decorrência do confronto seja entre os diferentes estamentos sociais, seja entre a sociedade civil e o Estado.

Durante todo o processo histórico de afirmação dos direitos humanos, suscitou-se a questão do fundamento dos direitos humanos. Isso porque havia a necessidade de se justificar a existência desses direitos para, posteriormente, reconhecê-los. Embora hoje exista uma Declaração Universal, não se pode negar que nem todos os países do mundo reconhecem os direitos humanos ou mesmo que esses direitos não são reconhecidos na mesma medida em todos os Estados. À luz dessa situação, encontrar um fundamento para os direitos humanos contribuiria para que houvesse o amplo reconhecimento dos direitos em comento.

Todavia, Norberto Bobbio aponta que um fundamento *absoluto* seria uma ilusão, de sorte que a sua busca seria infundada. Para ele “fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que pense em Hobbes) no mundo de nossas ações”.

Bobbio atribui quatro razões para aludida ilusão. Primeiro, a falta de precisão do termo “direitos humanos” prejudica a possibilidade de se estabelecer um fundamento *absoluto*. Em segundo lugar, os direitos humanos são relativos, aquilo que parece fundamental em uma determinada época ou cultura pode não ser mais em outras. Em terceiro lugar, a classe dos direitos do homem é heterogênea, havendo, portanto, diversos fundamentos conforme “o direito cujas boas razões se deseja defender”. Nesse caso, havendo concorrência entre direitos fundamentais, um dos direitos poderá ter sua extensão limitada. Por último, aduz o autor acerca da existência de uma antinomia entre os direitos invocados pelas pessoas: direitos individuais tradicionais *versus* direitos sociais. Nesse sentido, esclarece: “dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ser, um e outro, um fundamento

absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis.”<sup>114</sup>

Não existe, pois, consenso acerca do fundamento dos direitos humanos<sup>115</sup>. Embora seja uma questão de grande importância e que mereça maiores reflexões, Norberto Bobbio leciona que hoje o problema dos direitos humanos não é mais fundamentá-lo, mas sim protegê-lo<sup>116</sup>. Para o jurista, a partir do momento que grande parte dos Estados existentes, consensualmente, admitiu a proclamação de uma Declaração Universal de Direitos, existiu, aí, uma boa razão para isso. “Por isso, agora não se trata tanto de buscar outras razões, mas de pôr as condições para uma ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados.”<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 21.

<sup>115</sup> Sobre as modernas teorias sobre os fundamentos e a natureza dos direitos humanos, Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.110 e111) cita Jerome J. Shestack: “As modernas teorias sobre direitos apresentam muitas características em comum. Primeiramente, elas são ecléticas, beneficiam-se umas das outras, o que torna impreciso caracterizar tais teorias como puramente utilitárias, de direito natural, intuitivas, comportamentais, etc. em segundo lugar, as teorias modernas reconhecem e tentam solucionar, usando diversas concepções, a tensão entre liberdade e igualdade. Algumas teorias constroem argumentos no sentido de provar que esses objetivos são conciliáveis e alcançáveis em uma mesma ordem social. Outras teorias sustentam que a tensão é inconciliável e buscam resolver os dilemas elencando hierarquicamente esses objetivos. Outras ainda elaboram sofisticados argumentos para aceitar a relação entre liberdade e igualdade, caracterizada como em dinâmica interação. Em terceiro lugar, muitos teóricos acentuam a necessidade de criar um verdadeiro sistema de direitos.” Para Jerome Shestack as teorias mais significativas são: “a) teorias baseadas em direitos naturais direitos fundamentais; b) teorias baseadas no valor da utilidade; c) teorias baseadas na justiça; d) teorias baseadas na revisão do Estado de natureza e do Estado mínimo; e) teorias baseadas na dignidade e f) teorias baseadas na igualdade de respeito e consideração”. SHESTACK, Jerome J. **The jurisprudence of human rights**, in Theodor Meron, **Human rights in international law: legal and policy issues**. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 85-98).

<sup>116</sup> No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.110.

<sup>117</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, op. cit., p. 23.

## 2.4. Redemocratização do Brasil: a Constituição de 1988 e os direitos humanos

O processo de redemocratização do Brasil foi precedido por um longo período ditatorial que perdurou de 1964 a 1985. A ditadura militar, instaurada mediante golpe de estado pelo Comando Militar Revolucionário foi responsável pela revogação de direitos constitucionais, civis e políticos. As forças armadas tomaram o poder nas principais funções estatais, instalando uma ditadura do Poder Executivo.

Após vinte e um anos de regime ditatorial, deflagrou-se no País o processo de democratização que culminou na promulgação da Constituição de 1988, marco jurídico da redemocratização do Brasil. Nesse sentido, Flávia Piovesan discorre sobre aludido processo de redemocratização:

Ainda que esse processo se tenha iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos -, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nasceu assim a Constituição de outubro de 1988.<sup>118</sup>

A Constituição de 1988 é a *Constituição Cidadã*, tal como lembra José Afonso da Silva ao referir-se à expressão de Ulysses Guimarães, na época Presidente da Assembléia Nacional Constituinte. Diz-se Constituição Cidadã, pois “teve ampla

---

<sup>118</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p.22-24.

participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”<sup>119</sup>.

No Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana<sup>120</sup> destacam-se entre os fundamentos do Estado. Para Flávia Piovesan: “vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.”<sup>121</sup>

Nesse cenário, a Constituição assume relevante importância, pois, tal como expõe Jorge Miranda:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.<sup>122</sup>

Dalmo de Abreu Dallari aduz que o novo constitucionalismo possui como uma de suas características básicas a fundamentação da Constituição nos Direitos Humanos:

Um dado de grande importância quanto aos fundamentos da Constituição, no novo constitucionalismo, é que não se cuida apenas da legitimidade quanto ao estabelecimento das normas constitucionais, ou seja, a

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 90.

<sup>120</sup> Jorge Miranda esclarece que “A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado Social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, e não por acaso. Surge em resposta aos regimes que «tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana» (preâmbulo da Constituição francesa de 1946); quando se proclama que «a dignidade da pessoa humana é sagrada» (art.1º da Constituição alemã de 1949); e ai afirmar-se que «o desconhecimento e o desprezo pelos direitos do homem» tinham conduzido «a actos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo» (preâmbulo da Declaração Universal). MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV**. 4ª edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.194 e 195.

<sup>121</sup> PIOVESAN, Flávia, op. cit., p.26.

<sup>122</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit., p.197.

legitimidade do poder constituinte, que é de importância óbvia, mas pode ser apenas um ponto de partida, com pouca ou nenhuma força para influir sobre a interpretação e a aplicação das disposições constitucionais. Cuida-se também da garantia de relações sociais justas no caso concreto, tendo como pressuposto inafastável a supremacia da dignidade da pessoa humana. (...) Os direitos humanos são fundamentos necessários da Constituição, de qualquer Constituição autêntica, e integram o conjunto de características definidoras do novo constitucionalismo.<sup>123</sup>

O Poder Constituinte de 1988 consagrou no artigo primeiro da Constituição o Brasil como um Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana, na soberania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

A Carta de 1988, portanto, enfatizou os direitos e garantias fundamentais, sendo considerada referência para o constitucionalismo no mundo<sup>124</sup>. Além disso, a Constituição incluiu-os logo no Título II de seu texto, antes mesmo dos dispositivos relativos à organização do Estado. As inovações do texto constitucional de 1988 refletem o paradigma decorrente do pós-Segunda Guerra Mundial, que reservou aos direitos humanos papel fundamental dentro dos objetivos do Estado e da própria Constituição.

---

<sup>123</sup> A respeito da Constituição no novo constitucionalismo, continua o autor: "(...) Em conclusão, para o novo constitucionalismo a Constituição tem fundamentos éticos, jurídicos e sociais que se encontram em todas as sociedades e sem todos os serem humanos. Evidentemente, em vista da extrema variedade de condições materiais e de características culturais, seria impossível e mesmo contraditório pretender a definição de uma Constituição-padrão, validade para todos os tempos e todos os lugares. O que se faz necessário é que em cada circunstância o constitucionalismo leve em conta o conjunto das peculiaridades éticas, jurídicas e sociais do povo, sem perder de vista e sem afrontar tudo o que é essencial à pessoa humana para preservação de sua dignidade." DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos. Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205 a 207.

<sup>124</sup> Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 89 e PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 25.

### 3. OS WRITS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988, marco jurídico da redemocratização do País, foi bastante inovadora na tutela constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Luís Roberto Barroso salienta ser “inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os da cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País.”<sup>125</sup> Nesse contexto, a Constituição alberga diversos instrumentos para a tutela e garantia dos direitos por ela assegurados. No presente trabalho serão abordados os *writs* constitucionais para tutela dos direitos fundamentais pela sociedade civil.

#### 3.1. Considerações gerais sobre os *writs* constitucionais

A Constituição é considerada o documento político mais importante no ordenamento jurídico de um Estado. Konrad Hesse leciona:

*La Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución «el plan estructural*

---

<sup>125</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.42.

*básico, orientado a determinados principio de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad».*<sup>126</sup>

J.J. Gomes Canotilho também reconhece a importância e superioridade da Constituição:

Não admira, por isso que dentre suas principais funções se inclua a de ela ser uma ordem fundamental do estado, pois é ela que conforma juridicamente a instituição social de natureza global, composta por uma multiplicidade de órgãos diferenciados e interdependentes, que nós designamos estado. O estado concebido como um complexo institucional é determinado e conformado na sua organização e formas de actuar pelo direito (estado de direito) e, desde logo, pelo direito plasmado na constituição. A Constituição é ainda uma ordem fundamental noutro sentido: no sentido de construir a pirâmide de um sistema normativo que nela encontra fundamento. Nesse sentido, a constituição aspira, como se viu, à natureza de norma das normas (cfr. art. 112º), pois é ela que fixa o valor, a força e a eficácia das restantes normas do ordenamento jurídico (das leis, dos tratados, dos regulamentos, das convenções coletivas de trabalho, etc.).<sup>127</sup>

Maria Garcia, por sua vez, aclara ser a Constituição “o conjunto de normas estruturais que fundamentam o sistema jurídico e político de um povo, que não tem uma destinação inerte no tempo, mas deverá acompanhar a natural dinâmica da sociedade e, nessa imposição irresistível do fato social, terá de ser revista, modificada e adaptada ou interpretada.”<sup>128</sup>

Mas no que consistiria a fundamentalidade da Constituição? Para esclarecer esse questionamento, Maria Garcia reporta-se ao conceito de fundamentalidade de Ferdinand Lassalle. Para Lassalle:

---

<sup>126</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 1ª edição. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.16.

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1378-1379.

<sup>128</sup> GARCIA, Maria. **Os 20 anos da Constituição e após** in **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, nº 68, Julho-setembro/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.209.

(..) as coisas que têm um fundamento não o são por um capricho; existem porque *necessariamente* deve existir. O fundamento a que respondem não permite serem de *outro modo*. Elas se regem pela necessidade. Sendo a Constituição a *lei fundamental* de uma nação, será um força ativa que faz, por uma *exigência de necessidade*, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país *sejam o que realmente são(...)*.<sup>129</sup>

Nesse sentido, Maria Garcia assevera que: “pode-se entender os direitos humanos fundamentais, porque *humanos*, como da essencialidade do ser, indiferentemente do seu *surgimento* e do seu *reconhecimento*: aquele, porque sendo da essência do ser, esta essência independe da subjetividade do observador em fixá-los no tempo; e de *reconhecê-los*, porquanto a sua existência ou possibilidade independem, igualmente, da vontade do sujeito observador, seja outro homem, seja o Estado.”<sup>130</sup> Aos direitos humanos concebe-se o *efeito prismático*. Eles irradiam-se em “feixes de valores diversificados, consagrados pela comunidade, os quais imantam os princípios e regras integradores do sistema constitucional, estendendo-se por todo o ordenamento jurídico”<sup>131</sup>.

Os direitos humanos, contudo, necessitam de proteção. Dalmo de Abreu Dallari reconhecendo a necessidade de garantias a mencionados direitos, atribui à Constituição tal tarefa: “Na visão humanista, tudo o que se refere às características naturais da pessoa humana, seus valores fundamentais, à satisfação de suas necessidades materiais e imateriais e ao desenvolvimento de suas potencialidades,

<sup>129</sup> GARCIA, Maria. **Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2º do art. 5º da CF/1988. Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais** in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, nº 67, abril - junho/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 245.

<sup>130</sup> GARCIA, Maria, op.cit., p.253.

<sup>131</sup> Maria Garcia elucida: “Existem em si, como qualidade do ser-humano e as chamadas *gerações* ou *dimensões* apenas externam a constatação de que a dinâmica social acompanhou aquilo que se constitui em característica distintiva do *ser* denominado *humano*, e que Kant concentra na liberdade, como chave da autonomia. Em ‘Autonomia kantiana: a maioria do gênero humano’, Lucia Cavalcante Arruda sublinha as palavras de Kant sobre os ‘grilhões de uma perpétua minoridade’, sendo poucos os que emergem para a maioria, a auto-determinação, a autonomia – ‘pois é preciso que a causa da ação seja interna ao sujeito e não externa a ele’. Contudo, proclama a força dessa vontade, ‘dando a si mesmo a lei a que se submete, e apenas se submetendo a ela nesta condição isto é, se puder considerar-se seu autor.’ Do que decorre o *sentido da sua universalidade*, pois o homem é um ser *universal* e a *autodeterminação* a sua característica essencial. Posto esse quadro, pode-se conceber o efeito prismático dos direitos humanos, irradiando-se em feixes de valores diversificados, consagrados pela comunidade, os quais imantam os princípios e regras integradores do sistema constitucional, estendendo-se por todo o ordenamento jurídico.” GARCIA, Maria, op.cit., p. 253-254.

tudo isso integra a noção de dignidade humana e deve ter garantia jurídica. E o instrumento jurídico básico para a garantia desses direitos é a Constituição que os proclama e prevê os meios para a busca de sua efetividade.”<sup>132</sup>

Consideradas a *necessidade e a essencialidade* dos direitos e liberdades fundamentais à existência do próprio ser humano, a Constituição prevê instrumentos específicos para a sua garantia. Esses instrumentos são as denominadas garantias constitucionais.

Um dos constitucionalistas brasileiros que se dedicou ao estudo do tema das garantias constitucionais foi Ruy Barbosa, ainda na época da Primeira República. Paulo Bonavides referindo-se às lições de Ruy Barbosa lembra que para este, garantias constitucionais não se confundem com direitos, sendo aquelas, nas palavras de Ruy Barbosa, “as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”<sup>133</sup>.

Maria Garcia ao tratar do tema assevera que “por garantias fundamentais, deve-se entender as medidas ou recurso judiciais, caracterizados por acentuada celeridade e informalidade processuais, destinados à proteção dos *direitos* fundamentais.”<sup>134</sup>

Em suas lições, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, observa que “as próprias garantias em sentido estrito são de determinado ângulo direitos fundamentais. Sim, porque há um direito a não sofrer censura, a não ter confiscado os bens, a socorrer

---

<sup>132</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos. Da idade média ao século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313-314.

A superioridade da Constituição, bem como a ênfase atribuída ao reconhecimento e proteção dos direitos humanos são traços característicos do moderno constitucionalismo cuja consagração se deu após a Segunda Guerra Mundial. Para o neoconstitucionalismo, moderno constitucionalismo ou constitucionalismo do século XXI - tal como denominado por Maria Garcia - a Constituição é compreendida como “norma jurídica superior de cada povo, concebendo os valores como direitos fundamentais e definindo os instrumentos de garantia e persecução dos direitos, para que estes sejam efetivados e para que os conflitos que os envolvam sejam solucionados por vias pacíficas, ao alcance de todos, sem qualquer exclusão ou exceção.” DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 347.

<sup>133</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 485.

<sup>134</sup> GARCIA, Maria. **Inconstitucionalidades da lei das desapropriações: a questão da revenda**, 2ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.173.

ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou a requerer *habeas corpus*. São direitos subjetivos à garantia: *direitos-garantia* portanto”.<sup>135</sup>

Na mesma esteira, Celso Bastos pondera que:

Tanto os direitos fundamentais como as garantias fundamentais não deixam de ser direitos; pertencem, portanto, a essa categoria ampla dos direitos individuais. A diferença repousa na circunstância de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente, fortes e rápidos para garantir os direitos individuais. (...) No início as Constituições deram mais ênfase aos direitos fundamentais, sendo omissas com relação às garantias, mas logo demonstrou-se que direitos fundamentais sem garantias especiais não têm validade prática. As garantias são, pois, os instrumentos que conferem eficácia aos direitos fundamentais.<sup>136</sup>

José Afonso da Silva, por sua vez, assinala que a doutrina não distingue de forma clara os ‘direitos’ das ‘garantias’ e que tampouco existe tal distinção no texto constitucional na medida em que não adota uma terminologia específica às garantias existentes em seu texto. De qualquer modo, o autor ressalta que a doutrina emprega a expressão *garantias constitucionais* em três sentidos:

(1) Reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, “que não provêm de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano”, parte-se da ideia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma ideia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estatalidade dos direitos fundamentais; (2) “prescrições que vedam determinadas ações do poder público”, ou “*formalidades* prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os *direitos constitutivos da personalidade individual*”; (3) “proteção prática da

---

<sup>135</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4ª edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 33.

<sup>136</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 276-277.

liberdade levada ao máximo de sua eficácia” ou “recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura”.<sup>137</sup>

O autor distingue as *garantias dos direitos fundamentais* em dois grupos, quais sejam: (i) garantias gerais e (ii) garantias constitucionais. O primeiro grupo seriam aquelas destinadas a “assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos; (...) trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito”; o segundo grupo, das garantias constitucionais, “consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediando os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”.<sup>138</sup>

As garantias constitucionais são subdivididas em dois grupos: (i) as garantias constitucionais gerais e (ii) as garantias constitucionais especiais. As primeiras são “instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais”. Já as garantias constitucionais especiais são as “prescrições constitucionais estatuidas técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos.” José Afonso da Silva, distingue esta última categoria, das garantias constitucionais especiais, em: i) garantias constitucionais individuais, que compreendem a) o princípio da legalidade; b) o princípio da proteção judiciária; c) a estabilidade dos direitos subjetivos, perfeitos e julgados; d) direito à segurança e e)

---

<sup>137</sup> José Afonso da Silva: “(...) Não são nítidas, porém as linhas divisórias entre direitos e garantias, como observa Sampaio Dória, para quem “os direitos são garantias, e as garantias são direitos”, ainda que se procure distingui-los. Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória. A Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 186.

<sup>138</sup> SILVA, José Afonso, op. cit., p. 188 -189.

*remédios constitucionais*; ii) garantias dos direitos coletivos; iii) garantias dos direitos sociais e iv) garantias dos direitos políticos.<sup>139</sup>

Conclui que as garantias constitucionais especiais são “instrumentos para a tutela de um direito principal. (...) São instrumentais, porque servem de meio de obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visam garantir.” Entende o autor que essas garantias constituem autênticos “direitos públicos subjetivos” vez que conferem aos indivíduos meios para exigir que o Poder Público respeite, observe e cumpra os direitos fundamentais em concreto; importam em imposições ao Poder Público para que este atue ou se abstenha de atuar em prol da concretização dos direitos constitucionalmente garantidos.<sup>140</sup>

### **3.2. A Constituição de 1988 e seus *writs* constitucionais**

O Título II da Constituição, ao dispor sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, estatui em seu artigo 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ainda que se leve em conta eventuais críticas<sup>141</sup> à aludida disposição, não se pode negar sua grandiosidade. Além de determinar o cumprimento imediato de

---

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso, op. cit., p. 417-418.

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso, op. cit., p. 189.

<sup>141</sup> Sobre o § 1º do Artigo 5º da Constituição de 1988, André Ramos Tavares pondera: “Mas o dispositivo encontra-se sujeito a certa crítica e até a uma interpretação restritiva por parte da doutrina. Isso ocorre especialmente sobre o significado de “normas definidoras”, pois é a condição necessária para a referida e desejada “aplicação imediata”. Realmente, a redação impõe a aplicação imediata apenas para as normas definidoras de direitos. Lembra, a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho que é facilmente demonstrável a presença de normas de direitos fundamentais “não bastantes em si” e essa aplicação imediata tão propalada “tem por limite a natureza das coisas”. No mesmo sentido Dimitri Dimoulis: “as normas que definem de forma insuficiente um direito não são imediatamente aplicáveis”. Não há como pretender a aplicação imediata, irrestrita, em sua integralidade, de direitos não definidos de maneira adequada, cuja própria hipótese de incidência ou estrutura ficam

determinados preceitos constitucionais ainda “consagra a vinculação positiva das autoridades públicas às normas e no que tange ao Judiciário cumpre-lhe aplicar diretamente as normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais”, tal como explica José Afonso da Silva.<sup>142</sup>

De tal assertiva, temos que a inobservância dos direitos fundamentais importa na violação ao texto constitucional e, o que é mais grave, na violação dos direitos essenciais ao ser humano. Não se poderia conceber a ideia de que após a constitucionalização de tais direitos, estes careceriam de efetividade em razão da falta de instrumentos que os garantissem. Como visto anteriormente, foram então criados os remédios constitucionais que nas palavras de José Afonso da Silva:

São *garantias constitucionais* na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos. (...) Permitimo-nos, contudo, lembrar que esses remédios não deixam também de exercer um papel limitativo da atuação do Poder Público, quer porque, em existindo, este se comporta de maneira a evitar sofrer-lhes a impugnação, quer porque o exercício desses direitos-remédios pelos titulares dos direitos ou interesses violados ou ameaçados ou não satisfeitos nos termos da Constituição importa em impor correção a seus atos e atividades, o que é um modo de limitar. E mais, tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o

---

claramente a depender de integração por meio de lei,” TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p.440.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre §1º, do artigo 5º da Constituição, pondera: “A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas. Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o Frances.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4ª edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2000, p.102.

<sup>142</sup> SILVA, José Afonso. **Defesa da Constituição** in **Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, nº 61, outubro-dezembro/1989. p. 39-46.

nome de *remédios*, e remédios *constitucionais*, porque consignados na Constituição.<sup>143</sup>

Para J. J. Gomes Canotilho: “o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.”<sup>144</sup>

E não foi outra a solução encontrada em nossa Constituição, que prevê em seu texto os seguintes *writs* constitucionais: direito de petição, *habeas corpus*, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

### 3.2.1. Direito de Petição

O direito de petição encontra-se consagrado na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, XXXIV, a, nos seguintes termos:

Art. 5º, XXXIV: são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Sua origem remonta à Idade Média. Ainda que fosse apenas um esboço do atual direito de petição, a Magna Carta de 1215 garantiu o direito de alguns legitimados, vinte e cinco barões nomeados pelo Rei, peticionarem ao Reino quando injustiças fossem cometidas<sup>145</sup>. Com a Revolução de 1689, o *Bill of Rights*<sup>146</sup>

<sup>143</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 442.

<sup>144</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª edição, 2ª tiragem. Coimbra: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008, p.73.

<sup>145</sup> Aludido direito encontra-se insculpido no item 65 da Magna carta, cujo conteúdo transcrevemos: “(...) se nós, ou o nosso chefe de justiça, ou os nossos bailios, ou qualquer dos nossos servidores, de qualquer modo, se afastarem dela, ou transgredirem qualquer dos artigos de paz e segurança, e o delito for denunciado a quatro barões dos vinte e cinco referidos, aqueles quatro barões virão perante nós, ou o nosso chefe de justiça, se estivermos fora do reino, exporão o delito e solicitarão que providenciemos a punição sem demora. Se nós não o punirmos, ou se estivermos fora do reino e o

consagrou o *right of petition*, ou direito de petição. Na França, a Constituição de 1791<sup>147</sup> e a Declaração de Direitos 1793<sup>148</sup> também dispuseram acerca do direito de petição.

Historicamente, o direito de petição consiste na possibilidade do indivíduo reclamar perante o Poder Público alguma irregularidade no cumprimento de suas funções. Para Nelson Nery Junior, o direito de petição “é conferido para que se possa reclamar, junto aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder. (...) é um *direito político*, que pode ser exercido por qualquer um, pessoa física ou jurídica, sem forma rígida de procedimento para fazer-se valer, caracterizando-se pela informalidade, bastando a identificação do peticionário e o conteúdo sumário do que se pretende do órgão público destinatário do pedido. Pode vir exteriorizado por intermédio de *petição*, no sentido estrito do termo, *representação*, *queixa* ou *reclamação*.”<sup>149</sup>

Utilizando as palavras de Claude-Albert Colliard, José Afonso da Silva conceitua o direito em questão como “direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma questão ou uma situação”.<sup>150</sup>

---

nosso chefe de justiça não o punir, dentro de quarenta dias a partir do momento em que foi denunciado a nós ou ao nosso chefe de justiça, se estivermos fora do reino, os quatro barões supraditos enviarão a questão ao restante dos vinte e cinco barões, os quais com a comunidade de todo o país nos impugnarão e afligirão de qualquer modo que possam, a saber, pela captura de castelos, terras, possessões, e de qualquer modo que possam, até que o reparo seja feito conforme o seu julgamento, salvaguardando a nossa pessoa e a da nossa esposa e filhos. E quando o reparo estiver feito, eles nos obedecerão como antes. E todos do país, que o desejarem, podem jurar que estão prontos para a execução das referidas matérias, obedecer às ordens dos ditos vinte e cinco barões, e que com os seus homens nos afligirão o máximo que puderem, e nós pública e livremente permitimos a qualquer um jurar desse modo, se o desejar, e a ninguém isto será jamais negado. E mais, todos aqueles do país que, por si próprios e de livre vontade, desejarem jurar aos vinte e cinco barões com respeito a nos obrigar e afligir juntamente com eles, nós faremos tomar o juramento, como acima dito.” (tradução livre da autora).

<sup>146</sup> Neste documento se prevê expressamente o direito de petição: “*That it is the right of the subjects to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal*,” Disponível em <http://www.bbc.co.uk/dna/h2g2/A700372>, acesso em 17.6.2011.

<sup>147</sup> §3º, título I: “*La liberté d’adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement*”. SILVA, José Afonso, op.cit., p. 443.

<sup>148</sup> Artigo 32: “*Le droit de présenter des pétitions aux dépositaires de l’autorité publique ne peut, en aucun cas, être interdit, suspendu ni limité*”. SILVA, José Afonso, op.cit., p. 443.

<sup>149</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional, op. cit., p.443.

Tal invocação teria como objetivos “denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação”, “solicitar um a uma modificação do Direito em vigor, no sentido mais favorável à liberdade”. Haveria nesse direito “uma dimensão coletiva, consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade”<sup>151</sup>.

Embora seja um valioso instrumento para o exercício da cidadania e para a tutela dos direitos fundamentais, o direito de petição é pouco utilizado nos dias de hoje. Até mesmo a doutrina tem despendido pouca atenção ao tema.

Essa falta de utilização se deve à descrença em relação aos seus resultados, vez que o ordenamento jurídico pátrio ressenete a carência de um “regramento mais efetivo quanto à *resposta à petição*”<sup>152</sup>. Nessa esteira, José Afonso da Silva observa que o direito de petição “é mais uma sobrevivência do que uma realidade”<sup>153</sup>.

Entretanto, pela sua simplicidade, ressaltamos a importância desse instrumento. Maria Garcia bem pontua a questão ao dizer que “Essa possibilidade de o mesmo cidadão proceder à defesa da Constituição representa uma garantia do exercício da cidadania”<sup>154</sup>.

Pode-se dizer que o direito de petição é o mais amplo e acessível de todos os *writs* constitucionais. Qualquer pessoa possui o direito de peticionar ao Poder Público, seja ao Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não há necessidade de comprovação de lesão ou ameaça de lesão, basta que se trate de “defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”<sup>155</sup>. Por não ser uma ação constitucional propriamente dita, não exige o preenchimento de pressupostos processuais, condições da ação ou capacidade postulatória.

---

<sup>151</sup> SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.256.

<sup>152</sup> NERY JUNIOR, Nelson, op.cit, p. 97.

<sup>153</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op.cit., p. 443.

<sup>154</sup> GARCIA, Maria. **Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2º do art. 5º da CF/1988. Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais** in **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, nº 67, abril - junho/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 256.

<sup>155</sup> Artigo 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal.

A dificuldade na resposta à petição não deve servir de escusa ao seu exercício. Tratando-se de garantia constitucionalmente prevista, não pairam dúvidas acerca da obrigatoriedade da resposta pelo Poder Público. Não obstante, se na prática o Poder Público mantém-se inerte dada a inexistência de específicas sanções a tal comportamento, há que se buscar no próprio ordenamento jurídico meios de garantir a efetividade do direito de petição.

Como uma alternativa à realidade que nos assola, José Afonso da Silva sugere vias alternativas à efetividade dessa garantia constitucional:

A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constringida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que o peticionário esteja utilizando efetivamente o direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o art. 5º, XXXIV, a. Cabe, contudo, o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso, conforme disposto na Lei 4.898/65.<sup>156</sup>

Existem, pois, formas de compelir o Poder Público a responder às petições eventualmente formuladas, caso aquele se mantenha inerte diante de uma provocação.

### **3.2.2. Habeas Corpus**

Assim como outras garantias constitucionais existentes, o *habeas corpus* está intimamente relacionado ao direito à liberdade, tão aclamado e reclamado pela sociedade ao longo da história da humanidade.

Maria Garcia, percorrendo o pensamento de renomados estudiosos, discorre sobre o tema de forma clara e precisa. Em suas palavras:

---

<sup>156</sup> SILVA, José Afonso, op. cit., p. 444.

O direito à liberdade envolve aspectos pluridimensionais, desde a acepção de uma liberdade entendida *individualmente* até o conceito de *cidadania*, o ápice de um conjunto de direitos fundamentais do ser humano, então ser público.

*Direito à liberdade* é expressão que significa um bem da vida – juridicamente delimitado, portanto, a liberdade entrevista pela ótica do Direito e, como tal, situada no ordenamento jurídico – no contorno delineado pelas regras jurídicas que regem seu perfil e condicionamentos.

Kelsen – para quem o conceito de liberdade advém de um sentido negativo, ou seja, na medida em que a conduta é permitida porque não proibida pela ordem jurídica – esclarece no entanto que fica sem pré garantido um mínimo de liberdade, de ausência de vinculação jurídica, de tal modo que haverá “uma esfera da existência humana na qual não penetra qualquer proibição”.

Mesmo na ordem jurídica mais totalitária, ressalta, haverá “algo como uma liberdade inalienável”, embora assevere: não enquanto direito inato do homem – mas devido ao que chama “uma conseqüência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana”.

Como seja, importa à previsão das garantias constitucionalmente previstas a concepção da liberdade enquanto possibilidade de agir compreendida como o âmbito da existência humana.

José Afonso da Silva assinala, com Garaudy, que a liberdade tem um caráter histórico porque “depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico”; que a História mostra como o sentido da liberdade se amplia com a evolução da humanidade, conforme se amplia a atividade humana. “Liberdade é conquista constante” e o seu conceito de liberdade expressa-se no significado de “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”.

Contudo, é ao referir-se à liberdade de ação e legalidade que melhor pontua um aspecto da liberdade aproximado à concepção arendtiana que denomina *liberdade-matriz a liberdade-base*, que é a *liberdade de ação em geral*, a *liberdade geral de atuar* que decorre do art. 5º, II, da Constituição, segundo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – numa dimensão sem sempre considerada pela doutrina, “que é essa regra de direito fundamental, de *liberdade de ação*.”<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup> GARCIA, Maria. **Habeas data. O direito À informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra, e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional in Revista de direito constitucional e internacional.** Ano 9, nº 36, julho-setembro/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 116-117.

O *habeas corpus* encontra, assim, suas origens no direito à liberdade. Invocamos mais uma vez a Magna Carta, de 1215, Inglaterra. O *habeas corpus* assim como o direito de petição encontra seu berço nesse histórico documento inglês, quando passa a ser expressamente previsto em um ordenamento jurídico. Seus contornos iniciais eram um tanto diferentes dos atuais. Luís Roberto Barroso explica:

Atribui-se à *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, imposta pelos barões ao rei da Inglaterra, a formalização solene da tutela da liberdade individual, com a exigência de controle jurisdicional da prisão de qualquer cidadão. A partir de então, passaram a ser expedidos *writs* (mandados) para que o homem (*corpus*) fosse trazido à presença do juiz com a finalidade de que este decidisse, de forma sumária, sobre a legalidade da prisão. Estabelecia aquele documento histórico que “nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer forma molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de acordo com as leis do país.”<sup>158</sup>

Verifica-se que a princípio o *habeas corpus* vinculava-se mais à noção do *due process of law*<sup>159</sup> do que a direito de locomoção como nos dias de hoje. A noção contemporânea do instrumento adveio do *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, complementado pelo *Habeas Corpus Act* de 1816, também na Inglaterra. O diploma de 1679 “configurou, com mais precisão, como um verdadeiro remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar”.<sup>160</sup>

No Brasil, o *habeas corpus* foi instituído no Código de Processo Criminal de 1832 em seu artigo 340<sup>161</sup>, e destinava-se a coibir a prisão ou o constrangimento ilegal. Sua constitucionalização deu-se já em 1891, no parágrafo 22 do artigo 72<sup>162</sup>,

<sup>158</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.179.

<sup>159</sup> SILVA, José Afonso, op. cit., p. 445.

<sup>160</sup> SILVA, José Afonso, op. cit., p. 445.

<sup>161</sup> Artigo 340, do Código de Processo Criminal de 1832: “Todo o cidadão que entender, que elle (*sic*) ou outrem soffre (*sic*) uma prisão ou constrangimento illegal (*sic*), em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor.”

<sup>162</sup> Artigo 72, parágrafo 22: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.”

em termos mais amplos do que originalmente foi-lhe atribuído em 1832. Servia a qualquer hipótese de iminente perigo de *violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*.

Por sua maior abrangência, doutrinadores, liderados por Ruy Barbosa entendiam que o *habeas corpus* brasileiro era mais amplo do que o modelo inglês:

“o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade.”<sup>163</sup>

Esse entendimento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal que, em aproximadamente 1909, firmou jurisprudência no sentido de conferir o *habeas corpus* “para o restabelecimento de qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. Ou seja, caberia para garantir a liberdade física e para garantir a liberdade de movimentos necessária ao exercício de qualquer direito, desde que certo e incontestável.”<sup>164</sup>

Esse entendimento prevaleceu até que, em decorrência da Emenda Constitucional de 1926, seu cabimento foi limitado à tutela da liberdade de locomoção. Posteriormente, a Constituição de 1934 suprimiu a expressão *locomoção*, restando consignado em seu artigo 113, 23 o seguinte texto: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*.”

Em 1937, a Constituição alterou o dispositivo restringindo o *habeas corpus* para a proteção da liberdade de ir e vir: artigo 122, 16) “dar-se-á *habeas corpus*

---

<sup>163</sup> BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República)**. Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1798, p.173 *apud* SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. op. cit., p. 445.

<sup>164</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional, Curso de direito constitucional**. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 309.

sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 23, manteve o *writ*: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*. Essa mesma redação foi mantida pela Constituição de 1967, em seu artigo 150, § 20”.

A Constituição de 1988 manteve a primeira parte do dispositivo ao prever em seu artigo 5º, inciso LXVIII: “conceder-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Assim como o direito de petição, o *habeas corpus* não exige formalidades à sua impetração. Qualquer pessoa pode impetrar o *habeas corpus* em favor daquele cuja liberdade de locomoção esteja em sendo violada ou ameaçada, podendo até mesmo ser o próprio impetrante.

Há, entretanto, a necessidade de que o sujeito passivo, a autoridade coatora, pratique o ato em decorrência de função por ela ocupada, seja ela autoridade pública ou privada. Com relação ao seu cabimento, o cerceamento do direito de ir e vir deve ser *ilegal* ou por abuso de poder que, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “não passa de uma forma – ainda que sutil – de ilegalidade. Igualmente havendo ilegalidade, pouco importa que haja violência ou não, pois sempre haverá coação (ilegal).”

O *habeas corpus* pode ser tanto preventivo como suspensivo. Será preventivo se impetrado antes da consumação da violência ou coação e suspensivo quando se tem como objetivo liberar o paciente da situação perpetrada.

Como visto, a liberdade é um dos embriões dos direitos humanos. Reivindicada nos primeiros movimentos revolucionários da Idade Média, não é de se estranhar que seja o *habeas corpus* uma das garantias constitucionais mais

tradicionais na tutela dos direitos fundamentais. Se antes seu objetivo era coibir a prisão arbitrária sem o devido julgamento do acusado, hoje tem-se um instrumento ampliado, que tem como propósito assegurar aos indivíduos a liberdade de locomoção em face de arbitrariedades tanto oriundas das autoridades públicas como privadas.

O *habeas corpus*, portanto, constitui um salutar instrumento para a sociedade civil, pois o livre exercício do direito de ir, vir e permanecer, a liberdade física, revela-se essencial para o exercício de todos os demais direitos fundamentais.

### 3.2.3. *Habeas Data*

Assim, como o *writ* do *habeas corpus*, o *habeas data* também encontra seu fundamento na liberdade. Está atrelado a uma das liberdades públicas, qual seja: o direito à informação (artigo 5º XXXIII, da Constituição<sup>165</sup>) que assegura a todos o direito de receber informações de interesse particular ou coletivo. Acrescenta ainda Maria Garcia que esse instrumento “tem vinculação estreita com o direito à intimidade e à vida privada, honra e imagem – expressões do direito fundamental e básico da dignidade da pessoa, decorrente do art. 1º, III, da CF”.<sup>166</sup>

Ao contrário do tradicional *habeas corpus*, o *habeas data* é *writ* constitucional recente no Direito brasileiro e de outros Estados. As primeiras disposições a respeito aparecem na década de 70 do século XX. José Afonso da Silva aponta que:

(...) sem denominação específica, já constava da Constituição de Portugal de 1976 (art. 35) e da Constituição da Espanha de 1978 (art. 105, “b”). Mas antes dessas Constituições já fora estabelecido por legislação ordinária nos Estados Unidos, ou seja, pelo *Freedom of Information Act* de 1974, alterado

---

<sup>165</sup> Artigo 5º, XXXIII, da Constituição: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

<sup>166</sup> GARCIA, Maria. ***Habeas data. O direito À informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra, e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional*** in *Revista de direito constitucional e internacional*, op. cit., p. 117-118.

pelo *Freedom of Information Act* de 1978, visando a possibilitar o acesso do particular às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público. Na França, a Lei sobre Informática e Liberdades, de 6.1.78, garante o direito de acesso e retificação de dados pessoais constantes de registros de caráter público.<sup>167</sup>

O *habeas data* incorporado ao sistema jurídico em decorrência da história política de nosso País, tal como explanado por Michel Temer: “É fruto, nesta Constituição, de uma experiência constitucional anterior em que o governo arquivava, a seu critério e sigilosamente, dados referentes à convicção filosófica, religiosa e de conduta pessoal dos indivíduos.”<sup>168</sup>

Verifica-se que o *habeas data* consiste em uma das inovações incorporadas pela Constituição de 1988, em resposta aos abusos cometidos durante a ditadura militar. Dispõe artigo 5º, LXXII, *a e b*, do Texto Constitucional:

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Cuida-se de ação constitucional cujo objetivo é assegurar o conhecimento de informações sobre pessoas físicas ou jurídicas e a retificação de seus dados. A Lei 9.507/97 “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”.

No *habeas data* o legitimado para impetrá-lo é a pessoa diretamente interessada nos registros, não se admite o pleito em relação a informação de terceiros. Hely Lopes Meirelles leciona: “Também se tem salientado o caráter pessoal dos dados e informações a serem obtidos ou corrigidos pelo *habeas data*. Trata-se de garantia constitucional decorrente da chamada “liberdade de

---

<sup>167</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 445.

<sup>168</sup> TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 20ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 215.

informática”, dando acesso aos bancos de dados para controle das informações neles constantes a respeito da pessoa, do indivíduo, em todos os seus aspectos, políticos, econômicos, sanitários, familiares etc., segundo entende a melhor doutrina.”<sup>169</sup>

Em que pese não ser objeto de estudo a parte processual do instrumento<sup>170</sup>, cumpre trazer à lume algumas considerações acerca dos requisitos da petição inicial. A petição inicial deverá cumprir os requisitos do Código de Processo Civil. Na dicção do artigo 8º, da Lei 9.507/97, exige-se que a petição inicial do *habeas data* seja instruída com prova “I) da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.” Ou seja, para o acesso à via judicial, faz-se necessária a recusa administrativa.

<sup>169</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª edição, com colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.343.

<sup>170</sup> José Afonso da Silva elabora uma síntese acerca do rito processual do *habeas data*: “O rito processual do *habeas data* foi disciplinado pela Lei 9.507/97. Pressupõe uma *fase administrativa* prévia, que começa com o *requerimento do interessado* apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e que será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas, comunicada a decisão ao requerente em vinte e quatro horas. Se deferido o requerimento, o depositário do registro ou banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações. Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação, que deverá ser feita, no máximo, em dez dias. Indeferido o pedido de acesso às informações, ou verificado o transcurso do prazo de dez dias sem decisão, ou recusada a retificação pleiteada ou o decurso de mais de quinze dias sem decisão, ou ainda recusadas as anotações de explicação ou contestação apresentadas pelo requerente, então, sim, poderá ele recorrer ao Poder Judiciário, mediante petição na forma dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, pleiteando a concessão do *habeas data*, que lhe assegure o acesso às informações, às retificações solicitadas, bem como as anotações pleiteadas. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias. Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da sua entrega a este ou da recusa, seja de recebê-lo, seja de dar recibo. Se o juiz julgar procedente o pedido, marcará data e horário para que o coator apresente: (a) ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registro e bancos de dados; (b) em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante. Da sentença cabe apelação, que só terá efeito devolutivo. O pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito. Existem disposições sobre a *competência* dos órgãos judiciários federais para processar e julgar o *habeas data* e figuram nos arts. 102, I, d, II, a; 105, I, b; 108, I, c; 109, VIII r 121, §4º, V, competência agora também especificada no art. 20 da Lei 9.507/97.” SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 457.

Para Maria Garcia, a Constituição não condiciona a impetração do *writ* à existência de um “pedido administrativo precedente”:

O que se constata, relativamente à possibilidade impetração do *habeas data*, é a tendência dos órgãos públicos à restrição e à dificuldade ao acesso das pessoas às informações; esta atuação é uma constante, um traço mais ou menos acentuado do Estado diante do indivíduo; de outro lado, a Constituição consagrando direitos de novo teor, ampliando o quadro das liberdades públicas, como o *habeas data*, o mandado de injunção – esta medida constitucional também exemplo significativo da atuação restritiva dos Poderes Públicos.<sup>171</sup>

Manoel Ferreira Gonçalves da Silva expõe que “o “*habeas data*” é uma instituição desnecessária e hoje já esquecida” e que bastava ser reconhecido o “direito de ter acesso aos bancos de dados, com o óbvio consectário de poder corrigir as suas informações, se inexatas”. Seria suficiente a prova pré-constituída para a impetração do mandado de segurança ou, “se dependente de provas não pré-constituídas, por um simples pedido administrativo, ou uma mera ação ordinária.” Ressalta, por fim, que esse direito encontra-se tutelado pelo artigo 5º, XXXIII, da Constituição<sup>172</sup>.

Além dos objetivos elencados no artigo 5º, LXXII, da Constituição, o *habeas data* encontra-se relacionado ao direito à intimidade. Essa relação é justificada uma vez que o *habeas data* constitui instrumento hábil a coibir a manutenção de informações da vida íntima do indivíduo nas bases de dados públicas. Assevera Maria Garcia que: “O direito à intimidade, em especial, envolve uma parte da vida pessoal que deve estar vedada ao conhecimento de outrem, inclusive do Estado, e à vida privada, de âmbito maior, abrangendo a área profissional, deverão permanecer protegidas das incursões de terceiros, nomeadamente as “entidades governamentais ou de caráter público”, na dicção do art. 5º, LXXII.”<sup>173</sup>

Na mesma esteira, Celso Lafer elucida:

---

<sup>171</sup> GARCIA, Maria, op. cit., p. 132 e seguintes.

<sup>172</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4ª edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2000, p.160-161.

<sup>173</sup> GARCIA, Maria, op. cit., p. 118.

O direito à privacidade constitui, portanto, um limite válido ao direito da informação que tutela a possibilidade que devem ter todas as pessoas — inclusive as de projeção e responsabilidade pública — de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a elas só se refere e que diz respeito ao seu modo de ser na vida privada<sup>8</sup>. Portanto, um prazo maior para a liberação de documentos que possam afetar a vida das pessoas é apropriado, e a ressalva da extensão do tempo de sigilo está em consonância com os direitos individuais consagrados na Constituição de 1988 e previstos pelo Direito Internacional Público, nas normas atinentes aos direitos humanos.<sup>174</sup>

Tal assertiva é corroborada por José Afonso da Silva para quem o *writ* tem por “objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: (a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.”<sup>175</sup>

Assim, além do *acesso* e da *retificação* dos dados da pessoa é possível dizer que o *habeas data* serve também ao *cancelamento* dos dados relativos à intimidade da pessoa, ou seus dados sensíveis que não cabem ao Estado ou qualquer entidade de caráter público ter acesso, como sugerem Maria Garcia e Diva Prestes Malerbi<sup>176</sup>.

A evolução da Humanidade trouxe ao ser humano novas necessidades e, como resultado, foram criados novos mecanismos jurídicos para supri-las. O *habeas data* traduz a evolução do conceito de liberdade, cumprindo-lhe a tutela do bem precioso da informação e do direito à intimidade.

---

<sup>174</sup> LAFER, Celso. **Diplomacia e transparência: o arquivo do Itamarati**. v. 4/5, nº 2/1, julho-dezembro/1989, janeiro-junho/1990. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1990, p. 43.

<sup>175</sup> SILVA, José Afonso, op. cit., p. 453.

<sup>176</sup> GARCIA, Maria, op. cit; p. 118.

### 3.2.4. Mandado de Segurança

Hely Lopes Meirelles conceitua mandado de segurança como: “meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”<sup>177</sup>

O mandado de segurança é sucedâneo do *habeas corpus*. Explica Celso Bastos que “tanto no direito alienígena quanto no direito nacional, o *habeas corpus* antecedeu ao mandado de segurança, fenômeno, de resto muito compreensível. É que o *habeas corpus* está voltado à tutela de um bem que o homem procurou antes de mais nada proteger, qual seja, a sua liberdade física. É certo que a liberdade pode assumir muitas formas, cada uma delas, a seu modo, de grande importância. Mas há uma que é preliminar a qualquer outra expressão possível dessa liberdade tomada em termos amplos. A tutela do direito de locomoção, de deslocação física do ser humano foi e continua sendo o objeto específico do *habeas corpus*.”<sup>178</sup>

Para melhor compreensão do mandado de segurança, faz-se necessário repisar algumas considerações sobre o *habeas corpus*. Quando da sua constitucionalização, o *habeas corpus* tinha por objeto a proteção do direito de locomoção, entretanto, face à inexistência de outros instrumentos que tutelassem os demais direitos, o *habeas corpus* teve sua abrangência progressivamente ampliada para a tutela de qualquer hipótese de iminente perigo de *violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*.

Com a reforma constitucional de 1926, operou-se a limitação do *habeas corpus* à liberdade de locomoção. A ausência de um remédio constitucional para a

---

<sup>177</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES; Gilmar Ferreira, op.cit, 27-29. Para Celso Bastos, o mandado de segurança “constitui uma forma judicial de tutela dos direitos subjetivos, ameaçados ou violados, seja qual for a autoridade responsável. É um recurso técnico-jurídico que pressupõe uma determinada evolução deste sobre os indivíduos, cujos direitos só foram efetivamente protegidos com o advento do liberalismo, inspirador de solenes Declarações de Direitos e de Constituições escritas.” BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, op. cit., p.357.

<sup>178</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 358.

proteção dos demais direitos fundamentais propiciou uma série de propostas para a criação de um novo *writ* que suprisse essa lacuna. Tal situação foi solucionada apenas em 1934 com a criação do mandado de segurança. Dispunha o texto constitucional, em seu artigo 113, parágrafo 33:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

Em 1936, a Lei 191 passou a disciplinar o mandado de segurança. Três anos após a sua criação, em 1937, o mandado de segurança perdeu seu caráter constitucional com a exclusão do dispositivo pela Constituição outorgada. O *writ* é restabelecido pelo Decreto-lei nº 6, de 1937, nos termos da Lei 191 e, em 1939, passa a ser previsto pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 319.

A Constituição de 1946 reinsere o mandado de segurança como garantia constitucional. Da redação original de 1934, poucas alterações foram realizadas, substituindo-se a expressão *certo e incontestável* por *líquido e certo*:

Artigo 141, § 24: Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

A redação do artigo 141, § 24 da Constituição de 1946 perdurou até a Constituição de 1988 com poucas alterações. Dispõe o artigo artigo 5º, LXIX:

Artigo 5º, LXIX: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

A inovação da Constituição de 1988 na matéria consiste na criação de uma nova modalidade coletiva do mandado de segurança, prevista no inciso LXX, do artigo 5º:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Além da previsão constitucional, o mandado de segurança é disciplinado pela Lei 12.016/2009.

Como se depreende da inteligência do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição, não se trata de garantia constitucional destinada a qualquer direito. O cabimento do *writ* se dá em relação a direito líquido e certo, que, segundo Hely Lopes Meirelles:

é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.<sup>179</sup>

Celso Bastos entende que direito líquido e certo é “direito comprovado no momento da impetração. O mandado de segurança não comporta instrução probatória, por isso todas as provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito devem acompanhar a inicial.”<sup>180</sup>

Com relação à legitimidade, a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados ao mandado de segurança, vez que previu em seu texto, além do mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo. Diversamente do *habeas corpus*, o mandado de segurança não está restrito à pessoa humana.

---

<sup>179</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 37.

<sup>180</sup> Prossegue o autor: “Caso o documento necessário à prova do alegado se encontre em repartição ou estabelecimento público que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição. Em se tratando de recusa da autoridade coatora, a determinação judicial será feita no próprio instrumento de notificação.” BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 361.

São legitimados os titulares de direito individual ou coletivo, tanto pessoa física quanto jurídica.

Nos termos do artigo 21, da Lei 12.016/2009, “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.” Ainda, de acordo com o parágrafo único de aludido dispositivo:

Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Não se trata de um direito da coletividade, mas sim de direito subjetivo, seja ele individual ou coletivo. Hely Lopes Meirelles explica:

direito subjetivo do impetrante pode ser privado ou público, exclusivo ou pertencente à vários titulares ou , mesmo, a toda uma categoria de pessoas. O que se exige é que o impetrante possa exercê-lo individual ou coletivamente. (...) Outra observação que se impõe é a de que pelo mandado de segurança não se defende direito da coletividade, mas tão somente – repetimos – *direito subjetivo, individual ou coletivo*. Para a proteção dos interesses da comunidade o remédio adequado é a *ação popular constitucional*, insubstituível por mandado de segurança, ação civil pública, ou mandado de injunção.<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 67.

Outro interessante aspecto do instrumento é a possibilidade de terceiro impetrar o mandado de segurança. Essa hipótese está prevista no artigo 3º da Lei 12.016/2009: “O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.”

Quanto à autoridade coatora, a Constituição dispõe sobre *autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*. André Ramos Tavares observa que “para fins de mandado de segurança, a autoridade é aquele que praticou ou ordenou o ato, e não a pessoa política ou jurídica à qual a autoridade ou agente está vinculado funcionalmente”<sup>182</sup>.

Não se confunde, entretanto, o mero *executor* do ato com a *autoridade* por ele responsável. A responsabilidade é da autoridade coatora e, nesse sentido, esclarece Hely Lopes Meirelles: “*Coator* é a *autoridade superior* que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; *executor* é o *agente subordinado* que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela.”<sup>183</sup>

O mandado de segurança pode ser tanto repressivo como preventivo. O primeiro se dá quando concretizada a ilegalidade ou abuso de poder, o segundo, por sua vez, quando se encontra na iminência de realizar o ato. Neste, “não basta a suposição de um direito ameaçado, exige-se um ato concreto que possa pôr em risco o direito do postulante.”<sup>184</sup>

Relevante foi a criação do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico. Antes, os indivíduos dependiam do entendimento jurisprudencial para ampliar a abrangência do *habeas corpus* para além do direito de locomoção. Essa

---

<sup>182</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 795.

<sup>183</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 70.

<sup>184</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 31.

situação prejudicava sobremaneira os indivíduos na medida em que estes não tinham a certeza da proteção de seus direitos contra ilegalidades e abusos cometidos pelo Poder Público. Além disso, a inovação do mandado de segurança coletivo ampliou a legitimidade ativa para as organizações sindicais, entidades de classe e associações para a proteção dos direitos de um determinado grupo de indivíduos. Essa medida tornou mais eficaz a proteção, pois não há necessidade de cada indivíduo impetrar mandado isoladamente para a defesa de um mesmo direito. O mandado de segurança constitui, pois, mais uma garantia constitucional à disposição da sociedade civil.

### 3.2.5. Mandado de Injunção

Há controvérsia na doutrina a respeito da origem do mandado de injunção. Uma das possíveis fontes seria o *writ of injunction* do Direito inglês, que constitui remédio da *Equity*, isto é, do Juízo de Equidade. Trata-se de remédio constitucional destinado a casos em que há falta de norma legal (*statutes*) ou de proteção da *Common Law*, decidindo o juiz de acordo com “os valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *conventions*, etc)”<sup>185</sup>

Outra fonte, menos remota, seria o *writ of injunction* do Direito norte-americano, aplicado para a proteção dos direitos fundamentais, similar à brasileira.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta o *ingiunzione*, do *Direito Italiano*, que não encontra semelhança com o mandado de injunção brasileiro, pois se refere a um instituto processual para se conseguir uma decisão judicial de forma mais simples do que a do processo ordinário.<sup>186</sup>

No Direito brasileiro o mandado de injunção é “o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora

---

<sup>185</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 448, nota 62.

<sup>186</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, op. cit., p. 156.

que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”<sup>187</sup>

Trata-se de mais uma inovação incorporada pela Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Qualquer pessoa pode impetrar o mandado de injunção uma vez verificada a *falta de norma regulamentadora que torne viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

Flávia Piovesan aduz que, apesar de não haver expressa previsão normativa, seria possível a impetração de mandado de injunção coletivo<sup>188</sup>, por organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas, para a defesa de direitos coletivos (não difusos, pois a admissão do mandado de injunção para os direitos difusos implicaria em confusão com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Segundo a autora, “O mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, permitindo a eliminação de lacunas do sistema jurídico-constitucional.”<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 323.

<sup>188</sup> O mandado de injunção coletivo faz parte de uma das novidades prevista no artigo 4º do Projeto de Lei 6.002/90, que regulamenta o *writ* e que já foi provado pelo Senado. Além de dispor sobre a legitimidade ativa de organizações sindicais, entidades de classe e associações, inclui o Ministério Público para o caso de interesses difusos a serem protegidos.

<sup>189</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.143 e seguintes.

Compartilhando o mesmo entendimento sobre a confusão possível do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Luis Roberto Barroso afirma:

Há quem sustente que o mandado de injunção cumula as duas finalidades alvitadas acima. Assim, na apreciação do *writ* poderá julgador: (i) determinar à autoridade ou órgão competente que expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional; ou (ii) julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado e suprindo a lacuna legal. Sem embargo da respeitabilidade de uma e outra opiniões, somente a segunda proposição parece acertada. É que não se ajusta aos lindes do instituto a idéia de *determinar-se* a quem quer que seja que expeça um ato normativo. Tal objeto aproxima-se mais da tutela a ser prestada na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>190</sup>

Da mesma sorte, para José Afonso da Silva: o mandado de injunção “não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).”<sup>191</sup>

Assim, o mandado de injunção presta-se a garantir a efetividade do direito reclamado mediante atuação do Poder Judiciário, que, na ausência de regulamentação, ditará a solução para um determinado caso concreto. A decisão judicial importa na supressão da falta de regulamentação apenas em relação ao impetrante do *mandamus*.

Sobre o objeto do mandado de injunção, firmaram-se três correntes doutrinárias que, segundo Aloysio Vilarino dos Santos são assim traduzidas:

A primeira corrente, mais restritiva, limita o alcance da expressão “direito e liberdades constitucionais” àqueles mencionados no dispositivo, estando conforme ela Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

---

<sup>190</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, op. cit., p. 251.

<sup>191</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p.450.

A segunda corrente restringe a expressão “direitos e liberdades constitucionais” aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto, estando de acordo com ela Celso Ribeiro Bastos.

A terceira corrente entende que os direitos, liberdades e prerrogativas, tuteláveis pela injunção, não são apenas os constantes do Título II da Carta Maior, que se refere aos direitos e garantias fundamentais, mas quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas, previstos em qualquer dispositivo da Constituição, tendo em vista que inexistente qualquer restrição no artigo 5º, LXXI do texto. Entende-se que o mandado de injunção protege direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas, estas sim, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Esta última vertente parece mais coerente com a ordem constitucional, e a ela filia-se Flávia Piovesan.<sup>192</sup>

À terceira corrente, acrescenta José Afonso da Silva: “não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares.”<sup>193</sup>

Mostra-se relevante consignar que o mandado de injunção manifesta-se como instrumento direto de garantia da efetividade dos direitos previstos pela Constituição.

O *writ* pretende que a ausência de regulamentação não impeça os indivíduos de desfrutarem os direitos a eles conferidos, pouco importando, nessa esfera, se o Poder Legislativo irá ou não cumprir seu dever legiferante. A Constituição é clara quanto à impossibilidade de se excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV). Se o Poder Legislativo não cumpre seu dever, o Poder Judiciário deve se manifestar para que os destinatários da norma constitucional não sejam prejudicados pela inércia daquele.

---

<sup>192</sup> SANTOS, Aloysio Vilarino. **A defesa da Constituição como defesa do Estado: controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional**. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.114.

<sup>193</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 453.

### 3.2.6. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) também constitui inovação incorporada pela Constituição de 1988.

O artigo 102, § 1º, da Constituição prevê o instituto como de competência do Supremo Tribunal Federal e confere ao legislador ordinário a sua regulamentação. Em outras palavras, a legitimação ativa, as hipóteses de cabimento, seu objeto e efeitos ficaram a cargo da legislação infraconstitucional.

Artigo 102, § 1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

A ADPF foi regulamentada pela Lei 9882/99, que dispõe em seu artigo 1º:

A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Depreende-se do texto legal que a ADPF tem por finalidade evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. É cabível contra descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos ou anteriores à Constituição. Importante fixar o sentido atribuído à expressão “preceito fundamental”, o que não se mostra uma tarefa fácil, posto que tanto a Constituição como a Lei 9882/99 não explicitaram seu significado.

Para José Afonso da Silva “‘preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’”. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por

exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais*".<sup>194</sup>

Nas lições de Maria Garcia: "*Preceito* que significa mandamento, ordenação, regra, norma de conduta, e que é também *fundamento*, ou seja, 'base ou razão em que se firmam as coisas ou em que se justificam as ações', na acepção mais comum, algo coordenado ao sistema constitucional, embora não expresso na constituição."<sup>195</sup>

São, portanto, preceitos fundamentais os mandamentos básicos, essenciais ao regime constitucional. Mas esses preceitos estariam restritos apenas ao Texto Constitucional? A Constituição insculpiu no seu texto a expressão "decorrente desta Constituição" e esta é a razão pela qual, com assento em Maria Garcia, esses preceitos podem ser aqueles contidos fora do texto constitucional:

O termo decorrente (decursivo, derivado, conseqüente, segundo o Dicionário Aurélio) faz concluir, primeiramente, pela possibilidade de localização do 'preceito' externamente à Constituição. Porquanto, se é decorrente da Constituição não deverá estar, necessariamente, contido na Constituição. Não expressamente. E, neste particular, obrigatória se torna a lembrança do disposto no § 2º do art. 5º, o qual admite a existência de 'outros direitos e garantias' além daqueles expressos na Constituição, 'decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados' (ou dos tratados internacionais firmados).<sup>196</sup>

Sobre a admissibilidade da ADPF, a jurisprudência pátria entende que a ADPF possui caráter subsidiário, pois, nos moldes do artigo art. 4º, § 1º da Lei 9.882/99, ela é cabível apenas quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Nesse sentido, ADPF 17, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

---

<sup>194</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 562.

<sup>195</sup> GARCIA, Maria. **Arguição de descumprimento: direito do cidadão**. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 8, nº 32, julho-setembro/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.103.

<sup>196</sup> GARCIA, Maria. **Arguição de descumprimento: direito do cidadão**. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, op. cit., p. 103.

O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado.

No mesmo julgado, adverte o citado Ministro relator:

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional.

Assim, apesar de entender ser de caráter subsidiário, os mecanismos disponíveis para sanar a lesividade devem ser eficazes, não bastando sua simples previsão legal.

Na ADPF 33, por sua vez, entendeu-se que vem a ser “outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, é cabível a ação quando não houver outro instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, *in verbis*:

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A despeito do entendimento jurisprudencial acima mencionado, André Ramos Tavares entende que não se pode conferir caráter subsidiário à ADPF, mas sim principal: “O novel instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Carta Constitucional não oferece qualquer indício para que assim se pudesse interpretar a posição do instituto no sistema.”<sup>197</sup>

O autor afirma ainda que a ADPF é tão importante quanto à ação direta de inconstitucionalidade ou até mesmo mais importante que esta. Fundamenta sua posição no artigo 102 da Constituição, pois “quando a Constituição trata da ação direta, estabelece que esta se refere ao caso de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual. Quando a Constituição trata da argüição, estabelece que esta se refere ao caso de descumprimento de preceito fundamental da Constituição.”<sup>198</sup>

Em que pese o entendimento jurisprudencial contrário acerca do tema, a Constituição nada diz a respeito da subsidiariedade ou não do instrumento, limita-se a prevê-lo como uma das formas de tutela contra eventuais violações aos preceitos fundamentais da Constituição. Se por ventura esta via mostrar-se mais eficaz que as demais, prudente é a sua utilização, tal como aludido na ADPF 17.

A ADPF pode ser direta (autônoma) ou incidental (por derivação). A ADPF direta encontra-se prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei 9882/99<sup>199</sup>. Nos termos de aludido dispositivo, a ação deve ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal com o fim de “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Essa ação não depende de outra ação para ser ajuizada, razão pela qual é denominada direta ou autônoma.

Já a ADPF incidental ou por derivação ocorre no curso de uma demanda judicial; nesse contexto, seu caráter incidental ou derivado. Existe grande controvérsia acerca desta modalidade da ADPF, pois, para alguns, essa seria

---

<sup>197</sup> TAVARES, André Ramos, op. cit., p.266.

<sup>198</sup> TAVARES, André Ramos, op. cit., p.267.

<sup>199</sup> Art. 1º: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

inconstitucional. Adeptos a esse entendimento, citamos Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. Para os autores, a argüição incidental seria uma inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 1º, da Lei 9.882/99:<sup>200</sup> essa lei “trouxo para o campo do controle concentrado atos normativos municipais, atos estaduais e atos normativos federais, inclusive anteriores à Lei Maior. Portanto, a ação ampliou o campo do controle concentrado, que se limitava aos atos estaduais e federais (ADIn) ou só federais (Adecon).”<sup>201</sup>

Mais do que a inconstitucionalidade da argüição incidental, entende o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que a Lei 9.882/99 é por inteira inconstitucional. Visando reconhecer tal violação à norma constitucional, a OAB propôs uma ação direta de inconstitucionalidade que tramita no Supremo Tribunal Federal sob o número ADIn nº 2.231.

Em aludida ADIn, argumenta-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, § 3º do artigo 5º, artigo 10, *caput* e seu § 3º, e artigo 11, todos da lei 9.882/99. Na petição inicial, a OAB explana que da declaração de inconstitucionalidade de mencionados dispositivo decorre a inconstitucionalidade integral da lei<sup>202</sup>. A ação encontra-se pendente de julgamento.

Além da questão da constitucionalidade da lei, importante mencionar a controvérsia acerca da legitimidade das partes na ADPF, em especial, a legitimidade ativa.

Nos termos da Lei 9.882/99, podem propor a ADPF os mesmo legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no artigo 103, da Constituição Federal.

---

<sup>200</sup> Parágrafo único do artigo 1º: “Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; II – (vetado)”

<sup>201</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição, revista, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p.55-56.

<sup>202</sup> Assinala a OAB em sua petição inicial que “A norma impugnada, como um todo, é inconstitucional. Decorre a inconstitucionalidade integral da manifesta violência à Constituição Federal dos principais preceitos da lei fustigada. Declarada a invalidade desses dispositivos (do § único do artigo 1º, do § 3º do artigo 5º, do artigo 10, **caput**, e de seu § 3º e do artigo 11), todos os demais comandos normativos deverão também ser expurgados do ordenamento jurídico, uma vez que é certo que sem eles o Legislador não editaria a Lei 9.882.”

Note-se que, na versão da lei aprovada pelo Congresso Nacional, o inciso II do artigo 2º previa como parte legítima à propositura da ação “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.” Esse dispositivo foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo por entender que “A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas.”<sup>203</sup>

Verifica-se que nosso Poder Executivo incumbiu-se de excluir o cidadão em um importante mecanismo de proteção e participação nas questões governamentais. Nesse sentido, Gilmar Mendes Ferreira assinala:

Não se há de negar, porém, que o reconhecimento do direito de propositura aos cidadãos em geral afigura-se recomendável e até mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção dos direitos e garantias individuais. Nessa hipótese a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a

---

<sup>203</sup> MENSAGEM DE Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999 - Razões do veto do inciso II do artigo 2º: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual o controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.”

um só tempo, permita ao cidadão a possibilidade de levar o seu pleito ao STF sem afetar o funcionamento da Corte, pelo excesso de demandas.<sup>204</sup>

Sobre a não inclusão do cidadão como legitimado para propositura direta da ADPF, afirma Maria Garcia:

(...) a conclusão, inevitável, de todo o exposto é de que a regulamentação do dispositivo constitucional não atende a sua finalidade, a qual decorre da estrutura sistêmica da Constituição, dos seus pressupostos, da sua tessitura, do seu espírito enfim, pois desde logo não convence que, nesse dispositivo, a Constituição viesse apenas estabelecer uma outra forma de controle de constitucionalidade e pelos mesmos autores da ação direta.<sup>205</sup>

Os instrumentos de controle de constitucionalidade hoje existentes em nosso ordenamento jurídico não permitem que o cidadão ajuíze uma ação direta em face de eventuais inconstitucionalidades nele existente. Nesse contexto, denota-se a importância da ADPF como mecanismo de participação e tutela do cidadão. Se, como Gilmar Mendes, “preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção dos direitos e garantias individuais”, nada mais lógico que o próprio cidadão suscite, pela via direta, eventual inconstitucionalidade.

Ao prever o instrumento, a Constituição não impõe limitações quanto à sua legitimidade ativa, de modo que eventual restrição a esse direito por norma infraconstitucional mostra-se inconstitucional. A ADPF constitui importante mecanismo trazido pela Constituição e, para que alcance sua finalidade, deve ser regulamentado de acordo com a “estrutura sistêmica da Constituição, dos seus pressupostos, da sua tessitura, do seu espírito”, mencionados por Maria Garcia.

---

<sup>204</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 612.

<sup>205</sup> GARCIA, Maria. **Arguição de descumprimento: direito do cidadão**. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, op. cit., p.104.

### 3.2.7. Ação Popular

A ação popular encontra sua origem remota no Direito Romano. Relembra José Afonso da Silva que:

O nome *ação popular* deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singuli*, mas à coletividade. O *autor popular* faz valer um interesse que só lhe caso, *ut universis*, como membro de uma comunidade, agindo *pro populo*. Mas a ação popular não é mera atribuição de *ius actionis* a qualquer do povo, ou a qualquer cidadão como no caso da nossa. Essa é apenas uma de suas notas conceituais. O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: *interesse da coletividade*. Ela há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualificativo *popular* prende-se a isto: *defesa da coisa pública, coisa do povo (publicum, de populicum, de populum)*.<sup>206</sup>

No Brasil a ação popular surge com a Constituição de 1934 como instituto destinado à proteção do patrimônio público, nos termos do artigo 113, 38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

A Carta de 1937 retirou o instrumento do Direito brasileiro, que só foi novamente incorporado a este em 1946 como promulgação da nova Constituição. Enunciava o artigo 141, § 38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.” Em relação à dicção do artigo 113, 38, da Constituição de 1934 houve a ampliação da tutela ao patrimônio das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

Quase vinte anos após a promulgação da Constituição de 1946 foi publicada a Lei 4.717, de 26 de junho de 1965, que regulamentou a ação popular. Este diploma legal alargou ainda mais a tutela da ação (artigo 1º), incluindo “as

---

<sup>206</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 462.

sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.” Além disso, a lei delimitou o conceito de *patrimônio público* considerando-os como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico” (artigo 1º, §1º).

A redação do texto constitucional sobre o tema quase não foi alterado na Constituição de 1967<sup>207</sup>, nem mesmo com o advento da Emenda Constitucional de 1969. Significativas alterações ocorreram na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXXIII:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Foram incluídas a proteção “à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

A ação popular visa, portanto, à anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Antes da Constituição de 1988, entendia-se que a propositura da ação estava condicionada à existência de *ilegalidade* e *lesividade*. Todavia, Luís Roberto Barroso adverte “que a tendência dos últimos anos, todavia, tem sido a de admitir que cada um desses vícios, individualmente, legitima a propositura da ação.”<sup>208</sup> E não poderia ser de outra forma, pois nem sempre a ilegalidade do ato implica em lesão

---

<sup>207</sup> Artigo 150, § 31: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.”

<sup>208</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p.209.

patrimonial. Condicionar a propositura da ação ao preenchimento de ambos requisitos seria legitimar os atos ilegais do Poder Público.

Ademais, nos termos do Texto Constitucional, é parte legítima para propor a ação o *cidadão*. Depreende-se do artigo 1º, § 3º, da Lei 4.717/65 que o cidadão é o indivíduo no pleno gozo de seus direitos políticos, uma vez que constitui requisito ao ajuizamento da ação a prova da cidadania conferida pelo título de eleitor. Restaram excluídos os estrangeiros e as pessoas jurídicas.

Em crítica à restrição imposta pela Constituição e pela Lei 4.717/65, José Sérgio Monte Alegre<sup>209</sup> conclui pela ampliação da legitimidade ativa:

Já não há espaço de sobrevivência para o § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65 no atinente à exigência de que a prova da cidadania seja feita apela exibição do título de eleitor, ou de documento que lhe corresponda. E não há porque, à vista da Constituição, a ação popular não é direito político, e, pois, não há razão para confinar o seu uso exclusivamente ao eleitor, devendo-se, pois, reconhecer o seu desfrute em proveito de qualquer pessoa, qualquer um, qualquer interessado, obedecidos os requisitos da lei.

Lucia Valle Figueiredo pondera:

a legitimidade para agir, atribuída somente ao cidadão, é algo que acanha a ação popular, desvirtuando medida de ouro para controle da ilegalidade da

---

<sup>209</sup> “E, enfim, a de que a interpretação que mais homenageia o Estado de Direito, aquela que melhormente serve às suas exigências, é a que, reconhecendo que a ambigüidade da expressão “cidadão” resulta do seu uso em contextos muito diferentes entre si, conclui no sentido da ampliação da legitimação ativa para o desfrute da ação popular, sobretudo quando se tem em linha de conta a presunção de visceral incompatibilidade entre a obra legislativa produzida em tempos de autoritarismo, durante os quais o próprio Estado é não se quer visível e controlado, e a obra arejada por sopros de Democracia, definida por Norberto Bobbio como “governo no público em público. Essa presunção, que caminha no sentido inverso da presunção de constitucionalidade das leis, somente cede mediante prova robusta em contrário, impossível de ser ministrada no caso concreto, ante a evidência de que circunscrever a expressão “cidadão” ao eleitor é estreitar ao máximo o número daqueles a quem se reconhece o poder de buscar a decretação de nulidade de atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultura. 8.2. Isso tudo exposto, concluo: 8.2.1 Já não há espaço de sobrevivência para o § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65 no atinente à exigência de que a prova da cidadania seja feita apela exibição do título de eleitor, ou de documento que lhe corresponda. E não há porque, à vista da Constituição, a ação popular não é direito político, e, pois, não há razão para confinar o seu uso exclusivamente ao eleitor, devendo-se, pois, reconhecer o seu desfrute em proveito de qualquer pessoa, qualquer um, qualquer interessado, obedecidos os requisitos da lei.” ALEGRE, Sérgio Monte. **Ação popular: direito político?** In **Revista trimestral de direito público**. n. 3. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 83-84.

administração, para controle da lesividade que a administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa. Realmente subtrai a grandeza da ação popular. Pensem, por exemplo, se a legitimidade fosse dada às associações de classe, à Ordem dos Advogados, que se tem manifestado tão atuante ao longo desses anos. É claro que a ação popular teria muito mais condições. De conseguinte, a restrição quanto à legitimidade para agir é algo que precisaria ser modificada.<sup>210</sup>

As críticas a respeito do tema mostram-se essenciais para garantir ao *writ* sua plena realização. A ação popular deve ser destinada a todos e não apenas a uma parcela da população. Uma vez que seu objetivo é a tutela do público, seja ele o patrimônio, a moralidade, o meio ambiente, etc., qualquer pessoa, física ou jurídica, deve reunir condições, preenchidos os demais requisitos legais, de apontar as ilegalidades e/ou lesões cometidas.

Assim, embora a ação popular mereça destaque como instrumento de participação direta do *cidadão* na atividade pública, ela carece de alterações substanciais quanto à legitimação ativa para a sua plena realização.

### 3.2.8. Ação Civil Pública

A ação civil pública foi precedida pela ação popular, primeiro instrumento de tutela dos interesses difusos. Nesta, como visto anteriormente, havia apenas um legitimado, o *cidadão*, para a salvaguarda do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Com o decurso do tempo, essa via mostrou-se insuficiente diante das novas demandas sociais, em especial ao meio ambiente e ao direito do consumidor. A restrita legitimidade conferida à ação popular era outra questão a ser superada. Havia a necessidade de se ampliar o rol de legitimados à tutela desses interesses, pois, tal como adverte Luís Roberto Barroso, o cidadão isolado podia sentir-se “desencorajado, ante a

---

<sup>210</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público.** In *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 16. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 28.

complexidade das questões, o vulto das despesas e força política e econômica dos adversários.”<sup>211</sup>

A Lei 7.347/85 incorporou em nosso ordenamento jurídico a ação civil pública. Ao contrário das demais garantias constitucionais, a Constituição de 1988 não dispôs expressamente sobre o instituto no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. O *writ* foi incluído no Título IV, “Da Organização dos Poderes”, como função institucional do Ministério Público.

Artigo 129, III: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Contudo, o Ministério Público não é o único legitimado para a ação civil pública. Em relação à ação popular, a ação civil pública possui um rol mais amplo de legitimados à sua propositura. Por força da lei 7.347/85, artigo 5º, tornaram-se legitimados o “i) Ministério Público; ii) a Defensoria Pública, iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil.”

Além do patrimônio, alargou-se a tutela dos direitos metaindividuais à defesa do meio ambiente, dos consumidores e dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, incluiu-se a tutela *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*. Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.180/2001 inseriu os incisos V e VI ao artigo 1º para que nele também constasse a proteção contra *infração da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística*. A mesma Medida Provisória restringiu o alcance da ação civil pública em relação às pretensões referentes a *tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados*.

---

<sup>211</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p.216.

Cumpra esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor não se limitou à regulamentação da tutela judicial da defesa do consumidor, “uniformizou o processo da *ação civil pública*, ao dispor que as normas nela veiculadas haveria de ser aplicadas a toda e qualquer ação coletiva (...) e, ainda, que as disposições da lei de *ação civil pública* haveriam de aplicar-se à defesa dos consumidores.”<sup>212</sup>

De grande contribuição foi a orientação dada pelo aludido diploma legal quanto à distinção entre interesses difusos, coletivos e homogêneos individuais:

Artigo 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Celso Ribeiro Bastos traça a seguinte distinção entre interesses coletivos e difusos:

Os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, o homem não como simples pessoa física considerada à parte da sociedade, mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos (...). Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afectos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado. Entendemos que cumpre distinguir interesses coletivos de interesses difusos. Naquele há um vínculo jurídico básico. Um geral *affectio societatis*, que une todos os indivíduos. É o que ocorre nas relações de

---

<sup>212</sup> GALVÃO, Ilmar. **A ação civil pública e o Ministério Público.** in **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem.** nº 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 13-14.

parentesco, no grupo familiar, no título de acionista na sociedade anônima, na qualidade de integrante de determinada categoria profissional, com o título de bacharel em direito, com a qualidade de membro da corporação funcional profissional etc. No caso dos denominados interesses difusos, não se nota qualquer vínculo jurídico congregador dos titulares de tais interesses, que praticamente se baseiam numa identidade de situações de fato. Quando nos referimos aos interesses difusos dos usuários de automóveis, por exemplo, abarcamos uma indefinida massa de indivíduos esparsos por todo o País, sem qualquer característica homogênea, mas que praticaram, em comum, a compra e venda de um veículo. Assim, caracterizam-se pela natureza extensiva, disseminada ou difusa.<sup>213</sup>

Assim, tal como conceitua Hely Lopes Meirelles, a ação civil pública é o “instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao *meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico* e por *infrações da ordem econômica* (art. 1º), protegendo, assim, os *interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que socialmente relevantes*. Não se presta, em regra, a amparar direitos individuais disponíveis, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.”<sup>214</sup>

A ação civil pública, além de garantir maior efetividade à proteção dos direitos difusos e coletivos, evita o abarrotamento do Poder Judiciário com inúmeras demandas idênticas, posto que sua sentença possui efeito “*erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”, consoante artigo 16, da Lei 7.347/85. Ou seja, uma vez provocada a prestação jurisdicional pela via da ação civil pública, todos os atingidos, ressalvado o limite territorial, serão abrangidos pelo julgado, não havendo necessidade de se postular individualmente para ver satisfeito o direito.

---

<sup>213</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p.379.

<sup>214</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p.205-206.

Tendo em vista que muitos dos pleitos não se resolvem com a mera condenação pecuniária, a sentença pode determinar ainda o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei 7.347/85).

Para Hely Lopes Meirelles, esta opção seria mais racional pois

(...) na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar à agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano do que de receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como no envenenamento de um manancial, com a mortandade da fauna aquática. Na condenação à obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da sentença *in specie*, sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art.11).

O alargamento do objeto e a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação civil pública constituem sem dúvida um avanço no que diz respeito aos instrumentos de tutela da sociedade civil em face do arbítrio do Poder Público.

Merece destaque a legitimação do Ministério Público quando da constitucionalização da via como uma de suas funções institucionais. Ao contar com a atuação do Ministério Público, ação civil pública garantiu mais uma forma de tutela do interesse público.

Para Lucia Valle Figueiredo: “por força dessa legitimidade ativa, a nosso ver, tem o dever de propor a ação civil pública, todas as vezes que essa se coloque como possível. É direito *indisponível* do Ministério Público, pois que a competência deve sempre ser exercitada. Toda competência é dever, relembramos.”<sup>215</sup>

Por fim, o indivíduo não foi de todo “esquecido” na ação civil pública. Nos moldes do artigo 6º da Lei 7.347/85, é facultado a qualquer pessoa a provocação da

---

<sup>215</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op, cit., p. 22.

iniciativa do Ministério Público “ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”. O mesmo dispositivo atribui ao servidor público o dever de provocar o *Parquet* e não a mera faculdade. Posiciona-se, assim, o Ministério Público como intermediário entre o indivíduo e o responsável pela lesão.

## 4. A LEGITIMIDADE DA SOCIEDADE CIVIL NA EFETIVIDADE DOS WRITS CONSTITUCIONAIS

### 4.1. Direito de Petição: o modelo inglês

O direito de petição encontra-se consagrado no artigo 5º, XXXIV, a, da Constituição. Embora pouco utilizado no País,

esse instrumento merece destaque pela sua amplitude, razão pela qual a presente casuística será examinada em sua origem, ou seja, na Inglaterra.

A monarquia parlamentarista inglesa assegura a seus cidadãos o direito de petição, que pode ser exercido por qualquer indivíduo para expressar suas opiniões, bem como para requerer providências ao governo.

O Parlamento Inglês possui duas casas: a “Casa dos Comuns” (*House of Commons*) e a “Casa dos Lordes” (*House of Lords*). Embora ambas as Casas possuam um sistema para recebimento das petições públicas, a via mais utilizada é a da “Casa dos Comuns”.

Existem duas modalidades de direito de petição: a “Petição Pública” (*Public Petition*) e a “Petição contra Projeto de Lei” (*Petition against Private Bill*). A primeira é mais ampla, pois se refere a qualquer assunto que envolva a atuação do governo; já a segunda é utilizada quando alguém (indivíduo, grupo ou associação) puder ser especial e diretamente afetado por algum Projeto de Lei. Nesse caso, a atuação é preventiva.

As duas formas de petição possuem forma e procedimentos distintos. Na forma escrita, a “Petição Pública”<sup>216</sup> deve ser encaminhada a um membro da “Casa dos Comuns” que será o responsável por sua apresentação formal ou informal. Na apresentação formal o Parlamentar apresenta a petição à Casa fazendo um breve relato do caso (nome do peticionário, do que se trata, número de assinaturas). Após a apresentação a petição é encaminhada ao Ministério competente e, caso relevante, receberá uma resposta na forma de observação.

A “Petição contra Projeto de Lei”<sup>217</sup> pode ser apresentada a ambas as Casas e deve indicar qual o objetivo da lei, o nome do peticionário, o dano decorrente da lei e uma forma de mitigá-lo, seja sugerindo emenda aos artigos da lei seja sua rejeição integral. A oposição à lei possui caráter bastante técnico de sorte que existem, inclusive, agentes Parlamentares profissionais indicados pelo próprio Parlamento para auxiliar o peticionário. O indivíduo que peticiona contra um determinado projeto de lei pode ter que expor sua oposição junto ao parlamentar responsável pela elaboração do dispositivo legal.

Uma vez que se trata de procedimento complexo, em termos de direito de petição, a “Petição Pública” melhor representa os objetivos contidos na Constituição brasileira.

Vale dizer, tais procedimentos estão todos disponíveis aos cidadãos ingleses nos sítios eletrônicos do governo, com menção específica sobre direito de petição, sua importância e origem histórica. A título exemplificativo, no sítio eletrônico do parlamento ([www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)), há ícone intitulado “Envolve-se” (*Get involved*) onde são fornecidas orientações aos indivíduos que desejam participar dos assuntos tratados pelo Parlamento.

No Brasil, ao contrário do que se verifica na Inglaterra, nota-se que os sítios eletrônicos governamentais apenas possibilitam ao cidadão encaminhar mensagens

---

<sup>216</sup> Manual do Parlamento inglês para “Petição Pública” (*Public Petition*): vide Anexo D

<sup>217</sup> Manual do Parlamento inglês para “Petição contra Projeto de Lei” (*Petition against Private Bill*): vide Anexo E

ao governo,<sup>218</sup> sem que haja nenhuma menção específica ao direito de petição. Tampouco são os cidadãos convidados a participar dos assuntos do governo, tal como ocorre no sistema inglês.

Para que esse direito venha a ser concretizado em nossa sociedade, além da vontade de nossos governantes, há que se investir na educação política de nossos cidadãos para que eles tenham consciência de seu poder e importância no desenvolvimento do País.

#### 4.2. ***Habeas Corpus: caso Ellwanger***

Sigfried Ellwanger foi denunciado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul como incurso nas sanções do art. 20 da Lei 7.716/89.<sup>219</sup> Nos termos da denúncia ofertada, Sigfried Ellwanger, na qualidade de sócio e dirigente da Revisão Editora Ltda, teria colocado à venda livros editados por sua empresa, cujos “conteúdos trazem mensagens racistas, discriminatórias e preconceituosas, incitando e induzindo ao ódio e ao desprezo contra o povo de origem judaica”.

Após sentença absolutória em primeira instância, em apreciação ao Recurso de Apelação interposto pela assistência da acusação, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul à pena de 2 anos de reclusão, concedido o *sursis* pelo prazo de 4 anos. Aludido acórdão restou assim ementado:

---

<sup>218</sup> No sítio eletrônico do governo federal existe um mecanismo no qual o cidadão pode encaminhar mensagens eletrônicas ao Presidente da República, Ministérios, etc. (<http://www.brasil.gov.br/fale-com-o-governo/fale-com-o-governo#>); O mesmo ocorre no sítio eletrônico do Senado ([http://www.senado.gov.br/senado/alosenado/fale\\_senado.asp](http://www.senado.gov.br/senado/alosenado/fale_senado.asp)).

<sup>219</sup> Art. 20 da Lei 7.716/89: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.

Ato contínuo, em favor de Ellwanger, foi impetrado o Habeas Corpus 15.155/RS perante o Superior Tribunal de Justiça. Entendendo tratar-se de constrangimento ilegal, alegou-se em mencionado *writ* que a *imprescritibilidade* do delito imputado deveria ser afastada, pois sua conduta não consistia na prática do racismo, uma vez que judeu não seria uma raça, mas sim um povo. O afastamento da imprescritibilidade tinha como objetivo a declaração da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. O Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, denegou a ordem.<sup>220</sup>

Contra o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi impetrado Habeas Corpus 82.424/RS perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Ellwanger, visando, mais uma vez, a exclusão da imprescritibilidade aventada no

---

<sup>220</sup> Ementa do acórdão proferido no HC 15.155, pelo Superior Tribunal de Justiça: "CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA. I. O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito - se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus — se os mesmos seriam raça, ou não - tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente "quis dizer" nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*. II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta. III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração. IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado. V. Ordem denegada." Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 15.155/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, Julgamento em 18.12.2001.

acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Por 8 votos a 3, o Supremo Tribunal Federal<sup>221</sup> confirmou a condenação de Ellwanger.

<sup>221</sup> Ementa do acórdão proferido no HC 42.424/RS, pelo Supremo Tribunal Federal, em 17/9/2003: "HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsiividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As

O caso Ellwanger é considerado um marco dos direitos fundamentais no Brasil, em especial por abordar duas grandes questões que exigiram o posicionamento órgão judiciário máximo brasileiro. A primeira delas refere-se à questão das raças. Discutiu-se se a conduta anti-semita constitui racismo ou não. A segunda questão versa sobre a colisão de princípios constitucionais: liberdade de expressão *versus* condenação pela prática de racismo.

Sobre a primeira questão, aduziam os Impetrantes do *mandamus* que judeu não é raça, de modo que impossível a caracterização da conduta de Ellwanger como racista. A ampla discussão desenvolvida sobre esse tema levou também a considerações e reflexões acerca do próprio Estado Democrático de Direito Brasileiro. Mais do que a análise sobre o racismo, o caso Ellwanger forçou a apreciação de assuntos que refletem as características do Estado brasileiro frente às questões de direitos humanos.

Para se assentar posicionamento acerca da extensão da proibição do racismo consagrada na Constituição, faz-se necessário que se atente também às questões históricas, antropológicas e sociológicas, não apenas à interpretação teleológica e sistêmica do nosso ordenamento jurídico, sob pena de se atribuir interpretação equivocada e contrária ao verdadeiro sentido da lei.

Com grande acerto, no acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciou-se o fato de que estudos científicos demonstraram que não se pode mais falar em diferentes tipos de raças para diferenciação dos seres humanos. Existe apenas uma raça e é a *raça humana*.

---

liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada." Supremo Tribunal Federal, HC 82.424/RS, Seção Plenária, Relator Ministro Maurício Correa. Julgamento em 17.9.2003, DJ em 19.3.2004.

Explica o Ministro Maurício Correa em seu voto que “Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana”.

Uma vez que não se trata de determinar se os judeus constituem uma raça ou não, buscou-se no acórdão extrair do Texto Constitucional a extensão da proteção contra o racismo. Por meio da interpretação do artigo 5º, XLII, da Constituição e do artigo 20 da Lei 7.716/89, os Ministros, por maioria de votos, concluíram que a conduta de Ellwanger era racista e, portanto, sujeita às sanções legais.

Celso Lafer, em seu parecer sobre o caso, enfatiza a necessidade da interpretação não reducionista dos dispositivos mencionados:

Com efeito, na inexistência de raça – o que o seqüenciamento do genoma humano confirma do ponto de vista biológico - interpretar a prática do racismo, a partir da raça, conduz, no limite, ao esvaziamento completo do que pretendeu a Constituição de 1988 e a correspondente legislação infraconstitucional. Significa, em poucas palavras, em lugar do que recomenda Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, ou seja, favorecer sempre, em todo caso, da melhor forma possível o conteúdo do Direito, fazer exatamente o inverso, isto é, contribuir para o seu progressivo esvaziamento e, no seu limite, para o próprio desaparecimento do bem tutelado pelo Direito brasileiro. Em outras palavras, a consequência, numa situação-limite, é converter o crime da prática do racismo em crime impossível pela inexistência do objeto (...).<sup>222</sup>

Dessa forma, a condenação de Ellwanger pela prática de racismo consagrou a orientação de que todo ser humano pode ser vítima do crime de racismo, que deve ser considerado de forma ampla para que se alcance a efetiva proteção do ser humano em sua igualdade e dignidade.

A imprescritibilidade conferida ao crime de racismo não se resume apenas em garantir a punibilidade dos agentes criminosos, mas também em não deixar que certos fatos sejam esquecidos pela humanidade. Tal como assinala o item 16 da

---

<sup>222</sup> LAFER, Celso, op. cit., p.49.

Ementa do acórdão, “16 - A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem”.

Com relação à segunda grande questão suscitada no caso Ellwanger, qual seja a colisão de princípios constitucionais - liberdade de expressão *versus* condenação pela prática de racismo – restou decidido, tal como consta na ementa que a liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”. Nesse sentido o Ministro Maurício Corrêa expôs em seu voto:

Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação aos princípios constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual deve ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

Ainda sobre o conflito de princípios constitucionais, observa o Ministro Gilmar Mendes que é incontestável a proteção constitucional à liberdade de expressão, todavia, “é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie”.

No presente caso, as questões debatidas alcançam a essência de nosso Estado Democrático de Direito. Tal como lembra Celso Lafer: “Em seu preâmbulo<sup>223</sup>, a Constituição sustenta os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e contempla, entre os objetivos da República, o de promover o bem de

---

<sup>223</sup> Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”<sup>224</sup>

O não reconhecimento do anti-semitismo como forma de racismo ou a não atribuição de limites à liberdade de expressão contrariam sobremaneira os valores essenciais do ordenamento jurídico, do Estado Democrático de Direito. Não se pode conceber a idéia de promoção do bem de todos, bem como de todos os princípios que estruturam nosso Estado, ao mesmo tempo em que se permite a discriminação e a disseminação do ódio na sociedade.

A partir da análise do caso Ellwanger, nota-se a importância do *habeas corpus* à tutela e eficácia dos direitos fundamentais. Além de assegurar ao indivíduo sua liberdade de locomoção em caso de ilegalidade ou abuso de poder, também permite que sejam provocadas discussões de extrema relevância a todos os indivíduos de forma a conferir efetividade aos direitos humanos fundamentais.

#### **4.3. Mandado de Segurança: fornecimento de medicamentos pelo Estado**

Nos últimos anos, com fulcro no artigo 5º, LXIX, da Constituição, inúmeros tem sido os Mandados de Segurança impetrados para a obtenção de medicamentos ou tratamentos para enfermidades pelo Estado.

O cabimento do *writ* para aludido fim foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>225</sup>, não havendo dúvidas acerca da adequação do instrumento. Os direitos à vida, à saúde e à dignidade são direitos constitucionalmente consagrados e

---

<sup>224</sup> LAFER, Celso. **O STF e o racismo: o caso Ellwanger**. In: Folha de São Paulo, Tendências/Debates, 30 de março de 2004.

<sup>225</sup> Vide, por exemplo, RE 195.186-9 e RE 195.192-3.

constituem pilares para os demais direitos. Mais do que um simples direito, o direito à saúde, nos termos do artigo 196, da Constituição, constitui um direito de todos e um dever do Estado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Corroborando aludido entendimento, o Supremo Tribunal Federal manifestou em suas decisões que o direito à saúde é direito fundamental, podendo ser pleiteado a qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Nesse sentido, transcrevemos a Ementa do acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381/SC:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários

para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

Supremo Tribunal Federal, RE 607381 AgR/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento de 31.5.2011.

Mas haveria algum limite a essa prestação? Estariam as decisões judiciais favoráveis aos pacientes extrapolando seus limites? Ou seriam elas ações legítimas para garantia da efetividade dos ditames constitucionais?

Há diversos argumentos contrários à denominada “judicialização da saúde”. Luís Roberto Barroso bem sintetiza as teses. A primeira tese apontada por Barroso é sobre a “circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de *norma programática*”. Aos adeptos dessa tese, o artigo 196 da Constituição deixa claro que a garantia do direito à saúde se “dará por meio de *políticas sociais e econômicas* e não através de decisões judiciais”. O direito à saúde deve ser, portanto, concretizado pelos “órgãos executores das políticas públicas”.<sup>226</sup>

O segundo argumento contrário, segundo o autor, “ênfatisa a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição.” Nesse caso, entende-se que a Constituição determinou que as políticas públicas fossem executadas pelo Poder Executivo e não pelo Judiciário, de tal sorte que “as decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.”<sup>227</sup>

A terceira crítica mencionada por Barroso refere-se à legitimidade democrática. Assinala o autor que “não são poucos os que sustentam a

---

<sup>226</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: **Direitos sociais. Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenado por SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.891 e ss.

<sup>227</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: **Direitos sociais. Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**, op. cit., p.892.

impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.”<sup>228</sup>

O quarto argumento existente e bastante recorrente por parte dos órgãos públicos é em relação à questão financeira, expressa sob a denominação da “reserva do possível”. Com assento nesse entendimento, aduzem os governantes que os recursos públicos são “insuficientes para atender todas às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis.”<sup>229</sup>

A quinta e mais recente crítica fundamenta-se no fato de que as “decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a *desorganização da Administração Pública*. Isso porque, “tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.” Esse entendimento tem se tornado recorrente nos últimos tempos.

A última crítica mencionada pelo autor é sobre a técnica, calcada da ideia de que o Judiciário não possui conhecimentos técnicos para instituir políticas públicas de saúde.<sup>230</sup>

Independentemente da tese sustentada, não se pode ignorar que o sistema de saúde do País é insatisfatório e, não raro, sequer atende às necessidades mínimas da população. Diante desse cenário, o Poder Judiciário assume importante função ao garantir a observância e aplicação aos direitos e garantias do ordenamento jurídico pátrio. A relevância de sua atuação é ainda mais sensível em relação aos direitos e garantias fundamentais. No caso do fornecimento de

---

<sup>228</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: **Direitos sociais. Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**, op. cit., p.892.

<sup>229</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: **Direitos sociais. Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**, op. cit., p.893.

<sup>230</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: **Direitos sociais. Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**, op. cit., p.896.

medicamentos, restam envolvidos pelo menos três dos direitos fundamentais: vida, saúde e dignidade. Se os demais Poderes, Legislativo e Executivo, não satisfazem às necessidades básicas da população, cabe ao Poder Judiciário determinar ações em prol da efetividade dos comandos normativos.

Isso, entretanto, não implica na atuação ilimitada do Poder Judiciário. É evidente que esse Poder deve agir com respeito às regras e princípios que norteiam sua atuação. No caso do fornecimento dos medicamentos é razoável que o deferimento do pleito esteja condicionado à aprovação do medicamento pelos órgãos responsáveis, ou seja, não esteja em fase de estudos e pesquisas.

A Portaria 3.916/98 do Ministério da Saúde aprovou a “Política Nacional de Medicamentos” com o objetivo de "garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais". Em síntese, por meio dessa política são elaboradas listas de medicamentos essenciais (RENAME), cabendo ao *Gestor Federal*<sup>231</sup> a “promover a revisão periódica e a atualização contínua da RENAME e a sua divulgação, inclusive via Internet”, ao *Gestor Estadual*<sup>232</sup> “definir a relação estadual de medicamentos, com base na RENAME, e em conformidade com o perfil epidemiológico do estado;” e ao *Gestor Municipal*<sup>233</sup> “definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população.”

Além das listas de medicamentos essenciais, a Portaria 2.577/GM o Ministério da Saúde, constituiu o “Componente de medicamentos de dispensação excepcional (CMDE)”. Por essa portaria União, Estados e Distrito Federal prevêm a aquisição e distribuição de medicamentos para os seguintes casos:

- 1.1. doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; e

---

<sup>231</sup> Item 5.2, *h*, da Portaria 3.916/98 do Ministério da Saúde.

<sup>232</sup> Item 5.3, *l*, da Portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde.

<sup>233</sup> Item 5.4, *h*, da Portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde.

1.2. doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que:

1.2.1. haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou

1.2.2. o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.<sup>234</sup>

Considerando a existência de uma política nacional atenta ao fornecimento de medicamentos à população, a Ministra Ellen Gracie entendeu que embora se reconheça o direito à saúde por meio de políticas públicas, estas são destinadas ao acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. Conclui a Ministra que:

(...)A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar os sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não conta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas.(...)

Supremo Tribunal Federal, SS3073/RN, Decisão monocrática proferida pela Ministra Presidente Ellen Gracie, Julgamento em 9/2/2007.

A decisão da Ministra Ellen Gracie demonstra a complexidade acerca da questão dos medicamentos. Limitar o fornecimento dos medicamentos àqueles contidos apenas nas listas de medicamentos essenciais ou excepcionais não nos parece satisfatório, em especial se considerarmos a precariedade do sistema de saúde brasileiro. Embora as políticas sociais destinadas à saúde estejam legalmente previstas, na prática ainda há muito a ser realizado pelos órgãos públicos. Enquanto não há efetiva concretização dessas políticas, não parece correto negar atendimento ao cidadão enfermo que não possui condições de arcar com os custos de seu

---

<sup>234</sup> Item I, 1, do Anexo I, da Portaria 2.577/GM de 27.10.2006, do Ministério da Saúde.

tratamento. A objeção que se faz, todavia, é em relação à necessidade de aprovação dos medicamentos pelos órgãos responsáveis. Medicamentos em fase de estudos ou pesquisas, por mais promissores que aparentem ser, não merecem ser providos à população, afinal, podem apresentar riscos aos próprios pacientes, além de comprometer o erário público com fármacos de resultados incertos.

O mandado de segurança mostra-se como importante instrumento de concretização dos direitos humanos fundamentais. No presente caso, a questão da saúde, embora seja inegavelmente um direito fundamental constitucionalmente previsto, carece de efetividade em seus aspectos mais básicos, tal como o fornecimento de medicamentos. A interferência do Poder Judiciário na esfera de outros Poderes, Legislativo e Executivo, embora não seja ideal, tampouco carece de legitimidade. Num País de imensa produção legislativa, há que se garantir a sua efetividade para que não se torne inócua e sem sentido.

## CONCLUSÃO

O Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Um dos conceitos mais festejados de democracia é de Abraham Lincoln, segundo quem democracia consiste no governo do povo, pelo povo e para o povo. Se o povo é fonte, titular e destinatário do poder, não há como se vislumbrar a atuação estatal divergente dos interesses e anseios do povo; povo esse, organizado e coordenado em uma unidade – a sociedade civil.

À sociedade civil cumpre a relevante missão de convergir tais interesses e anseios populares em demandas a serem levadas a conhecimento do Estado, que, por sua vez, tem como dever e obrigação atender a tais demandas sociais. Ademais, cumpre ainda à sociedade civil controlar e fiscalizar a atuação estatal. Sociedade civil e Estado, portanto, são dicotômicos entre si, embora a inter-relação entre ambos deva ser constante.

A história dos direitos humanos é marcada por lutas travadas e conquistadas, em grande parte, pela atuação da sociedade civil em busca do reconhecimento de tais direitos. As Declarações Liberais - Norte-Americana e Francesa - representaram o triunfo do valor da liberdade dos indivíduos frente aos regimes absolutistas experimentados. As Declarações Sociais - Mexicana, Russa e Alemã -, por sua vez, culminaram na constitucionalização dos direitos sociais face à desigualdade resultante do desenvolvimento do capitalismo e das Revoluções Industriais. A adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a consagração de uma ética universal a ser perseguida pelo Estado, em que o ser humano passa a ser considerado valor-fonte de todo o sistema de proteção dos direitos humanos.

No País, a sociedade civil – representada pelas “Diretas Já” – foi fundamental para a queda do regime ditatorial militar e início do processo de redemocratização nacional, cujo marco jurídico é a Constituição de 1988. Em outra ocasião, a mobilização da sociedade civil – marcada pelos “caras pintadas” – foi decisiva para o *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Mello.

A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição *Cidadã*, tem por mérito a ênfase na positivação dos direitos humanos, bem como de suas garantias – *writs* constitucionais -, que asseguram o efetivo exercício desses direitos contra eventuais violações seja pelo próprio Estado seja por terceiros.

Diversos são os *writs* constitucionais à disposição da sociedade civil: direito de petição, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, argüição de descumprimento de preceito fundamental, ação popular e ação civil pública.

Embora aludidos mecanismos representem uma grande conquista do povo brasileiro, verifica-se que ainda há muito a ser alcançado. O grande desafio é o “apoderamento” dos *writs* constitucionais pela sociedade civil com vistas no controle e fiscalização da atuação estatal e, por assim dizer, da concretização dos direitos humanos.

A mera previsão constitucional dos *writs* não implica em sua efetiva utilização, notadamente pela sociedade civil. Tal circunstância decorre, por vezes, da ausência de regulamentação adequada dos *writs*; por outras, pela descrença em seus resultados.

Exemplo dessa realidade é o direito de petição, que, embora não demande o preenchimento de requisitos formais e materiais e consista no *writ* de mais ampla proteção dos direitos humanos, tem recebido pouca atenção pelo Estado e até mesmo pela sociedade civil. O modelo inglês pode servir de parâmetro de como a sociedade civil pode se valer devidamente do *writ*. Vale dizer, na Inglaterra, o Poder Público oferece acesso e mecanismos necessários à sua implementação, por sua vez, a sociedade civil serve-se do *writ* para se fazer ouvir. Nesse diálogo entre Estado e sociedade civil, reside a essência da democracia.

No caso da argüição de descumprimento de preceito fundamental, quando de sua regulamentação legal, o veto presidencial excluiu o indivíduo do rol de legitimados ativos para propositura do *writ*. A doutrina estabelece críticas ferozes ao

veto presidencial, vez que houve a total desconsideração da relação intrínseca do *writ* com a defesa dos direitos humanos pelo próprio indivíduo.

Diante desse cenário, os *writs* constitucionais consistem em importantes mecanismos para a defesa dos direitos humanos. Não podem, portanto, ser subutilizados pela sociedade civil, tampouco desprezados pelo Estado. O País é assolado pelos mais variados problemas, cuja superação necessita da conjugação de esforços entre sociedade civil e Estado. Ambos devem formar uma unidade com vistas na defesa dos direitos humanos e, assim, na promoção do bem comum e da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4ª edição, 2ª tiragem. Tradução da 1ª edição brasileira por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEGRE, Sérgio Monte. **Ação popular: direito político?** In: **Revista trimestral de direito público**. n. 3. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006. Título original: *Polítikón*.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição, revista, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZUMA, João Carlos. **A sociedade civil e a proteção dos direitos humanos no sistema interamericano**. In: **Direitos Humanos - Volume II**, coord. Flávia Piovesan e Daniela Ikawa. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

\_\_\_\_\_ **Curso de direito constitucional**. 22ª edição revista e atualizada por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**, consultoria da edição brasileira por Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_ **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. 12ª edição, tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

\_\_\_\_\_ **O conceito de sociedade civil**. 1ª edição. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5ª edição, coord. tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo:Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_ **Historia constitucional do Brasil**. 9ª edição. Brasília: OAB Editora, 2008.

\_\_\_\_\_ **Ciência política**, 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_ **Teoria Constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_ **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª edição, 2ª tiragem. Coimbra: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos. Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_ **Elementos da teoria geral do estado**. 20ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4ª edição, revisada. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_ **Curso de direito constitucional**. 29ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público.** In: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 16. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

GALVÃO, Ilmar. **A ação civil pública e o Ministério Público.** In **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem.** nº 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Maria. **Inconstitucionalidades da lei das desapropriações: a questão da revenda**, 2ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_ **Os 20 anos da Constituição e após.** In **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 17, nº 68, julho-setembro/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_ **Habeas data. O direito À informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra, e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional.** In: **Revista de direito constitucional e internacional.** Ano 9, nº 36, julho-setembro/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_ **Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2º do art. 5º da CF/1988. Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais.** in **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 17, nº 67, abril - junho/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_ **A democracia e o modelo representativo.** in **Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil.** coord. Maria Garcia. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

\_\_\_\_\_ **Argüição de descumprimento: direito do cidadão.** In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 8, nº 32, julho-setembro/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: RCS, 2007.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do Direito**. Traduzido por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título original: *Grundlinien der Philosophie der Rechts*.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Traduzido por Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical na Civil*.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

\_\_\_\_\_. **Diplomacia e transparência: o arquivo do Itamarati**. v. 4/5, nº 2/1, julho-dezembro/1989, janeiro-junho/1990. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1990.

\_\_\_\_\_ **O STF e o racismo: o caso Ellwanger**. In: Folha de São Paulo, Tendências/Debates, 30 de março de 2004.

\_\_\_\_\_ **A internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, racismo e relações internacionais**. 1ª edição. São Paulo: Manole, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARX, Karl. **Contribuição para crítica da economia política**. Tradução Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_ **A questão judaica**. Traduzido por Artur Morão. Covilhã: LusoSofia.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33ª edição, com colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV**. 4ª edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_ **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_ **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SANTOS, Aloysio Vilarino. **A defesa da Constituição como defesa do Estado: controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_ **Comentário contextual à Constituição.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 3ª edição, 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional.** 20ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2ª edição. Tradução da 1ª edição brasileira por Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos.** São Paulo: Petrópolis, 2002.

## DECLARAÇÃO INGLESA DE DIREITOS<sup>1</sup>

*(Bill of Rights, Inglaterra, 1689)*

Considerando que o falecido Rei Jaime II, com a ajuda de diversos maus conselheiros juízes e ministros empregados por ele, empenhou-se em destruir e extirpar a religião protestante, e as leis e liberdades deste reino.

1. Assumindo e exercendo o poder de revogar e suspender leis, e a execução das leis, sem o consentimento do Parlamento.
2. Prendendo e processando diversos prelados dignos, por solicitarem humildemente a dispensa de cooperar com o dito poder assumido.
3. Criando e fazendo executar uma comissão sob o grande selo para erigir um tribunal chamado Tribunal de comissários de causas eclesiásticas.
4. Fazendo arrecadação de dinheiro para uso da Coroa, sob pretexto de prerrogativa, em momento e de maneira diferentes daquela feita pelo Parlamento.
5. Criando e mantendo um exército permanente dentro deste reino em tempo de paz, sem o consentimento do Parlamento, e aquartelando soldados contrariamente à lei.
6. Fazendo que vários bons súditos, por serem protestantes, fossem desarmados, ao mesmo tempo que os papistas eram armados e empregados, contrariamente à lei.
7. Violando a liberdade de escolha de membros para servir no Parlamento.

---

<sup>1</sup> ISHAY, Micheline R. (org.). Direitos Humanos: Uma Antologia – SP Edusp, 2006 p. 171 a 173.

8. Por acusações no tribunal do Rei, por questões e causas que apenas o Parlamento podia conhecer; e por diversas outras ações arbitrárias e ilegais.

9. E considerando que em anos anteriores pessoas parciais, corruptas e desqualificadas foram eleitas e serviram como jurados em julgamentos, e particularmente em diversos júris em julgamentos por alta traição, e que não eram donas de propriedades livres e alodiais.

10. E uma fiança excessiva tem sido exigida de pessoas presas em casos criminais, para eludir o benefício das leis feitas para a liberdade dos súditos.

11. E multas excessivas têm sido impostas; e punições cruéis e ilegais infligidas.

12. E diversas concessões e promessas feitas de multas e confiscos, antes de qualquer condenação ou julgamento das pessoas a quem seriam impostas.

Tudo o que é contrário expressa e diretamente às leis e estatutos conhecidos, e à liberdade deste reino.

E considerando que, tendo o dito falecido Rei Jaime li abdicado do governo e estando vago, portanto, o trono, sua Alteza o príncipe de Orange (que aprouve a Deus Todo-Poderoso ser o instrumento glorioso de libertação deste reino do papismo e do poder arbitrário) ordenou (a conselho dos lordes espirituais e temporais, e de diversas pessoas principais dos Comuns) que fossem escritas cartas aos lordes espirituais e temporais, que fossem protestantes; e outras cartas para vários condados, cidades, universidades, burgos, e aos cinco portos, para que escolhessem essas pessoas para representá-los, com direito a serem enviadas ao Parlamento, para reunirem-se e sentarem em Westminster no segundo e vigésimo dia de janeiro, neste ano de mil, seiscentos e sessenta e oito, a fim de que, com tal procedimento, suas religiões, leis e liberdades não estivessem ameaçadas de subversão; e com base em tais cartas, eleições foram devidamente realizadas.

E portanto os ditos lordes espirituais e temporais, e os comuns, respeitando suas respectivas cartas e eleições, estando agora reunidos como plenos e livres representantes desta nação, considerando mui seriamente os melhores meios de atingir os fins acima ditos, declaram, em primeiro lugar (como seus antepassados fizeram comumente em caso semelhante), para reivindicar e garantir seus antigos direitos e liberdades:

1. Que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento.

2. Que é ilegal o pretendido poder de revogar leis, ou a execução de leis, por autoridade real, como foi assumido e praticado em tempos passados.

3. Que a comissão para criar o recente Tribunal de comissários para as causas eclesiásticas, e todas as outras comissões e tribunais de igual natureza, são ilegais e perniciosos.

4. Que é ilegal a arrecadação de dinheiro para uso da Coroa, sob pretexto de prerrogativa, sem autorização do Parlamento, por um período de tempo maior, ou de maneira diferente daquela como é feita ou outorgada.

5. Que constitui um direito dos súditos apresentarem petições ao Rei, sendo ilegais todas as prisões ou acusações por motivo de tais petições.

6. Que levantar e manter um exército permanente dentro do reino em tempo de paz é contra a lei, salvo com permissão do Parlamento.

7. Que os súditos que são protestantes possam ter armas para sua defesa adequadas a suas condições, e permitidas por lei.

8. Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento.

9. Que a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento.

10. Que não deve ser exigida fiança excessiva, nem impostas multas excessivas; tampouco infligidas punições cruéis e incomuns.

11. Que os jurados devem ser devidamente convocados e nomeados, e devem ser donos de propriedade livre e alodial os jurados que decidem sobre as pessoas em julgamentos de alta traição.

12. Que são ilegais e nulas todas as concessões e promessas de multas e confiscos de pessoas particulares antes de condenação.

13. E que os Parlamentos devem reunir-se com freqüência para reparar todos os agravos, e para corrigir, reforçar e preservar as leis.

E reclamam, pedem e insistem que todas essas premissas constituem seus direitos e liberdades inquestionáveis; e que nenhuma declaração, julgamentos, atos ou procedimentos, para prejuízo do povo em alguma das ditas premissas, devem ser, de alguma maneira, tomadas no futuro como precedente ou exemplo.

A essa demanda de seus direitos são particularmente encorajados pela declaração de sua Alteza o príncipe de Orange, como sendo o único meio de obter plena reparação e correção nessa questão.

Confiando, portanto, plenamente que sua dita Alteza o príncipe de Orange aperfeiçoará a libertação até agora promovida por ele, e continuará preservando-os da violação de seus direitos, que foram aqui afirmados, e de todos os outros atentados contra sua religião, seus direitos e suas liberdades...

## **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**

(França, 1789)

Os representantes do Povo Francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor numa Declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa Declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes recorde incessantemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser comparados a todo instante com a finalidade de cada instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, baseadas daqui por diante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da constituição e na felicidade de todos.

Em conseqüência, a Assembléia Nacional reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os direitos seguintes do homem e do cidadão:

Artigo 1 - Os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos. As distinções sociais só podem ser baseadas sobre a utilidade comum.

Artigo 2 - A finalidade de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Estes são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Artigo 3 - O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo ou indivíduo pode exercer qualquer autoridade que dela declaradamente não decorra.

Artigo 4 - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os outros: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limite

apenas aqueles que garantem aos demais membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites são determinados somente pela Lei.

Artigo 5 - A Lei tem o direito de proibir só as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é proibido pela Lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que a Lei não ordena.

Artigo 6 - A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de participar, pessoalmente ou através de seus representantes, da sua elaboração. Ela deve ser igual para todos, seja protegendo, seja punindo. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, estão igualmente habilitados a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, conforme suas capacidades e sem outra distinção além daquela virtude e dos seus talentos.

Artigo 7 - Nenhum homem pode ser acusado, detido ou preso a não ser nos casos previstos pela Lei, e segundo as formas preestabelecidas. Aqueles que procuram, despacham, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas cada cidadão citado ou detido, em virtude da Lei, deve submeter-se imediatamente; opondo resistência, torna-se culpado.

Artigo 8 - A Lei deve estabelecer somente penas escritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma Lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime, legalmente aplicada.

Artigo 9 - Presumindo-se inocente todo homem, até que não tenha sido declarado culpado, sendo indispensável detê-lo, qualquer rigor desnecessário à atenção deve ser severamente reprimido pela Lei.

Artigo 10 - Ninguém deve ser molestado por suas opiniões, inclusive religiosas, desde que suas manifestações não turvem a ordem pública estabelecida pela Lei.

Artigo 11 - A livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos direitos mais precisos do homem; cada cidadão pode falar, escrever, imprimir

livremente, salvo responder pelo abuso desta liberdade nos casos previstos pela Lei.

Artigo 12 - A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública: esta força é instituída em benefício de todos e não para a convivência particular daqueles aos quais é confiada.

Artigo 13 - Para se manter a força pública, e para as despesas de administração, é indispensável uma contribuição comum, a ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, de acordo com as suas posses.

Artigo 14 - Todos os cidadãos têm direito de apurar por eles mesmos, ou através dos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de aprová-la livremente, de controlar seu uso e determinar seu vulto, a distribuição, a cobrança e a duração.

Artigo 15 - A sociedade tem direito de solicitar prestação de contas a cada agente público da sua administração.

Artigo 16 - Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição.

Artigo 17 - Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém poderá ser dela privado, salvo quando a necessidade pública o exigir de forma evidente, e sempre através de justa indenização.

# DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

## Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto

## A ASSEMBLÉIA GERAL

### Proclama

#### A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

### Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

### Artigo II

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer

se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

### Artigo III

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

### Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

### Artigo V

Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

### Artigo VI

Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

### Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

### Artigo VIII

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

## Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

## Artigo X

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

## Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

## Artigo XII

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

## Artigo XIII

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras e cada Estado.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

#### Artigo XIV

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

#### Artigo XV

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

#### Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

#### Artigo XVII

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

#### Artigo XVIII

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

#### Artigo XIX

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

#### Artigo XX

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

#### Artigo XXI

1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

#### Artigo XXII

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

#### Artigo XXIII

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

#### Artigo XXIV

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

#### Artigo XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

#### Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

#### Artigo XXVII

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de rir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

#### Artigo XXVIII

Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

## Artigo XXIX

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

## Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.



## Factsheet P7 Procedure Series

Revised August 2010

House of Commons Information Office

# Public Petitions

### Contents

Introduction	2
Current Procedure	2
<i>Submitting a petition</i>	2
<i>Numbers of signatures</i>	3
<i>Presentation of petitions</i>	3
<i>Presentation of Petitions by the City Corporation</i>	4
<i>Proceedings in Parliament</i>	5
<i>Tracing petitions</i>	5
History of Petitions	5
<i>Development of petitioning</i>	6
<i>Debating the rules</i>	7
<i>Numbers of petitions</i>	7
E-Petitions	8
<i>E-petition and the House of Lords</i>	8
<i>Other E-petition systems</i>	9
Appendix 1	10
Petitions presented to the House of Commons in sessions 1989–90 to 2007–08	10
Appendix 2	11
A modern petition and relevant Government Observation	11
Contact and Further Information	12
Feedback form	13

The right to petition the Crown and Parliament to air grievances is a fundamental constitutional principle. This **Factsheet** describes the way in which Parliament has historically addressed such petitions and the way in which it deals with them today.

This Factsheet is available on the Internet at:

<http://www.parliament.uk/factsheets>

August 2010  
FS No.P7 Ed 3.8  
ISSN 0144-4689

© Parliamentary Copyright  
(House of Commons) 2010  
May be reproduced for purposes of  
private study or research without  
permission.

Reproduction for sale or other  
commercial purposes not permitted.

## Introduction

A petition is a formal written request from one or more people to the Sovereign, the Government or to Parliament. The right of the subject to petition the Monarch for redress of personal grievances has probably been exercised since Saxon times. It was recognised in Magna Carta and more explicitly in an Act of 1406.<sup>1</sup> The Bill of Rights of 1688 restated that right in unambiguous terms, "... it is the right of the subjects to petition the King, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal".<sup>2</sup>

This Factsheet looks at petitions to Parliament. There has been an increase in the number of petitions to the House of Commons in recent years see Appendix 1. This shows that the ancient practice does still have value to petitioners. It can be used as a means to mobilise opinion, and to create publicity locally, or indeed nationally, for an issue. Members of Parliament can use it as a way of informing the government about an issue on which their constituents hold strong views, and thus it remains a valuable tool whereby Members can hold the executive to account.

## Current Procedure

### Submitting a petition

Petitions to the House of Commons must meet certain specific requirements. A comprehensive list of rules for public petitions is available on request from the Clerk of Public Petitions, Journal Office, House of Commons (020 7219 3310). The rules are also available on the Parliament website:

<http://www.parliament.uk/get-involved/have-your-say/petitioning/public-petitions/>

The notes that follow are not intended to replace that notice, which should be consulted by anyone wishing to have a petition presented to the House. **Petitioners are strongly advised to contact the Clerk before collecting signatures to ensure their petition is in an acceptable form.**

Every petition must be specifically and respectfully addressed to the House of Commons. Many petitions still use the old form of words (which were compulsory prior to 1993) "*To the Honourable the Commons of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament Assembled*".

Each signatory must include his or her address; and the wording must be "*respectful, decorous and temperate*". Each Petition must contain a "*prayer*", that is a request to the House of Commons which is within its competence to grant. The petition should also end with a suitable closing phrase.

In 1993, after a report from the Select Committee on Procedure, the House relaxed some of the rules regarding the preparation and presentation of public petitions, and now there is more flexibility than previously in the form that petitions may take. A modern form of words is now permitted, alongside the more traditional form referred to above. The rules were further relaxed following a recommendation by the Procedure Committee in 2004<sup>3</sup> removing the requirement for

---

<sup>1</sup> Rotuli Parliamentorum (7 & 8 Hen. IV, No 63)

<sup>2</sup> 1 Wm. & Mary (Sess 2) Cap 2

page(s) on which the petition itself appears to be handwritten. A Petition may now be handwritten, printed or typed, but there must be no erasures, deletions or interlineations in it.

In June 2006 the Procedure Committee announced a new inquiry into the arrangements concerning public petitions to the House of Commons. The subsequent report of the committee published in May 2007<sup>4</sup> made various recommendations

...to make the procedures for petitions more accessible and transparent and better able to meet the reasonable expectations of those members of the public who engage with the process.

Under Post Office regulations, petitions for presentation to the House may be sent post free to a specific Member, provided that the envelope or package containing the petition is unsealed.

It is important not to confuse public petitions to the House with petitions seeking to block the passage of a private bill. Petitions against private bills may be made directly by the petitioners if they are “directly and specifically” affected by the bill. For more information about petitions against private bills, see [Factsheet L4](#).

### **Numbers of signatures**

The number of signatures on a petition varies widely. Petitions from a single individual are valid as long as they contain the signatory’s name and address and these are often received. By contrast the petition with the greatest number of signatures is reckoned to be the Ambulance Dispute Petition, presented on 15 December 1989 (estimated at 4½ million signatures).

Before 1974, the signatures on each petition were counted rather than estimated: the clerical officers in the Journal Office at that time were paid 12½p per thousand names for doing the job. Quite a fortune might have been accumulated by their predecessors in the 1840s when several petitions from the Chartists, one with 1,975,496 signatures (some of which were spurious), were presented.

### **Presentation of petitions**

Only Members may formally present petitions to the House, but no Member can be compelled to do so.<sup>5</sup> Although Members will, at their discretion, generally present petitions at the request of their constituents, the presentation of a petition by a Member does not imply that he or she supports the content.

The time for presentation of petitions is immediately before the half-hour adjournment debate at the end of each day’s business. Before 1974, petitions were presented at the beginning of a sitting, after private business. However, this was changed to prevent the presentation of petitions causing delays to question time. Similarly the restriction to half an hour on Friday was introduced after the presentation of multiple petitions on 7 June 1985 had the effect of delaying the start of a debate on a controversial private Member’s bill. Following the Government’s

---

<sup>3</sup> House of Commons Procedure Committee, Fifth Report, *Public Petitions*, published 15 November 2004, HC 1248 2003-004, approved 19 January 2005  
<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmproced/1248/1248.pdf>

<sup>4</sup> House of Commons Procedure Committee, First Report, *Public Petitions and Early Day Motions*, 22 May 2007 HC 513, 2006-07 <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmproced/513/513.pdf>

<sup>5</sup> *Chaffers v Goldsmid* [1884] 1 QB 186

response to the Procedure Committee's First report 2006-07<sup>6</sup>, the timing for the presentation of petitions on Friday's was changed to be the same as on Monday to Thursday, that is, immediately before the half hour adjournment debate.

Members may also present petitions informally at any time while the House is sitting by placing them in the large green bag hooked onto the back of the Speaker's Chair.

The presenting Member should write his or her name at the head of the petition. If the Member wishes to present the petition formally (on the floor of the House), he or she first takes it to the Clerk of Public Petitions for endorsement and then gives notice to the Table Office. If it is to be presented informally it should be placed in the bag already mentioned. If it is presented formally the Member will be called immediately after a whip has signified the Government's intention to move the concluding adjournment debate.

In presenting the petition, the Member is confined to making a brief statement setting out who the petition is from, the number of signatures it contains, and the petitioners' concerns, before reading out the request or 'prayer' which the petitioners are making to the House. Members who have strayed into a discussion of the merits of the petitioners' case have been called to order by the Speaker. If a Member wishes to present a petition formally but is unwilling to read out the petition, the Clerk at the Table may be asked to read out the text.

Although debate on the merits of an individual petition is ruled out of order, it is still possible to seek to have petitions of exceptional urgency debated on the floor of the House. Standing Order 134, first laid down in 1842, provides that Petitions "*complaining of some present personal grievance, for which there may be an urgent necessity for providing an immediate remedy ...*" may be discussed, though opposed. The provisions of this Standing Order have been applied rarely, the last occasion being on 29 November 1960.<sup>7</sup>

A Member of the Lords may present petitions to the House of Lords – reading out whom the petition is from and what their main point is. However, the procedure is very rarely used, and leads to no action. There have been only twenty-eight petitions presented in the House of Lords in the last twenty years, and the last occasion on which one was presented was 13 December 2000.

### **Presentation of Petitions by the City Corporation**

The Sheriffs of London are entitled, by ancient usage, to present any Petition which the Corporation of the City of London wishes to make to the House in person at the Bar of the House. They are conducted to the Bar by the Serjeant at Arms with the Mace. The Speaker says "*Mr Sheriff, what have you got there?*" and a Sheriff, or the City Remembrancer who accompanies them, answers by reciting the substance of the petition. If the Sheriffs bring with them a Mace or Sword, it has to be retained by Commons Doorkeepers in the Bar Lobby, just outside the House. The most recent occasion upon which this ceremony was enacted was on 16 February 1948. The privilege of presenting a Petition at the Bar was also accorded to the Corporation of Dublin after 1813. But as Dublin is now the capital city of the Republic of Ireland, it is doubtful whether such a presentation would nowadays be claimed or permitted.

---

<sup>6</sup> *The Governance of Britain*, The Government's Response to the Procedure Committee's First Report, session 2006-07, on *Public Petitions and Early Day Motions*, Cm 7193.  
<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm71/7193/7193.pdf>

<sup>7</sup> Following a presentation of a petition by Sir L Ungoes-Thomas on behalf of Anthony Wedgwood Benn.

### Proceedings in Parliament

Since 1842 the action taken by the House on Petitions has usually been minimal. Petitions are currently sent to the relevant Government department. The department will generally investigate the case that the petitioners have made and a Minister may lay a reply to the petitioners' case before the House. The Votes and Proceedings publication for the day the petition was presented will record the petitions subject matter, description of the petitioners, and whether or not the petition was submitted formally or informally. The full text of the petition is printed in Hansard.

Before 1974, petitions were sent to a Select Committee on Public Petitions. The Committee sorted and classified them, and could report on whether they were in order under the rules of the House. The Committee had no power to look into the merits of any Petition, nor could it recommend remedies. The Committee was abolished on 4 April 1974. The Procedure Select Committee in 2004 recommended that petitions, when they were sent to Government departments should also be sent to the relevant select committee. They also recommended that Government observations, or notifications received by the Journal Office that no observations are to be made, should also be passed on to the relevant committee. The Procedure committee commented that 'On occasions, committees may wish to press for observations to be made when then they have not been forthcoming'. The House approved that recommendation on 19 January 2005.

The House has no power to compel the Government to make any observations on a petition although in 2007 the Government committed to respond to all 'substantive' petitions (Cm 7193<sup>8</sup>). Petitions presented to the House and any observations the Government has subsequently made on them are printed in Hansard and available on the parliamentary website. An example of a petition and observation is given in Appendix 2.

### Tracing petitions

Since May 2008 Petitions and Government observations are now available daily on the Hansard homepage - <http://www.publications.parliament.uk/pa/pahansard.htm>

For older petitions, please consult the Parliamentary Archives

<http://www.parliament.uk/publications/archives.cfm> (Telephone: 020 7219 3074).

Not all petitions will have survived but current practice is that top copies are retained there in perpetuity.

## History of Petitions

It has been argued that Parliament originated in meetings of the King's Council where petitions were considered. The first known petitions to the Lords and to both Houses of Parliament date from the reign of Richard II, but seem to have become widespread from the reign of Henry IV onwards. In 1571 a Committee for Motions of Grievs and Petitions was first appointed. In medieval times *receivers and triers of Petitions* were appointed by Parliament to collect petitions. Some cases would be referred to local courts: major matters were reserved for Parliament itself.

---

<sup>8</sup> *The Governance of Britain*, The Government's Response to the Procedure Committee's First Report, session 2006-07, on *Public Petitions and Early Day Motions*, Cm 7193.  
<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm71/7193/7193.pdf>

With the increase in the influence and importance of Parliament during the reign of Charles I, petitioning became one of the main methods of airing grievances by those classes not represented in Parliament. The House of Commons began to appoint committees specifically to examine petitions, particularly those concerned with religious liberties.

The House was not always sympathetic to such petitions. On 10 December 1640, for instance, the following entry is recorded in the Journal:

***Petition found on Salisbury Plain***

*Mr Serjeant Hide, Mr Mallory, Mr Hollys, Lord Digby, Sir Guy Palmes, Sir Gilbert Gerrard:*

*This Committee was appointed to peruse a Petition, that was inclosed in the Cover of a Letter, addressed to the Parliament, and found upon Salisbury Plain; and, being brought to the Mayor of Salisbury, was by him sent up to Serjeant Hide, a Member of this House, and by him this Day offered to the House.*

*The Committee, after they had perused it, found it of no better Consequence than to be burnt.*

By the Restoration, disorderly scenes resulting from mass presentations of petitions led to an act against tumultuous petitioning (13 Cha 2 Cap 5) in 1661, which limited the presentation of a petition to a maximum of 10 people. This act, with amendments, is still in force.

**Development of petitioning**

In the sixteenth and early seventeenth centuries, petitions generally dealt with personal or local grievances. But from the Restoration and eighteenth century period, as the Commons' judicial functions ceased, it became more common to make representations or complain about matters of public policy. Petitions were traditionally read before the start of debates, and by the 1830s this was taking up a considerable amount of time in the chamber. Radical MPs often used the petitions system as a way of getting frequent, unscheduled, debates on subjects on which they felt strongly. It was also used as a way of obstructing government and other business as their debate preceded the main business of the Day. The average number of petitions presented annually to the Commons in 1785-9 was 176. By 1811-5, this had grown to over 1,100; and in the years 1837-41, the figure was almost 17,600.

In 1832 Sir Robert Peel engineered the establishment of a select committee to investigate the presentation of petitions. The Committee's recommendations resurrected the idea, first mooted in the civil war period, of establishing committees to examine petitions, in order to take them out of the chamber of the House. Its report was debated immediately after Parliament reassembled, but the Government did not completely remove petitions from the floor of the House.

Many radical Members objected to any alteration of the procedure, largely upon the grounds that petitioning was the only form of redress open to the vast majority of people who were not electors. A Committee was, however, established and special morning (actually noon-3 pm) sittings were held to deal with petitions. These sittings lasted until 1835. After this, a rule appears to have been regularly applied to prevent debate arising out of petitions, which the Speaker enforced, though it was not a standing order.

### **Debating the rules**

On 7 February 1838, Mr Ward, a Member for Sheffield, attempted to enter into a general discussion of the Corn Laws on the basis of presenting a petition from his constituents on the subject. He was interrupted by Speaker Abercromby, who ruled him out of order, which was the usual practice. The rules of the House concerning debate on petitions were then themselves debated on the following day, and the rule was upheld. However, the scale of the problem remained and proved rather overwhelming. In 1841, 18,648 petitions were presented; on 8 February 1842 alone, for instance, 199 separate petitions were presented to the House (including one from *Passengers on Blackfriars Bridge*). The record for numbers of petitions presented in any one session was set in 1843, when 33,898 were presented.

Following an unsuccessful attempt in early 1842 to rescind the rule, the Government acted. After a debate on 14 April 1842, the House agreed by 268 votes to 46 to a Government motion to introduce new standing orders relating to petitions. These precluded any debate on the merits of a petition following its presentation, and this is essentially the current practice.

Surprisingly, the 1842 changes did not significantly reduce the number of petitions. The number of petitions rarely fell below 10,000 per session in the nineteenth century; in the long session of 1893-94 the number received was 33,742.

### **Numbers of petitions**

The end of the 19th century showed a marked reduction in the number of petitions presented, although some were signed by enormous numbers of petitioners. The Times in 1901 considered that "*whatever their practical utility [petitions would] always have a sentimental value as keeping alive a popular right based upon one of the fundamental principles of the British Constitution*". Belief in the efficacy of individual appeals to Parliament had not entirely died out, "*but if the man in the street could see how unceremoniously the ordinary memorial is dealt with this belief would not long survive*".

From the First World War onwards, possibly reflecting such a sentiment, or possibly also the extension of the franchise, the number fell away almost to nothing. In a typical session of the 1970s about 35 petitions were presented, though certain matters, for example, disabled persons' mobility in 1977, led to a large number of petitions.

A great rise in the numbers of petitions occurred in the early 1980s. Subjects such as proportional representation, contraception, abortion, embryo research and capital punishment led to a large number of petitions, some with huge numbers of signatures. In many cases dozens or hundreds of identical petitions came from different areas. The number, for instance, presented in 1983-84 was 764 compared with the 35 or so of five or ten years before. By the end of the 1990s around 100 petitions were being presented each session. A table showing the number of petitions presented in recent sessions is included as Appendix 1.

## E-Petitions

Although the House of Commons has not yet adopted a facility to petition electronically, recommendations have been made for the introduction of an e-petitioning system.

In May 2007, The Procedure Committee report which looked at the House of Commons' petitions system along with Early Day Motions expressed "support in principle for an e-petitions system"<sup>9</sup>.

The Government published a Green Paper, in July 2007, announcing a wide programme of constitutional reform. The Green Paper welcomed the Procedure Committee's proposals on e-petitioning and stated it believed "people should be able to petition the House of Commons with as much ease as they are able to petition the Prime Minister".

That November, the Procedure Committee launched an inquiry into e-petitions and in April 2008 published a report recommending an e-petitions system.<sup>10</sup> The Procedure Committee envisaged that if its proposals were agreed by the House of Commons the earliest date at which a system of e-petitioning could be operational was likely to be early 2010.

In response to this report on 22 July 2008, the Leader of the House of Commons, Harriet Harmen MP, issued a Written Ministerial Statement.<sup>11</sup>

...The government hopes that the House will endorse this way forward, allowing it to take a significant step forward in helping to promote better engagement with the public...

The Government welcomed the Procedure Committee's report and agreed with its overall recommendation for an e-petition system to be introduced to the UK Parliament with further parliamentary debate to take place. It also acknowledged further consideration needed to be given to see whether it will be possible or proportionate for the Government to respond to all e-petitions given the large increase in the number envisaged.

### E-petition and the House of Lords

The July 2008 Government response to the Procedure Committee's report on the introduction of e-petitions for the House of Commons also acknowledged that "in due course the House of Lords may also wish to look at its own petitions procedure.

The following question addressed e-petitions in the House of Lords

On 11 June 2008 Lord Norton received an answer to the question:

---

<sup>9</sup> House of Commons Procedure Committee, First Report, *Public Petitions and Early Day Motions*, 22 May 2007, HC 513, 2006-07

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmproced/513/513.pdf>

<sup>10</sup> House of Commons Procedure Committee, First Report, *e-Petitions*, 6 April 2008, HC 136, 2007-08

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmproced/136/136.pdf>

<sup>11</sup> HC Deb c96-99WS

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmhansrd/cm080722/wmstext/80722m0003.htm#08072253000032>

**Lord Norton of Louth** asked the Chairman of Committees:

What consideration has been given to permitting public petitions to the House of Lords to be submitted electronically. [HL4055]<sup>12</sup>

**The Chairman of Committees (Lord Brabazon of Tara):** As I indicated in my Answer on 16 May 2008 (WA 154), public petitions to the House of Lords are rare: the last occasion on which a petition was presented was on 13 December 2000. I do not therefore believe that expenditure on developing a system of e-petitioning unique to the House of Lords could be justified.

### **Other E-petition systems**

There are currently a number of e-petitions systems already in existence across the United Kingdom including, the Scottish Parliament (introduced in February 2004), the Number 10 Downing Street e-petitions facility (introduced in November 2006) and the National Assembly for Wales (introduced in April 2008).

---

<sup>12</sup> HL Deb 11 Jun 2008 WA103  
[http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80611w0001.htm#column\\_WA103](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldhansrd/text/80611w0001.htm#column_WA103)

## Appendix 1

### Petitions presented to the House of Commons in sessions 1989-90 to 2008-9

Session	Total petitions presented	Formal presentation (floor of House)	Informal presentation (via 'bag')	Petitions receiving observations (c)	Petitions on which no observations made (c)
1989-90	960	235	725	—	—
1990-91	183	87	96	—	—
1991-92 (a)	452	56	396	—	—
1992-93 (b)	2,651	137	2,514	—	—
1993-94	102	60	42	—	—
1994-95	119	57	62	73	46
1995-96	77	49	26	39	38
1996-97 (a)	55	40	15	24	31
1997-98 (b)	99	73	26	55	44
1998-99	99	56	43	37	62
1999-2000	87	68	19	55	32
2000-01 (a)	36	28	8	26	9
2001-02 (b)	129	109	20	97	32
2002-03	220	194	26	178	42
2003-04	128	112	16	82	16
2004-05 (a)	51	44	7	38	13
2005-06 (b)	293	257	36	207	86
2006-07	161	142	19	112	49
2007-08	221	195	26	220	1
2008-09	123	111	12	97	26
2009-10	393	135	258	343	50

(a) Short sessions (October 1991 to March 1992; October 1996 to March 1997; December 2000 to May 2001; November 2004 to April 2005)

(b) Long sessions (April 1992 to October 1993, May 1997 to October 1998, June 2001 to November 2002; May 2005 to November 2006)

(c) Statistics on Government observations to petitions not available before 1994-95. These figures do not include petitions to which the departmental response has not yet been recorded.

## Appendix 2

### A modern petition and relevant Government Observation

#### HMRC Workforce Change (Lincolnshire)

*The Petition of staff and customers of the Revenue and Customs Office in Boston, Lincolnshire,*

Declares that they are concerned about cuts to public services, particularly the proposed closure of the HMRC office in Boston.

The Petitioners therefore request that the House of Commons urges HM Treasury to reconsider the decision to close the office in Boston, which provides an excellent service to local people.

And the Petitioners remain, etc. — [*Presented by Mark Simmonds*, *Official Report*, 16 July 2008; Vol. 479, c. 373.] [P000234]

*Observations from the Chancellor of the Exchequer, Treasury:*

The Government notes the petition, and makes the following observations:

“The Government notes that similar representations were made during the consultation exercise that HM Revenue & Customs (HMRC) held with staff, unions and key external stakeholders including local authorities, on its initial proposals for restructuring its operations in Cluster 15, which includes Boston and Spalding. All representations were taken into account before final decisions were made on the future of Boston and the other offices under review.

On 17 July HMRC published the decision to withdraw from Chantry House, Boston as part of the Department's need to address new and challenging customer demands by restructuring its business and estate in the most effective and efficient way possible. HMRC will continue to maintain a local face to face advice service to customers from Chantry House, Boston or from an alternative location nearby”.

## Further Information

House of Commons Library  
Standard Note : Proposals for an e-petitions  
system for the House of Commons  
SN/PC/04725 -  
<http://www.parliament.uk/commons/lib/research/briefings/snpc-04725.pdf>  
Available on the parliamentary website  
[www.parliament.uk](http://www.parliament.uk) through: Publications &  
Records

## Contact information

House of Commons Information Office  
House of Commons  
London SW1A 2TT  
Phone 020 7219 4272  
Fax 020 7219 5839  
[hcinfo@parliament.uk](mailto:hcinfo@parliament.uk)  
[www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)

House of Lords Information Office  
House of Lords  
London SW1A 0PW  
Phone 020 7219 3107  
Fax 020 7219 0620  
[hlinfo@parliament.uk](mailto:hlinfo@parliament.uk)

Education Service  
Houses of Parliament  
London SW1A 2TT  
Phone 020 7219 4496  
[education@parliament.uk](mailto:education@parliament.uk)  
<http://www.parliament.uk/education>

Parliamentary Archives  
Houses of Parliament  
London SW1A 0PW  
Phone: 020 7219 3074  
Fax: 020 7219 2570  
[archives@parliament.uk](mailto:archives@parliament.uk)

Parliamentary Bookshop  
12 Bridge Street  
Parliament Square  
London SW1A 2JX  
Phone 020 7219 3890  
Fax 020 7219 3866  
[bookshop@parliament.uk](mailto:bookshop@parliament.uk)

## Factsheet P7 Public Petitions

It would help greatly to ensure that Factsheets fulfil their purpose if users would fill in and return this brief pre-addressed questionnaire, or email a response. Negative responses can be as useful as positive.

### For your purposes, did you find this Factsheet

- |                |                          |                  |                          |                |                          |
|----------------|--------------------------|------------------|--------------------------|----------------|--------------------------|
| 1. Very useful | <input type="checkbox"/> | Fairly useful    | <input type="checkbox"/> | Not much use   | <input type="checkbox"/> |
| 2. Too long    | <input type="checkbox"/> | The right length | <input type="checkbox"/> | Too short      | <input type="checkbox"/> |
| 3. Clear       | <input type="checkbox"/> | Not always clear | <input type="checkbox"/> | Rather unclear | <input type="checkbox"/> |

Any comments?

---

---

---

---

---

Please write to:  
Head of Section  
House of Commons Information Office  
London SW1A 2TT

**If you prefer, please email to:**  
[hcinfo@parliament.uk](mailto:hcinfo@parliament.uk)

**If you require a reply, please print your name and address below**

Name

Address

---

---

---

---



**How to Petition against a Private Bill  
in the House of Commons**



**Session 2010-11**

## Contents

	<i>Page</i>
What is a Private Bill?	3
What is a petition?	3
Who may petition?	3
When should the petition be presented?	3
What should be the content of petitions?	4
What form should petitions take?	4
Agents	5
Depositing the petition	5
Fees	5
In Committee	6
<i>Locus Standi</i>	7
Withdrawal of petitions	7
Further Information	7
Further Enquiries	7
Appendix A    Petition against a Private Bill: Example One	
Appendix B    Petition against a Private Bill: Example Two	
Appendix C    Front cover of petitions	
Appendix D    The usual order of proceedings in an Opposed Bill Committee	
Appendix E    List of Roll 'A' agents	
Appendix F    Application forms for Roll 'B' agents	
Appendix G    Specimen letter of authority	
Appendix H    Certificate of respectability for Roll 'B' agents	

## What is a Private Bill?

A private bill is a bill which seeks to confer particular benefits on particular individuals, institutions or localities, over and above the provisions of the general law of the land. It is distinguished from a public bill, which relates to the public general law affecting everybody.<sup>1</sup> Recent examples of private legislation are bills to provide powers to local authorities to regulate certain trading activities and bills relating to banks, companies and other institutions once established under a private Act. Private bills are not introduced by an MP but by an outside body such as a company or local authority, which is known as the 'promoter' of the bill.<sup>1</sup>

Government bills are usually public bills. However, in rare cases a Government bill may affect particular private interests in the same way that a private bill would. Such a bill is known as a 'hybrid' bill, and special rules apply to petitions against it. This document contains information only on petitioning against private bills, not hybrid bills.

## What is a petition?

A petition is a summary of objections to a private bill. Formally, it is a request to the House of Commons for the petitioners against a bill to be allowed in due course to argue their case before the committee on the bill. Unless all petitions against it are withdrawn the private bill will be referred, after second reading in the House of Commons, to an Opposed Bill Committee. This committee will hear the case for and against the bill.

## Who may petition?

It is open to any individual, group of individuals or organisation 'directly and specially affected' by the provisions of a private bill to petition against that bill. If the promoters of a bill feel that someone who petitions against a bill is not 'directly and specially affected' they may object to the petitioners' right to petition (see 'locus standi' below).

## When should the petition be presented?

A private bill may start either in the House of Commons or in the House of Lords. Once it has passed all its stages in the first House it will proceed to the second House, where a similar procedure is followed. Petitioners may, therefore, petition in either House or both. Each House has a separate format for petitioning, and petitions must be addressed to the appropriate House. It is usually known by mid-December in which House a Bill will start, and petitioners may check Bills Online which is on the parliament website by telephoning the Private Bill Office thereafter.

A petition cannot be deposited until the bill has been formally presented to the House. In the case of new bills in the House of Commons for Session 2010–11, the bills will be formally presented on **21 January 2011**. Petitions against **bills starting in the Commons** should therefore be lodged against these bills on or **before 31 January 2011**. Petitioning against bills in the Lords follows a separate procedure to the Commons, and for further information petitioners should contact the Lords Private Bill Office on 020 7219 3231 or email PrBOHoL@parliament.uk.

Petitions against bills arriving in the Commons from the Lords, which have passed through all their stages in the Lords, should be deposited not later than the **tenth** day after that on which the bill was read the first time in the Commons. Information on bills is regularly posted on the bills online database, which is available on the Parliament website.<sup>2</sup>

Occasionally, bills fail to comply with Standing Orders relating to the time for depositing bills. In exceptional cases, the House of Commons will agree to dispense with those Standing Orders, and in such cases petitions against the bill may be deposited at any time not later than the **tenth** day after that on which the bill was read the first time in the House of Commons.

<sup>1</sup> Public Bills include **private Member's bills**, which should not be confused with private bills. Queries about private Members' bill should be directed to Sarah Davies, Public Bill Office, House of Commons

<sup>2</sup> <http://services.parliament.uk/bills/>

## What should be the content of petitions?

The petition should begin by setting out what the bill does; who the petitioner is; the particular damage caused to the petitioner by the bill; and the form of relief sought by the petitioner. Relief might be sought either by seeking to amend clauses of the bill ('Petitions for amendment'), or by seeking to get the bill rejected altogether ('Petitions against the preamble'), or both.

Since the petition forms the basis of a petitioner's case before an Opposed Bill Committee, petitions should include all the points of objection a petitioner has against the bill: **matters can only be raised in the committee if they are alluded to in the original petition.** There is no need to elaborate objections in great detail: they should merely be stated in concise form. Appendix A shows a template for a petition. Appendix B is an example of an actual petition. More examples of petitions are available on Bills Online on the parliamentary website. Petitioners may also, if they wish, send a draft petition to the Private Bill Office for comment.

## What form should petitions take?

The formal wording required for petitions to the House of Commons should broadly follow that of the specimen petitions in Appendices A and B.

Please note that

- (a) the short title of the bill concerned should appear on the petition, and a statement should appear in the petition that it is against the bill, together with the names of the signatories to the petition, or their Agent;
- (b) the petition should be addressed "To the Honourable the Commons of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled";
- (c) no erasures, deletions or interdelineations should be made in the petition; and no letter, affidavit, appendix or other document may be annexed to it;
- (d) the petition must contain a prayer (that is, a formal request that Parliament should take certain action, followed by the traditional words "And your Petitioner(s) will ever pray, &c." – see the end of the specimen petition);
- (e) if the petitioners wish to be represented by Counsel, or otherwise, a clause to this effect should appear in the prayer, and in the former case the endorsement of the petition should contain the words "Against – By Counsel" (this does not commit the petitioners to employing barristers, but simply leaves the option open);
- (f) the petition must be either signed and sealed by the parties who are petitioning against the bill, or signed on their behalf by their duly authorised agent (see "Agents" below). If the petition is signed by the agent the authority in writing must accompany the petition. If a limited company or corporation or local authority is a petitioner against the bill, and if the petition is not signed on behalf of the petitioner by a duly authorised agent, the common seal of that company, corporation or local authority should be affixed to the petition, and attested in the usual way by the appropriate officers, eg. The Company Secretary and a director. The first signature or seal must be on the same parchment or paper as the prayer or part of the prayer; and
- (g) the petition should be typed, printed, lithographed or handwritten on parchment or paper of a reasonable quality, preferably A4. **It should be accompanied by twelve copies.**
- (h) an electronic copy of the petition should, if possible, also be emailed to the private bill office ([prbohoc@parliament.uk](mailto:prbohoc@parliament.uk))

## Agents

If petitioners are not intending to act themselves, they may wish to instruct an agent who will act on their behalf in all matters relating to the petition. There are two types of agents: professional Parliamentary Agents (who also act for promoters) are known as 'Roll A' agents and all others are known as 'Roll B' agents. For a list of firms entitled to practice as Roll A agents, see Appendix E.

The procedure for being represented by a Roll B agent is as follows. Any **individual** or **group of individuals** wishing to be so represented should sign a letter authorising a named individual to act on their behalf (see Appendix F for the usual format of such a letter); this should be presented at the Private Bill Office when the petition is deposited. Any **organisation** petitioning against a bill which wishes to be so represented should hold a properly constituted meeting and pass a resolution authorising the deposit of a petition against the bill and authorising a named person to act on behalf of the organisation. A letter containing such a resolution should then be presented at the Private Bill Office when the petition is deposited.

Persons applying to become agents should bring to the Private Bill Office a certificate of respectability signed by an MP, a Magistrate (JP), barrister or solicitor. Such a certificate is not required for those agents who are on Roll A, nor those on Roll B who are solicitors (who have a separate application form), or who have been enrolled on Roll B in previous parliamentary sessions (see Appendices F, G and H).

All Roll B agents must sign a register (Roll B itself), kept in the Private Bill Office, at some time prior to the first hearing of the committee, during the Parliamentary Session in which the Committee is sitting.

## Depositing the petition

The prime necessity is to get the signed petition drawn up in the proper form and deposited in the Private Bill Office by the closing date for petitioning. Details of subsequent proceedings can be discussed later.

**The deposit of a petition has to be made in person by the petitioner, by a duly authorised agent, or by an MP.** If an agent is depositing a petition he should ensure that he has with him a **letter of authorisation**, the appropriate **application form for Roll B** and (where necessary) the **certificate of respectability**. Please note that all of this documentation must be brought to the Private Bill Office on or before the closing date for submission of petitions for a petition to be accepted as valid.

Petitions must be deposited in person at the Private Bill Office within office hours.

Monday to Thursday	11.00 am.	–	5.00pm.
Friday	9.30 am.	–	3.00pm.
Non-sitting days	11.00am.	–	1.00pm.

**Petitions against Bills starting in the Commons for Session 2010–11 must be deposited by 5pm on Monday 31 January 2011. They must not be sent through the post. Anyone wishing to petition, would be advised to give advance notice so that arrangements can be made for them to be met in Central Lobby.**

## Fees

A £20.00 fee is incurred on presentation of a petition. Petitioners will be billed in due course directly by the House of Commons Fees Office.

## In Committee

*If any petitions stand opposed to a bill then the bill and petitions against it will in due course be referred to an Opposed Bill Committee ('Opposed', in this context, refers to opposition from petitioners rather than MPs). A committee will usually be set up shortly after the bill has received its second reading. It is customary for the promoters of the bill to inform the petitioners against the bill when the committee is due to start examining the issues raised in the petitions. However, it may be in the interests of any petitioners against a bill to check Bills Online to establish whether the committee stage is imminent.*

*A petition will not be considered by the committee unless a petitioner or his or her agent appears. A petitioner may appear in person before the committee. If this is done, the petitioner is entitled to cross-examine witnesses called by the promoters of the bill, and may call his or her own witnesses in support of the allegations which appear in his or her petition. These witnesses could also be cross examined.*

*A petitioner may appear also on behalf of other petitioners whose names appear at the beginning of the particular petition, the original copy of which must be signed by all of them. In this event the petitioner may call co-petitioners as witnesses.*

*Alternatively, the petitioner or petitioners may appoint someone to act as their agent. The agent, who need not be a lawyer, would then appear on behalf of the petitioners before the committee. The agent would be entitled to examine and cross-examine witnesses and generally conduct the petitioners' case (see the section on 'Agents' above).*

*An Opposed Bill Committee consists of four MPs – two from the Government side of the House, and two from the Opposition. The Chairmanship of such committees alternates between the parties, from private bill to private bill. The Chairman is one of the four MPs and has an additional casting vote. Before serving on such a committee an MP is required to sign a declaration that he or she has no personal or constituency interest in the bill. This means that, for instance, the committee on a bill to build a river crossing would not contain any MPs representing neighbouring constituencies or owning shares in the company promoting the bill.*

*Committees on private bills are sometimes referred to as 'quasi-judicial'. This means that the committee sits like a judge and jury to hear the arguments for and against a particular bill in an impartial way. The usual order of proceedings (set out in Appendix D) also resembles that of a court of law.*

**All petitioners (or their agents) must confirm in writing their intention to appear before the committee, on or before the first day on which the committee meets, so as to establish their right to appear.** *Thereafter they may 'suspend their appearance'; in other words, withdraw from active participation in the committee's business.*

*The committee stage begins with the promoters setting out the case in principle for the bill; the petitioners make their cases subsequently. Arguments for or against the bill as a whole are referred to as relating to the preamble (the formal preface to the bill which sets out its purpose), in distinction to arguments for or against particular clauses of the bill.*

*The burden of proof is always on the promoters to demonstrate that the bill should be passed. They are requesting that in their interest, Parliament should set aside or supplement the general law of the land, and accordingly it is up to them to prove to the committee's satisfaction that this should be done.*

*The committee has wide powers. It may reject the bill altogether (in technical terms, by finding the preamble not proved), amend it, or approve it in unamended form. However, in some particulars the committee's powers are restricted. For example, except in certain limited circumstances, it may not amend the bill in a way which affects people who have not previously been affected by the bill. Furthermore, except where permission is expressly given by the House, the committee cannot call for evidence except that offered by the parties formally represented before it.*

*The length of committee proceedings depends on the complexity of the bill and the extent of opposition to it. A committee stage may be over within a day, or very rarely may last many months. Typically, committee proceedings are completed within one or two weeks. Committees usually sit on Tuesday, Wednesday and Thursday, from 10.30a.m. (11.00a.m. on the first day of sitting) till 1.00p.m., and 2.15p.m. till 4.15p.m.*

*The committee may sit locally to hear all or part of the evidence if the House passes a resolution empowering it to do so. Unless such a resolution is passed, all proceedings before the committee take place in a committee room at the House of Commons.*

*A petitioner may change his or her agent at any time, but may not do so more than once on any one day. Any new agent must be authorised in exactly the same way as the previous one: a letter of authority should be presented or forwarded to the Private Bill Office together with a certificate of respectability (if necessary). The new agent must also sign the Roll B register in the Private Bill Office.*

### **Locus Standi**

*Locus standi can be defined as the right of petitioners to be heard against a bill on the grounds that they are specially, directly and injuriously affected by its provisions. The promoters of a bill who intend to oppose the locus standi of a petitioner must give previous written notice of their intention to do so no later than eight days after the deposit of the petition. If the promoters do challenge a petitioner's locus standi, they may be asked to attend a meeting of the Court of Referees, a special parliamentary committee set up to decide whether or not petitioners have the right to appear before the committee on a bill. The Court will first hear the petitioner's argument in support of locus standi. The promoters will then be heard in reply. The Court of Referees then deliberates and announces its decision. A petitioner who is found to have no locus standi can take no further part in the proceedings.*

### **Withdrawal of petitions**

*Petitions may be withdrawn by deposit of a letter (or 'requisition') to that effect, signed by the petitioner or agent, in the Private Bill Office; and where a petition has been deposited by or on behalf of more than one person, any of these persons may withdraw the petition by a similar requisition, signed and deposited as aforesaid.*

### **Further information.**

**The parliament website contains a great deal of information on private bills, including news on the latest stages of private bills, copies of petitions against private bills currently before Parliament and background information on the private bill procedures.<sup>3</sup> A House of Commons Library Factsheet (LN4) on private bills is also available on the parliament website.<sup>4</sup>**

### **Further Enquiries**

*Further enquiries should be directed to Annette Toft in the Private Bill Office (Tel: 020 7219 6008/ hocprbo@parliament.uk. She can provide impartial advice on aspects of private bill procedure. The text of **new** private bills before Parliament will be placed on the Parliament webpages shortly after presentation.*

Private Bill Office  
House of Commons  
LONDON SW1A 0AA

3 December 2010

<sup>3</sup> [http://www.parliament.uk/bills/private\\_bills.cfm](http://www.parliament.uk/bills/private_bills.cfm),

<sup>4</sup> [http://www.parliament.uk/parliamentary\\_publications\\_and\\_archives/factsheets/104.cfm](http://www.parliament.uk/parliamentary_publications_and_archives/factsheets/104.cfm)

## APPENDIX A

## PETITION AGAINST A PRIVATE BILL: TEMPLATE

IN PARLIAMENT  
HOUSE OF COMMONS  
SESSION 2009–10

[Name of **Bill**]

Against – on merits – Praying to be heard by Counsel, &c.

To the Honourable the Commons of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled.

THE HUMBLE PETITION of [Name of individual, company or association].

SHEWETH as follows:-

1. A Bill (hereinafter referred to as “the Bill”) has been introduced and is now pending in your honourable House intituled “[insert short title of Bill] ”
2. The Bill is promoted by []. The Preamble to the Bill recites that [ ] .

3        *[Brief description of the main clauses of the bill to which the objection is to be made.]*

4        *Your Petitioners are [Description of Petitioners: eg. “Your Petitioner is an owner of property in ...”, “Your Petitioners are the ... Society, an association of the residents of ... Road, established in ... to ...”; together with an indication of the Petitioners’ property, etc. which the Bill may directly and specially affect].*

5        *Your Petitioners and their rights, interests and property [delete as necessary] are injuriously affected by the Bill, to which your Petitioners object for reasons amongst others, hereinafter appearing.*

6        *[Clear statement of the reasons why the Petitioners object to the Bill.]*

7        *[If the Petitioners simply wish that various clauses of the Bill should be amended and do not object to the basic principle of the Bill:] For the foregoing and connected reasons your Petitioners respectfully submit that, unless the Bill is amended as proposed above, clauses ..., so far affecting your Petitioners, should not be allowed to pass into law.*

8        *There are other clauses and provisions of the Bill which, if passed into law as they now stand will prejudicially affect your Petitioners and their rights, interests and property [delete as necessary] and for which no adequate provision is made to protect your Petitioners.*

9        *The Preamble to the Bill, in so far as it relates to the matters aforesaid, is untrue and incapable of proof.*

YOUR PETITIONERS therefore humbly pray your Honourable House that the Bill may not be allowed to pass into law as it now stands and that they may be heard by their Counsel, Agents and witnesses in support of the allegations of this Petition against [either if objection is made to the principle of the Bill, “the

*Preamble and against such of the clauses and provisions of the Bill as effect”; or if only clauses of the Bill are objected to, “so much of the Bill as affects”] the property, rights and interests of your Petitioners and in support of such other clauses and provisions as may be necessary or expedient for their protection, or that such other relief may be given to your Petitioner in the premises as your Honourable House shall deem meet.*

*AND your Petitioners will ever pray, &c.*

*[Signature of Petitioner in person, or Agent for the Petitioner]*

*[The Petition should be endorsed on the back as follows:]*

IN PARLIAMENT  
HOUSE OF COMMONS  
SESSION 2010–11

*[Title of Bill]*  
PETITION OF *[Name of Petitioner]*

*AGAINST, By Counsel, &c.*

*[Name, address and telephone number(s) of Agent for the Petitioner, or of the Petitioner in Person]*

**NOTE**

*The wording given above may be varied, except for the opening section until clause 2 and the prayer at the end starting “YOUR PETITIONERS therefore humbly pray”, which are standard forms for addressing the House of Commons.*

*Further examples of petitions are available on the parliament website.*

## APPENDIX B

## PETITION AGAINST A PRIVATE BILL: ACTUAL EXAMPLE

IN PARLIAMENT  
HOUSE OF COMMONS  
SESSION 1988-89

**British Film Institute Southbank Bill**

*Against – on Merits – Praying to be heard by Counsel, &c.*

*To the Honourable the Commons of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled.*

## THE HUMBLE PETITION OF THE RAMBLERS' ASSOCIATION

SHEWETH as follows:-

- 1        *A Bill (hereinafter referred to as "the bill") has been introduced and is now pending in your honourable House entitled "A bill to free certain land on the south bank of the river Thames from any trust which allows the use thereof by the public as an open space."*
- 2        *The Preamble to the Bill claims, inter alia, that in order to improve the quality of the facilities provided on the south bank of the river Thames by the provision of a greatly Improved restaurant and improved visual amenity, it is necessary for the institute to use an area of approximately 1250 square metres which it is further claimed is currently used by the public as an open space mainly for the consumption of food which has been bought at the existing restaurant.*
- 3        *The Preamble to the Bill also claims, inter alia, that it is expedient that the land should be freed from any trust which allows the use thereof by the public as an open space.*
- 4        *The Bill will, if enacted, remove from the land any trust which allows the use thereof by the public as an open space.*
- 5        *Your Petitioner the Ramblers' Association is a voluntary organisation with charitable status founded in 1935. Its aims include the promotion of walking as a recreation, working for the protection of public paths, the provision of access to open country and the preservation of natural beauty. Nationally it has over 65000 member, of whom just under 3000 reside in the six inner London boroughs which compromise the association's London Area.*
- 6        *The London Area of the Association has taken a keen interest in and is committed to promoting walking as a recreation in both the countryside near to London and within London on suitable routes and open spaces. It has also taken a keen interest in and is committed to the protection of such routes and open spaces which are important for informal open-air recreation. Your Petitioner alleges that the proposal contained in the Bill to free from any trust land which is available to the public as open space will adversely affect the interest of your Petitioner to a material extent for the reasons hereinafter appearing.*
- 7        *Your Petitioner objects to the freeing of the land in clause 2 from any trust which allows the use thereof by the public as an open space for a proposed development which has not obtained all other necessary consents. Your Petitioner objects to the use of the Private Bill procedure, in this case, in advance of the local planning procedures. To enact the Bill before all other consents are obtained could unfairly influence those who will have to decide whether to grant such consents.*

- 8 *Your Petitioner also objects because if the Bill were to be enacted and subsequently all other necessary consents could not be obtained for the proposed development, the freeing of the land from any trust which allows the land's use by the public as open space would have served no purpose as well as the public no longer having the right to enjoy the land as open space.*
- 9 *Your Petitioner objects to the size and location of the proposed restaurant and visual amenity because they will cause a substantial deterioration of the existing and potential use and pleasure enjoyed and derived by virtue of the land being available as public open space.*
- 10 *Your Petitioner also objects because the size and location of the proposed restaurant and visual amenity will cause a substantial deterioration of the existing and potential use and pleasure derived from the area surrounding and adjacent to the land coloured pink on the plan.*
- 11 *Your Petitioner also objects because no land is offered in exchange for the public open space.*
- 12 *Your Petitioner also objects because the objects of the Institute can adequately be pursued without the proposed greatly improved restaurant and visual amenity.*
- 13 *Your Petitioner also objects because it is not necessary to use the 1250 square metres of public open space in order to improve the existing restaurant.*
- 14 *Your Petitioner further objects on the grounds that were the Bill to be enacted, it would serve to encourage other developments on land protected and made available to the public statutory provisions.*
- 15 *Your Petitioner accordingly submits that the Bill should await the outcome of the necessary detailed considerations of the local planning authority and only be considered when all other necessary consents are obtained.*
- 16 *Your Petitioner further submits that any trust allowing use of land by the public as open space should remain in force until and unless compelling and overriding reasons can be demonstrated for its removal, which your Petitioner alleges is not the case in this instance.*

*YOUR PETITIONER therefore prays that the Bill may not be allowed to pass into law as it now stands and that it may be heard by its officers, Counsel, Agent and witnesses in support of the allegations of the Petition against so much of the Bill as affects the rights and interests of your Petitioner and in support of such other clauses, amendments or provisions as may be necessary or expedient for its protection, or that such other relief may be given to your Petitioner as your Honourable House shall deem meet.*

*AND your Petitioner will ever pray, &c.*

*[signature]*

*DAVID BESKINE  
Agent for the above-named Petitioner*

APPENDIX C

THIS SHEET MUST BE COMPLETED AND ATTACHED TO THE FRONT OF YOUR PETITION

Please supply the following information:

Phone number of petitioner/agent:

daytime (mandatory):.....

mobile:.....

E-mail address:.....

I understand:

- 1. that a copy of this petition, including my name and address (and any other contact details which I have chosen to include on the last page of my petition) but without my signature, will be placed on the Parliamentary website and a hard copy will be made available to anyone who asks for it.
- 2. that a copy of this petition together with this sheet will be:
  - a. kept in the Private Bill Office and subsequently kept as a record of Parliament in the House of Lords Record Office (where it can be accessed by the public under the Freedom of Information Act 2000);
  - b. will be made available to the Parliamentary Agent responsible for the bill once my petition has been deposited in the Private Bill Office.
- 3. that the personal information supplied above and on the petition may be kept in a database by either or both Private Bill Offices. These databases may be used to store summaries of e-mails and/or conversations for the purpose of keeping track of procedural advice/information given to the parties or received from them. This information will only be shared between the Private Bill Offices unless prior permission has been obtained from the petitioner/agent concerned.

signature of petitioner/agent: .....

name of petitioner/agent (in block letters please): .....

## APPENDIX D

### THE USUAL ORDER OF PROCEEDINGS IN AN OPPOSED BILL COMMITTEE

- 1 *Committee discusses, in private, its course of proceeding, then instructs the Clerk to call in the parties.*
- 2 *Chairman calls meeting to order.*
- 3 *Clerk reads title of Bill, etc.*
- 4 *Chairman announces times of sitting.*
- 5 *Counsel for the Promoters opens case for the bill, which is the case for the Bill as set out in the Preamble.*
- 6 *Promoters' witnesses sworn in, called, examined, cross-examined, re-examined, questioned by Members.*
- 7 *Counsel (or Agent) for the Petitioners opens case [unless he or she chooses to speak after calling witnesses; Counsel may speak either before or after calling witnesses, but not twice].*
- 8 *Petitioners' witnesses sworn in, called, examined, cross-examined, re-examined, questioned by Members.*
- 9 *Counsel (or Agent) for the Petitioners may wind up, provided he or she did not speak before calling their witnesses.*
- 10 *Counsel for Promoters replies to Petitioners [assuming that the Petitioners have placed documents before the Committee or called witnesses; otherwise there is no right to reply].*
- 11 *Counsel for the Promoters comments on Departmental Reports. Committee may allow Departmental representatives to speak on their Reports.*
- 12 *Parties withdraw; the Committee deliberates and makes its decision as to whether the need for the Bill (as set out in the Preamble) has been proved.*  
  
*Parties called in again and informed of the decision.*
- 13 *If the Committee has found in favour of the Bill it proceeds to consider, firstly, specific clauses against which petitions have been lodged; and secondly, clauses which have not been petitioned against but which are the subject of Departmental Reports.*
- 14 *Agent for the Promoters takes Committee through remainder of the Bill, including Amendments proposed by Promoters (as shown in the 'Filled-up Bill').*
- 15 *The Preamble is 'proved' formally by Counsel for the Promoters*

### NOTES

- 1 *Members may ask questions at any point.*
- 2 *Witnesses are likely to be sworn in before proceedings start.*
- 3 *If several contested points are being argued separately, stages 5 to 12 above may be repeated for each point.*

## APPENDIX E

## PARLIAMENTARY AGENTS: ROLL 'A' AGENTS

Firm	Roll A Agent	Parliamentary Clerk
<p>Bircham Dyson Bell LLP 50 Broadway, Westminster London SW1H 0BL</p> <p>☎: 020-7227 7000 Fax: 020-7233 1351 Email: <a href="mailto:pamthompson@bdb-law.co.uk">pamthompson@bdb-law.co.uk</a> Website: <a href="http://www.bdb-law.co.uk">www.bdb-law.co.uk</a></p>	<p>I H McCulloch P H Thompson E N W Brown R J V Owen</p>	<p>Mrs P J Thompson 020-7783 3437 <a href="mailto:pamthompson@bdb-law.co.uk">pamthompson@bdb-law.co.uk</a></p>
<p><b>Eversheds LLP</b> 1 Wood Street London, EC2V 7WS</p> <p>☎: 020-7919 4500 Fax: 0845-497 4919 Email: <a href="mailto:monicapeto@eversheds.com">monicapeto@eversheds.com</a> Website: <a href="http://www.eversheds.com">www.eversheds.com</a></p> <p>(Rees &amp; Freres Practice joined Eversheds on 1.1.08)</p>	<p>J A Durkin Miss M A R Peto S Collings</p>	<p>Mr K. Sanderson Mr D C White 0845 497 4800</p>
<p>Sharpe Pritchard Elizabeth House Fulwood Place London WC1V 6HG</p> <p>☎: 020-7405 4600 Fax: 020-7222 1451 Email: <a href="mailto:parliamentary@sharpepritchard.co.uk">parliamentary@sharpepritchard.co.uk</a> Website: <a href="http://www.sharpepritchard.co.uk">www.sharpepritchard.co.uk</a></p>	<p>H M V Pritchard W A Lewis</p>	<p>Ms D Baker</p>
<p><b>Winckworth Sherwood</b> Minerva House 5 Montague Close London SE1 9BB</p> <p>☎: 020-7593 5005 Fax: 020-7593 5199 Email: <a href="mailto:agorlov@wslaw.co.uk">agorlov@wslaw.co.uk</a> Website: <a href="http://www.wslaw.co.uk">www.wslaw.co.uk</a></p>	<p>P M C F Irving Mrs A M H Gorlov H S Wiggs C M Vine</p>	<p>Mr D. Walker Mr E. Humby</p>
<p><b>Berwin Leighton Paisner LLP</b> Adelaide House London Bridge London EC4R 9HA</p> <p>☎: 020-3400 4016 Fax: 020-7760 1111 Email: <a href="mailto:Helen.kemp@blplaw.com">Helen.kemp@blplaw.com</a> Website: <a href="http://www.blplaw.com">www.blplaw.com</a></p>	<p>Ms H Kemp</p>	<p>Mr A. Rosamond</p>
<p><b>Veale Wasbrough Vizards</b> Barnards Inn, 86 Fetter Lane, London EC4A 1AD</p> <p>☎: 020-7665 0806 Fax: 020-7405 4171 Email: <a href="mailto:rperry@vwv.co.uk">rperry@vwv.co.uk</a> Website: <a href="http://www.vwv.co.uk">http://www.vwv.co.uk</a></p>	<p>R E Perry</p>	<p>No Clerk</p>

APPENDIX F

**FORM OF APPLICATION UNDER SPEAKER'S RULES  
FOR PARLIAMENTARY AGENTS**

**ROLL "B"**

**[For Solicitors and those previously registered applying in respect of Roll B.]**

*FORM OF APPLICATION for A PERSON desirous of being registered as a PARLIAMENTARY AGENT for the purpose of opposing Bills in the House of Commons.*

*To the Clerk of Bills*

*House of Commons*

*I,*

*having previously been registered as a Parliamentary Agent, or being a solicitor, and being actually employed in opposing a Bill<sup>2</sup> do hereby apply to have my name registered on Roll B, for the Session 2010 to 2011, as a Parliamentary Agent entitled to practice as such in opposing Bills<sup>2</sup>.*

*(Signature)*

*(Date)*

*(Address)*

**FORM OF APPLICATION UNDER SPEAKER'S RULES  
FOR PARLIAMENTARY AGENTS**

**ROLL "B"**

**[For Persons not solicitors nor previously registered applying in respect of Roll B.]**

*FORM OF APPLICATION for A PERSON desirous of being registered as a PARLIAMENTARY AGENT for the purpose of opposing Bills in the House of Commons.*

*To the Clerk of Bills*

*House of Commons*

*I,*

*not being a Solicitor nor having previously been registered as a Parliamentary Agent, and being actually employed in opposing a Bill<sup>2</sup>, herewith submit in accordance with paragraph 11 of Speaker's Rules for Parliamentary Agents, a certificate of respectability signed by*

*being a*

*and do hereby apply to have my name registered on Roll B, for the Session 2010 to 2011, as a Parliamentary Agent entitled to practice as such in opposing Bills.<sup>2</sup>*

*(Signature)*

*(Date)*

*(Address)*

<sup>2</sup> *Speaker's Rule 24: These Rules shall apply with necessary modifications to agents for special procedure petitions, agents for ministers of the crown responsible for laying special procedure orders before parliament, agents for applicants for such orders and agents for counter-petitions*

## APPENDIX G

### SPECIMEN LETTER OF AUTHORITY

*I hereby authorise [Name of Agent] to act as Agent on behalf of (the) [Name of Petitioner(s) OR Petitioning Organisation] in all matters relating to the [Title of Bill].*

*[Signature]*

### NOTE

*The authority should be given in the form of a letter on the headed paper (if any) of the petitioner(s) or petitioning organisation and should be signed by the petitioner(s), or , in the case of an organisation, by an officer of the organisation normally authorised to execute documents on its behalf.*

APPENDIX H

**CERTIFICATE OF RESPECTABILITY<sup>3</sup>**

*To the Clerk of Bills,*

*House of Commons*

*I,*

*being a Member of Parliament/ Justice of the Peace/ Barrister/ Solicitor\**

*do hereby certify that to the best of my knowledge, information and belief,*

*is in every way a respectable person.*

*(Signature)*

*(Date)*

*(Address)*

3 *Speaker's Rule 11: Any person possessing the required qualifications shall be entitled to be registered unless the Speaker otherwise directs:*

*Provided that unless he is a solicitor or has been previously registered as a parliamentary agent he must on his first application for registration produce to the Clerk in the Private Bill Office a Certificate of Respectability from a Member of Parliament, a Justice of the Peace, a barrister, or a solicitor.*

\* *Delete as appropriate*