

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ENTRE LIMITES CULTURAIS E LEGAIS: DA EFETIVIDADE E EFICÁCIA DOS
DIREITOS HUMANOS AO DIREITO INDIGENISTA**

Isabela Esteves Temporim

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ENTRE LIMITES CULTURAIS E LEGAIS: DA EFETIVIDADE E EFICÁCIA DOS
DIREITOS HUMANOS AO DIREITO INDIGENISTA**

Isabela Esteves Temporim

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2017

**ENTRE LIMITES CULTURAIS E LEGAIS: DA EFETIVIDADE E EFICÁCIA DOS
DIREITOS HUMANOS AO DIREITO INDIGENISTA**

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Wilton Boigues Corbalan Tebar
Examinador

Glauco Roberto Marques Moreira
Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2017.

- [...] conhecemos as pessoas quando elas mentem, quando elas nos enganam, quando são astutas, ambiciosas e gananciosas. Sabemos quais são os seus interesses, o interesse econômico, não tem amor à vida. Pois temos amor às pessoas, sabemos respeitar, sabemos compartilhar, pra nós não existem pessoas pobres, somos todos iguais [...] não existem ricos e pobres no meio da nossa sociedade indígena, não fazemos acepção e muito menos discriminamos [...].
(Carta Munduruku 08.06.2013)

- Pode não ser bom ser bom, [...] ser bom pode ser horrível. E quando digo isso a você, percebo o quão autocontraditório isso soa. [...] O que Deus quer? Será que Deus quer insensibilidade ou a escolha da bondade? Será que um homem que escolhe o mal é talvez melhor do que um homem que teve o bem imposto a si?
(BURGESS, Anthony. Laranja Mecânica. São Paulo: Aleph, 2014)

- A Deus e à minha família.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo trazer uma análise a respeito das eficácias das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais aplicadas a um grupo social carregado de particularidades: os indígenas no Brasil. Para isso, busca-se a condição histórica dos próprios direitos humanos até sua chegada na Constituição brasileira e o tratamento por esta designado. Em seguida, procura o tratamento doutrinário jurídico que recebe o conceito de efetividade, também chamada de eficácia social, para adentrar nas teorias sobre eficácia jurídica das normas constitucionais, valendo-se de doutrinadores decisivos no constitucionalismo nacional. A promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais em âmbito nacional e internacional também é objeto de análise, assim como se faz necessário o estudo do tratamento dispensado aos indígenas através da legislação. Com tais conceitos estabelecidos, parte-se para a vinculação de todas as ideias, com o intuito de combinar a efetividade e a eficácia dos direitos fundamentais com a necessidade prestacional que o povo indígena representa. Para tal, adotou-se o método dedutivo com o fim de, pela regra geral dos direitos prestacionais, chegar a conclusões adequadas ao caso específico, também como o método de pesquisa histórico e bibliográfico, através de pesquisa teórica em livros, doutrinas e legislação.

Palavras-chave: Índios. Direitos Humanos. Constituição. Efetividade. Eficácia.

ABSTRACT

This study has the objective of analyzing the efficiency of the constitutional guarantee rules applied to a social group full of particularities: indigenous people in Brazil. For this, the historical condition of the human rights themselves is sought until it arrives in the Brazilian Constitution and the treatment designated by it. Next, it searches for juridical doctrinal treatment that receives the concept of effectiveness, also called social efficacy, to enter theories on the juridical efficiency of constitutional norms, using decisive authors in the national constitutionalism. The promotion and protection of human and fundamental rights at the national and international levels is also the subject of analysis, as well as the needed to study the treatment of indigenous people through legislation. With such established concepts, one begins with the linking of all ideas, with the intention of combining the effectiveness and efficiency of fundamental rights with the utilitarian Law needed by the indigenous people. For this purpose, the deductive method have been adopted in order to arrive at conclusions appropriate to the specific case, as well as the method of historical and bibliographic research, through theoretical research in books, doctrines and legislation.

Keywords: Indigenous. Human Rights. Constitution. Effectiveness. Efficiency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FIGURA DO HOMEM	12
2.1 O Homem e a Lei	15
2.2 O Homem Como Sujeito de Direito	19
2.3 Os Direitos de Herança dos Marcos Históricos	21
2.3.1 Iluminismo	21
2.3.2 Revolução Francesa.....	22
2.3.3 Segunda Guerra Mundial	23
2.4 Desenvolvimento Legislativo de Proteção Internacional ao Homem.....	24
2.5 Evolução da Legislação Brasileira nos Direitos Humanos.....	27
2.5.1 Influência das Previsões Externas até 1988.....	28
2.5.2 A Constituição Cidadã e o Conceito de Direitos Fundamentais	30
2.6 Os Direitos Fundamentais	31
2.6.1 A Carta de Direitos: Posição e Significado no Estado.....	31
2.6.2 Classificação dos Direitos Fundamentais.....	34
2.6.3 Os Titulares dos Direitos	36
2.7 Sistemas de Direitos Fundamentais.....	36
3 DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS.....	38
3.1 O Conceito de Efetividade.....	38
3.2 A Efetividade dos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988	40
3.2.1 Os Direitos Individuais.....	40
3.2.2 Os Direitos Sociais	42
4 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS	44
4.1 Conceito de Eficácia.....	44
4.1.1 A Eficácia em Ruy Barbosa e o Problema das Normas Autoaplicáveis	46
4.1.2 A Eficácia em Meirelles Teixeira	48
4.1.3 José Afonso da Silva e a Teoria Tricotômica da Eficácia.....	49
4.1.4 A Classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto.....	50
4.1.5 A Sistematização por Maria Helena Diniz	51
4.1.6 Eficácia em Celso Antonio Bandeira de Mello e Luis Roberto Barroso	52
4.2 A Eficácia das Normas Fundamentais na Constituição Federal.....	54
4.3 A Problemática da Eficácia dos Direitos Sociais Prestacionais.....	56
4.4 A Proteção e Limite aos Direitos Fundamentais.....	59

5. EXECUÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS: ÓRGÃOS ATUANTES	61
5.1 Evolução da Proteção a Nível Internacional.....	61
5.1.1 Órgão de Proteção e Influência Interna.....	64
5.2 A Vinculação dos Órgãos Públicos	68
5.2.1 Poder Legislativo.....	68
5.2.2 Poder Executivo	70
5.2.3 Poder Judiciário.....	71
5.3 A Vinculação Privada na Promoção	74
6. POVOS PRÉ-COLOMBIANOS NO BRASIL	76
6.1 Evolução Histórica: Do Início à Colonização.....	77
6.2 Reconhecimento Como Sujeitos de Direito.....	81
6.2.1 Desenvolvimento Legislativo de Proteção.....	81
6.2.2 Legislação e Direitos Vigentes	85
6.2.3 Da Identidade Indígena	92
7. EFETIVIDADE E EFICÁCIA APLICADA NA ESPECIFICIDADE: A TUTELA AO INDÍGENA É EFICAZ?	94
7.1 Leis Específicas: Segregação ou Equiparação	94
7.1.1 O Respeito Legal as Diferenças de cada Comunidade.....	100
7.2 A Estrutura Para o Pleno Cumprimento dos Direitos	102
7.3 Os Limites e Barreiras entre o Poder Público e Respeito à Cultura	105
8 CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

1 INTRODUÇÃO

Atribuí-se a Aristóteles a máxima de que deve-se tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade. Desse prerrogativa, é possível extrair hoje o que muito se utiliza na legislação e que fundamenta a Constituição como o princípio da igualdade.

Isso significa ser necessário sempre se buscar que os direitos humanos, intrínsecos ao ser humano e a ele assegurado, sejam sempre atingíveis a todos, seja como pessoa individual, seja como grupo social. Nesse contexto, alguns grupos sociais são assuntos mais delicados e de maior dificuldade de execução igualitária dos direitos por alguma condição específica que apresentam.

Os indígenas, de uma maneira excepcional, demonstram serem uma dificuldade fática de concretização das previsões legais. A falta de perícia do Estado de lidar com uma cultura tão diferenciada e com um grupo uno fez o tema, revestido de relevância jurídica e social ser escolhido com o intuito de análise não apenas da condição dos direitos humanos, mas também das normas constitucionais que garantem a igualdade.

Não apenas a letra da lei, mas o modo como esta é posteriormente regulada e aplicada na situação concreta é que influenciam diretamente no modo de vida das populações indígenas, interferindo em situações desde a sua estrutura hierárquica até mesmo no seu comportamento social.

Com o fim de que a pesquisa fosse devidamente aperfeiçoada, foram empregados os métodos dedutivo, dialético e histórico, combinado com pesquisas bibliográficas, para o debate de ideias e formação de opiniões.

A pesquisa então foi sistematizada em oito etapas, sendo a primeira delas a introdução do tema. A segunda parte, intitulada de Evolução Histórica da Figura do Homem, tratou desde o início do relacionamento do homem com a lei, o reconhecimento e desenvolvimento dos direitos humanos até o seu tratamento na Constituição brasileira vigente de 1988.

A terceira etapa se ocupou, em modo apartado, de tratar da efetividade dos direitos, incluindo uma análise dos direitos individuais e dos sociais. A quarta

etapa trouxe a eficácia dos direitos humanos, em uma análise das teorias da eficácia da norma constitucional desde Ruy Barbosa até Maria Helena Diniz, exibindo ainda a problemática em que se põe os direitos sociais prestacionais, que muito se ligam ao tema.

A quinta etapa faz uma passagem necessária pelos mecanismos de proteção, promoção e fiscalização dos direitos tanto em nível nacional quanto internacional, assim como da vinculação que cada esfera de poder brasileira tem para com tais direitos.

A sexta etapa tratou de uma abordagem histórica dos povos indígenas que habitavam as terras brasileiras antes da chegada e colonização dos europeus, passando pela legislação referente e de seus direitos, e de como o direito internacional se relaciona com o tema.

A sétima fração do trabalho se propôs então a combinação dos temas anteriores, na busca pela correlação da efetividade e da eficácia plenas com o respeito às particularidades do grupo em questão. Por fim, a oitava etapa tratou das conclusões.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FIGURA DO HOMEM

Boa parte daquilo que se relaciona ao ser humano é história. Aquilo que foi produzido pelo homem, em qualquer âmbito, relaciona o presente e o passado através dos fatos históricos - porções do passado que se tornam objeto de estudo. Como não é possível voltar ao passado, o estudo da história se debruça sobre os indícios que permanecem.

Para o historiador francês Fernand Braudel (1978, p. 41-57), é possível dividir o tempo histórico em tempos de curta, média e longa duração. O primeiro, o tempo dos acontecimentos, é caracterizado pela ocorrência de eventos efêmeros. O segundo, o tempo de média duração, é também chamado de tempo da conjuntura, que são os fatos percebidos ao longo de uma vida humana. O tempo das estruturas, ou de longa duração, caracteriza os longos períodos de tempo, como a formação de um costume ou até mesmo um valor moral desenvolvido e firmado em uma comunidade.

Os tempos de Braudel são sobrepostos e simultâneos. Isso significa que cada trecho de história é fruto da combinação do desenvolvimento dos tempos. Como são os registros deixados por cada período que compõem as fontes históricas, o fato de os primórdios terem deixado ao homem de hoje apenas indícios dá margem a divergências na interpretação.

Os espaços na linha do tempo humana são um dos temas recorrentes de divergências. Cada historiador preenche vácuos com seus estudos e conclusões, estando o tema longe de ser pacificado.

Quanto a origem do ser humano, estudos científicos mais aceitos datam que os primeiros hominídeos, dos quais o homem descende, viveram no Planeta Terra há cerca de sete milhões de anos (PELLEGRINI, MACHADO DIAS e GRINBERG, 2010, p. 30). A antropologia, ramo da ciência responsável pelo estudo, faz uso de fósseis pré-históricos para descrever a evolução do homem sobre a Terra, e estima que a espécie tenha se originado na África, em região próxima a Etiópia, ou talvez na Ásia Central, e depois migrou para as demais regiões, até finalmente o continente americano.

Como o homem e as demais criaturas, assim como tudo o que existe na Terra surgiram, ainda é uma incógnita que se desenvolve junto com o homem. A ciência e o meio acadêmico na atualidade trabalham com a ideia do Big Bang - teoria que veio a tona logo no início do século XX, pautada na justificativa evolucionista de que o Universo se originou de diversas explosões químicas há pelo menos 15 bilhões de anos. O processo de aglomeração e expansão da matéria ainda estaria em continuidade, mas os cientistas não conseguem explicar a motivação da explosão e nem de onde teria surgido, primordialmente, a matéria (PIETROCOLA, 2013, p. 17-19). É nessa sucessiva evolução que os cientistas também se pautam para o desenvolver dos organismos.

A teoria que discorre da evolução não apenas do homem, mas de todo aquele ser vivo na Terra, pode apresentar variações na atualidade e até mesmo divergência entre pensadores e cientistas. Mesmo que a mente humana possibilite diferentes interpretações sobre o mesmo tema, vertentes de pensamento foram pautadas na ideia da seleção natural abordada pelo naturalista Charles Darwin no século XIX. Darwin não foi o único que desenvolveu ideias nesse sentido, mas é a referência mais conhecida popularmente devido sua obra "*On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*", em uma tradução livre, "Da Origem das Espécies por meio da Seleção Natural, ou A Preservação das Raças Favorecidas na Luta pela Vida", de 1859.

Na teoria proposta por Dawin, organismos de uma mesma espécie apresentam variações. No mesmo meio, aquele que obtiver vantagem em sua adaptação e conquista do meio irá, naturalmente, reproduzir-se e ficar cada vez mais comum, enquanto aquele com a característica prejudicial tornar-se-á escasso.

Apesar da separação das linhas de pensamento, o evolucionismo não precisa necessariamente excluir o criacionismo. Como dispõe Fábio Konder Comparato (2008, p. 4) "[...] vai aos poucos abrindo caminho no mundo científico a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas".

Do mesmo modo, o mundo e o existir da figura humana precisam demonstrar um significado muito mais axiológico que ontológico. Acreditar que

sucessões de meros acasos possibilitaram o surgimento de um organismo que se desenvolveu, sendo que o mesmo acaso pode simplesmente destruir o universo por inteiro, pode talvez limitar a humanidade de não ser capaz de distinguir o antes do agora, o caos da ordem.

À parte das discussões sobre fundamentação do surgimento da figura humana no Planeta Terra - se pelo criacionismo ou pelo evolucionismo - , o fato é de que desde tais estimados sete milhões de anos dos primeiros hominídeos, alguns deles existiram e se extinguíram apresentando características que podem ser observadas no homem moderno, e por isso são considerados seus ancestrais.

Dentre os mais significativos dos ancestrais no homem moderno, o primeiro a ser considerado é o *Australopithecus*, que estima-se viveu entre cinco e um milhão de anos atrás. Bípedes, seu habitat eram florestas e regiões arborizadas. O *Homo habilis*, que viveu há aproximadamente dois milhões e meio de anos - o nome da espécie deriva de sua capacidade para produzir ferramentas com pedras lascadas.

Os *Homo erectus* viveram no período estimado entre um milhão e oitocentos mil a dois mil anos atrás, sendo os primeiros hominídeos capazes de controlar o fogo. O *Homo Neandertalensis* viveu entre trezentos e vinte e nove mil anos atrás, sendo uma espécie caçadora (PELLEGRINE, DIAS e GRINBERG, 2010, p. 31). Lentamente, os ancestrais foram se desenvolvendo de acordo com suas necessidades e descobrindo capacidades e possibilidades, fazendo uso dos recursos que possuíam em busca de um melhor modo de vida.

Não é possível ainda dizer qual é o primeiro ancestral humano, visto que cada vez mais a ciência se depara com novas informações e, como consequência, cada vez mais dúvidas a respeito do assunto. Apesar disso, as estimativas são de que duzentos mil anos surgia o *Homo sapiens*, correspondente ao ser humano moderno, sendo sua característica marcante a facilidade de adaptação aos mais diversos meios e situações (VAINFAS, CASTRO FARIA, FERREIRA e SANTOS, 2010, p. 13).

Carl Sagan, cientista norte-americano que viveu entre 1934 e 1966, foi responsável pela idealização e criação do calendário cósmico. Para explicar a grandeza das medidas e o que o homem significa na escala da história do Universo,

Segan condensou os quinze bilhões de anos do Universo em um ano Gregoriano (SAGAN, 1977, p. 19).

Partindo do Big Bang e de que este teria ocorrido do dia primeiro de janeiro, algumas datas importantes ao longo do ano são demarcadas, como por exemplo o surgimento do Sol em 31 de agosto, e em 21 de setembro, os serem procariontes.

Sagan proporciona que cada minuto teria cerca de trinta mil anos, cada hora equivaleria a trinta e oito milhões de anos, e que um humano que viva entre setenta e oitenta anos, equivaleria a 0,16 segundos na escala. Com base na já demonstrada novidade que o homem representa no Universo, dezembro equivale a um mês de novidades, principalmente seus últimos dias, por carregar o período mais recente.

Em 30 de dezembro surgiam os primeiros hominídeos, e em 31 de dezembro, por volta das 22 horas e 30 minutos, o *Homo sapiens*. É então no último minuto do ano que ocorrem fatos como a domesticação dos animais, domínio da agricultura e escrita; o surgimento dos povos que dariam origem aos mesopotâmicos, a criação do Código de Hamurabi; até Roma e o descobrimento da América pelo Velho Mundo. É pois no último e derradeiro segundo do ano que o homem é visto pela lei, e por ela deixa de ser mero instrumento para tornar-se sujeito de direitos.

2.1 O Homem e a Lei

A vida em sociedade sempre existiu, mas o ser humano teve ao longo da história um relacionamento com as regras de conduta. Conforme dispõe Fábio Konder Comparato (2008, p. 1), "Tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo". Animal racional que tem o conhecimento da própria existência, nos mais diferentes períodos da história humana as questões referentes ao próprio homem foram discutidas em campos como o da filosofia, religião e ciência. É por essa característica de ser essencialmente racional que passou a desenvolver raciocínios consigo mesmo como ponto central para compreender o mundo em que vive.

A justificativa religiosa do ser humano como figura excelsa surgiu a partir das concepções de uma fé monoteísta, no sentido de que o universo tenha sido criado por um único e absoluto Deus, sendo o homem uma parte especial em toda essa criação. A própria Bíblia, em Gênesis 1, 26, coloca que Deus deu ao homem poder sobre "os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra".

Em seguida, os poetas e filósofos realizaram uma transição no pensamento do fundamento da natureza racional do ser humano. Ocorre a substituição do saber e da justificativa mitológica para o saber lógico da razão, e a filosofia ocupa-se em trabalhar sobre a ideia de o que seria o homem, tornando-o então em si mesmo objeto da reflexão.

Seguindo na ideia de que o homem que conduz esse pensamento, nada seria mais natural do que colocá-lo no centro, como referência de desenvolvimento. O período que estabeleceu diretrizes que vigoram até os dias de hoje foi por alguns, como Fábio Konder Comparato (2008, p. 8) denominado de período axial, em referência ao fato de ter formado uma espécie de eixo histórico da humanidade.

Período que compreende os séculos VIII e II a.C, viveram doutrinadores como Buda, Pitágoras e Confúcio. No século V a.C, em Atenas, não por acaso coincide a tragédia grega e a democracia, resultado de questionamentos dos mitos tradicionais e das ações humanas. A tragédia, antes da psicanálise, propôs-se a discutir o ensimesmamento humano, entendendo o homem ao mesmo tempo como a dificuldade de solucionar os problemas ao mesmo tempo em que é a própria solução.

Sentiu-se a necessidade de definição de critérios que tornassem possíveis elucidar e controlar as ações humanas. Nessa racionalização, as religiões que se mantiveram presentes tornaram-se mais éticas, já que o que passou a ser objeto de busca da filosofia foi uma justificativa ética para uma disposição da vida em sociedade.

A atração dos pensadores reside pois na condição de a natureza humana atingir sua potencialidade ética. O desenrolar de toda a filosofia trabalha com pontos da natureza humana. Sendo esta intimamente boa, não há que se falar

em algum modo de controle social ou até mesmo em um sistema externo de regras que fosse capaz de restringir impulsos.

Outras concepções, contudo, sustentam que a natureza humana é desde sua origem má, e que o comportamento bom ou moderado era derivado de uma influência de restrições sociais. Conforme expõe Dennis Lloyd (1998, p. 6-7), era esse o pensamento entre autores como Jean Bodin, Thomas Hobbes, David Hume e Nicolau Maquiavel. O estado original do homem trazido por todos eles era de desordem e violência, em uma espécie de guerra permanente.

Tanto a religião, quanto a ciência e a filosofia propuseram, cada uma a seu modo, espécies de máximas a serem seguidas para uma convivência social. Separadamente ou fundindo ideias de duas ou até mesmo das três vertentes, a história humana mostra que desde a mitologia consta do ser humano a necessidade de existir uma ordem, de existirem disposições sociais as quais a população é submetida.

Essas máximas converteram-se em costumes, em um modo de vida do homem social. Conforme Dennis Lloyd (1998, p. 22)

Os mitos [...] revelam a necessidade humana profundamente sentida de ordem, e a crença concomitante em que tal ordem, seja em nível cósmico ou terrestre, exige a combinação de dois elementos essenciais, autoridade e coerção. Sem o reconhecimento de alguma autoridade cujos decretos e sentenças determinem a estrutura de ordem no mundo, não pode existir sociedade organizada e, por conseguinte, a autoridade da lei divina possibilita o funcionamento do universo como um todo social. Mas sem o elemento força para garantir obediência ao decreto divino o universo jamais poderia alcançar as condições requeridas para que o Estado cumpra seu papel de organização da sociedade [...].

Sejam essas ordens absolutas de deuses superiores ou ordens do próprio homem e mutáveis perante discussões, essas máximas acabaram por ser convertidas em um caráter de definitividade da coerção. Seu conteúdo hoje não é, necessariamente, imutável, mas a sua existência como forma de coerção e autoridade sobre um grupo social tornou-se algo visceral.

Como traz Jeanine Nicolazzi Philippi (2001, p. 30),

O conjunto de normas assim produziu, distinguido não pelo seu conteúdo, mas principalmente pela força dos ritos veiculados através da sucessão de fórmulas, palavras e gestos sagrados, possibilitou, contudo, o desenvolvimento de práticas consuetudinárias reiteradas por um longo período de tempo e publicamente aceitas.

A legalidade dos costumes e sanções divinas passaram a ter uma nova roupagem diante do surgimento da escrita, quando os primeiros textos com natureza jurídica surgiram cerca do ano 3000 a.C (WOLKMER, 1996, p.20-21), como Ur-Nammu, Leis de Eshnunna e o Código de Hamurabi.

Considerado o mais completo código da antiguidade, Hamurabi é inequívoco ao fixar a procedência divina de sua lei, atribuindo a deuses da época o poder de coerção, sem o qual uma lei não se opera. Além do caráter divino, é possível desde então notar elementos que são componentes da lei humana, como decretos, coerção e a designação de deuses que legitimam o poder do homem sobre o homem.

Na Grécia, a vida social é regrada por leis instituídas por também um agente único, firmando seu sustentáculo em raízes religiosas. Invasões dóricas em torno do século XII a. C. derrubaram o poder micênico e seu reino religioso, fazendo com que não mais apenas a casta sacerdotal tivesse influência na política como também os homens livres descendentes de um desenvolvimento comercial. Desse modo, a riqueza passa a ser um novo elemento de distinção social, tal qual a religião.

Como a lei existia nesse momento para tutelar então as riquezas de quem a controlava, a disparidade gerou graves distúrbios sociais, demandando "normas escritas, públicas, que permitiam colocar sob o olhar de todos os diversos aspectos da vida política" (PHILIPPI, 2001, p. 35).

Assim, aos poucos a lei deixa de ser privilégio daqueles que eram abastados e passa de decreto da religião a uma reivindicação de direitos escritos, que sejam iguais para todos. Como descreve Jeanine Nicolazzi Philippi (2001, p.35-36)

Nesse universo, a *Dike* - cujo significado equivale, aproximadamente, a dar a cada um o que lhe é devido -, passa a expressar uma espécie de plataforma da vida política, na qual se resguarda, pela primeira vez na história da humanidade, uma forma de *luta pela igualdade*, traduzida nos termos de uma demanda por normas públicas de conduta que possam se tornar linguagem universal.

Sendo que normas de estrutura sociais sempre existiram, a lei surgiu escrita como forma de coação e aplicabilidade de suas disposições. Antes deparada com uma sociedade amparada em crenças, o desenvolvimento de conhecimentos

possibilitou uma mudança na estrutura social. A filosofia da natureza proporcionou a comunidade da época uma nova visão, sendo que se a cada homem foi dada a capacidade de conhecer a si mesmo, surge a percepção de uma moral aplicada a todos.

É nesse raciocínio que o código moral humano sente necessidade de uma positivação, que deve ser estabelecida por quem tenha legitimidade para tal, onde a legitimidade dos deuses é transferida ao legislador. De deuses para instâncias deliberativas de cidadãos, a lei forçava o homem a adequar sua vida diante da postulação. Era simples e lógico que aquele que se apartava do que estava disposto na legislação sofria um tipo de sanção.

Simultaneamente o homem ser o produtor da lei, era seu submisso e objeto. Ao tempo em que os deuses governavam até o momento em que a lei se consolidou na vida em sociedade, o ser humano não tinha exigências ou considerações a serem levadas em sua produção. Restava que o homem não era, ainda, um fim em si mesmo.

2.2 O Homem Como Sujeito de Direito

Mero objeto utilizado para disposições legais para organização da estrutura social por aqueles que a produziam, o homem seguiu o curso de sua evolução lidando com conflitos humanos, que a cada momento refletem na legislação de cada lugar do mundo. Não se pode ignorar o fato de que desde o constitucionalismo tanto francês quanto estadunidense havia uma tendência na valorização da figura do ser humano. Apesar disso, o grande marco de mudanças foi a tragédia da Guerra.

Como bem pontua Fábio Konder Comparato (2008, p. 38)

[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Nada resta além de concordar que a cada colapso que a comunidade global enfrenta, ocorre movimentação no sentido de que se mude ao modo como se vê o ser humano e sejam feitas modificações legislativas para garantir cada direito que, aos poucos, vai sendo declarado.

Um dos grandes choques que a humanidade sofreu foi o período do nazismo e a conseqüente despersonalização da figura do homem na Alemanha. O Terceiro Reich foi controlado por Adolf Hitler, que promoveu as mais diversas atrocidades contra grupos sociais, fundando sempre suas ações na lei.

A crueldade das ações e a normalidade com que se encarava os atos deixou a comunidade mundial em estado de choque, e o pós guerra de 1945 foi o período em que mudaram-se as perspectivas do Direito Internacional e houve uma grande movimentação no sentido de reconhecer e tutelar os direitos da pessoa humana.

A parca tentativa do período após a primeira Guerra Mundial de criar a Liga das Nações, no ano de 1920, tinha a finalidade de "promover a cooperação, a paz e a segurança internacionais, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política dos membros" (MAZZUOLI, 2015, p. 61).

Falha e sem capacidade de coerção, serviu de precedente para a implementação da ideia da necessidade de proteção aos direitos humanos, com importante contribuição já na noção de relativização da soberania, necessária quando se põe em voga os tratados internacionais.

A criação da Organização das Nações Unidas e sua adoção a partir de 1945 promoveu a independência dos direitos humanos como um ramo autônomo de estudo e interesse do direito internacional público, o que demarcou novas preocupações com a paz e segurança, além da cooperação internacional no sentido de desenvolvimento econômico, social e cultural visando a proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p.184).

A mudança de pensamento em cunho mundial fez com que, lentamente, os países adeptos fossem modificando a sua estrutura legislativa interna no sentido de acolher as novas perspectivas e criando mecanismos de proteção para tais previsões.

O homem, nesse momento, deixa de ser simplesmente um objeto de lei divina ou mesmo do legislador legitimado diante de quem cabia ao cidadão apenas adequação ao disposto no texto legal. O homem se torna sujeito de direito perante a lei, tanto no que diz respeito a sua tutela e execução quanto na sua produção, onde tem início a consideração nas individualidades dos mais diversos grupos sociais.

2.3 Os Direitos de Herança dos Marcos Históricos

Seguindo na história escrita pelos atos do ser humano, todos os movimentos praticados podem ser configurados precedentes. Afinal, tudo que traz o homem até onde está precedeu e influenciou direta ou indiretamente sua condição atual.

Quando se fala em direitos humanos, alguns momentos históricos merecem especial destaque. Não porque foram mais importantes que os demais, mas porque em uma visão panorâmica, representaram verdadeiros marcos para todos os lados em que possam ser estudados.

2.3.1 Iluminismo

O período histórico que se convém chamar de Idade Média é conhecido, na verdade, pela falta de contribuições à ciência. Marcada pelo esfalecimento do poder econômico e pelo sistema feudal, foi em seu momento final, na chamada Baixa Idade Média, que mudanças começaram a surgir.

No tocante ao desenvolvimento legislativo de proteção, desponta a Magna Carta na Inglaterra em 1215, que trouxe para os direitos humanos os primeiros indícios do reconhecimento de uma liberdade - não em benefício de todos, de cunho social, mas sim uma liberdade individual e específica.

Mas é o Século das Luzes que, marcado pela liberalidade, empirismo e criticismo em sua integridade proporciona uma análise de consciência e de questionamentos aos valores tradicionais até então instituídos (COMPARATO, 2008, p.48). Houve contribuição em todas as áreas de conhecimento, tanto no mundo literário, artístico, científico e político.

Uma de suas marcas foi a visão e necessidade de liberdade que passou a crescer na população. Não apenas liberdade econômica (o que possibilitou um grande desenvolvimento), mas também um liberalismo moral, que se voltava para o aprimoramento das condições do gênero humano.

O crescer do sentimento de liberdade e resistência perante a tirania confrontado com devastações de guerras civis encontravam respaldo nas declarações da Magna Carta. Contudo, os ideais dispostos pelo documento, como o *bill of rights* e o *habeas corpus*, fundados na proteção das garantias individuais, eram aplicados distintamente.

A condição de a proteção restar por ser utilizada apenas pela rica burguesia alimentou a tensão existente nas camadas ditas inferiores da população, de modo que o período ficou pincelado por certa epicidade.

2.3.2 Revolução Francesa

A liberdade já entendida pela população como um direito misturada a crescente filosofia empirista e ao criticismo tão caracterizado por Immanuel Kant culminaram na Revolução Francesa de 1789 junto de sua crise econômica e política da época.

O momento de tensão teve início com as tentativas de realização de Assembleia dos Estados, que obviamente desfavoreciam os interesses da grande massa. Proclamada a Assembleia Geral Nacional, o conflito se instaurou por ser audacioso perante as vontades do rei.

O conflito ganha as ruas em caráter de guerra civil, sendo inclusive proclamada a República Girondina, transferindo os poderes do rei para a burguesia e colocando fim ao período monárquico. A tomada da Bastilha, em 1789 foi ato com intuito de demonstrar a queda do absolutismo, e foi o momento em que foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto.

Tida como a mais famosa das declarações, sua importância decorre de "ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merece o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do homem" (FERREIRA FILHO, 2010, p. 37).

Constituída por enunciados, estes tem a natureza de não serem instituídos pelo documento, mas apenas lembrados por ele. Isso significa que trata de direitos já existentes, de natureza abstrata, e que são individuais, inalienáveis e imprescritíveis. São, por essa razão, universais.

Como era a necessidade do momento histórico vivido pelo homem, a Declaração frisa as liberdades do homem, que como explicada por Ferreira Filho (2010, p. 41), são o poder de não agir ou agir de modo independente da ingerência do Estado.

Seguindo pelo autor, destaca a inclusão da liberdade em geral, a de locomoção e opinião, segurança e propriedade, do mesmo modo que aos seus corolários, como ideais de presunção de inocência, devido processo legal e poder de resistir a opressão.

Os direitos do cidadão são poderes, e reconhecimento feito pela Declaração foi que tais direitos exigem aplicação simultânea por todos, ao mesmo tempo que exige uma regulamentação com intuito de impedir colisão de direitos e violações.

Entra em cena a lei, reflexo da vontade geral demonstrada pelo Contrato Social. Aquela é indubitavelmente marcada pela isonomia, como é expresso o artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

2.3.3 Segunda Guerra Mundial

A Segunda Grande Guerra Mundial, ocorrida oficialmente de 1939 a 1945, foi um momento histórico marcado pelas atrocidades do homem contra o próprio homem. A gama de violações fez crescer a urgente necessidade de mecanismos efetivos de controle e aplicabilidade dos direitos humanos.

Conforme expõe Valerio de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 64-65)

Pode-se dizer que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o "direito do pós-guerra", nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante o Holocausto (1939-1945). A partir desse momento histórico, cujo saldo maior foram 11 milhões de mortos (sendo 6 milhões de judeus) no decorrer desses anos, a sociedade internacional viu-se obrigada a iniciar a construção de uma normatividade internacional eficaz, a fim de resguardar e proteger esses direitos, até então inexistentes [...] O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da

falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com intuito de impedir que atrocidades daquela natureza jamais viessem novamente a ocorrer no planeta.

É nesse momento que os direitos humanos iniciam a sua solidificação. A terminologia de Hannah Arendt, o "direito a ter direitos", passou a ser o referencial da internacionalização, colocando em cheque a soberania absoluta dos Estados. Diante das barbáries por ela produzidas, seria então limitada para promover a proteção.

A Segunda Guerra foi o abalo que a comunidade global precisava para mudar sua postura diante de seus próprios homens, e compreender que todos são iguais não apenas perante a lei, construção do homem, mas que são iguais pela sua mesma natureza.

2.4 Desenvolvimento Legislativo de Proteção Internacional ao Homem

A hoje estabelecida doutrina de direitos do homem conta com alguns precedentes importantes. Embora hoje tenha-se documentos de cunho internacional, alguns precedentes restam localizados em regiões específicas, visto ser relativamente recente a ideia do tratamento de uma comunidade internacional voltada a interesses que não de comércio.

Registrar direitos em documentos escritos não é prática recente, e remonta desde a Idade Média, como os forais e as cartas de franquia, emitidas pelos senhores feudais com o objetivo de que os direitos ali inscritos fossem reconhecidos e, assim, respeitados.

A Magna Carta, de 1215, embora se ocupe dos direitos dos ingleses, merece menção pela limitação do poder previsto ao enumerar prerrogativas que eram aplicáveis a todos os súditos, e pelas suas tutelas sobre a liberdade.

A internacionalização das previsões locais foi se desenvolvendo com lentidão ao longo do tempo. Apesar de já existir o direito internacional como uma espécie de relação entre os Estados, não havia nada que interligasse a legislação interna de um a outro, especialmente em tempos de absolutismo.

Como é da característica do ser humano o agrupamento, este o fez no decorrer de sua história pelo agrupamento de comunidades, estando interligado ao

outro por laços subjetivos de identidade. O resultado do crescimento populacional é a necessidade de coexistência.

Não basta mais, a partir desse momento, que o direito simplesmente se ocupe por regular marcos de fronteiras e lide com comércio, como era feito das relações internacionais. É preciso que o direito se ocupe também em disciplinar atividades, fazendo-o por meio de criação de um sistema de normas que seja aplicável e preocupado tanto as atividades dos Estados quanto aos seus indivíduos.

Ao longo do tempo, o direito internacional sofreu uma modificação em seu desenvolver, sendo um desencadear de tendências que podem ser chamadas de evolutivas (MAZZUOLI, 2016, p.77). Seguindo na doutrina de Valerio de Oliveira Mazzuoli (2016, p. 78-81), é possível que se tenha o direito internacional em oito momentos distintos. São esses momentos a universalização, a regionalização, a institucionalização, a funcionalização, a humanização, a objetivação, a codificação e a jurisdicionalização.

A universalização pode ser vista a partir do momento em que se tem reconhecida soberania de outros povos que não apenas os europeus e americanos, não sendo mais o direito internacional centralizado, e sim universal. A regionalização, por sua vez, vem após a universalização visto que surgiu com a particularização de regiões por características sociais, culturais, políticas ou econômicas, com o intuito de melhor prover a cooperação entre Estados.

A institucionalização foi a próxima tendência evolutiva no sentido de que o direito internacional deixou de ser apenas de relações multilaterais entre Estados e passou a contar com uma maior participação de organismos internacionais e especializados, garantindo uma maior segurança jurídica. Tal tendência é acompanhada pela funcionalização, a partir do momento em que o fortalecimento das relações internacionais clama pela necessidade de alteração na ordem interna dos países para surtir efeito.

A humanização surge e modifica a direção e comportamento do direito internacional quando surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, marcada pela combinação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e da Convenção Americana

sobre Direitos Humanos (1969). A criação de tribunais de Justiça Penal Internacional enriquece a proteção fornecida pelos documentos assinados.

A objetivação vem para superar a voluntariedade dos Estados diante da criação de normas de vinculação internacional, sendo que a vontade destes passa a ter cada vez uma importância menor para as normas do moderno direito internacional, agora protetivo.

A codificação impulsiona a criação de textos internacionais com o sentido de firmar todo o progresso obtido. A jurisdicionalização, tendência atual e consequência lógica de todas as demais, vem com o objetivo de concretizar a jurisdição internacional obrigatória, com o poder de punir as violações, através de tribunais de caráter permanente.

Essa mudança de direcionamento, que fez com que o direito internacional passasse a tutelar o homem, e não mais apenas o Estado no que diz respeito aos seus limites territoriais e econômicos, apresenta três importantes precedentes para que os temas garantistas previstos em legislações de forais, Carta Magna e Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentassem uma importância diferenciada.

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 60-62), esses três precedentes são o direito humanitário, criado no século XIX, intimamente ligado ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que visa a proteção em casos de guerra de militares fora de combate e civis em geral; a Liga das Nações, de 1920, criada após o trauma da Primeira Guerra Mundial com o objetivo de promover paz, segurança e cooperação internacionais. Embora falha pois não tinha poder de coerção das suas disposições, a Liga é importante precedente não apenas no ideal de proteção de direitos do homem como também na ideia de relativização de soberania estatal absoluta.

O terceiro precedente mencionado por Valerio Mazzuoli (2015, p. 62) é a Organização Internacional do Trabalho, em 1919, fundada na busca por condições condizentes com bem-estar social ao trabalhador. A diferença, segundo o autor, é que pela OIT os direitos e seus titulares tornaram-se mais facilmente visualizáveis, o que facilitou sua efetivação.

O horror da Segunda Guerra Mundial trouxe a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, devendo este apresentar caráter de normatividade eficaz para o resguardo e proteção dos direitos do homem.

Nesse sentido, surge a Organização das Nações Unidas em 1945 e proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dando ensejo a produção de diversos tratados internacionais que tutelassem os direitos básicos do ser humano.

A ONU foi o marco divisor na internacionalização, tendo em vista que as legislações que promoviam a proteção de direitos eram, até então, internas. A ONU surge em sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter geral, promovendo documentos de proteção que tutelem o homem em sua generalidade; quanto de caráter específico, promovendo a proteção de grupos sociais específicos.

Com o desenvolvimento e reconhecimento dos direitos e adaptação a relativização da soberania, passam a ser promovidos os sistemas regionais - que coexistem e são complementares, no sentido de que um contato mais próximo com determinada região que guarda as mesmas características é capaz de fornecer uma proteção mais efetiva.

É nesse panorama que se firmaram os documentos que regulamentam as disposições e funcionamento das cortes Interamericana de Direitos Humanos, Europeia e Africana.

2.5 Evolução da Legislação Brasileira nos Direitos Humanos

Como país independente, o Brasil conta com oito constituições em sua história. Cada uma delas buscava trazer um espaço para os direitos fundamentais, de acordo com a sua evolução em nível mundial e com a abertura política permitida na época.

Importante frisar que, em âmbito interno, fala-se não em direitos humanos, e sim em direitos fundamentais. Como ressalta Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 28), os direitos fundamentais, "sendo positivados nos

ordenamentos jurídicos internos, não têm um campo de aplicação tão extenso quanto os direitos humanos [...]".

Assim, tem-se que em direito interno utiliza-se a expressão "direitos fundamentais", enquanto dos direitos do homem em uma perspectiva internacional e mais ampla, a expressão que cabe é "direitos humanos".

2.5.1 Influência das Previsões Externas até 1988

Das constituições brasileiras, pouca evolução significativa se teve até o marco de 1988. Desde 1824, no Império, todas elas se movimentaram na tentativa de regulamentar e seguir as evoluções que ocorriam no mundo, dos marcos liberais até aos efeitos de Guerras Mundiais.

Nesse sentido, a constituição do Império de 1824 pouco trouxe no que diz respeito aos direitos fundamentais. Caracterizada pela monarquia centralizada e pelo Poder Moderador do imperador, contava com alguns dispositivos que firmava direitos civis e políticos. Dentre eles, encontrava-se por exemplo a legalidade, a irretroatividade da lei, liberdade de pensamento e proibição da tortura.

A constituição, porém, nada trouxe sobre o que se diz respeito a mecanismos de proteção judicial dos direitos. Para Pontes de Miranda (1999, p. 70), embora não exposto no texto, era possível extrair o *habeas corpus* da independência concedida ao Poder Judiciário.

Embora influenciada pelo liberalismo ideal da época, os direitos políticos eram dispostos em escala de graduação pela renda e classificação social de cada um, além de ter mantido a escravidão.

A constituição de 1891 foi a primeira constituição republicana, marcada pelo federalismo. Conforme traz Paulo Vargas Groff (2008, p. 111)

A Constituição trazia um rol apenas demonstrativo de direitos, deixando em aberto a possibilidade do reconhecimento de outros direitos não-enumerados, "mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna" (art 78).

Foi a primeira a constitucionalizar o instrumento do *habeas corpus*, e embora não tenha apresentado evoluções em termos sociais, trouxe a previsão para aposentadoria de funcionários públicos em caso de invalidez (GROFF, 2008, p.

111). Ainda, embora em seu texto contasse com uma declaração de direitos, estes não tinham efetividade em sua aplicação pela estrutura política e social fragilizada.

A constituição de 1934 tem como marca a revolução e governo de Getúlio Vargas, e foi influenciada pela movimentação social da época, principalmente no que diz respeito aos direitos trabalhistas, tendo em vista marcos como a Constituição Mexicana de 1917.

Assim como as demais, reservou espaço para tratar de direitos e garantias, trazendo um rol extenso de direitos individuais, além de criar a ação popular, remédio constitucional de defesa de cidadania. Entre conquista de direitos, pode-se mencionar o sufrágio feminino.

Apesar disso, pouca aplicabilidade teve suas disposições, tendo em vista sua curta duração. Logo, em 1937, instaurou-se a ditadura e o Estado Novo, que institucionalizou o estado autoritário (GROFF, 2008, p. 115). Como todo Estado ditatorial, torna-se incompatível e inaplicável, pela política, qualquer tipo de garantia a direito.

José Afonso da Silva (2000, p. 169) dispõe que a constituição foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas”.

Apesar de ter repetido o rol de direitos já trazidos pelas outras constituições e de ter novas previsões, como a vedação de aplicação de penas perpétuas, nada aplicou-se, e Pontes de Miranda (1999, p. 300) demarca que “A Carta de 1937, apenas outorgada, longe estava de aceitar a liberdade física e as demais liberdades com direitos do homem”.

A constituição de 1946 é marcada pela tentativa de redemocratização, limitada contudo pela centralização do poder da União (GROFF, 2008, p. 117). Restabeleceu os direitos de 1934, e demarcou a total liberdade de pensamento, tão desejado em tempos de Estado Novo. Os direitos sociais eram, assim como nas demais, tratados em capítulo apartado da Carta de Direitos, e ampliou os direitos culturais.

Do resultado do golpe militar restou-se abolido o próprio sistema constitucional no que se trata aos direitos. Embora constasse com previsão, estes

eram já no texto limitados. Houve um grande retrocesso, até mesmo na contramão do mundo, que enfrentava um pós-guerra marcante.

De tantos atos que partiram dos governantes em sentido de violação de direitos fundamentais já declarados, inclusive internacionalmente, os atos institucionais vieram por deturpar o texto constitucional a ponto de se falar que em 1969 o Brasil passou a ser regido por nova constituição.

A Constituição de 1969 ampliou a centralização do poder e o autoritarismo. Ela incorporou ao seu texto medidas autoritárias dos Atos Institucionais; consagrou a intervenção federal nos Estados; cassou a autonomia administrativa das capitais e outros municípios; impôs restrições ao Poder Legislativo; validou o regime dos decretos-leis; manteve e ampliou as estipulações restritivas da Constituição de 1967, quer em matéria de garantias individuais, quer em matéria de direitos sociais (GROFF, 2008, p. 123).

Entre 1978 e 1985 desenvolve-se uma abertura democrática, lenta e gradual do sistema. Movimentos de mobilização em massa exerceram determinada pressão, até que das eleições indiretas o Brasil encontra-se novamente diante de um presidente civil. Inicia-se a Nova República, com as portas abertas para as declarações e reconhecimento internacional de direitos humanos.

5.2 A Constituição Cidadã e o Conceito de Direitos Fundamentais

A Constituição Brasileira de 1988 representou um marco no ordenamento jurídico interno na conquista e evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Abraçou as três gerações clássicas de direitos, cumulativas e firmadas em ordem cronológica pela evolução das conquistas do homem.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 63), no que diz respeito aos direitos fundamentais, "é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância".

É marcada, ainda pelo autor, por três características no que diz respeito ao seu título de direitos fundamentais, a ser uma constituição analítica, plural e pragmática e dirigente.

É analítica pois além de seu texto explicitamente garantista, apresenta dispositivos ao longo de todo seu corpo, resguardando série de direitos de possíveis limitações ou erosões causadas pelos demais poderes.

É plural pois em sua ânsia de abarcar o máximo possível de direitos e de não limitar a ingressão de novos, acolheu disposições que nem sempre são compatíveis entre si, do mesmo modo no que diz respeito as teorias dos direitos fundamentais, reunindo dispositivos clássicos e modernos.

Pode-se dizer também que é pragmática e dirigente. Isso porque, apesar de seu garantismo apresentar certa desconfiança para com o legislador infraconstitucional, conta com este em muitos dispositivos para o estabelecimento de programas e diretrizes, sempre direcionando-o às suas intenções.

Tais características são extraídas do longo e marcante período de limitação ao qual o Estado brasileiro foi submetido, enquanto o mundo viva uma evolução no que se diga ao direito internacional, desenvolvendo-se ao "direito das gentes", buscando tutelar o homem através dos tratados e acordos entre Estados.

2.6 Os Direitos Fundamentais

A evolução dos direitos do homem na história é lenta, sendo que a recepção de cada um dos direitos outorgados guardavam relação com o contexto social e econômico vigente. Desde a Magna Carta inglesa, passando por tratados de paz como de Westfália, o Bill of Rights, a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, até a Declaração Francesa e o constitucionalismo norte-americano, por exemplo, os direitos humanos foram sedimentando-se, estabelecendo bases firmes.

No Brasil, foi apenas com a vigência da Constituição de 1988 que os direitos fundamentais receberam o status jurídico devido, em que pese desde sua concepção até a ordem em que estão distribuídos no texto constitucional. Em questão terminológica, a nível internacional os direitos do homem são chamados de direitos humanos, enquanto no ordenamento jurídico interno, a Constituição optou por denominá-los de direitos fundamentais.

2.6.1 A Carta de Direitos: Posição e Significado no Estado

É preciso firmar que torna-se indissociável a relação estabelecida entre um Estado de Direito estabelecido e os direitos fundamentais. Os direitos do homem sempre tiveram o condão de funcionar como um limitador do poder estatal, quando

este detém a legitimidade sobre seus cidadãos mas estes não estão mais a mercê das vontades de um soberano.

O Estado passa a ser figura com estrutura consolidada no sentido de, independente da estratégia política adotada por seu governante, ter a constância ao assegurar e proteger os direitos básicos do homem. Pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, entende-se que Constituição é o documento pelo qual o Estado é organizado, tanto pela separação de poderes tanto como pela garantia de direitos.

Assim resta possível identificar um Estado na sua forma de Direito como também o teor principal do documento legal que o organiza. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 58)

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Desse modo, os direitos fundamentais hoje representam uma espécie de estado ideal a ser atingido, devendo ser uma meta constante no caminhar de um Estado. Para Hans-Peter Schneider (1979, p. 23), tais direitos podem ser levados em conta como *conditio sine qua non* de um Estado Democrático de Direito.

Os direitos, além de limitadores do exercício do poder, representam toda uma estrutura de organização, valores e medida da ordem constitucional. Segundo Canotilho (1992, p. 113), a constituição garantista dos direitos no Estado Democrático transformou-se em espécie de "reserva de justiça", legitimando formal e materialmente a ordem jurídica.

Nesse raciocínio, são a soberania popular e os direitos fundamentais que condicionam e legitimam a normatividade do Estado. No caso da Constituição brasileira vigente, é possível ainda destacar como característica marcante sua posição topográfica no texto constitucional.

O fato de a Carta de Direitos encontrar-se posicionada logo após o preâmbulo constitucional e os princípios de manutenção estatal representam um parâmetro hermenêutico - ou seja, todo o texto disposto deve ter suas normas e regras interpretadas sempre voltadas para os direitos ali previstos.

Outro detalhe da recepção foi a mudança de terminologia. Ao invés da já superada utilização do termo "direitos individuais", o texto constitucional então adotou a nomenclatura de "direitos e garantias fundamentais", em sincronia com o desenvolvimento nacional e internacional. A adoção de tais direitos em título separado e não mais embutidos junto dos direitos sociais ou econômicos ressaltam a autonomia do catálogo.

2.6.1.1 Do Catálogo Disposto na Constituição

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 64-65), três características podem ser atribuídas ao texto constitucional e, conseqüentemente, ao título de direitos fundamentais. São elas o fato da constituição ter caráter analítico, plural e dirigente e pragmático.

A constituição analítica, segundo o autor, é aquela que apresenta um grande número de dispositivos legais, o que resguarda o ali disposto de uma possível corrosão por parte dos poderes do Estado, além de demonstrar certa suspeita para com a atuação do legislador infraconstitucional.

O pluralismo (SARLET, 2012, p. 65)

advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte.

Por fim, o cunho pragmático e dirigente do texto constitucional resulta das diversas disposições que dependem de regulamentação infraconstitucional, com criação de programas e diretrizes a serem implantados pelo poder público.

A vastidão inédita do catálogo é resultado de mais de vinte anos de uma ditadura militar extremamente repressiva, o que tornou a carta de direitos ricamente positivada nas mais diversas dimensões dos direitos fundamentais, seguindo também o proposto pela Declaração Universal de 1948 e todos os demais movimentos internacionais do tema que foram se desenvolvendo ao longo das décadas.

Contudo, a provável ansiedade e agitação de produzir algo protetivo e que entrasse o quanto antes em vigor, seguindo a reabertura da política e dos

direitos no país, acarretou falhas técnicas no catálogo de direitos fundamentais. Estas podem ser mencionadas como decorrentes de falta de análise e reflexão necessária e uma certa ausência de rigor técnico, que faz com que direitos superficialmente mencionados tenham seu suporte buscados em outros títulos da Constituição, gerando dúvida quanto ao que faria parte ou não de seu conteúdo.

Sarlet (2012, p.68), para tal falha, exemplifica com o artigo 6º, que apenas elenca os direitos sociais, fazendo com que o aquilo que compusesse o direito devesse ser buscado na ordem econômica e social. O que se interpreta de tal falta de metodologia é que as matérias poderiam ter sido melhor acomodadas, sistematizadas, para que facilitasse e clareasse um possível dilema hermenêutico.

É possível apontar também, baseando-se na ideia de autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996, p. 4 e ss) que a amplitude do catálogo pode, discutivelmente, levar o *status* de norma fundamental a um desprestígio no desenrolar dos anos, justamente pela quantidade de normas ali dispostas.

2.6.2 Classificação dos Direitos Fundamentais

É preciso que se faça menção a concepção das dimensões de direitos humanos, que conseqüentemente são aplicadas à evolução também dos direitos fundamentais e sua organização. São resultado de um processo de transformações gerais de uma sociedade ao passar dos anos.

Como destaca Sarlet (2012, p. 46), a teoria não aponta somente "para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas [...] sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno".

Consagradas e difundidas por Norberto Bobbio em sua obra "A Era dos Direitos", mais que para salvaguardá-las, seu objetivo foi destacar a necessidade de efetivação e de monitoramento por parte do direito internacional e pelo direito interno de cada país signatário de convenções que prestigiem os direitos humanos.

A primeira dimensão de direitos é marcada pelas ideias individualistas burguesas do século XVIII. Marcam uma luta pela autonomia da pessoa frente ao Estado, e por isso são chamados de direitos negativos, sugerindo que o Estado

devesse então se abster de envolvimento na vida da população. São os direitos de liberdade, essa aberta em um leque, seja de expressão, imprensa, manifestação, por exemplo. Também abarca os direitos de participação política, correspondendo a primeira dimensão, de acordo com Bonavides (1997, p. 517), são chamados de direitos civis e políticos.

Os direitos de segunda dimensão ganharam característica no século XIX, quando o impacto da industrialização e das liberdades geraram sérios problemas na economia e na organização da sociedade. A liberdade não era mais suficientemente assecuratória ao homem, e foi preciso do Estado uma postura ativa para concretização de justiça social. Visando a igualdade, são eles os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos de terceira dimensão tem por destinatário o gênero humano, com uma titularidade indeterminável, após um período marcante de guerras mundiais. Denominados também de direitos de solidariedade ou fraternidade, são aqueles que visam o desenvolvimento, a paz e a autodeterminação dos povos.

Há hoje a discussão da existência de uma quarta geração, que guardaria os direitos de manipulação genética, e até uma quinta geração, colocando a paz mundial em um lugar de destaque (SARLET, 2012, p. 51-52). Contudo, está longe de ser o tema pacificamente aceito pela doutrina.

No que diz respeito a classificação dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva (2015, p. 184-186) apresenta sua divisão em fonte e em conteúdo. Quando em fonte, são classificados em expressos, em decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição e os decorrentes de tratados e convenções adotados pelo país.

O critério considera a situação de que a própria Constituição admita direitos e garantias que esta não enumerou, conforme explícita menção do §2º de seu artigo 5º.

Pelo conteúdo da Constituição, o autor classifica os direitos fundamentais em direitos individuais (artigo 5º), direitos à nacionalidade (artigo 12º), direitos políticos (artigos 14 a 17), direitos sociais (artigo 6º, 193 e seguintes), direitos coletivos (artigo 5º) e direitos solidários (artigos 3º e 225). Embora não

considerados como direitos fundamentais sociais, existem os direitos econômicos, tratados em disposições de ordem financeira.

2.6.3 Os Titulares dos Direitos

Fundada no princípio da igualdade e atribuindo titularidade de direitos e garantias a brasileiros e estrangeiros, de acordo com o *caput* de seu artigo 5º, a doutrina soa pacífica ao afirmar que a Constituição brasileira adotou o princípio da universalidade na titularidade de direitos e também deveres fundamentais.

Conforme menciona Sarlet (2012, p. 211), a universalidade será restringida ou alargada de acordo com as disposições do legislador constituinte, mas sempre com respeito ao núcleo mínimo de direitos fundamentais, não podendo este ser atingido por nenhuma discricionariedade.

Necessário frisar que a universalidade não assegura atribuição de todos os direitos a qualquer pessoa sem nenhum tipo de distinção, visto existirem direitos específicos com o fim de que justamente o princípio da igualdade se concretize.

É a situação que surge, por exemplo, quando se põe em pauta direitos de grupos peculiares, como os indígenas, que exigem por parte do legislador e dos executores da lei, também da sociedade, um mínimo de informação sobre a multiculturalidade étnica do país para compreender que a diferença no meio é algo necessário para se atingir os mesmos direitos.

Aos direitos sociais não há razão de ser em se discutir um regime jurídico-constitucional diferenciado dos civis e políticos no que diz respeito a sua titularidade. Direitos individuais de expressão coletiva, tais dimensões coexistem, sendo que, como traz José Ledur (2009, p. 85-86), a titularidade individual não afasta a possibilidade de o direito ser exercido coletivamente.

2.7 Sistemas de Direitos Fundamentais

Expor a questão dos sistemas de direitos fundamentais e o adotado pela Constituição Federal de 1988 é importante no sentido de que seu sistema reflete na hermenêutica e, como consequência, na aplicação de suas disposições.

Foi Günter Düring que desenvolveu a ideia de que o sistema de direitos fundamentais da Lei Fundamental Alemã compunha um sistema sem lacunas, fechado, firmando que a dignidade da pessoa humana se confirmava e se aplicava a cada dispositivo que era o sistema de direitos (SARLET, 2012, p. 70).

O sistema proposto sofreu diversas críticas, e inaplicável a Constituição brasileira, Ingo Sarlet (2012, p. 71-74) propõe aplicação das ideias desenvolvidas por Konrad Hesse. Para Hesse, é insustentável um sistema fechado e autônomo, em vista os direitos do catálogo, por mais extenso que esse seja, serem garantias pontuais e que guardam relação com o restante das normas.

O sistema materialmente aberto coaduna com o texto constitucional brasileiro atual pois existem direitos positivados em outras partes do texto, não apenas no que seria o sistema de direitos fundamentais, como também fora do próprio texto, a referência os tratados internacionais. Por isso, o sistema que seria aplicável é um sistema aberto, flexível, com o desenvolvimento acordado com o restante do texto e aberto a novos conteúdos.

Cabe ainda tratar da coerência interna do sistema. Como põe Vieira de Andrade (1987, p.108-109) é possível falar em uma unidade no sistema, mas esta é apenas relativa. Há uma unidade pela necessidade de harmonização de todas as disposições ali constantes, contudo, são não poucas vezes conflitantes entre si, visto serem decorrentes das mais diversas origens históricas.

Outra característica que permite visualizar o conjunto dos direitos fundamentais como um sistema é o limite material à reforma nas chamadas cláusulas pétreas.

Por outro lado, a posição dos direitos não deve, nas palavras de Ingo Sarlet (2012, p. 73) ser "uma espécie de supercodificação" em relação ao restante da ordem constitucional. A Constituição é uma unidade, e seus conflitos devem ser resolvidos de maneira harmoniosa, sem que se exclua um valor em prejuízo de outro.

3 DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS

Diante de toda a história que circunda o reconhecimento, a declaração e a positivação dos direitos humanos e fundamentais, determinados tópicos dentro de tão importante assunto merece atenção diferenciada. Esclarecer termos utilizados pela doutrina quando se fala em tais direitos é crucial para que, posteriormente, seja a temática aplicada com louvor sobre assuntos específicos.

Desde já, é importante se por, como traz Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2014, p. 53-54), que uma norma apresenta duas espécies de eficácia. A eficácia social se confunde com efetividade, e representa a observância concreta da norma no meio social.

A eficácia jurídica, por sua vez, divide-se em sintática e semântica - aquela sendo a subordinação e coordenação da norma constitucional, e esta, o predicado que fornece a norma capacidade de gerar o direito subjetivo. Toda norma constitucional apresenta ao menos a eficácia jurídica semântica, realizando controle de constitucionalidade.

3.1 O Conceito de Efetividade

De acordo com o dicionário Houaiss (2011, p. 327), efetividade, e aquilo que é efetivo, significa "que é capaz de funcionar de modo habitual", aquilo "que se consegue verificar", e ainda "particularidade daquilo que é capaz de atingir suas metas".

Ou seja, quando se diz hoje que os direitos fundamentais carecem de efetividade, entende-se que, de alguma maneira e por alguma razão, estes não estão atingindo a sua função total ou parcial, não oferecendo à população tudo aquilo a que foram destinados.

Na sua origem, pode-se dizer que a globalização, firmada com base em um etnocentrismo de colonização, desencadeou uma condição atual igual para todos, mas que derivam de passados diferentes. A diferença na base gera um presente hierarquizado, inclusive no que se diz respeito a direitos e, principalmente, na sua efetivação.

Nas lições de Alan Greenspan (2008, p. 351-352), a globalização é "o aprofundamento da especialização e a ampliação da divisão do trabalho além das fronteiras nacionais". A globalização é a facilidade de comunicação, de relacionamento e de identificação de fontes, em um novo ambiente onde os Estados e seu povo interagem de uma maneira mais eficiente de modo a buscar a melhora de um padrão de vida.

Essa interação é essencial também quando o assunto é direitos humanos, visto que quando se trata de ser humano em seu gênero, não se deve existir barreiras continentais ou econômicas, ao menos quando se discute sua teoria e seu reconhecimento.

Apesar disso, existe contradição, como destaca Melissa Folmann (2008, p. 338), no fato de a discussão a respeito das normas que tratam dos direitos humanos não serem universalizadas, e sim polarizadas em eixos ideológicos.

Contudo, quando se busca a efetividade do relacionado os direitos humanos, é preciso antes de no âmbito local, a comunidade internacional se organize no sentido de proteção. Assim, a globalização atua também de modo político, quando os Estados cedem parcela de sua autonomia para órgãos internacionais que atuam com tal finalidade, como por exemplo, a Organização das Nações Unidas.

Para Paula Marcilio Tonani de Carvalho (2013, p. 86),

a efetividade (derivada do latim *effectivus*, de *efficere*) retrata o fato de uma determinada norma jurídica se impor perante o seu destinatário, ou seja, ser observada tanto pelos aplicadores do Direito como pelo destinatário dessas normas - pelo aplicador do Direito nas diversas facetas da interpretação e pelo destinatário na sua aplicabilidade direta propriamente dita.

A autora ainda destaca que a efetividade não deve ser confundida nem com eficácia nem com legitimidade. Esta diz respeito ao fato de que a norma deve ser produzida por quem, por lei, seja competente para fazê-lo. Aquela, por outro lado, diz respeito a possibilidade da norma elaborada gerar os efeitos que são buscados, justamente, quando as normas se efetivam juridicamente.

Também chamada de eficácia social, para Luís Roberto Barroso (2000, p. 84), o tema cuida de estudar se os efeitos que uma regra suscita produzem-se efetivamente.

Quando uma norma se efetiva, ela está, de fato, distribuindo a justiça buscada quando elaborada e sancionada. O desenvolvimento internacional mostra-se essencial para que novos direitos sejam reconhecidos e determine deveres aos Estados-Partes, que então atuarão em âmbito interno, trabalhando o respeito as suas divergências culturais.

Essa condição gera, nas palavras de Paula Marcilio Tonani de Carvalho (2013, p. 86), uma

hierarquização de diferentes tipos de cidadãos, que possuem acesso a determinados tipos de direitos em conformidade com a classe à qual pertencem, criando-se múltiplos níveis de cidadania. Assim, merecem proteção os vulneráveis que pertencem a uma espécie de subcidadania, tais como minorias étnicas e comunidades indígenas.

Destarte, efetivo é o que se está em exercício buscando sua finalidade, o que está sendo cumprido na direção da promoção da justiça para os cidadãos.

3.2 A Efetividade dos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988

O quadro constitucional atual é o melhor possível para os direitos fundamentais. Nunca antes com uma carta de direitos tão vasta, o que as pessoas da nação precisam não é mais o reconhecimento e enumeração de direitos. Hoje, cada ser humano é plenamente consciente dos direitos básicos que lhe pertence.

O que o homem precisa, desenvolvendo aos poucos esse entendimento, é de que os direitos fundamentais não se concretizam pelo simples fato de estarem previstos como imutáveis no texto legal supremo do país.

É necessário que a população atue junto do Estado na busca da plena efetivação dos direitos previstos pelo constituinte em 1988, pois enquanto alguns deles dependem de políticas públicas, outros dependem da consideração como um bom cidadão de respeito aos demais.

3.2.1 Os Direitos Individuais

Conforme expõe Rogerio Tair (2009, p. 292), são cinco os grupos de direito que a Constituição Federal demarcou, sendo eles os direitos individuais, direito à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais e direitos solidários.

José Afonso da Silva (2015, p. 186) visa uma classificação um pouco diferenciada, enumerando os direitos fundamentais em cinco grupos, a serem os direitos individuais, direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, direitos coletivos e então como uma nova classe, os direitos solidários, direitos "do gênero humano".

Os direitos individuais são aqueles principalmente tratados no artigo 5º do texto constitucional, e são assim classificados pelo seu conteúdo. Como preleciona José Afonso da Silva (2015, p. 185), são "aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado".

Através do critério do objeto imediato do direito que está sendo assegurado, pela inviolabilidade do direito, a Constituição determina que os direitos individuais são o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Em seu agrupamento, contudo, confundem-se direitos e garantias. Os direitos são normas declaratórias de interesse, enquanto as garantias, normas que visam assegurar a declaração prevista, tendo característica portanto assecuratória.

A diferença entre direitos e garantias não é sempre extremamente rígida, logo, o artigo 5º, §1º da Constituição Federal determina que "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata". Não há dúvidas de que os direitos individuais teriam sua aplicação de imediato, sem qualquer intermédio estatal ou de parcela da população.

Como Sarlet (2012, p. 240) exprime, "a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente - ou não - desta aplicação".

Resta que, apesar de os direitos individuais se concretizarem, ao menos teoricamente, no momento em que estão na letra da lei - de imediato -, não cabe falar que não dependem também de políticas públicas e de ações do Estado para que tenham sua efetivação.

Como Simone Reissinger (2007, p. 1769) exemplifica,

Para a manutenção da polícia, que protege tanto a vida quanto a propriedade (direito tipicamente individual), o poder público tem custos. O

mesmo ocorre para a atuação do Poder Judiciário, que se destina a proteger, inclusive, direitos individuais.

Assim, os direitos individuais também precisam de suporte de ações e medidas ativas do Estado para que encontrem a sua plena efetivação, como devidamente previstos pelo texto constitucional vigente.

3.2.2 Os Direitos Sociais

Os direitos sociais são aqueles ligados ao princípio da igualdade, em uma busca de efetivação da igualdade real. Conforme definição de José Afonso da Silva (2015, p. 288-289)

[...] os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Ou seja, direitos transindividuais e indivisíveis, sua titularidade cabe a grupos e classes de pessoas que estejam ligadas por uma relação jurídica base. Para o autor, é possível colocá-los em seis classes, a serem os direitos sociais relativos ao trabalhados, direitos sociais relativos à seguridade (saúde, previdência e assistência social), direitos sociais relativos à educação e à cultura, direitos sociais relativos à moradia, direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso e os direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Os direitos sociais tornam-se efetivos quando da prestação pela atuação positiva do poder público. Como destaca Daniel Liang (2006, p.3), "efetivação dos direitos sociais depende da realização de políticas públicas por parte do Estado, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal, e a violação pela omissão do poder público".

Como sua efetividade tem natureza prestacional por parte dos órgãos públicos, o tema circula em torno da chamada reserva do possível e do mínimo existencial. Tanto um quanto o outro não devem ser utilizados como empecilho, e sim como um limite de cautela e responsabilidade para quando o Poder Judiciário se deparar diante de situação de concretização de direitos sociais.

A expressão "reserva do possível" foi difundida pela Corte Constitucional Alemã em 1972, e de acordo com Ana Paula Barcellos (2002, p. 236), pode ser assim definida

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Podendo detectar-se o componente fático e o jurídico, para que o direito se efetive é preciso tanto que o Estado disponha de modo real dos recursos necessários como quanto a juridicidade de uma autorização orçamentária para tal.

O mínimo existencial, embora termo genérico e nutrido de lacunas, é definido pela autora como

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

O respeito ao mínimo existencial deve ser combinado com princípios como a dignidade da pessoa humana. Como não são absolutos os direitos fundamentais, o magistrado deve ponderar com fundamento na qualidade do grupo social daquele que pleiteia a efetivação do direito social.

Assim, combinados a reserva do possível com o mínimo existencial, deve-se possibilitar ao cidadão uma efetivação de direitos sociais dentro dos limites orçamentários e atrelado aos documentos nacionais e internacionais de proteção, cabendo ao Estado a comprovação de que a lesão do direito está sendo superada.

Cabe frisar ainda que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Desse modo, existem grupos sociais com seus direitos não efetivados que sequer dispõem de meio para exigir ao Estado seu mínimo existencial equilibrado com a reserva do possível. Por isso, a efetividade dos direitos sociais não se esgota no Poder Judiciário, demandando série de intervenções e políticas públicas, criando situações jurídicas objetivas.

4 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Tema que ocupa um grande espaço na doutrina nacional e internacional, a discussão da eficácia de normas, sejam ou não constitucionais, passou por diversos momentos, entendimentos superados e conflituosos. Esses conflitos tornam-se ainda mais intrincados quando se coloca em pauta em direitos tão difíceis de serem gozados com plenitude, como no caso dos indígenas.

Hans Kelsen (1992, p. 292-300) é categórico ao afirmar que toda norma tem, ao menos, um mínimo de eficácia, sendo isto uma espécie de condição de ser cabível ao ordenamento jurídico.

Apesar disso, no que se diz respeito ao texto constitucional e as previsões de direitos humanos e fundamentais, e também dos grupos hipossuficientes, "constata-se que [...] não operam seus efeitos jurídicos de maneira uniforme; estes se manifestam de formas diferentes, em graus maior ou menor" (PIMENTEL JÚNIOR, 2003, p. 41). É na tentativa de explicar tal fenômeno que surgem divergências entre os estudiosos do tema.

4.1 Conceito de Eficácia

Existem, antes de tudo, termos utilizados que não devem ser confundidos. São eles a eficácia, a efetividade, a validade e a vigência das normas, aqui tratadas prioritariamente em âmbito constitucional, e merecem ter sua distinção posta.

Aproxima-se da concepção de José Afonso da Silva (2007, p. 42) que a vigência da norma se confunde com sua existência. Para o autor, apenas uma norma vigente pode vir a ser eficaz, sendo a vigência nada mais do que o atributo que faz com que a norma exista juridicamente.

Não é o mesmo pois que validade. Esta representa-se pelo fato de a norma fazer parte do ordenamento jurídico, entrando em vigor. Mesmo que posterior declaração de inconstitucionalidade a retire da composição jurídica, tal situação não atinge o plano da vigência da norma, já que ela existiu.

Como já proposto, a eficácia não pode ser confundida com a efetividade. Quando se fala que uma norma tem eficácia (do latim *efficacia*, de *efficax*), significa que a norma cumpriu sua finalidade, "tendo solucionado o fato que a gerou. Eficaz é a possibilidade de qualquer norma gerar efeitos, enquanto efetividade significa a concretização desses efeitos jurídicos" (CARVALHO, 2013, p. 86-87).

Embora não seja cabível dissociar a relação que uma tem para com a outra, sendo eficácia pressuposto para efetividade, há distinções evidentes e necessárias entre uma e outra. A eficácia é também chamada de eficácia jurídica, enquanto a efetividade, de eficácia social.

Eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como a possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há de ser capaz de produzir efeitos jurídicos (SILVA, 2007, p. 49-50).

Nesse raciocínio, a norma, ao ser redigida, é dotada de seu mínimo de eficácia jurídica apenas ao ingressar no ordenamento jurídico. Tendo tal norma potencial para que seja aplicada no mundo real e seu objetivo seja atingido, estará então buscando a sua efetividade.

Noções conexas, Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 49-50) destaca que é possível uma norma dotada de eficácia e sem aplicabilidade, podendo então não alcançar sua efetividade - sendo que a aptidão para produzir efeitos encontra-se em plano diverso da aplicação.

A norma constitucional não deve ainda ser confundida com texto, sendo aquela o resultado da interpretação deste. Por isso, a aptidão que uma norma apresenta para gerar efeitos não é exclusivamente vinculada ao texto constitucional.

Como traz Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 248), essa aptidão da norma gerar efeitos não se confunde com o ato concreto de aplicação, sendo que esta pode se dar diante de outras possibilidades além da atuação do legislador, como no caso do Poder Judiciário.

Sendo, pelo mesmo autor, é possível que se defina a eficácia jurídica como a "possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente

existente) ser aplicada aos casos concretos e de [...] gerar efeitos jurídicos". Isso significa que a eficácia jurídica significa que a norma deve ter aptidão, em tese, para solucionar o problema para o qual foi criada a resolver.

4.1.1 A Eficácia em Ruy Barbosa e o Problema das Normas Autoaplicáveis

Desde a Constituição de 1891 até por meados dos anos sessenta vigorou no entendimento dos estudiosos brasileiros as referências de estudo de Ruy Barbosa sobre eficácia das normas constitucionais.

Muito inspirado nos estudos e doutrina clássicos estadunidenses, o doutrinador acabou por definir as normas constitucionais em autoaplicáveis e não autoaplicáveis (ou auto executáveis e não auto executáveis).

No primeiro grupo, o autor define as normas autoaplicáveis como aquelas que, para serem aplicadas,

não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquellas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação (BARBOSA, 1933, p. 488).

São portanto aquelas que dispõe de uma regra capaz de resguardar o direito que é imposto, aptas juridicamente para gerar os efeitos pretendidos independente de qualquer ação do legislador.

As não autoaplicáveis, por sua vez, são aquelas que não fornecem os

meios de acção essenciaes ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a exercerem (BARBOSA, 1933, p. 488-489).

São assim as normas que apresentam em seu conteúdo apenas princípios, objetivando que suas prerrogativas sejam reguladas e aplicadas por meio de leis infraconstitucionais.

A divisão de Ruy Barbosa então pautava-se na capacidade de completude da norma constitucional, determinada pela sua formulação, analisando-se de modo literal a expressão de seu conteúdo. Este pode ser dirigido pelo legislador ou aplicado pelo Judiciário, ou sendo pleno no seu grau de completude, permite por si só a sua efetiva aplicação.

Pontes de Miranda, não diferente, foi influenciado pela doutrinação de Ruy Barbosa, sendo que também reconheceu dois grupos de normas de acordo com a sua completude. Apresentou porém modificações na terminologia, e com sua tradicional originalidade, reconheceu um novo grupo de normas.

Quanto à terminologia, chamou-as de normas bastantes em si mesmas e de normas incompletas (MIRANDA, 1970, p. 126). No que se refere ao novo grupo reconhecido, Pontes de Miranda trouxe a existência das normas constitucionais programáticas,

como uma decorrência do fracasso do modelo liberal de Estado, reconhecendo a estas um certo grau de cogência, na medida em que cerceiam a atividade do legislador, que não pode contrariar o programa estabelecido pela Constituição (SARLET, 2015, p. 252).

Mesmo que arraigado ao modelo clássico, iniciou-se uma mudança de pensamento, que trouxe críticas ao modelo clássico, que veio acompanhada do cunho pragmático de um constitucionalismo social que teve força pela Constituição de 1934.

Na concepção clássica, a maioria das normas ali previstas eram dependentes de atuação do legislador, por não serem autoaplicáveis. Esse panorama diante das mudanças da postura social do Estado é hoje exatamente o inverso, no qual a maioria das previsões constitucionais são plenas e diretamente aplicáveis.

Como demonstram Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 252-253) e João Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 313), a ideia que é expressada pelo termo "autoaplicável" é de uma impressão não verdadeira de que tais normas não poderiam sofrer regulamentação legislativa, quando na verdade, esta poderia ampliar a executoriedade das normas.

Do outro lado, as que seriam não autoaplicáveis não produziram efeito algum sem a interferência legislativa, sendo que mesmo que seu conteúdo seja apenas de natureza geral, ao menos estabelece parâmetros ao legislativo para que concretize seus ideais. A crítica é contundente no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia.

Também, o critério utilizado por Ruy Barbosa para separá-las em dois grandes grupos, de completude do conteúdo, foi posta em cheque visto que toda

norma constitucional é de certo modo incompleta, exigindo uma atividade externa, o que se permitiria então falar em diversos graus de completude normativa.

As rejeições e novos entendimentos sobre eficácia de normas ganharam força porque embora se possa falar em normas autoaplicáveis o caráter social do Estado de Direito conta com uma atuação positiva dos poderes públicos, essenciais para a plenitude das previsões dos direitos humanos e fundamentais.

4.1.2 A Eficácia em Meirelles Teixeira

Uma das primeiras reformulações doutrinárias pautadas na crítica da doutrina e, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 254) uma das mais originais, é a de José Horácio Meirelles Teixeira, que surgiu como necessidade após a Constituição de 1934.

Aqui, a eficácia das normas constitucionais podem ser consideradas de natureza gradual, e por isso, toda norma tem ao menos um mínimo de eficácia. Divide pois as normas constitucionais em dois grupos pela sua eficácia.

O primeiro deles é composto pelas normas de eficácia plena, que

produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e indiretamente sobre a matéria que lhes constitui objeto (TEIXEIRA, 1991, p. 316-317).

Não se exaurem nos seus efeitos, mas geram desde a sua promulgação os efeitos essenciais visados pelo Legislador Constituinte, podendo se falar então que sua normatividade é suficiente.

O segundo grupo contém as normas de eficácia limitada ou reduzida, que para o autor (1991, p. 317)

não produzem, ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa matéria para o legislador ordinário.

Essas são as que não se encontram em condições suficientes de normatividade para apresentarem, sozinhas, sequer seus principais efeitos. São divididas em dois subgrupos, a serem o das normas de eficácia limitada pragmáticas e o das normas de eficácia limitada de legislação.

As pragmáticas são as de conteúdo ético e social, e dependem do legislador ordinário para a formação de programas de ação. As de legislação são aquelas que seu conteúdo regula a matéria que é seu objeto, mas não possuem aplicação imediata por depender de uma instrumentalidade da legislação na sua necessidade de regulamentação técnica.

4.1.3 José Afonso da Silva e a Teoria Tricotômica da Eficácia

Das teorias embasadas na crítica aos ideias clássicos a proposta por José Afonso da Silva foi a que teve maior receptividade, inclusive sendo a acatada pelo Supremo Tribunal Federal. O autor propôs a conhecida teoria tricotômica da eficácia, visto separar as normas constitucionais em três grandes grupos.

As normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas que desde que estão em vigor, tem o condão de produzir os efeitos principais que foram objeto de interesse do legislador, e podem ser identificadas como as normas que

a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados (SILVA, 2007, p. 101).

São normas que já nascem prontas, beneficiadas com todos os meios que se fazem necessários a sua executoriedade - o simples fato de serem jurídicas as torna autoaplicáveis.

De outro lado, o autor propôs as normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, sendo as passíveis da chamada ulterior restringibilidade. Possuem sim aplicabilidade direta e imediata, ao passo que foram contempladas pelo legislador constituinte com normatividade suficiente para tal.

Seu diferencial reside no fato de que tais normas solicitam a intervenção do legislador ordinário, exigindo uma regulamentação, "mas o apelo ao

legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos e grupos" (SILVA, 2007, p. 104).

O objetivo da possibilidade de tal limitação, ainda segundo o autor (2007, p. 114-115), é o poder que o Estado detém de, ao limitar a liberdade individual, assegurar os direitos de todos, assegurando a ordem pública e dando preferência ao que privilegia não mais o particular, e sim o grupo social.

Não é pois dependente de uma regulamentação, e sim suscetível a limites que uma legislação ulterior pode dispor com o fundamento da atuação do Poder Público em face de seus cidadãos e sempre no limite objetivo da própria norma.

O terceiro grupo da teoria é o das normas de eficácia limitada, sendo aquelas com aplicabilidade reduzida e indireta, e reclamam intervenção legislativa por não terem normatividade suficiente para apresentarem seus principais efeitos.

As normas de eficácia limitada são catalogadas em dois tipos. São as definidoras de princípio institutivo ou organizativo, que indicam a necessidade de legislação futura que lhes complemente, contendo "esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades", sendo dotadas de comandos jurídicos de aplicação (SILVA, 2007, p. 123 e 125). Podem ainda, diante do legislador, serem impositivas ou facultativas.

Ainda, compõem as normas de eficácia limitada as chamadas definidoras de princípio programático, instituídas pelo caráter dirigente da Constituição e carregadas de conteúdo com o objetivo de definir "fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática", e continua José Afonso da Silva no sentido de que muitas restam sendo retiradas em interpretação da Constituição como princípios, "esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários" (2007, p. 136-137).

4.1.4 A Classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto deram, do mesmo modo, um toque de originalidade ao classificarem as normas constitucionais, sua aplicação e eficácia.

O que se destaca é a diferença do critério dessa sistematização, que foi posto também como pressuposto da eficácia, visto que ponto em comum entre as classificações é que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e, na medida desta, são imediatamente aplicáveis.

Os autores se valem do modo pela qual a norma constitucional regula a matéria sobre a qual se incide, ou seja, do modo de incidência da norma. Por isso, as normas constitucionais podem ser normas inintegráveis, ou de mera aplicação e normas integráveis, ou de integração.

Referem-se ao fato de terem ou não de sofrer interferência do legislador, sendo o primeiro grupo integrado por normas que não carecem de normatividade hierarquicamente inferior; enquanto o segundo é composto por "regras vocacionadas para um consórcio com a vontade legislativa inferior" (BASTOS, BRITTO, 1982, p. 119).

As normas integráveis abrangem não apenas as completáveis pelo legislador como também aquelas que são restringíveis pelo mesmo legislador ordinário.

Relacionando-as com a eficácia, as normas de integração são as de eficácia parcial, enquanto normas de mera aplicação e de integração meramente restringíveis correspondem as normas constitucionais de eficácia plena (BASTOS, BRITTO, 1982, p. 122).

4.1.5 A Sistematização por Maria Helena Diniz

Maria Helena Diniz propôs sua sistematização após a vigência da Constituição Federal de 1988. Dividiu as normas no tangente aos seus efeitos em quatro grandes grupos, sendo eles as normas de eficácia absoluta, as normas com eficácia plena, as normas com eficácia relativa restringível e as normas com eficácia complementável (DINIZ, 1989, p. 97 e ss).

As normas de eficácia absoluta são as que hoje são conhecidas como cláusulas pétreas, insuscetíveis de qualquer modificação, seja esta pelo legislador ordinário ou até mesmo por emenda constitucional. As normas constitucionais de eficácia plena, por sua vez, são como as de eficácia absoluta no sentido de que independem do legislador infraconstitucional para gerar seus efeitos, mas são passíveis de emenda constitucional.

As normas de eficácia restringível são aquelas que detêm aplicabilidade imediata e capacidade jurídica para gerar efeitos, mas que podem ser restringidas por legislação ordinária que surge a dirigir sua aplicabilidade de modo reduzido. Assim como José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz previu uma ulterior restringibilidade.

Por fim, a autora previu as normas de eficácia relativa complementável. São as de eficácia mediata, que dependem de complementação legislativa para gerarem seus efeitos. Subdivide-se em normas programáticas e normas de princípios institutivos, as "não dotadas de normatividade suficiente [...] não sendo, portanto, suscetíveis de gerar, desde logo, todos os seus efeitos" (SARLET, 2015, p. 257).

4.1.6 Eficácia em Celso Antonio Bandeira de Mello e Luis Roberto Barroso

Celso Antonio Bandeira de Mello utilizou de outro ângulo para classificar a eficácia das normas constitucionais. Seu critério é o da posição jurídica na qual o particular se encontra quando diante da norma, valendo-se da amplitude dos direitos resultantes da normas para os gerenciados (MELLO, 1981, p.233 e ss).

Cataloga então seus grupos de normas como sendo o primeiro deles as normas concessivas de poderes jurídicos, que

desde logo e sem o concurso de outras vontades (isto é, independentemente de atuação alheia), conferem a um sujeito o poder de fruir do bem deferido, criando aos administrados uma posição jurídica imediata (uma utilidade concreta e a possibilidade de exigí-la em caso de embaraço ou perturbação por parte de terceiros). (SARLET, 2015, p. 257)

São, evidentemente, aquelas que não dependem de uma regulamentação posterior. De outro lado, existem para o autor as normas concessivas de direito, que geram uma aplicação concreta e imediata para o seu

destinatário, devidamente indicado, determinando assim a conduta devida e dependendo de uma prestação alheia.

O terceiro grupo de normas constitucionais é composto pelas normas meramente indicadoras de finalidade a ser atingida. Ao não indicar condutas específicas aos administrados para sua satisfação, estes encontram-se em posições jurídicas inconsistentes se comparadas as fornecidas pelas demais normas.

Sem qualquer fruição de caráter imediato, apenas de pronto oferecem possibilidade de oposição judicial quando apresentado algum comportamento no sentido contrário ao que a norma dispõe que deseja. Podem estas ainda serem restringíveis ou irrestingíveis pelo legislador ordinário (SARLET, 2015, p. 258; MELLO, 1981, p. 239-243).

Luis Roberto Barroso, por sua vez, sistematizou as normas de acordo com seu objeto. Ao fazer uso da consistência da situação jurídica que a norma impõe ao indivíduo ao qual se destina, cataloga-as de acordo com sua função no texto constitucional (BARROSO, 2001, p. 91 e ss).

O primeiro de seus três grupos é o das normas constitucionais de organização, sendo seu escopo a organização política. Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 258), utilizando-se de lições de Miguel Reale, define que tais normas estabelecem uma "obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam, ou não, resultar determinadas consequências".

Podem se apresentar em quatro diferentes espécies, a serem as que veiculam decisões políticas fundamentais, as que estabelecem normas processuais ou procedimentais, as que criam órgãos públicos e as que definem competências dos órgãos institucionais.

Em seguida, apresenta as normas constitucionais definidoras de direitos, que geram situações jurídicas aos particulares ao fixar os direitos fundamentais a estes. Também se subdivide em grupos, a serem a das situações que são de pronto usufruíveis, dependentes para isso de uma abstenção; as que, ao contrário, exigem uma prestação positiva do Estado; e as que consideram interesses cuja realização fica vinculada a atuação do legislador em norma infraconstitucional integradora.

O terceiro e último grupo de normas disposto pelo autor (BARROSO, 2001, p. 91 e ss) é o das normas programáticas, que restaram dispostas em categoria exclusiva. Tais normas tem o propósito de dispor os fins públicos que devem ser alcançados pelo Estado.

José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 180 e ss) não aceita a classificação de normas programáticas, tendo em vista sua preferência por determinar tais normas como normas impositivas e normas de fins e tarefas do Estado, o que permite uma distinção entre a vinculação da necessidade de atuação do legislador em cada uma delas.

Por isso, como sugere Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 266), interessante seria proceder a uma releitura de Luis Roberto Barroso admitindo que este também trata de normas de caráter institucional quando as normas programáticas são gênero que abrangem as normas definidoras de fins e tarefas do Estado e as normas impositivas.

4.2 A Eficácia das Normas Fundamentais na Constituição Federal

Apesar de nenhuma das teorias expostas terem se dedicado com especificidade a eficácia das normas fundamentais, é possível de todas elas extrair a conclusão de que qualquer preceito constitucional apresentar um mínimo grau de eficácia jurídica e eficácia social.

Não constituindo um caráter homogêneo, seja por sua função ou pela técnica de positivação adotada (SARLET, 2015, p. 266), à todas as normas garantidoras de direitos fundamentais Constituição Federal de 1988 se aplica o dispositivo inovador do artigo 5º, §1º, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

A discussão é superada no sentido de que se tal dispositivo apenas se aplicaria ao complexo de normas definidoras de direitos fundamentais do artigo 5º, ou se também as que se encontram fora do catálogo, restando claro que se tratando de normas definidoras de direitos fundamentais, não importa a localização em catálogo, tendo em vista ainda o já explorado tema de se tratar de um sistema aberto de direitos.

Nesse sentido, ao menos no que diz respeito a aplicação do mencionado artigo de lei, a Constituição não intuiu e nem estabeleceu regimes jurídicos diferenciados para os direitos de liberdade e sociais, como já mesmo entendido pelo Supremo Tribunal Federal (STEINMETZ, 2011, p. 124).

A mesma pacificidade não pode ser encontrada quando o assunto em voga é o alcance do dispositivo para a eficácia e a aplicabilidade das normas. Enquanto para Ferreira Filho (1988, p. 35 e ss) a eficácia da norma se restringe ao alcance da lei, para Eros Grau (1988, p. 322 e ss) todas as normas, inclusive as de cunho programático, ensejam aplicabilidade imediata em âmbito individual, independente da atuação legislativa.

Apesar das respeitáveis posições, é interessante o posicionamento de que o conteúdo da norma não tem o condão para transformar todas as normas de direitos humanos imediatamente aplicáveis.

[...] o comando da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face das características normativas e estruturais [...] a norma contida no art. 5º, §1º, da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão somente após uma *interpositio legislatoris* [...] (SARLET, 2015, p. 272).

Para Celso Bastos (1989, p. 393), os direitos fundamentais são sim imediatamente aplicáveis, mas com duas exceções, quando a Constituição expressamente remete ao legislador e demarca que o direito será exercido na forma da lei e quando a norma não possuir normatividade suficiente para gerar seus efeitos principais sem a intervenção legislativa.

A despeito de interessantes teses como a de Eros Roberto Grau (1988, p. 322) de que não há no ordenamento normas programáticas visto existirem instrumentos processuais para efetivá-las, não é compatível com o sistema constitucional norteador vigente.

As normas programáticas hoje são vinculadas a compromissos políticos e condições socioeconômicas, sendo abertas para que o legislador as adequue e supra exigências do Estado Social de Direito. São aquelas que "restringem-se a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos

concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa" (SARLET, 2015, p. 274).

Importante frisar que, mesmo conforme já mencionado o fato de que o dispositivo não tem a força de concretizar uma aplicação plena e eficaz de todos os direitos, ele aplica-se apenas aos direitos fundamentais, e não a todos os dispositivos constitucionais, pois para se igualar algo que recebeu destaque, a letra da lei se torna então inócua.

Plausível o entendimento de que o artigo 5º, §1º da Constituição Federal, que cuida da eficácia e da efetividade das normas de direitos fundamentais tem conteúdo de princípio, no sentido de visar a maximização informando aos órgãos públicos seu dever de sempre buscar a máxima eficácia (ÁVILA, 2005, p. 22 e ss; SARLET, 2015, p. 278).

Cabe assim que a aplicabilidade imediata e eficácia plena se apresentam como regra geral, que comporta exceções. As exceções variam pela forma de positivação e da densidade normativa de cada direito, no mesmo sentido de que o postulado que reserva tal aplicabilidade e eficácia é genérico.

Não resta disposto na lei quais são os efeitos jurídicos de cada norma para determinar a forma de aplicabilidade, não existindo uniformidade absoluta apenas por serem normas asseguradoras de direitos fundamentais.

4.3 A Problemática da Eficácia dos Direitos Sociais Prestacionais

A eficácia de uma norma está intrinsecamente vinculada ao modo de sua positivação e com a densidade normativa que foi atribuída pelo legislador constituinte.

Ao dividir os direitos fundamentais em dois grandes grupos, é possível se falar nos direitos de defesa e nos direitos prestacionais, sendo que estes nasceram na segunda dimensão, com a Constituição do México de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar, de 1919. Os direitos de defesa se referem a liberdade, igualdade, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, e sobre esses não há problemas em serem imediatamente aplicáveis.

Quando se fala em direitos prestacionais, fala-se naqueles que exigem uma conduta ativa do Estado, uma prestação fática ou normativa, que nos dizeres de Canotilho, significa "cimentar juridicamente" todo o estatuto dos direitos (1998, p. 36).

Não há conflito aqui em reconhecer que são diretamente aplicáveis também os prestacionais diante da situação de que toda norma jurídica é apta a gerar um mínimo de efeitos, tendo então eficácia jurídica, diretamente decorrente de força constitucional.

Os direitos sociais prestacionais (direitos a prestações materiais) exigem a conduta positiva do seu destinatário de modo a ser uma prestação fática. Como expõe José Eduardo Faria (1994, p. 105)

os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme: são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

É nesse sentido importante tem o entendimento de que, muitas vezes, quando a lei prevê condutas que acabam por aparentemente segregar determinados grupos, garantir privilégios ou direitos diferenciados, está trabalhando nos propósitos constitucionais de se garantir a isonomia. Visam que se efetive a fruição das liberdades, no chamado *status positivus socialis*.

Como traz Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 291), os direitos prestacionais apresentam uma esfera negativa quando o objeto em questão não pode ser imposto ao seu titular em potencial.

Além disso, é inerente a discussão de eficácia e efetividade de direitos sociais prestacionais a menção a reserva do possível, como limite fático e jurídico para a concretização das previsões.

Tendo tais direitos dimensão positiva, terão, indispensavelmente, relevância econômica, custo que "podem ser compreendidos em sentido amplo, abrangendo custos ligados à própria sobrevivência do Estado [...] como em sentido estrito [...] os assim chamados custos financeiros de todos os direitos" (NABAIS, 2007, p. 175).

O destinatário da norma deve ter condições de dispor daquilo que está sendo exigido, pois é necessário que algum mínimo recurso seja despendido. Do outro lado da balança, a consciência de que a obrigação de prestação deve ser cumprida e também exigida dentro dos limites do possível e do razoável, tratando-se da proporcionalidade da prestação.

Caracterizados pelo chamamento do legislador a compor sua baixa densidade normativa insuficiente para alcançar sua plena eficácia, deve ser identificado as prestações que compõem o direito em caso concreto e combiná-las com as circunstâncias socioeconômicas e políticas, devendo esta ter uma visão futurista.

Cada norma traz, dentro de si, o quanto se vincula ao legislador para ter seus efeitos principais concretizados (SARLET, 2015, p. 302). Além, comportar-se como diretrizes comportamentais para as atividades dos órgãos estatais e da ordem jurídica, apresentando inclusive uma eficácia criadora de novas normas (MIRANDA, 1988, p. 220).

Necessário, nesse ínterim, que se adentre no tema dos direitos subjetivos originários a prestações sociais. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 313), a questão é que se, ao valer-se de uma norma fundamental social, se "há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui seu objeto".

Sopesando a reserva do possível, a não ofensa a separação dos Poderes e valendo-se de mecanismos especificamente jurídicos, a ponderação de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, combinadas por Sarlet, parece ser a melhor solução.

Para que se resolva a problemática, é preciso se valer de um caso concreto, visto não ser possível estabelecer premissas genéricas (SARLET, 2015, p. 365). Segundo o autor, a situação concreta de norma com reserva feita ao Poder Legislativo que esbarra na vida ou na dignidade da pessoa humana e da ponderação dos bens jurídicos colidentes preponderar a responsabilidade do direito social prestacional, será permitido reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações.

4.4 A Proteção e Limite aos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais carecem de limites no sentido de que se proteja seu núcleo essencial, no sentido de impedir que a norma se torne destituída de propósito para a comunidade a qual foi idealizada.

Proteger o núcleo essencial significa proteger que a mínima eficácia que cada norma apresenta, como já tão demonstrado, para que não perca seu caráter de direito fundamental. Nesse sentido, mesmo quando o legislador constituinte autoriza o legislador ordinário a interferir no direito, como no caso das normas programáticas, deve respeitar o essencial da norma.

O Constituinte brasileiro, apesar disso, não estabeleceu regime expresso e dotado de especificidade na Constituição que fosse responsável por tratar da matéria de limite que permeia os direitos fundamentais, reservando-se apenas a proibir a abolição dos conteúdos protegidos, como consta no artigo 60, §4º do texto Maior (SARLET, 2015, p. 405).

Valendo-se das lições de Jorge Reis Novais (2003, p. 157), limites são ações ou omissões dos destinatários da norma - seja o Poder Público, sejam os particulares - que possam reduzir, dificultar ou abolir o acesso ao bem jurídico tutelado e afetando o exercício que da norma deve resultar.

Da restringibilidade aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra "A Eficácia dos Direitos Fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional", bem se ocupou de trazer duas teorias (2015, p. 406-408).

A teoria interna dos limites reserva o entendimento de que o direito fundamental nasce com seu conteúdo determinado, e por isso, com seus limites imanentes. Uma restrição posterior seria impossível de ser aplicada em questão de lógica, visto a norma já apresentá-las.

Em outro lado, a teoria externa separa os direitos fundamentais de suas restrições. Existe aqui um direito que nasce ilimitado e que, passível de eventuais restrições, torna-se limitado. É preciso aqui que se verifique se a esfera

normativa do dispositivo em questão solicita uma situação diferenciada ou um modo de exercício.

A proteção do direito será atingida quando a situação exigida e que será regulada se encontrar jusfundamentalmente assegurada, sendo importante não o resultado final, mas sim "o caminho percorrido da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito (ou garantia) definitivo(a) afigura-se decisivo e viabiliza um controle de todo o procedimento" (SARLET, 2015, p. 408).

Nesse entendimento, os limites impostos posteriormente deverão respeitar limites, configurando então os chamados limites dos limites. No sentido de que, segundo o mesmo autor, os direitos fundamentais podem ser restringidos por disposição constitucional, por norma fundamentada na Constituição ou por colisão de direitos fundamentais, é imprescindível que a restrição, ao menos indiretamente, encontre fundamento constitucional.

O que norteia a limitação aos limites é a proporcionalidade e a razoabilidade em sua aplicação. Do mesmo modo que uma norma sem reserva pode encontrar restrição quando necessário para que se efetivem outros direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 570 e ss), o limite esbarra no limite de uma fundamentação que permita a aplicação racional, não apenas exaltando os valores principiológicos pela norma instituídos.

"Os limites aos limites dos fundamentais funcionam, portanto, como verdadeiras barreiras à limitação" dos direitos, sendo as limitações formais e materialmente compatíveis com a Constituição, tornando-se "garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções" (SARLET, 2015, p. 413).

Sua razoabilidade e proporcionalidade são permeados pela chamada proibição da insuficiência, que controla tanto uma restrição excessiva como uma ausência de regulamentação restritiva por parte do Poder Público.

Devem resumir-se em um controle de viabilidade da medida a ser tomada, em adequação e conformidade ao direito e a realidade fática, na opção pelo meio restritivo menos gravoso para obtenção do mesmo resultado e da proporcionalidade em caráter estrito, em vista que nem toda vez a medida que se mostra necessária e adequada contém proporcionalidade.

5. EXECUÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS: ÓRGÃOS ATUANTES

Após o estudo pelo desenvolvimento histórico e de reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, faz-se necessário transcorrer sobre os órgãos internacionais e nacionais que atuam na promoção e proteção desses direitos, assegurando sua efetividade e eficácia.

5.1 Evolução da Proteção a Nível Internacional

Simultaneamente ao reconhecimento dos primeiros direitos, determinados temas adquiriram a característica de serem precedentes. Como já explicitado, o direito humanitário, a Organização Internacional do Trabalho e a Liga das Nações foram importantes no sentido de desenvolvimento da ideia de relativização da soberania dos Estados ao mesmo tempo em que o direito internacional evoluía para não mais tratar apenas de relações estritamente estatais.

A proteção aos direitos humanos ganhou corpo então a partir do pós guerra, em uma humanidade machucada não apenas pelos horrores da guerra como também pelo holocausto.

Como trata Hans-Joachim Heintze (2009, p. 25), violações de direitos humanos não apresentam consequências apenas dentro do Estado, mas fora também, "por meio de fluxos migratórios, e das ações violentas de regimes terroristas contra países vizinhos, elas têm uma dimensão que atravessa fronteiras".

É justamente através da troca de informações e de experiências entre os países que violações devem ser evitadas, além das experiências de sucesso compartilhadas para um melhor desenvolvimento nos sistemas de proteção.

Foi com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, que o sistema de proteção global aos direitos humanos passou a se solidificar. Diversos estudiosos passaram a criar terminologias com o intuito de internacionalizar a proteção,

criando uma sistemática internacional de proteção mediante a qual tornou-se possível a responsabilização do Estado no plano externo quando,

internamente, os órgãos competentes não apresentarem respostas satisfatórias à proteção desses direitos (MAZZUOLI, 2015, p. 66).

A ONU, com seu caráter internacional, comporta sistemas de proteção tanto gerais, a exemplo o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como específicos, a exemplo convenções de combate à violação de direitos infantis e discriminação racial.

Elevou-se então o ser humano a categoria de sujeito de direito internacional público, posição antes reservada apenas aos Estados, e estes passaram a se vincular juridicamente na proteção aos direitos humanos por meio dos tratados internacionais.

Como bem põe Carlos Weis (2014, p. 26)

[...] o direito internacional dos direitos humanos apresenta como objetivo principal a estipulação e materialização dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, de modo que os Estados, ainda que signatários de instrumentos internacionais, passam imediatamente ao polo passivo da relação jurídica que tem no ser humano o detentor dos direitos positivados.

Em 1948 tem-se proclamado o primeiro grande documento dotado de um significado ímpar até o momento. A Declaração Universal dos direitos humanos expressa os próprios objetivos da criação da ONU, e como bem sintetiza Abreu Dallari (1991, p. 179)

O exame dos artigos da Declaração revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a *certeza* dos direitos, exigindo que haja uma fixação *prévia* e *clara* dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a *segurança* dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, *em qualquer circunstância*, os direitos fundamentais serão respeitados; a *possibilidade* dos direitos, exigindo que se procure assegurar a *todos* os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

A maior parte da doutrina, como trata Carlos Weis (2014, p. 90), entende que a declaração não obriga internacionalmente os Estados, visto natureza de recomendação do dispositivo, a Declaração é fonte jurídica para os tratados internacionais e referencial ético para todas as constituições que surgiram após sua promulgação. Seu objetivo foi propor valores sem os quais a vida em sociedade se tornaria impraticável.

Seguiram-se os pactos internacionais de direitos humanos em 1966. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos cuida da liberdade individual,

relacionada aos direitos humanos de primeira geração. O Pacto conta dois Protocolos Facultativos. O primeiro, que entrou em vigor em 1976 cuida da possibilidade de o Estado reconhecer a competência do Comitê de Direitos Humanos. O segundo, que visa abolir a pena de morte, entrou em vigor em 1991.

Adotado em 1996, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais visa estabelecimento de condições econômicas, culturais e sociais para uma vida digna. Conta com um Protocolo Facultativo, que entrou em vigor em 2013 e cuida da instauração de competência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A Declaração, os dois Pactos e seus protocolos convencionou-se chamar de Carta Internacional de Direitos Humanos.

O sistema internacional de proteção ainda conta com tratados específicos, que dizem respeito a um grupo socialmente vulnerável que tem a necessidade de ter seu conteúdo tratado com mais profundidade. São eles a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, que conta com protocolo facultativo, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que conta com protocolo facultativo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que também conta com protocolo facultativo, Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, com protocolo facultativo, e a Convenção para a Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio.

Apesar de todo o sistema de proteção internacional, o tamanho do globo não permite que os órgãos internacionais atendam com louvor e excelência todas as diferenças culturais. Para suprir essa falta de contato e conhecimento técnico, o direito internacional hoje conta com três sistemas regionais de proteção, sendo o africano, o europeu e o interamericano.

O Brasil encontra-se vinculado ao sistema interamericano, que surgiu com a chamada Carta de Bogotá (Carta da Organização dos Estados Americanos), em 1948. Seu principal documento é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969. Sua proteção é complementar ao sistema interno do país, atuando apenas em falta de amparo ou de proteção insuficiente ao necessário por parte do Estado, desrespeitando os direitos e garantias da Convenção.

Sobre direitos econômicos, sociais e culturais, por não deles tratar de forma específica, a Assembleia Geral da OEA, em 1988, adotou um Protocolo Adicional - o Protocolo de San Salvador, em vigor desde 1999. O sistema conta com instrumentos de proteção específicos, como por exemplo a Convenção de Belém do Pará (ratificado por 31 dos 35 Estados-membros) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

5.1.1 Órgão de Proteção e Influência Interna

No que diz respeito ao sistema universal de proteção, destaca Cançado Trindade (1997, p. 48),

três são os principais métodos de implementação internacional dos direitos humanos, com variantes: o sistema de petições ou reclamações e comunicações, o sistema de relatórios e o sistema de determinação de fatos ou investigações.

O sistema de comunicação interestatal e relatórios está acompanhado de criação de órgãos de supervisão dos tratados (mecanismos convencionais), enquanto as investigações de denúncias, são de inovações de resoluções da Comissão de Direitos Humanos (mecanismos não-convencionais).

Baseado nas convenções como mecanismos de supervisão e cumprimento, o Comitê de Direitos Humanos foi criado pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, operando pelo recebimento de relatórios dos Estados-Partes e recebimento de comunicações formuladas pelos países. Pode receber denúncias individuais ou de terceiras pessoas. Da decisão de necessidade de providências, envia comunicado ao Estado, e a forma de fazer cumprir suas decisões é enviando seu relatório ao ECOSOC, que o publica.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não previu mecanismo de controle, apenas constava que enviasse seus relatórios ao Secretário-Geral da ONU. Seu Comitê, corpo de especialistas independentes, foi criado por Resolução do ECOSOC (Conselho Econômico e Social, é um dos órgãos de cúpula da ONU). Sua análise resulta em observações conclusivas, e o comitê também publica comentários gerais sobre normas de direitos humanos relacionados ao seu tema.

Existem ainda os comitês específicos, criados por força de seu tratado, sendo os comitês para Eliminação da Discriminação Racial, Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, Contra a Tortura e Subcomitê para a Prevenção da Tortura, para os Direitos das Crianças, para os Direitos das Pessoas com Deficiência e sobre Desaparecimentos Forçados.

Diante da pouca efetividade, a Comissão de Direitos Humanos da ONU foi pressionada a buscar meios mais eficazes e ágeis. A Comissão, vinculada ao ECOSOC, antes em período abstencionista, muda a sua postura e recebe a responsabilidade de atuar por resoluções e apresentar relatórios, reconhecendo inclusive capacidade internacional dos indivíduos para que recorram a órgão de supervisão internacional.

Contudo, em 2006, a Comissão foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, vinculado agora à Assembleia-Geral das Nações Unidas. Em seu Estatuto de Funcionamento encontram-se disposições interessantes como a Revisão Periódica Universal, sendo que a cada quatro anos tem-se revisados os registros de direitos humanos de todos os países das Nações Unidas. Também, o estabelecimento de um Comitê Consultivo para o Conselho, já que aquele deve manter contato direto com Estados e organizações que visem proteção de direitos humanos. Houve também reforma nos procedimentos de reclamação.

Importante o destaque dado por Valerio Mazzuoli (2015, p. 119), de que as autorizações do Conselho para promover investigações da situação dos direitos humanos - seja em países membros ou não das Nações Unidas - decorre de resoluções da Assembleia Geral ou do ECOSOC, e não dos tratados.

No ano de 1993, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. Este,

Mais que um órgão de execução ou fiscalização, o Alto Comissariado é um escritório de coordenação das atividades desenvolvidas pela ONU a respeito de direitos humanos, procurando superar a fragmentação, burocratização e multiplicação redundante de esforços que antes de verificavam. Além disso, o(a) ocupante do cargo tem uma tal respeitabilidade que acaba se tornando uma espécie de "Embaixador das Nações Unidas para Direitos Humanos". (WEIS, 2014, p. 141).

Outro sistema não convencional e interessante de fiscalização e monitoramento estabelecido pelo Conselho é o *peer review*, no qual os Estados submetem à ONU relatórios sobre a situação dos direitos em seu território sob

apuração e análise dos demais países. ONGs podem também apresentar relatórios sobre determinado Estado.

Os relatórios objetivam a comunicação ao Estado que viola direitos humanos para que tome medidas, na maioria das vezes, de caráter urgente. Contudo, no que diz respeito a solo brasileiro, diversas visitas foram realizadas por relatores temáticos da ONU, mas a comunicação ao Governo "nem sempre (infelizmente) tem sido satisfatório em termos práticos" (MAZZUOLI, 2015, p. 129).

No sistema regional americano, os órgãos de monitoramento de proteção são dois, autônomos e independentes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

À Comissão cabe a tarefa de fazer o juízo de admissibilidade de petições e comunicações apresentadas, e qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida ao menos em um dos Estados-membros da organização pode apresentação petições com denúncias ou queixas de violações.

A comissão tem ainda outras duas funções, a serem a promoção de direitos humanos por meio de, por exemplo, publicações e conferências de imprensa; e a coleta de informações que resulta em recomendações, ainda atendendo consultas sobre direitos humanos realizadas pelos países da OEA.

Suas visitas *in loco* são importantes da proteção e promoção, chamando atenção de entidades e opinião pública internacional. A Comissão ainda pode requerer medidas cautelares de proteção aos Estados, com finalidade de prevenir danos irreparáveis, podendo inclusive ser determinada *ex officio* pela própria Comissão.

A Corte, por sua vez, é órgão jurisdicional e supranacional, que pode condenar Estados por violações de direitos humanos desde que tenham aceitado sua competência contenciosa. Além disso, apresenta também competência consultiva relacionada às disposições da Convenção. Os casos são a ela submetidos através da Comissão.

Profere a Corte sentenças definitivas e inapeláveis, e pode ainda autorizar medidas provisórias quando estiver conhecendo de assunto que demande

urgência e seja de gravidade extrema. Declarada a violação, exige a imediata reparação do dano.

Sentença internacional e não estrangeira, tem eficácia imediata no Brasil, e como título executivo, pode a vítima ou o Ministério Público Federal deflagrar ação para garantir o cumprimento da sentença. Em não cumprimento, a Corte deve informar a Assembleia Geral da OEA.

Todo o desenvolvimento internacional da proteção e promoção dos direitos humanos influenciou toda a elaboração e desenvolvimento da Constituição brasileira atual, que entrou em vigor no ano de 1988. O constituinte teve o cuidado de respeitar disposições já universalmente reconhecidas e de colocá-las em seu texto, seja na extensa carta de direitos, seja como pilar na elaboração das demais normas ou ainda na sua sistemática hermenêutica.

A Constituição também tem espaço para a incorporação de novos tratados internacionais que assegurem a proteção aos seus direitos fundamentais, conforme o §2º de seu artigo 5º.

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, entende-se que os tratados internacionais de direito humanos ratificados pelo Brasil tem índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior (MAZZUOLI, 2015, p. 202).

Estimulado pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, o Brasil já publicou três versões do Programa Nacional de Direitos Humanos, sendo política nacional pela qual o Estado tomaria para si a responsabilidade em comandar uma política de proteção dos direitos fundamentais.

São, contudo, apenas propostas que não são carregadas de força normativa. O estímulo é que fossem discutidas no Congresso Nacional para tornarem-se leis federais. O terceiro programa, do ano de 2009, instituiu o Comitê de Acompanhamento e Monitoramento do PNDH-3, coordenado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana foi instituído em 1964, com a Lei nº4.319/1964, editada quinze dias antes do golpe militar. Em 2014, o Conselho passou a denominar-se Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Sua finalidade é a promoção e defesa dos direitos humanos, por ações preventivas, protéticas, reparadoras e sancionadoras. Apura fatos e pode requisitar informações,

auxílio da polícia federal e requerer os serviços necessários aos órgãos públicos para o cumprimento de diligências.

Representando um grande avanço, o Conselho encontra-se em desconformidade com os Princípios de Paris sobre as Instituições Nacionais de Direitos Humanos (do ano de 1992, que cuida da regulamentação dessas instituições). Apesar de não estar nos padrões estabelecidos pela ONU, atribuições importantes como recebimento de representações ou denúncias, representação diante de órgãos públicos para colaboração no exercício de suas atribuições e acompanhamento de desempenho dos termos de tratados internacionais podem promover uma melhora significativa nas condições do país.

5.2 A Vinculação dos Órgãos Públicos

A nível interno, fala-se em direitos fundamentais. Como dispõe Fábio Konder Comparato (1999, p. 46), os direitos fundamentais são

[...] os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Apesar de a função de editar normas seja característica do Poder Legislativo, todos os poderes da federação devem trabalhar em conjunto para que se promova a efetivação das prerrogativas constitucionais. Cada um deles, na sua esfera de competência, tem a sua responsabilidade e deveres a cumprir.

5.2.1 Poder Legislativo

Cabe aqui destacar a atuação do Congresso Nacional, visto ser o órgão legislativo da União e hierarquicamente superior, as demais leis regionais devem seguir suas prerrogativas.

Suas funções podem ser catalogadas em cinco grupos. No primeiro, sua função é legislativa, elaborando leis sobre todas as matérias de competência da União, de acordo com o processo legislativo. Pela estrutura de poderes do país, cada âmbito legislativo sintoniza-se com sua competência para produzir leis, seja também nas esferas estaduais e municipais.

O segundo grupo é de atribuições meramente deliberativas, de acordo com regras regimentais. O terceiro, de atribuições de fiscalização e controle, que envolve procedimentos diversos como as comissões parlamentares de inquérito e fiscalização de atos do Poder Executivo. O quarto grupo envolve a competência para julgamento de crimes de responsabilidade, e o quinto e último, as atribuições constituintes.

Após a Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, na Áustria, em 1993, é que o Estado brasileiro assumiu maiores responsabilidades para seu Poder Legislativo, que sofreu uma sensibilização. Logo em 1995 a Câmara dos Deputados criou sua Comissão de Direitos Humanos, que figuram entre suas funções o recebimento e investigação de denúncias que envolvam violações de direitos humanos, pesquisas e colaborações com entidades não governamentais.

A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado foi criada em 2005, competências como garantia e promoção de direitos humanos e uma atenção especial a grupos hipossuficientes. Característica interessante é a Sugestão Legislativa, instrumento que permite à sociedade civil sugestões em leis, programas, emendas constitucionais e pareceres, por exemplo.

Hoje, todos os estados e o Distrito Federal contam com Comissões Legislativas de Direitos Humanos, fundadas no regimento interno de cada casa. Também estas existem e podem ser criadas nas Câmaras de Vereadores. As comissões contam com um papel social e moral importante, ao fiscalizar e ter poder de denunciar uma violação, contatar uma autoridade pública, movimentar a mídia e promover organizar social, com seu respaldo.

O parlamentar muito pode fazer na defesa dos direitos fundamentais, o que vai desde a criação de comissões, projetos de lei, realizar revisão legislativa, até capacitar servidores, realizar estudos, articular-se com entidades e fiscalizar o Poder Executivo.

Em sua função precípua, o Poder Legislativo atua em promoção e defesa de direitos fundamentais também quando realiza o controle de constitucionalidade preventivo. Ao analisar projetos de lei e garantir a plena aplicação e respeito à Constituição Federal, garante-se que sua característica garantista será preservada através das leis infraconstitucionais.

5.2.2 Poder Executivo

Conforme definição de José Afonso da Silva (2015, p. 548), o Poder Executivo "trata-se de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração". A Constituição brasileira demarca um executivo monocrático, com a figura do Presidente como Chefe de Estado e Chefe de Governo.

Responsabilidade do Presidente da República a administração federal, sanciona, promulga e faz publicar leis, mantém relações com Estados estrangeiros, acredita representantes diplomáticos, celebra tratados internacionais, além de prover cargos públicos federais, por exemplo, ainda na forma da lei podendo delegar algumas de suas funções privativas.

Dever do Poder Executivo, como de todos os demais, é dotar a população de suas necessidades e, com embasamento constitucional, atender a Carta de Direitos tão vastamente prevista quando exerce cada uma de suas funções.

Ao iniciar projetos legislativos, sancionar, vetar e promulgar leis, a figura do Presidente da República, bem assessorado, realiza o controle de constitucionalidade. Atuando na forma da Lei Maior, atua na proteção dos direitos fundamentais, base de interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Não de outro modo, ao manter o relacionamento diplomático com os demais Estados e ao celebrar tratados internacionais, o Poder Executivo atua na proteção e na promoção de direitos humanos, assumindo responsabilidades perante a comunidade internacional de atender de forma cada vez melhor a pessoa humana.

A importância da atuação Poder está também na criação e manutenção de programas sociais, vinculados às suas secretarias. O Poder Legislativo, inclusive, na sua atuação fiscalizatória, pode e deve sugerir ao Chefe do Poder Executivo tais medidas de administração pública, não apenas programas sociais, como sugerir possíveis melhorias de gestão.

No caso, os direitos humanos já contam com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, responsável pela administração de

programas sociais que visam a promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais, tendo em destaque temas como proteção da criança e do adolescente, pessoa idosa, pessoa com deficiência, comunidade LGBT, combate ao trabalho escravo e prevenção e combate à tortura.

Atualmente, tem destaque o Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos, instituído pelo Decreto Presidencial nº 6.044 de 12 de fevereiro de 2007. Foi criado para articulação de medidas possíveis para proteção de pessoas em situação e risco ou ameaça, e realiza tais articulações através do contato com entidades sejam públicas ou privadas e da própria sociedade, visando resolução de conflitos, acompanhamento de violações e reconhecimento da atuação do defensor perante a sociedade.

5.2.3 Poder Judiciário

É função dos órgãos que compõem o Poder Judiciário "compor conflitos de interesses em cada caso concreto" (SILVA, 2015, p. 560). Isso significa que cabe ao Poder Judiciário aplicar a lei para a solução das lides que lhe são propostas.

É composto pelos Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, pelos Tribunais e Juízes do Trabalho, pelos Tribunais e Juízes Eleitorais, pelos Tribunais e Juízes Militares, e pelos Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Essenciais para a manutenção da justiça, sem os quais o Poder Judiciário não teria condições de cumprir seu papel, assim como o magistrado, são o advogado, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e a Defensoria Pública.

Recepcionando demandas, o Judiciário é o guardião das prerrogativas dos cidadãos e de toda a coletividade. É o poder que evita a autotutela e a desumanização do grupo social. A sua atuação eficaz e possibilidade de alcance configura-se inclusive como direito fundamental de acesso à justiça, o gera uma

dinâmica de quanto mais ser acionado, maior será o aprimoramento da sua prestação de serviços.

Conforme destaca Luís Roberto Barroso (2000, p. 125)

[...] em um Estado de direito, o interprete maior das normas jurídicas de todos os graus e titular da competência de aplicá-las aos casos controvertidos é o Poder Judiciário. Não obstante, o seu papel tem sido exercido com certa timidez, mais por uma tradição que deita raízes no passado lusitano e na influência francesa, do que propriamente por limitações do direito objetivo, constitucional ou ordinário [...] O típico juiz brasileiro, sem que isto importe em qualquer desmerecimento, acomoda-se no princípio da iniciativa da parte [...].

Principal garantidor dos direitos por ser o meio de proteção - preventivo ou repressivo - buscado por qualquer pessoa, o acesso à justiça encontra óbices visto a tradição do Judiciário de lidar com tarefas civis e penais e encontra uma dificuldade de mudança de postura. Corroborando, Flávia Piovesan (2015, p. 580-583) demarca que movimentos sociais obtiveram movimentação protetiva por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, mas não encontraram mudanças na jurisprudência, como aqueles que buscaram defender direitos das mulheres afrodescendentes.

Por outro lado, os movimentos sociais que visavam os portadores de HIV conquistaram mudança legislativa após transformação de entendimento em consolidada jurisprudência. Essa diferença se deu, segundo a autora (2015, p. 587-588) pois, no primeiro caso, os movimentos não objetivaram uma atuação judicial estruturada em mecanismos coletivos de defesa; enquanto no segundo, desde o início houve foco na litigância de interesse público para que se tutelasse os direitos buscados. Para a autora (2015, p. 555), o direito à proteção judicial possui três dimensões

- a) o direito ao livre acesso à justiça;
- b) a garantia da independência judicial (direito de toda pessoa ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, nos termos do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos; do art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 10 da Declaração Universal); e
- c) o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos (direito e remédios efetivos).

O papel do Poder, então, inicia-se muito antes da tramitação para concessão da tutela jurisdicional. Em um cenário que apenas atingi-lo já configura-se um direito fundamental, o Judiciário, em sua atuação, deve analisar as demandas

e prestar a tutela jurisdicional devida e com a cautela necessária para tal. Aplicando de forma justa e ponderada a lei no caso concreto, respeitando-se a Constituição Federal, o magistrado transforma em realidade palpável todo o previsto em cartas de direitos.

Para que isso possa acontecer, Flávia Piovesan (2014, p. 104-111) destaca sete perspectivas para o fortalecimento do Poder Judiciário "como garantia e instrumento de distribuição de justiça e de efetiva proteção de direitos na experiência brasileira".

A primeira delas é ampliar e democratizar o acesso ao Judiciário, visto que apenas 30% da população tem acesso ao Poder Judiciário. Para Maria Teresa Sadek (2000),

[...] as razões para isso são inúmeras, indo desde a descrença na lei e nas instituições até a banalização da violência. [...] Por outro lado, ainda que em menor grau que no passado, é baixa a conscientização da população tanto sobre seus direitos, como sobre os canais institucionais disponíveis para a solução de seus litígios.

Seria nesse caso necessário fortalecer o acesso para pessoas vulneráveis, visto que pelas características das demandas, os que mais buscam a jurisdição são os com melhores condições, o que faz com que a tutela jurisdicional seja buscada mais para obter vantagens do que para proteção de direitos.

A segunda é reduzir a distância entre a população e o Judiciário, onde seria preciso o fortalecimento das defensorias públicas e uma justiça descentralizada, itinerante. Em seguida, otimizar a litigância como uma estratégia jurídico-política de proteção dos direitos humanos, o que para a autora significa

[...] ampliar a litigância orientada por casos emblemáticos de elevado impacto social, capaz de fomentar transformações sociais na esfera das políticas públicas e da reforma legislativa, com o intenso envolvimento dos movimentos sociais. Há, ainda, que se introjetar a consciência social de que o Poder Judiciário não tem apenas por vocação proteger direitos, mas também expandi-los e ampliá-los [...] ressalta-se a relevância da interpretação evolutiva e dinâmica, que leve em consideração as transformações sociais, os novos fatos e os novos valores. Nesse sentido, devem ser estimulados programas de capacitação e sensibilização a respeito do uso do direito em prol do interesse público, sob a perspectiva dos direitos humanos, aos operadores do direito [...], com especial atenção aos membros do Poder Judiciário, para que se torne um poder mais aberto, próximo e socialmente responsável, tornando-se um locus de afirmação de direitos, em defesa do interesse público. Outra estratégia é estimular e encorajar organizações não governamentais a redefinir e ampliar estratégias, a partir de um exercício de reavaliação crítica de sua atuação,

de forma a também incluir a estratégia jurídica de litigância em prol do interesse público (PIOVESAN, 2014, p. 107).

Democratizar e fortalecer socialmente os órgãos do Poder Judiciário é a terceira perspectiva apresentada, principalmente no que diz respeito ao órgão de cúpula, no sentido de um exercício mais independente e republicano, sem risco de envolvimento com partidos políticos.

Também, sistematizar dados estatísticos, fazendo uso destes para que a prestação jurisdicional seja aprimorada, como apresentam os indicadores da ONU. Em seguida, garantir observância de respeito aos critérios jurisdicionais em todo território nacional, garantindo aplicação em todas as regiões do país em um tempo que não se configure patológico.

Por fim, o encorajamento de aplicação de instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos pode promover uma melhoria na eficiência na busca de aplicação eficaz dos direitos. Isso porque essa dinâmica promove diálogo entre cortes e entidades internacionais, que promover estudos sobre o tema e dia a dia atualizam seus entendimentos e jurisprudência, estando sempre em conformidade com o melhor para a harmonia da comunidade mundial.

Além disso, indispensável é que a sociedade civil, seja por seus diversos movimentos, sempre e cada vez mais acione o Poder Judiciário, fortalecendo toda a aptidão que o direito tem de ser livre, transformar e transformar-se.

5.3 A Vinculação Privada na Promoção

Do mesmo modo que todos os órgãos e seguimentos públicos encontram responsabilidade na promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais, essencial que a própria sociedade civil, além de fiscalizar o Poder Público, dentro de suas atividades adira a tal comportamento protetivo e respeitoso.

Difundida na Alemanha em meados do século XX, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais passou a trabalhar a ideia de que não mais os direitos eram relação vertical, entre Estado, superior, e cidadão. Mais do que isso, os direitos fundamentais também se incidiam nas relações entre particulares e cidadãos, em uma perspectiva horizontal.

Dentre as diversas variedades da teoria, prevaleceu no Brasil, inclusive com reconhecimento do Supremo Tribunal Federal, a teoria da eficácia direta e imediata, o que para João Trindade Filho (2013, p. 10) significa que

[...] os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre os particulares. É dizer: os particulares são tão obrigados a cumprir os ditames dos direitos fundamentais quanto o poder público o é. As obrigações decorrentes das normas constitucionais definidoras dos direitos básicos têm por sujeito passivo o Estado (eficácia vertical) e os particulares, nas relações entre si (eficácia horizontal direta ou imediata).

Seguindo a eficácia horizontal, resta claro que os particulares, em seus negócios jurídicos e inclusive pessoais, devem sempre seguir a moralidade, a ética e a lei para que ocorra a efetivação de todos os direitos previstos e inerentes a figura do homem.

Dentro desses relacionamentos, destaca-se o comportamento empresarial, essencial ao modo capitalista e que se desenvolve cada vez mais com a globalização. A atividade empresarial gera grandes impactos, tanto negativos como positivos em toda uma comunidade, e não diferente, nos direitos humanos.

Com consciência da grande importância da empresa, a Organização das Nações Unidas aprovou pelo seu Conselho de Direitos Humanos, em 2011, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, abrindo a responsabilidade para com os direitos humanos a todas as empresas no leque mundial.

Falta de coordenação e harmonia entre o planejamento empresarial, políticas públicas e obras realizadas afetam os mais diversos ramos de atividades e os mais diversos grupos sociais, principalmente no que diz respeito a efeitos sobre populações locais, como os povos indígenas.

Assim, o comportamento social deve ser ativo em não apenas buscar e cobrar resultados do poder público, como também deve respeitar a Constituição, os tratados internacionais e leis internas, além dos costumes da comunidade internacional em todas as suas relações, para que a ampla proteção normativa dos direitos humanos tenha significado prático.

6. POVOS PRÉ-COLOMBIANOS NO BRASIL

O século XV ficou marcado pelas Grandes Navegações. Portugal despontou no desenvolvimento da tecnologia marítima, desenvolvendo caravelas, mapas e guias de navegação, além de capacitar seus navegadores em escolas, como a Escola de Sagres.

A Igreja Católica Apostólica Romana, em uma época que exercia fortíssima influência política, concedeu ao país hegemonia marítima, na figura do papa Nicolau V, através da bula *Romanus Pontifex* datada de 1455, concedendo a Portugal as terras já conquistadas e as que assim viriam a ser no continente africano, em uma tentativa de combater o crescimento do islamismo.

Instigado pela suporte católico e por sua versada tecnologia, Portugal ganhou os mares e as regiões em que aportava. Quando Bartolomeu Dias contornou o Cabo das Tormentas, hoje o Cabo da Boa Esperança, notou-se a possibilidade de atingir as desejadas Índias por vias marítimas.

A Espanha, por sua vez, também desenvolveu com louvor sua navegação, e os portugueses começaram a encontrar dificuldades para manter seus territórios nas disputas com os vizinhos ibéricos que eram mais numerosos.

Em 1492, Cristóvão Colombo, sob ordens de reis espanhóis, atinge a América central. Em 1494, firmaram os dois Estados ibéricos o Tratado de Tordesilhas em uma tentativa de dividir em duas zonas de influência o Atlântico, o que significou a divisão do território das Américas.

Pouco se pode afirmar sobre como a América foi povoada. Fala-se da possibilidade de travessia pela Beríngia, quando entre 35 mil e 12 mil anos atrás uma glaciação teria aflorado a faixa de terra de modo a permitir a passagem da Ásia para a América, mas não é descartada a hipótese de navegação costeira (CUNHA, 2012, p. 9).

Fato é que a empreitada que muita prosperidade trouxe a Portugal estimulou cada vez mais a navegação, até que no ano de 1500 nove naus partiram de Lisboa, comandados por Pedro Álvares Cabral, e no mesmo ano foi comunicado ao Rei Manuel I o descobrimento de novas terras, que restaram batizadas como

Santa Cruz - também referida como Terra dos Papagaios (SANTOS FILHO, 2012, p. 20).

Os povos anteriores a chegada de Cristóvão Colombo que habitavam o território americano foram pelos navegadores denominados de índios, visto que por muito se acreditava o território ser o que por muito se chamou de Índias Ocidentais.

6.1 Evolução Histórica: Do Início à Colonização

Não há nos estudos históricos como firmar uma exatidão qual o número de habitantes que a nova colônia portuguesa apresentava, no caso, Brasil. Há apenas cálculos. Entre diversas estimativas, a Exposição de Motivos nº 16 enviada ao Congresso pelo Presidente Costa e Silva consta à época do descobrimento um milhão e cem mil índios (SANTOS FILHO, 2012, p. 21).

Do mesmo modo, muito pouco se pode falar das origens e da história indígena antes do colonizador europeu aportar em terras americanas. O Velho Mundo desenvolveu-se, e em sentido contrário, passou a acreditar que algumas sociedades que juntos deles não caminhava teriam permanecido no primitivismo.

É a ideia que transmite Francisco Adolfo de Varnhagen (1978, p. 30) ao declara que ao contrário das sociedades ocidentais, viviam uma infância eterna, eram primitivas - "de tais povos na infância não há história: há só etnografia".

Essa nova terra foi sendo pelo povo denominada de Brasil, e a designação superou as demais. Os registros do Brasil carregaram em seu início um cunho poético, mas que Luís de Camões apenas mencionou uma vez, em quatro versos no último canto de os Lusíadas.

As primeiras impressões foram registradas por Pero Vaz de Caminha, e o que se tem na primeira vista é a nudez, associada inclusive com inocência (CUNHA, 2012, p. 30). Tem boa aparência física, são limpos e sem pelos, e demarca a higiene das índias diante das forasteiras do antigo mundo.

Foi destaque nas cartas a visão primária de que os índios nada cultivavam, não teriam um chefe e nem religião, demarcando um caráter quase como que selvagem no que diz respeito a capacidade de apreensão e seus conhecimentos.

Tais cartas, contudo, não vieram a tona dos arquivos portugueses até o ano de 1773, e os letrados europeus tiveram acesso ao que foi escrito por Américo Vespúcio - que não foge à representação de Pero Vaz de Caminha, crendo que não tinham nenhum tipo de lei, eram pois cada um "senhor de si mesmo", não tinham governante e não seguiam nenhum tipo de fé (CUNHA, 2012, p. 32).

Interessante o pontuado por Michel de Montaigne, traduzido e disposto por Manuela Carneiro da Cunha em sua obra (2012, p. 40) de que os índios "estranhavam que homens feitos obedecessem a uma criança - o rei. E estranhavam também que existissem na mesma sociedade ricos e mendigos".

Em mente o entendimento de que os europeus viam os povos pré-colombianos como selvagens, tabulas rasas, optaram em sua categorização o fato de que estes não distinguiam posses, não tinham interesse em acumular bens materiais e não eram, como Jean de Léry (1972, p. 125-126) pontua, providos de cobiça.

A imagem dos indígenas que se teve ao longo dos séculos de exploração da colônia propagada pela península ibérica foi de depreciação. Chegou-se inclusive ao ponto de discussão se eram ou não humanos, e por isso objeto de estudo antropológico.

Durante o primeiro meio século em que os colonizadores aqui estiveram, os índios se firmaram como verdadeiros parceiros comerciais, como Manuela Carneiro da Cunha (2012, p. 18) "[...] trocando por foices, machados e facas o pau-brasil para tintura de tecidos e curiosidades exóticas como papagaios e macacos, em feitorias costeiras".

A Coroa contudo tinha seus interesses, e esses não seriam postos de lado para manter uma boa relação com os nativos. Já satisfeitos com o escambo, o que era necessário agora era a mão de obra. Era necessário índios que realizassem o serviço, índios que assegurassem a colônia politicamente e índios que fossem aliados como combatentes.

O chamado desenvolvimento dos colonizadores ao longo dos anos e séculos sempre se deparava com as populações indígenas como se fossem uma barreira, que impedissem o progresso de chegar. A questão indígena deixou então

de ser questão de mão de obra e passou a discutir-se a questão das propriedades daquelas terras, onde estavam fixadas várias tribos diferentes.

Passaram os colonizadores, simplesmente, a se apoderar das terras em que os indígenas tinham suas aldeias, valendo-se ainda pouco de sua mão de obra como solução apenas local, pois logo se tratou de estabelecer imigração de trabalhadores da região nordeste do país.

A sua escravidão foi várias vezes legalizada e abolida no período entre os séculos XVII e XVIII. A Coroa chegou a estabelecer sua escravidão por tempo determinado, com a justificativa de que o trabalho faria com que deixassem os índios a sua selvageria em tempos passados. Contudo, eram encontrados escravos índios até o ano de 1850, e era possível inclusive comprar crianças (CUNHA, 2012, p. 57, 82-83).

A religião e seus propagadores, tão arraigados aos costumes europeus, também vieram conhecer o Novo Mundo, e assim dispersar a sua ideologia para um povo que, para eles, não conheciam a fé. Ocuparam-se pois das catequeses, apregoando sua fé e a vida eterna no qual acreditavam.

Essa influência se fazia tão forte chegando ao ponto de o Império ao buscar estabelecer uma administração de cada aldeia, acabar cedendo tais direções aos missionários, e não apenas como educador.

Ao contrário das primeiras impressões, os indígenas sim resguardavam, inclusive entre as diversas tribos, uma política. Dessa política também aproveitou-se a Coroa, utilizando as guerras internas para acessar os territórios que tinha interesse como lhe convinha.

Para tal, realizaram divisões administrativas, que separavam os índios em "bravos" e os "mansos"; e colocando-os em tribos, os Tupi e os Guarani, tão presentes nas literaturas romancistas que remetem às terras brasileiras, eram os índios bons. Havia disputas algumas vezes ferozes entre as tribos.

Os Botocudos, por sua vez, os Tapuia, inimigos dos Tupi, eram os índios ferozes e indomáveis, estudados inclusive pela ciência pelo formato de seu crânio, sendo classificados entre o orangotango e o humano (CUNHA, 2012, p. 58, 62-63).

Os indígenas foram, não lentamente, desaparecendo da terra quando do encontro com o povo europeu. A antropóloga luso-brasileira Manuela Carneiro da Cunha (2012, p. 14), bem expõe que

Esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e micro-organismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil. Motivos mesquinhos e não uma deliberada política de extermínio conseguiram esse resultado espantoso de reduzir uma população que estava na casa dos milhões em 1500 aos pouco mais de 800 mil índios que hoje habitam o Brasil.

Tais fatores podem e devem ser combinados com as guerras entre as aldeias e a escravidão indígena, que promoveram uma desestruturação da ordem social gravosa a ponto de gerar a mudança e busca por novos territórios, onde no mais das vezes não se conhecia os recursos da região ou já era habitada, gerando enfrentamento.

Mesmo diante das considerações e estudos históricos, não cabe a noção de que os índios foram sempre vítimas de um sistema. A Coroa, no que diz respeito às guerras, apenas aproveitou-se de uma rivalidade já existente, e é claro que cada aldeia tinha seus próprios motivos para se aliar à França ou a Portugal.

Os próprios indígenas se colocam como agentes de sua história com mitos que justifiquem as suas ações e as diferenças para com o homem europeu - "O homem branco é muitas vezes, no mito, um mutante indígena, alguém que surgiu do grupo" (CUNHA, 2012, p. 24).

Independente da história ser narrada pelos colonizadores ou pelos colonos, da figuração de agentes ou vítimas, o resultado de todo esse processo é um fracionamento étnico e uma homogeneização cultural.

A destituição dos territórios, escravização e enfrentamento, além do escambo e a organização portuguesa acabaram por restringir a identidade étnica de cada aldeia, fazendo com que cada vez mais se assemelhassem culturalmente.

A origem de cada tribo se manteve diferenciada, mas a necessidade de sobrevivência acarretou em uma assemelhação das culturas. O que se vê hoje é uma colcha de retalhos, fragmentos sociais que demonstram uma América invadida, e não descoberta.

6.2 Reconhecimento Como Sujeitos de Direito

Por muito tempo, a humanidade do povo indígena foi questionada, incluindo pelos estudos feitos pela Igreja Católica. Foi na época do marquês de Pombal que surgiram as primeiras visões de que na composição de um povo brasileiro livre estariam presentes os brancos e os índios, bem como os mestiços.

Nas primeiras tentativas de regulamentação que tratava diretamente dos indígenas, estes sequer foram parte capaz de influenciar nas medidas que seriam tomadas, pois não tinham representantes.

Muito a legislação precisou evoluir para reconhecê-los como detentores de direitos humanos e chamar a atenção do direito internacional, para que o Estado estivesse sujeito a uma fiscalização constante e externa.

6.2.1 Desenvolvimento Legislativo de Proteção

Para assegurar a conquista das terras e sua distribuição na Colônia, Portugal passou a distribuí-las em sesmarias, conforme lei que já vigorava no país para suas terras desde o ano de 1375, que foi aplicado ao Brasil.

Em 1514, as Ordenações Manuelinas e novamente em 1603 pelas Ordenações Filipinas, esta de origem espanhola, as sesmarias sofreram reestruturação. Como o objetivo português era de por fim à miséria vivida no país (SANTOS FILHO, 2012, p. 23), em momento nenhum foram observados qualquer tipo de respeito aos povos pré-colombianos que ali habitavam.

Não sendo mais possível que a Coroa ignorasse a situação, as legislações que dispunha sobre a situação indígena foi, no século XVI, extremamente variável. Como traz Roberto Lemos dos Santos Filho (2012, p. 24),

Determinava bom tratamento os indígenas que se submetessem à catequese, e guerra aos que se mostrassem inimigos. Por outro lado, permitia a destruição das aldeias, a submissão dos índios a cativo e morte para exemplo dos demais.

Leis de 1570 e de 1655 catalogavam hipóteses em que não era permitida a escravidão de índios, ao mesmo tempo em que se tratava de exceções, como também se vedava o cativo indígena e dispunha de exceções.

Em Cartas Régias de 1609, 1611 e Regimentos das Missões estaduais de 1686, por exemplo, restou reconhecida a soberania indígena sobre suas terras. Leda Maria Cardoso (1967, p. 237-270) afirma em seu texto que até o século XVIII essas e diversas outras providências tomadas em lei a favor dos índios não se cumpriram na prática.

Marquês de Pombal, em 1755, executou a Bula papal de 1741 editada pelo Papa Benedito VII, assegurando liberdade e seu domínio de terras. Não muito longe, em 1808, tais disposições foram revogadas, resguardado os seus territórios e as terras das aldeias.

Apesar disso, a legislação do século XIX, principalmente até 1845, era subsidiária de uma política de terras. No Brasil Império, cinco projetos de deputados brasileiros visando política indigenista foram apresentados as cortes Gerais Portuguesas (CUNHA, 2012, p. 65), sendo o mais conhecidos deles o de José Bonifácio.

Tratava de temas como trabalho e aldeamento. Outra sugestão, a de que cada província fornecesse a situação dos índios, sugestão do melhor local para alocá-los e o que impedia que fossem civilizados, para que se estabelecesse um Plano Geral de Civilização, não vingaram, e não foram utilizados pela constituinte para a Constituição de 1824.

O projeto constitucional apenas declarou que seria competência de cada província (que hoje são os Estados da Federação) promover e regulamentar missões e catequese. Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 63) é categórica ao afirmar que o Império foi marcado pelo retrocesso do direito indígena. A estes é negado humanidade e cidadania, e na Constituição promulgada de 1824, não há qualquer tipo de menção a sua existência.

Desse modo, ficariam submetidos ao regime geral previsto pela legislação. Em 1845, o Regulamento acerca das Missões de Catechese e Civilização dos índios buscou diretrizes gerais para os índios aldeados, apresentado

na verdade um caráter mais administrativo, mas também de dominação por parte dos governantes.

O regulamento das missões, que contava com uma administração leiga, enquanto o missionário seria apenas um assistente educador e religioso. Ao contrário, o que ocorreu foi que os missionários cumulavam o cargo com o de diretores. Em 1843, o Império se ocupa de importar capuchinhos italianos para o posto de direção (CUNHA, 2012, p. 69). Até o ano de 1939, é possível notar que pouco resta da influência dos jesuítas nos projetos governamentais que tanto assim funcionaram no período colonial.

Em 1850, a Lei 601 dispôs sobre as terras devolutas do Império, reservando-se as extensões necessárias à colonização dos índios. Benedito Preziosi e Eduardo Hoornaert (1995, p. 140-141) tratam que a lei serviu de fachada legal aos grandes fazendeiros, pois a exigência legal de medida e registro de terras carecia de dinheiro, favorecendo a grilagem de terras indígenas.

Em 1891 foi aprovada a primeira Constituição da República, que também nada trouxe sobre os povos indígenas. Como seu texto transferiu as terras devolutas para os Estados federados, apenas em algumas especificidades as terras permaneceram com a União, houve confusão se a esta ou aquela estava o domínio das terras dos índios.

A confusão não alterou em nada o tratamento abusivo e a espoliação que ocorria com os índios que insistiam em permanecer em suas próprias terras (SANTOS FILHO, 2012, p. 34).

Em 1908 o Brasil foi pela primeira vez publicamente acusado, durante o XVI Congresso de Americanistas em Viena, de massacre de índios, extermínio motivado pela apropriação de território e avanço na colonização. Roberto Lemos dos Santos Filho (2012, p. 34) menciona que o caso de destaque é o dos Kaingang e Xokleng.

Por isso, surge uma movimentação que culminou, no ano 1910, no Decreto 8.072, que regulamentou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que em 1918 se transformou no Serviço de Proteção ao Índio (SPI), com direção confiada ao general Rondon.

O objetivo da política do SPI era a integração dos povos, previu a demarcação de terras ocupadas pelos índios como usufruto exclusivo, visava medidas mais eficazes de civilização e respeito aos seus hábitos.

Em 1916, o Código Civil, em seu artigo 6º, inciso IV, declarou os índios relativamente capazes para os atos da vida civil, em uma espécie de reorientação da chamada tutela orfanológica¹. Apesar disso, como de um modo especial o Código Civil não se ocupou de regular a situação diferenciada, pois agora não eram mais vistos como seres deficientes.

A situação especial foi regulada pelo Decreto 5.484/1928, que dispunha da situação jurídica dos índios, das suas terras, do registro civil, de previsões penais, de seus bens e de disposições gerais em cinquenta artigos, mas não encontrou êxito em sua implementação.

A Constituição de 1934 é a primeira a tratar dos direitos dos povos indígenas, assegurando a posse dos territórios em que se localizavam, como se ocupava seu artigo 129 ("Será respeitada a posse de terras dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las") e sendo responsabilidade da União promover a política indigenista.

Após o golpe de Estado de novembro de 1937, a Constituição Polaca instituída por Getúlio Vargas repetiu, em seu artigo 154, a previsão do artigo 129 da Constituição anterior. Pelo Decreto-Lei 5.540/1943 o dia 19 de abril é designado como o "Dia do Índio".

A Assembleia Constituinte elaborou, no ano de 1946, a quarta Constituição do Brasil, e em seu artigo 216 repetiu a disposição sobre terras já prevista nos textos anteriores, restando "assentado de forma incontestável o direito dos índios [...], o direito congênito e primário dos silvícolas sobre suas terras, independentemente de título ou reconhecimento formal" (SANTOS FILHO, 2012, p. 42).

A Constituição de 1967 determinou que as terras ocupadas pelos povos indígenas seriam da União, sendo a eles concedido o usufruto exclusivo de seus recursos e utilidades. Foi na vigência da quinta constituição que a Lei

¹ "[...] imposta aos indígenas durante o Governo Regencial, em 1831, determinando que os índios livres de servidão fossem considerados órfãos e entregues à proteção dos juizes (SANTOS FILHO, 2012, p. 37).

5.371/1967 foi editada, criando a Fundação Nacional do Índio em substituição ao extinto Serviço de Proteção ao Índio (SPI).

O texto de emenda de 1969 que altera substancialmente a Constituição anterior manteve o tratamento sobre as terras e determinou ser também competência da União tratar sobre cidadania, naturalização, nacionalidade e incorporação à comunidade nacional.

No ano de 1973, pela Lei 6.001, incorporou o ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto do Índio, que por não conflitar com a Constituição de 1988, permanece em vigor.

6.2.2 Legislação e Direitos Vigentes

A Constituição de 1988², muito já tratada no presente trabalho com sua característica inovadora e garantista de direitos fundamentais e humanos trouxe um capítulo que demarca premissas de como se deve efetivar relações entre os índios e o Estado brasileiro como um todo.

Conforme trata José Afonso da Silva (2015, p. 870), a Constituição de 1988 empreendeu grande esforço por parte do Constituinte para que suas normas, de modo real, pudessem proteger interesses e direitos dos indígenas, não alcançando, porém, nível satisfatório.

Para a eles se referir, o texto constitucional faz uso das expressões "populações indígenas" e "comunidades indígenas", reservando a estas o significado de comunidades culturais reveladas na sua identidade étnica, e recusou de valer de expressões como "nação indígena", por um fundamento já superado de que se confundiria com o Estado, podendo contudo se confundir com o próprio significado de etnia (SILVA, 2015, p. 871-872).

À parte de confusões terminológicas, há muito já deve ter sido superada a necessidade de legislação que tratasse de modo especial os indígenas. Não que merecessem mais do que o restante da população - mas como a própria Constituição traz de parâmetro a todo seu texto, a igualdade deve ser buscada na

² Marco do direito constitucional indígena por influenciar constituições latino americanas como a da Colômbia, de 1991, México e Paraguai em 1992, Peru em 1993 e Bolívia em 1994, por exemplo.

medida das diferenças de cada grupo social, para que respeitadas tais diferenças, atinja-se igualdade social.

Nesse sentido, a vigente Carta Magna estabelece as terras que os indígenas ocupam sendo pertencentes à União (art. 20, inc. XI), ser competência exclusiva da União legislar sobre indígenas (art. 22, inc. XIV), e em capítulo exclusivo reservou os artigos 231 e 232 para reconhecer a organização social, as tradições, costumes, línguas e crenças, além dos direitos originários sobre as terras aldeadas.

Cabe à União demarcar as terras, fazer respeitar e proteger seus bens, sendo concedido aos que ali habitam o uso dos recursos naturais disponíveis necessários ao seu desenvolvimento, manutenção e bem-estar. Importante o destaque de que tais terras são indisponíveis, inalienáveis e os direitos imprescritíveis, sendo usufruto exclusivo dos indígenas.

Sobre a questão das terras, Paulo de Bessa Antunes (1998, p. 114-145) fala que a Constituição de 1988 trouxe a reprimatização do indigenato.

O indigenato era o reconhecimento de que as terras efetivamente utilizadas pelos povos indígenas a estes pertenciam por direitos historicamente constituídos e que preexistiam ao Direito Português ou brasileiro [...] a 'reprimatização' do indigenato pela Constituição Federal de 1988 poderá permitir um novo e extraordinário florescimento deste importante instituto jurídico. O direito de propriedade que os índios tinham, e têm, sobre suas terras foi adquirido por um 'título congênito', o indigenato. Desnecessária, portanto, qualquer legitimação da posse indígena.

Importante e necessária a mudança realizada de que não mais os indígenas são tratados como uma categoria social transitória, abolindo o estabelecimento de políticas e leis que visem a mudança cultural. Reconheceu-se pois a multiculturalidade brasileira, e aos índios, o direito à diferença (SANTOS FILHO, 2012, p. 46).

Para Orlando Villas Boas Filho (2003, p. 289) artigo 231 rompeu barreiras e a orientação anterior de que toda legislação deveria ser integracionista no sentido de que, com os indígenas, a meta era que se abandonasse seu estado atual, atingisse a integração total com a sociedade civil e restasse ao esquecimento a cultura indígena.

Em 1991, foram editados os Decretos 22, 23, 24, 25 e 26, que tratam respectivamente da demarcação das terras indígenas, da prestação de assistência à saúde das populações indígenas, proteção do meio ambiente de suas terras, programas e projetos de autossustentação dos povos e educação dos índios.

O Decreto 1.141 de 1994 regulou as ações de proteção ambiental, apoio às atividades produtivas e saúde para as comunidades. Em seguida, em 1996, o Decreto 1.775 revogou do Decreto 22, dispondo então sobre a demarcação de terras. O Decreto 3.108 de 1999 promulgou o acordo constitutivo do fundo para o desenvolvimento dos povos indígenas da América Latina e do Caribe, enquanto os Decretos 3.156 e a Lei 9.838, ambos de 1999, se ocuparam da saúde indígena (SANTOS FILHO, 2012, p. 54), e o Decreto 4.412 de 2002 disciplina a atuação das Forças Armadas e Polícia Federal nas terras aldeadas. Resta ainda em vigor a Lei 5.371/1967, que estabeleceu a FUNAI.

O Código Civil de 2002, ao contrário de seu antecessor, delegou a matéria de capacidade dos índios para a legislação, hoje, o Estatuto do Índio de 1973. Todos os temas relacionados são tratados no Projeto de Lei 2.057 de 1991, que trata do Estatuto das Sociedades Indígenas. Até o início de outubro do ano de 2017, o projeto ainda se encontra em trâmite, e no momento em que este texto é redigido, aguarda apreciação em plenário.

O Estatuto do Índio foi instituído pela Lei 6.001 em 19 de dezembro de 1973. Em 68 artigos e em sete títulos, define prerrogativas básicas de como se deve proceder ao tratamento indígena, e define quem são estes. Como muito bem põe Jose Afonso da Silva (2015, p. 872)

[...] o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa autoidentificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. Essa permanência em si mesma, embora interagindo um grupo com outros, é que lhe dá a continuidade étnica identificadora.

Também, dos direitos civis e políticos, assegurando nacionalidade e cidadania, e carrega o conteúdo sobre a assistência ou tutela, disposições processuais e o registro civil. Em questões processuais, a competência dos

processos é, em primeira instância, do Juiz Federal da seção onde estiverem situadas as terras habitadas, e em segundo grau, do Tribunal Regional Federal da área, conforme os artigos 109, XI e §2º e 232 da Constituição de 1988. O Ministério Público é legitimado para defesa judicial, e deve intervir em todos os atos do processo, conforme artigo 129, V, da Constituição.

No tocante a cidadania, a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos Humanos em 2003 deu início à Campanha de Mobilização Nacional pela Certidão de Nascimento, e em 2010 junto do Conselho Nacional de Justiça e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, deu-se início ao Projeto 'Cidadania, Direito de Todos'. Como o registro se dá pela legislação comum, com o intuito de facilitar ainda mais o procedimento, permitiu-se que se fizesse de modo administrativo junto à FUNAI, para que se convertesse com força de registro civil.

Essa situação e as melhorias na tratativa de se considerar índio são capazes, a despeito da alta taxa de fecundidade, de explicar o aumento de 150% da população entre os anos de 1991 e 2000 (FAGGIANO, LUCHIARI, 2013, p. 1). No senso do ano de 2010 do IBGE, os indígenas são 817.963 pessoas, sendo 0,4% da população total.

Logo em seguida, o Estatuto trata sobre as condições de trabalho, estimulando a prestação de serviços por parte dos indígenas de modo legal, mas com a condição de que, sendo integrado o índio, não integrado ou habitante de parque ou colônia agrícola, o órgão de proteção deve estar presente.

O Título III é reservado a conflituosa questão das terras, tratando das disposições gerais, com definições e condições de uso da terra. Dispõe também das terras ocupadas, das áreas reservadas, visto que a União pode demarcar reservas, parques indígenas, colônias agrícolas indígenas e território federal indígena³.

³ No contexto, reserva indígena é área que se destina a servir de habitat a um grupo indígena, que dispõe de meios suficientes para fornecer subsistência; parque indígena é área na posse de índios que seu grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária por parte da União, preservando flora, fauna e belezas naturais; colônia agrícola indígena é área onde convivem membros de tribos e da comunidade nacional, administrada pelo órgão de assistência ao índio, destinada à exploração agropecuária; território federal indígena é unidade administrativa subordinada à União em região que ao menos um terço da população seja indígena.

No mesmo Título, há o tratamento relacionado às terras que se encontram em domínio indígena, definindo-as e fornecendo condições de aquisição, conforme letra da lei

Art. 32. São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinqüenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

Logo, o tema abordado remete a defesa das terras indígenas, sendo esta uma combinação do órgão federal de assistência ao índio, Forças Armadas e Auxiliares, Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Os bens e as rendas dos indígenas estão em Título apartado, sendo referentes as terras e suas riquezas, e qualquer bem móvel ou imóvel adquirido a qualquer título.

Educação, cultura e saúde devem ser fornecidas, inclusive benefícios da assistência social, com o devido respeito à sua cultura e seus valores, respeitando seu grau de integração e a existência da unidade familiar também nas comunidades.

O Estatuto toma o cuidado de trazer também as disposições penais, tanto do índio como autor do delito, como sendo a vítima deste. Quando autor, deve ter sua identidade indígena e grau de interação levados em consideração na dosimetria e cumprimento da pena.

Quando das condutas típicas, define crimes contra índios e contra sua cultura no artigo 58 e em seus incisos. Nos casos em que o crime for contra pessoa, patrimônio ou costumes de índio não integrado ou de comunidade indígena, há uma agravante da pena de um terço.

Nas disposições gerais encontram-se situações como os bens e rendas do patrimônio indígena gozar de isenção tributária, medidas sobre terras e judiciais, assim como de atos jurídicos.

É importante destacar que o Estatuto do Índio foi promulgado no ano de 1973, quando o Brasil estava sendo governado sob uma ditadura militar. Nesse período ainda era buscada uma política assimilacionista, em que a cultura do dito

homem branco era predominante sobre a indígena. Esta, temporária, seria extinta quando da plena efetividade das normas redigidas na época.

Desse modo, a aplicação do Estatuto deve se valer da interpretação conforme a Constituição, e também de acordo com as disposições internacionais sobre o tema oriundas de Convenções das quais o Brasil integra e se compromete, como a Convenção 169 da OIT.

A FUNAI, por sua vez, é o órgão indigenista oficial do Brasil, criado em 1967. Vinculado ao Ministério da Justiça, é autarquia federal e goza de autonomia e de recursos próprios, mas está sujeita a fiscalização do Estado.

Instituída após denúncias de práticas corruptas do órgão anterior, o SPI, a FUNAI o extinguiu e surgiu com a proposta de

[...] aplicar a política em prol do índio no território nacional; zelar pelo patrimônio indígena; fomentar estudos sobre populações indígenas que vivem em território brasileiro e garantir sua proteção; demarcar, assegurar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (SANTOS FILHO, 2012, p. 43).

Apesar de a FUNAI ser regida por princípios como autonomia e autodeterminação dos povos indígenas, em busca de um Estado pluriétnico e que reconheça a cultura, tradição, crenças e organização social dos índios, não se consegue exercer com a devida eficácia social suas funções.

A questão indígena ainda é rodeada de preconceitos e falta de conhecimento da população - a ideia de política assimilacionista pode não fazer mais parte da letra fria da lei, mas é presente em quem a exerce.

A criação das leis indígenas acompanharam a mudança que ocorreu no pensamento das pessoas de um modo geral. O reconhecimento dos direitos humanos e seu novo tratamento interno muito influenciou no entendimento de que existem outras culturas, e que é possível com elas conviver.

Apesar disso, executar políticas públicas em um país que sempre revelou dificuldade no assunto não seria simples ainda mais no que se relaciona a um grupo social com características extremamente peculiares. Como expõe Manuela Carneiro da Cunha (2012, p. 92)

[...] a legislação indigenista já era a lei do mais forte, a lei do lobo sobre o cordeiro: mas como o lobo da fábula se via compelido a expor suas justas razões de comer o cordeiro, os mais fortes tinham também de proclamar sua razão e os mais fracos podiam invocar, por sua vez, as regras violadas.

Deve-se, nesse sentido, proceder a análise da questão que se permeia, no sentido de discutir se, diante da posituação dos direitos, estes não se concretizam por falta de eficácia jurídica ou de eficácia social.

6.2.2.1 Do Direito Internacional

Os direitos dos índios apresentam natureza de um direito coletivo, comunitário, indivisível e inalienável, que existe na qualidade de vinculação como membro da coletividade.

Nesse sentido, como prelecionam José Afonso da Silva (2015, p. 880) e Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 286), essa condição é o que os diferencia dos grupos de minorias e hipossuficiências em geral, por se tratar de direitos de grupo, não cabendo ingressar no âmbito restrito dos direitos individuais.

Por esse motivo, o direito internacional contemporâneo tem se ocupado de questões relacionadas. Direitos indígenas são direitos humanos, e na condição que estes já se encontram, independem hoje reconhecimento para serem exigidos. Mesmo assim, a posituação é importantíssima para o Estado que assume a obrigação de tutela.

Em 1957 foi editado o primeiro instrumento especial internacional relacionado aos indígenas. É a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, com proposta de integração. Previa a melhoria de condições de vida e trabalho, desenvolvimento social, econômico e cultural e que se evitasse qualquer tipo de discriminação.

No ano de 1986 passou por revisão, e em 1989 foi adotada a Convenção 169 da OIT, a Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, que assegura o direito de se desenvolverem como povos diferenciados. Foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 143 de 2002, e o Decreto 5.051 de 2004 determinou que fosse inteiramente cumprido.

A Convenção para prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948 da ONU, a Convenção relativa à luta contra discriminação no campo de ensino da UNESCO de 1960 e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da ONU de 1966 também trouxeram disposições sobre direitos humanos indígenas.

A Agenda 21 da ONU de 1992, sobre o meio ambiente e desenvolvimento humano, foi relevante por organizar planos de curto, médio e longo prazo, visando um desenvolvimento harmônico com a natureza, tecnologia, vida e futuras gerações.

No âmbito da OEA, após dezessete anos, foi aprovada em junho de 2016 a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. O instrumento, de acordo com as previsões da Declaração Americana, guarda especial valor por poder abordar com maior conhecimento específico sobre os índios americanos.

Aos direitos humanos indígenas devem ser aplicadas todas as disposições que se referem aos direitos humanos, com os mesmos princípios, prerrogativas e valores inerentes ao homem pela sua simples condição de ser homem.

6.2.3 Da Identidade Indígena

Preciso é que se faça distinção de termos como "povo indígena", "comunidade indígena" e "índio", bem como povos originários e ainda povos que habitavam a América pré-colombiana.

Povo indígena é aquele que se considera diferente do povo brasileiro em relação a sua continuidade histórica no período pré-colonial; comunidade indígena, por sua vez, é um grupo local de povo indígena; enquanto o índio é o que se considera membro da comunidade indígena, sendo por esta reconhecido como parte (MAIA, 1993, p. 258; CUNHA, 2012, p. 103).

Os povos originários, por sua vez, também chamados de comunidades tradicionais, são aqueles possuem formas próprias de organização social, são diferentes culturalmente e se reconhecem como tal, não se identificando com o povo

que os coloniza (MAZZUOLI, 2015, p. 288-289), podendo ser por exemplo os quilombolas, indígenas, castanheiros, ribeirinhos. Os povos pré-colombianos são comunidades tradicionais indígenas que habitavam a América antes da chegada dos colonizadores europeus.

Há muito o índio deixou, ao menos pela legislação, de ser visto como incapaz. Nesse sentido, é preciso que para que se aplique as disposições tanto da Constituição, como de leis infraconstitucionais e Convenções, da diferenciação identitária.

Essa diferenciação, assim como a identificação étnica, estão vinculadas na autodefinição, ou seja, em como a pessoa vê a si mesma sendo parte de um grupo. Este é o critério que define a identidade étnica, reconhecendo as diferentes identidades que compõem a nação brasileira, afinal, "[...] comunidade indígena é aquela que, mesmo em contato com os outros setores da sociedade, não abriu mão da integridade de suas instituições e da integridade de sua cultura" (NOLAN, HILGERT, MORAES, 2013, p. 57).

Como se põe, a busca da identificação étnica é essencial para a eficácia social das previsões indígenas serem plenas, tanto nas disposições que a lei específica prevê como na aplicação da lei comum no que é cabível. Sabendo de qual pluralidade étnica o indivíduo o qual se está diante faz parte e o grau de integração com a sociedade são essenciais para a plenitude em todos os âmbitos jurídicos e sociais de fato.

7. EFETIVIDADE E EFICÁCIA APLICADA NA ESPECIFICIDADE: A TUTELA AO INDÍGENA É EFICAZ?

Em vista todo o trabalho desenvolvido sobre os direitos humanos e fundamentais, desde suas primeiras percepções até entendimentos doutrinários sobre os regimes os quais se submetem, sobre efetividade, eficácia e suas teorias e os órgãos responsáveis por fiscalização e promoção de tais direitos e normas constitucionais que os tutelam, foi chegada a hora de discorrer sobre um grupo social específico.

Os indígenas, carregados de particularidades apenas ali encontradas, depararam-se com as mais diversas situações ao longo da colonização e do desenvolvimento do país, que acabou por crescer sobre uma sociedade já instituída e organizada.

Por esse motivo, convém agora aplicar todo o assunto desenvolvido diante da especificidade dos indígenas, no intuito de buscar a relação das normas com sua eficácia jurídica e social no respeito a um cultura praticamente sem traços ocidentais.

7.1 Leis Específicas: Segregação ou Equiparação

A Constituição de 1988 rompeu paradigmas legislativos ao desconstituir a obrigatoriedade da integração e provisoriedade da condição indígena. Não que não fosse mantida a ideia da integração como se um presente fosse aos indígenas, pois em nenhum momento legal houve cinismo.

Como trata Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2013, p. 2148), o legislador "crê, sinceramente, que o melhor para os índios é deixar de ser índio e viver em civilização [...] somente no século XX as ciências sociais, notadamente a antropologia, vieram comprovar o equívoco e ineficácia da assimilação e integração dos povos a um Estado nacional [...]".

Essa ineficácia foi apenas assumida em 1988, não apenas no Brasil, mas em todo o continente. O que a Constituição desejou dizer, em outras palavras, foi que embora a sociedade aceitasse a integração e que o índio fizesse dela parte,

tudo bem se índio quisesse permanecer. Não mais havia problema em continuar fazendo parte de um grupo social diferenciado, com organização externa. É rompida a provisoriedade que foi legalmente buscada por mais de quinhentos anos.

Com características já amplamente tratadas, o texto constitucional, seguindo a tendência de um Estado Democrático de Direito e garantista, reconheceu os direitos sociais e territoriais dos índios, recebendo inclusive o Estatuto do Índio, com amplas disposições destinadas ao tratamento de suas terras.

Quanto a organização social, foi reconhecida uma organização social própria, mas não tão simples pode soar. A Constituição foi além, e reconheceu o direito dos indígenas de poderem viver com a sua estruturação *sui generis*, com uma ordem externa que a lei não pode compreender.

Admitiu-se uma disposição social fora da modernidade, e isso não foi feito genericamente, e sim diante de cada povo indígena, de cada diferente comunidade que forma a totalidade do povo indígena (SOUZA FILHO, 2013, p. 2150).

A FUNAI, o ISA (Instituto Socioambiental) e o CIMI⁴ (Conselho Indigenista Missionário) tratam que há 220 povos, 180 línguas e população entre 350 e 600 mil habitantes, censo com diferença dos dados do IBGE pois este se faz por declaração e abrange não apenas os índios aldeados, mas também os moradores individuais de cidades (SOUZA FILHO, 2013, p. 2150).

Ainda, o mesmo autor traz que há uma estimativa de que há de 3 a 5 mil índios ditos isolados, dos quais apenas se presume a existência. A todos esses, a Constituição assegurou o mesmo direito de manterem incólumes sua organização social.

Tal reconhecimento completou-se pela preservação da cultura, composta pelas tradições, línguas, costumes e crenças. Essa condição deve ser combinada com outras previsões do texto, como no rol do artigo 5º que tutela pela liberdade de crença, em seu inciso VI; a livre expressão da atividade artística, intelectual, científica e de comunicação, em seu inciso IX; e a vedação de discriminação que atente direitos e liberdades fundamentais, em seu inciso XLI, por

⁴ Vinculado à CNBB, criado em 1972, atuando nas estruturas das Igrejas, Estado e sociedade em busca do direito à biodiversidade cultural indígena.

exemplo. Nessas condições, encontra escopo a legislação infraconstitucional para regular as situações que a Constituição determinou que seriam protegidas.

Como já posto, a universalidade dos sujeitos é característica dos direitos humanos na modernidade. Estado democrático e participativo, "o mundo moderno está organizado de um modo que não existe nenhum território ou povo excluído da tutela de algum Estado" (LEÃO, 2001, p. 65).

Aceitadas as diferenças e combinadas com o fato de que os direitos humanos e fundamentais se estendem sim aos indígenas, enquanto homens, o Estado multicultural regido pelos princípios de uma sociedade justa, que preza pela autodeterminação dos povos, e igualitária, deve estar atento ao zelar pela igualdade.

A igualdade consta no *caput* do artigo 5º da Constituição, com a afirmação de que "todos são iguais perante a lei". Para Leonardo Martins (2013, p. 222), o dispositivo apresenta o que se pode falar em duas igualdades. A primeira delas é a formal, tratando-se da igualdade perante a lei ou em sua aplicação. A segunda é a igualdade material, em sentido amplo, quando se pode falar em igualdade na lei e pela lei.

Para o autor, a liberdade, enquanto direito, não representa direito cujo exercício pudesse ser afetado pela intervenção do Estado. Ao contrário da não intervenção, aqui deve existir uma ausência de resistência na intervenção, pois é desse modo que o Estado busca a igualdade. Esse intervencionismo, por vezes, pode resultar em medidas diferenciadas de acordo com o grupo social que se lida ao procurar a equiparação de condições.

Deverá contudo a igualdade resistir ao tratamento desigual disposto na lei, mas não simplesmente pela diferenciação que esta traz. A igualdade material, também um mandamento de otimização, atua como um princípio constitucional e de todo o ordenamento jurídico. Por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 17) afirma que "não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato [...]" à igualdade.

Enquanto o legislador constituinte se ocupou em trazer princípios e disposições harmoniosas entre si, sem qualquer tipo de hierarquia, restou ao legislador ordinário a tarefa de regular o conflito social entre o limite de atuação do

mais forte e a proteção ao mais fraco (MARTINS, 2013, p. 223), com as prerrogativas constitucionais como limites ao próprio legislador.

Para que a situação seja constituída, o critério objetivo não pode ser aleatório. Se uma ação estatal será formada legalmente para privilegiar determinado grupo em determinado momento, possível é a circunstância em que se ocorram violações ou limitações a direitos constitucionalmente previstos de outros grupos.

A verificação do tratamento desigual deve ser averiguada para que, em seguida, seja possível pautar em uma causa de justificação constitucional. Como trata Leonardo Martins (2013, p. 224), essa diferença no tratamento pode ser averiguada em duas hipóteses - quando pessoa, grupo de pessoas ou situação forem em sua essência iguais, mas de fato tratadas diferente; ou quando pessoa, grupo de pessoas ou situação forem na essência diferentes e forem tratadas indiferentemente.

Para que se fixe um tratamento desigual perante o restante da sociedade, é preciso que se localize um *tertium comparationis*, um ponto de referência, o mais próximo dos envolvidos. Pelo autor, em regra "é o gênero mais próximo [...] das pessoas, grupo de pessoas ou situações comparáveis que representará o *tertium comparationis*, sob o qual aquelas possam se encontrar" (MARTINS, 2013, p. 224).

O tratamento desigual é então detectado quando pessoas e situações diferentes são apesar das diferenças tratadas iguais ou quando situações e pessoas iguais forem tratadas de forma desigual.

Tal desigualdade deve partir do mesmo poder estatal. Não é cabível se falar em desrespeito a preceito constitucional pelo simples fato de um estado federado tratar de modo diferente situações semelhantes, visto ausência do ponto de referência - cada estado se resguarda nas suas diferenças culturais provenientes do seu povo, de suas atividades e dos mais diversos fatores que influenciam no modo de vida.

Importante o destaque no fato de que o grupo de pessoas ou situações que estão sob o tratamento desigual devem pertencer ao mesmo gênero de pessoas. Nesse ínterim, pode-se fazer uso do artigo 3º, inciso IV da Constituição,

sendo pois a origem, raça, sexo, cor e idade, como também categorias semelhantes como ideologia política, orientação sexual, religião, deficiência física e etnia.

Como já discorrido ao longo do capítulo que se refere ao desenvolvimento dos direitos humanos e fundamentais, a Constituição pode conter, inclusive, disposições que conflitem entre si. Para coexistirem, os direitos encontram limitações, e não haveria de ser diferente com a igualdade. Teoricamente, como o direito encontra-se no *caput, in fine*, do artigo 5º, sofre limitação por todos os incisos que apresenta abaixo, o que resulta como sendo o limite do legislador os demais bens jurídicos.

Para que o tratamento desigual não viole o direito à igualdade, é preciso que exista um motivo constitucional que o justifique. Deve-se apurar o critério utilizado pela lei para separar determinado grupo pelo tratamento, explicando não apenas os motivos para este, como também as intervenções que irá respingar em outros direitos fundamentais para que o propósito das medidas diferenciadas sejam alcançados.

O que possibilita que a justificativa seja plausível e não violar o próprio direito à igualdade é a interpretação da discriminação que o texto constitucional veda. A promoção do bem de todos, que põe dever ser buscada, não pode ser alcançada se valendo de qualquer meio discriminatório.

Discriminação corresponde sempre à desvantagem a ser sofrida pelo grupo atingido? Conceder vantagens a certos grupos - entre os quais inclusive os diferenciados pelos critérios cuja aplicação *a priori* é proibida - não seria o mesmo que discriminar os outros grupos que não se beneficiem com as vantagens estabelecidas pelo legislador? (MARTINS, 2013, p. 226).

Esses questionamentos devem ser combinados com o intuito de promover o bem de todos para que se entenda legítimo e sem discriminação um tratamento diferencial que vise o bem estar comum, e não a promoção de uma política a escolha de um governo. Quando este age em função da sociedade, tem ampla liberdade, sendo vedado o arbítrio.

Nos casos já mencionados mais tendentes a discriminação, como se coloca a etnia, o Estado não mais conquista a legitimidade do tratamento diferencial apenas pela proibição do arbítrio, justificando suas políticas. Deve demonstrar que nessa justificativa há um motivo muito relevante.

Ao promover por suas medidas um grupo que pertence a uma dessas categorias que possuem destaque na lei, como os indígenas pela sua etnia, suas providências deverão ser adequadas as especificidades do grupo, e será adequada apenas se contribuir de algum modo para o fim a que a norma se destina em sua elaboração.

Quando se coloca no âmbito teórico geral a situação particular dos grupos indígenas, o tema assume uma roupagem delicada. As normas de direitos e interesses dos índios tem natureza de direito coletivo, e por isso, refere-se a cada índio em particular mas também a toda à comunidade, pois dela o índio faz parte.

O direito coletivo se distingue "[...] do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade" (SILVA, 2015, p. 880). Aos indígenas como parte da comunidade, é possível atribuir direitos que necessitam de uma limitação ou de uma obrigação do restante da sociedade pela sua condição de, ao representarem um grupo com número considerável de indivíduos, conferirem posição moral apenas àqueles que compõem o grupo.

Não sendo possível ao grupo alcançar o mesmo nível de condições e possibilidades sem a diferenciação, é preciso que a promoção seja buscada pelos meios menos onerosos, no sentido de ser aquele que menos onerem as demais parcelas da sociedade, visto que um tratamento desigual "atinge *status* ou situações jurídicas dos titulares dos direitos fundamentais" (MARTINS, 2013, p. 227).

Quando a comunidade indígena nacional se adéqua ao fato de não estar em igualdade de condições para realização e efetivação de seus direitos, a concessão de disposições diferenciadas ou a limitação de direitos do restante da comunidade não fere a prerrogativa de direitos humanos por estes não serem absolutos e deverem coexistir, ainda mais pelo nobre motivo da plenitude do também direito humano e fundamental da igualdade.

A busca pelo bem-estar social deve levar em consideração as características próprias de cada grupo. Os indígenas então se apresentam como um grupo capaz de ofertar uma justificativa suficientemente relevante a aplicação de um tratamento diferencial que é outorgado pela Constituição Federal quando em comparação aos demais indivíduos sociais. Compõem uma parcela social diferente

e que era antes do Texto Maior de 1988 tratada, na prática, indiferentemente quanto aos seus direitos.

Assim, desde que respeitados os pressupostos e a intenção do legislador seja pura no sentido de atingir a equiparação de condições, mesmo que exista uma diferença jurídica, esta não deve ser tratada como segregação dos indígenas perante a sociedade ou da sociedade em detrimento dos indígenas.

7.1.1 O Respeito Legal as Diferenças de cada Comunidade

Superado o fato de que uma legislação específica que busque equiparação não representa segregação para nenhum dos lados sociais, é preciso atentar-se a situação de que a lei não deve discriminar as próprias especificidades indígenas, dentro de cada comunidade.

Cada comunidade indígena apresenta uma estruturação diferente umas das outras, que variam de sua origem, de sua fé, sua organização social e até mesmo de acordo com o local em que se localizam em questão de território. Tais questões culturais entre as próprias aldeias também devem ser objeto de cuidado do legislador e daqueles que executam a lei.

Embora muito se tenha em mente do contato do índio com a natureza, não é possível mais dizer que aquele é produto desta. Todas as interferências ao longo da história, embora se possa dizer de algumas comunidades serem autóctones, não permite que se trate o povo indígena sendo como sua única relação a natureza.

Manuela Carneiro da Cunha (2012, p. 12-14) é enfática ao dizer que é necessário cautela quando se trata do contato do povo indígena com o homem branco. Para a autora, objetos manufaturados e micro-organismos atingiram o Novo Mundo em uma velocidade muito superior aos homens que foram responsáveis por trazê-las.

Mesmo que seja dita isolada, "há um contato mediatizado por objetos, machados, miçangas, capazes de percorrerem imensas extensões, mediante comércio e guerra, e de gerarem uma dependência à distância" (CUNHA, 2012, p. 12).

A despeito de considerações que possam ser traçadas sobre o contato com o homem ter significado integracionista, necessário é que se tenha o entendimento de que a cultura não é estática, e sim mutável junto das movimentações vividas pelo seu povo. Não é porque há contato com outros traços culturais que a comunidade indígena perde ou abdica de sua identidade - mesmo que haja contato com a civilização, a comunidade indígena é aquela que, "mesmo em contato com os outros setores da sociedade, não abriu mão da integridade de suas instituições e da integridade de sua cultura" (FAGGIANO, LUCHIARI, 2013, p. 59).

Desse modo, assim como a identificação indígena exige que se saiba da condição de ser índio, é preciso que esta seja combinada com o nível de integração que cada comunidade apresenta para que a lei protetiva e que busca equiparação possa se operar.

Como ao legislador não é possível prever todas as situações culturais existentes em todos os níveis de contato com o restante da comunidade, não é passível que se trabalhe com taxatividade de condições da lei.

Cabe a legislação então especificar que tutela o direito indígena de um modo especial, reconhecendo seus direitos e orientando a produção das legislações infraconstitucionais, mas de um modo aberto o suficiente para que o aplicador do direito possa dosar a dimensão da lei no caso concreto.

Essa dosagem é realizada através do nível de integração. É a assimilação com a civilização que irá permitir tanto àquele que aplica os programas quanto ao que executa a lei notar, em cada caso concreto, até que ponto a intervenção estatal causará uma alteração não natural na estrutura da aldeia indígena em questão.

O contato que cada agrupamento indígena apresenta deve ser utilizado como limite de mediação para a concretização dos valores e direitos fundamentais de sua cultura, permitindo que a materialização dos direitos humanos e fundamentais seja atingida pela intercessão, no limite que a cultura indígena permite, e pela não intercessão no âmbito em que a sua cultura ainda intocada deve seguir livremente.

7.2 A Estrutura Para o Pleno Cumprimento dos Direitos

Não apenas ao legislador é imposto o dever de promover o bem da sociedade tratado no artigo 3º da Constituição, inciso IV, mas também a todos os órgãos estatais.

Toda a máquina estatal desde 1988, por isso, deve-se voltar a uma atuação protetiva dos direitos humanos e fundamentais, tantos os previstos no texto originário da Constituição como os que a esta ingressam pelos tratados internacionais.

Do exercício de toda fração do Estado Democrático de Direito deve portanto partir naturalmente a prerrogativa de proteção e promoção a todos os indivíduos sem distinção, exceto pela distinção legal que busca a igualdade e equiparação de condições para os indivíduos que por algum motivo sofrem uma diferenciação que não é cabível.

Como a simples disposição das funções estatais não foram suficientes para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos, órgãos de proteção especializados foram surgindo concomitantemente aos primeiros sinais de necessidade de garantir que fosse colocado em prática o respeito ao ser humano.

Essa evolução, já tratada em capítulo apartado do trabalho, resultou na Organização das Nações Unidas, em nível mundial, e na formação de sistemas regionais de proteção.

Os sistemas regionais mostram-se essenciais ao passo em que são capazes de aplicar os princípios da ONU com mais eficiência diante do maior contato com as culturas de seu continente, particulares de cada região do mundo, que não se faz exigível ao órgão mundial conhecer minúcias.

Essa rede que se forma entre os Estados permite que um seja capaz de fiscalizar o outro no que se refere ao respeito aos tratados firmados, e que levem tais informações aos órgãos vinculados a promoção.

O acesso aos órgãos por meio de relatórios ou de reclamações e a sua atuação por meio de visitas, fornecimento de pareceres e aplicação de sanções aos países, são combinados com criação de comissões exclusivas aos direitos

humanos, fomentadas por diversas conferências ao longo do tempo as quais das discussões e debates derivam tratados internacionais sobre o tema.

Reconhecidos pelo Estado, a busca pelos direitos humanos e fundamentais vinculam também os seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um desses, ao exercer suas tarefas, devem as estas aplicar os princípios que permeiam os direitos do homem.

Não diferente, a condição dos povos anteriores à colonização é preocupação do direito internacional contemporâneo, e é pauta de Convenções da Organização Internacional do Trabalho, da ONU enquanto órgão geral, da UNESCO, agência especializada da ONU e da Organização dos Estados Americanos.

Essas previsões e legislações internacionais as quais o Brasil se compromete ligam-se a tarefa do Poder Legislativo para que este busque observância dos dispositivos constitucionais específicos aos indígenas tanto quando elabora leis de cunho específico quando elabora leis as demais parcelas da população.

Sua função de realizar um controle de constitucionalidade preventivo exige um comportamento cauteloso, pois na busca da concretização da igualdade dos povos indígenas, pode impor limitações aos demais grupos sociais. Deve-se então observar os termos legais da diferenciação legal, pois em um sistema positivista, o cumprimento aos direitos tem início na sua previsão em forma de lei.

Também se fixam as previsões ao Poder Executivo, essencial na efetividade das normas que apresentam eficácia limitada de cunho programático, é responsável pela administração e gestão do Estado. Pelo dever de cumprimento a lei, suas secretarias são responsáveis pela execução dos programas que buscam, justamente, a equiparação prevista pelo legislador.

O Poder Judiciário compõe, junto dos demais, a estrutura que é responsável por alcançar o cumprimento de tais direitos. A própria condição de poder a sociedade compor seus conflitos diante de um juiz imparcial significa o acesso à justiça, também um direito a ser alçado.

Quando se trata dos povos indígenas, o legislador deve buscar fornecer efetividade as normas constantes nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988. Toda a complexidade da cultura e religião indígena protegidas em

nível supremo, e de acordo com essas prerrogativas deve proceder a elaboração das normas não integrativas, mas sim que preservem a cultura.

O Poder Executivo deve garantir que as normas programáticas, que são aquelas de cunho social e que buscam a democracia recebam tanto o provimento financeiro necessário quanto que recebam a melhor e menos invasiva articulação possível. Para isso, procede também a criação do órgão de proteção ao índio em caráter exclusivo, a FUNAI, que deve fornecer parâmetros tanto na formulação das normas programáticas como participar de sua aplicação, de modo a garantir o respeito e fiscalizar a atuação dos agentes.

Direitos e interesses coletivos, de ordem pública, indisponíveis e da União, é legitimado o Ministério Público Federal também a atuar na fiscalização e proteção judicial dos indígenas, sendo titular a atuar em todos os atos do processo que envolva a situação (SILVA, 2015, p. 880).

A atuação desses dois poderes, combinados, podem desde o seu início resguardar o cuidado de garantir ao indígena o acesso à justiça, sendo que nesse caso não deve ser utilizado o nível de integração para que se exija o direito que lhe é devido pelo fato de ser índio.

Na situação jurídica que se busca efetividade de direitos o nível de integração deve ser critério para a interferência do auxílio que o indígena deve receber dos órgãos que por ele devem zelar.

Um Poder Judiciário definitivamente atuante, com capacidade de acesso, pode ser alcançado pela mudança de paradigma de que ao Judiciário se busca para obtenção de vantagens, e não de direitos. A justiça descentralizada e defensorias públicas capacitadas para as ações que enfrentam otimizariam a função jurisdicional, que deve ter a coragem de aplicar os dispositivos internacionais que são mais favoráveis ao homem mesmo que contrarie políticas públicas que deveriam ser efetivas, mas não tem a capacidade pela ausência de eficácia.

Tanto a FUNAI quanto o Ministério Público, pelo seu dinamismo e presteza, são essenciais tanto para que o sistema estatal se mostre como estrutura em busca dos direitos quanto são influenciáveis na iniciativa privada.

Em uma eficácia horizontal dos direitos humanos, todos os negócios que envolvem particulares devem também respeitar todos os ditames

constitucionais. Plenamente lógico de a atividade de determinada iniciativa privada atingir a população como um todo, a local será imediatamente atingida.

Os indígenas, que possuem terras demarcadas e cultura arraigada a natureza, são seriamente prejudicados por qualquer nível de desrespeito à lei.

Toda essa estrutura deve contar ainda com a colaboração e respeito da comunidade nacional. O entendimento de que os indígenas fazem parte da Nação deve ser respeitoso não para dar-lhes menos, tampouco mais, mas somente o que lhes é devido por direito, como seres humanos.

7.3 Os Limites e Barreiras entre o Poder Público e Respeito à Cultura

Como largamente demonstrado, o ordenamento jurídico vigente conta uma extensa proteção ao direito indígena, visto que além dos direitos específicos que a este são dispostos, as preposições gerais dos direitos humanos e fundamentais também se aplicam a toda comunidade indígena, titular desses direitos.

Os dispositivos que a eles façam clara menção são resguardados pela história que demonstra ausência da aplicação dos direitos humanos aos índios como se estes não fossem detentores da condição humana. A estrutura legal evoluiu no sentido de não mais serem objeto da lei, interessando apenas pelas terras produtivas que ocupavam, para serem sujeitos da lei.

É claro pela narrativa considera que a condição dos povos pré-colombianos não é a mesma que do restante da civilização, e essa possibilidade de ser diferente foi assegurada pela Constituição ao romper a ideia de provisoriedade.

[...] o reconhecimento da organização social, costumes, línguas e tradições nasce como um conjunto de direitos ligados à organização social, como a solução de conflitos internos, a gestão das coisas indígenas, e tudo aquilo que está na essência das organizações sociais, que é prover as necessidades materiais e imateriais de seus membros (SOUZA FILHO, 2013, p. 2150).

Para que as previsões constitucionais encontrassem sua completude no plano fático, o primeiro passo deve partir do legislador infraconstitucional, que irá dispor na forma da lei a busca pela efetividade.

O legislador não pode pois esquivar-se, antes de tudo, do âmbito jurídico que permeia as normas constitucionais quando exercer sua função de regulamentação. Sendo a eficácia a potencialidade da norma de solucionar o problema que se pôs a resolver, deve ser auferida pela efetividade e regada pelo respeito ao princípio da igualdade quando for trabalhada para concretizar as premissas aos indígenas.

O ponto que se tem em comum quando se trata das teorias modernas da eficácia da norma constitucional é o acordo entre os estudiosos é a existência de normas que não apresentam eficácia plena. Sendo chamadas de limitadas, reduzidas, integrativas ou complementáveis, todos eles admitem que há um grupo ou subgrupo de disposições constitucionais que estão a dependerem da regulamentação posterior do legislador.

Não que a respeito das normas de eficácia plena seja impossível falar em serem dispostas por lei posterior. É que, nesse caso, o legislador constituinte forneceu conteúdo suficiente a norma para que ela encontrasse aplicação sem que posterior palavra indicasse como essa deveria ser direcionada.

As normas de eficácia limitada programática contêm, por óbvio, a eficácia mínima a elas atribuída pela sua condição de ser mandamento constitucional. De plano, já oferecem um dever ao legislador, condicionam as interpretações para seu sentido e dispõem sobre as concepções do Estado (SILVA, 2008, p. 164).

Contudo, apresentam uma interessante característica no sentido de sua condição de ulterior regulamentação pois os programas que serão determinados pelo legislador e que vincularão os demais poderes para atingir o direito que a norma detém devem seguir a condição social e econômica do período em que se aplica.

Por esse motivo então a eficácia e a efetividade, didaticamente separadas por não se confundirem, devem na prática serem consideradas em conjunto para que possam atingir seus fins.

O legislador, ao se deparar com a modalidade de norma que apresenta esse caráter de eficácia, está diante de linhas diretoras (MIRANDA, 2014, p. 126-127). Para efetivar as normas voltadas aos direitos indígenas, estabelecer-se-á

programas de ação dirigidos à ordem econômico-social, que irá vincular todos os órgãos públicos e terá o condão de seguir as premissas de base da fundação do Estado ao buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e promovendo o bem de todos através da igualdade.

Identificada a natureza da eficácia da norma que se lida, tem-se em conta de que a comunidade indígena irá encontrar uma estrutura real para que seus direitos sejam aplicados, que existam em sua realidade, sem a necessidade de a todo tempo buscar exigí-los, quando o legislador complementar as previsões dos direitos fundamentais instituindo mandamentos, ações, distribuindo a função de cada poder na sua concretização e vinculando toda a Nação no sentido do cumprimento à lei.

Para que haja eficácia jurídica da norma programática que cuide de programas de ação para realização dos direitos indígenas não apenas em seu caráter mínimo, por ser lei, é necessário que o legislador a elabore com o objetivo de, realmente, corporificar o direito que fundamentou toda àquela ação. Ter o potencial de solucionar o problema a qual se prestou a resolver deve, antes de tudo, ter uma elaboração pura para tal sentido.

A potencialidade jurídica da norma precisa ser combinada com a eficácia social. De caráter econômico-social, o programa voltado a efetividade de direito indígena precisa atentar-se a reserva do possível, respeitando os limites financeiros da sociedade. Pela natureza do direito e interesse coletivo, é natural que esta disponibilize seus recursos a sujeição de que o Estado, atuando corretamente, irá distribuí-lo nas proporções devidas de cada momento que a coletividade viva.

Apesar de a falta de recursos poder ser utilizada como justificativa para a ausência de efetividade de determinado programa, o Estado não pode reduzir a esfera do chamado mínimo existencial, que corresponderia ao necessário para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais contemplou todos os homens, sem distinção. Os povos indígenas, também detentores de tais direitos, são detentores de disposições especiais visto que, pela sua condição histórica e diferenciação cultural, encontram barreiras diferentes do restante da população para o exercício de seus direitos.

Esses direitos se encontram, justamente pelos traços culturais e direito à organização própria dentro de cada comunidade, ligados a uma eficácia limitada, pois mesmo os dispositivos específicos do texto constitucional definem um estado a ser atingido mas sem fornecer os meios de a eles se chegar.

A natureza coletiva permite compreender que, dentro das normas de eficácia limitada, são de caráter programático econômico-social pelo envolvimento que esta tem com tais programas de ação. É plausível que mesmo que o contato com os indígenas seja realizado por órgãos especializados, como a FUNAI e o Ministério Público Federal, a sociedade seja atingida por normas que limitem seus direitos, dentro do limite dos direitos humanos apresentados, com o objetivo de o programa ser efetivo, atingindo seus objetivos.

Não diferente, o próprio Estado pode sofrer limitações legais para que os programas não sejam determinados com aparência de buscar direitos e escondam um propósito diferenciado, como a exploração das terras onde residem as aldeias (SOUZA FILHO, 1993, p. 309-310).

Do mesmo modo, deve existir o cuidado de cada intervenção ser no limite de integração da aldeia com que se lida no caso concreto, permitindo que se entenda ser possível o indígena e a sociedade ver efetivados seus direitos fundamentais em dois modos: poder buscá-los na sociedade civil, quando o nível de integração permitir; e não sofrer interferência de uma busca na sociedade civil, permanecendo então a justiça e organização originária de sua comunidade, quando parte atuante desta, por exatamente ser um direito constitucionalmente reconhecido a continuidade histórica.

Infelizmente, a positivação de direitos e a constituição de normas eficazes não garantem sua efetividade. Isso porque é possível notar a existência de um estado de ineficácia social, pela erosão de valores que resultam em desinteresse político de cumprir com a Constituição, não observando seus princípios e acarretando, também, em uma ignorância acerca de direitos (PIMENTEL, 2003, p.50-58).

O desinteresse da administração pública é concernente a efetivar as normas constitucionais no tocante à sociedade. Sua atuação em benefício de alguns

terminam em uma sociedade ignorante quanto aos seus direitos e suas possibilidades.

A sociedade deve, antes de tudo, estar apta a reivindicar seus próprios direitos básicos para que possa entender o motivo de não ser contraditório como um tratamento diferente aos indígenas esteja buscando a igualdade de oportunidades.

É sem dúvida imprescindível uma sociedade que compreenda a justificativa que permeia a elaboração de normas a ela aplicadas para que exija uma postura ética do Estado. Este, agindo de acordo com os ditames constitucionais, é plenamente capaz de atingir o estado de eficácia social das normas garantidoras dos direitos fundamentais dos indígenas, possibilitando uma convivência harmoniosa, atingindo o estado de bem-estar social e uma sociedade igualitária na medida de suas desigualdades.

8 CONCLUSÃO

O objetivo principal deste trabalho foi proceder a um estudo sobre efetividade e eficácia das normas constitucionais garantidoras de direitos humanos e fundamentais e aplicar essa condição a um grupo específico da sociedade - a comunidade indígena.

Para isso, tratou-se da evolução histórica dos direitos do homem, os precedentes históricos essenciais para entender o homem como sujeito de direitos, os momentos em sua trajetória que foram cruciais para um início de mudança de pensamento sobre sua condição.

Buscou, além da evolução de direitos em plano internacional, a evolução das suas previsões no Brasil, até atingir a Constituição Cidadã em 1988, para a qual então se ocupou de comentários sobre a sua carta de direitos, desde o significado de sua posição no texto, até seu catálogo, quando chegou-se ao ponto de que apresenta um sistema aberto de direitos fundamentais, protetivo mas aberto a inclusão de novos direitos.

Foi preciso em seguida que se dispusesse sobre a efetividade das normas constitucionais. O conceito de efetividade como o fato de uma norma no plano concreto se impor perante seu destinatário com seus objetivos sendo realizados foi combinado no plano dos direitos individuais e sociais, com maior destaque a este, ao passo que estes são relacionados aos indígenas.

A preocupação seguinte foi abarcar o conceito de eficácia de normas constitucionais, e dispor das teorias que dela se ocupam os doutrinadores Ruy Barbosa, Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Britto, Maria Helena Diniz, Celso Antonio Bandeira de Mello e Luis Roberto Barroso.

Trazer de modo sucinto como tal eficácia se entende na sistemática dos direitos fundamentais e nos direitos sociais prestacionais, em específico aos sociais prestacionais, foi essencial para o entendimento da temática.

Para que o desenvolvimento acerca dos direitos humanos se completasse, foi preciso dispor em capítulo apartado sobre os órgãos internos e

externos que são responsáveis tanto pela promoção como pela proteção desses direitos, e nesse sentido, trouxe como se mostra essa atuação e vinculação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, diferenciando os deveres de cada um, como também a responsabilidade da iniciativa privada pela eficácia horizontal.

Possível foi extrair do conteúdo que embora os direitos humanos muito estejam arraigados no mais interno que compõe o homem que vive em sociedade, esta carece de uma sofisticada organização, que mesmo assim pode não ser suficiente para garantir o respeito aos direitos.

Cada esfera de poder do Estado Democrático de Direito detém uma parcela de responsabilidade diferenciada, que devem ser combinadas para atingir um resultado final satisfatório.

O trabalho optou, então, por combinar toda a situação jurídica com uma parcela muito peculiar da sociedade, tanto por sua cultura como pela natureza jurídica dos direitos que deles tratam. Os indígenas carregam no bojo de seus direitos a prerrogativa de serem coletivos, e por isso, indissolúveis e interesse de toda a sociedade.

Para que fosse possível relacionar toda a pesquisa, buscou-se a situação dos povos indígenas no Brasil desde o início da colonização, e logo tratou-se de seu reconhecimento como sujeitos de direito, das primeiras legislações sobre o tema em busca de proteção, como também da legislação atual que resguarda sua tutela, inclusive em âmbito de interesse internacional.

Finalmente, o trabalho foi capaz de, em um capítulo em apartado, combinar a efetividade e a eficácia dos direitos humanos e fundamentais em uma perspectiva específica, para que procedeu as conclusões sobre o tema.

Nestas, foi possível notar que, se respeitadas determinadas condições constitucionais, leis especiais que concedem situações diferentes não representam segregação nem de um lado da sociedade, nem de outro. Significa apenas busca pela igualdade.

Também, como deve seguir essa aplicação diferenciada da lei que já respeita o restante da comunidade, para que respeite cada comunidade, de acordo com o nível de integração que apresentam em cada caso concreto.

Apresentou-se a estrutura dos órgãos estatais para que seja possível proceder a um cumprimento de fato das previsões, para finalmente, se ocupar da combinação da efetividade e da eficácia das normas de direitos humanos quando aplicadas aos indígenas.

Efetividade e eficácia, embora não se confundam, devem ser buscadas em uníssono, partindo de uma vontade pura do legislador de que a sua lei seja apta a buscar, na prática, aquilo que visou na sua formulação.

Reconhecido o fato de que as normas relacionadas a efetividade dos direitos indígenas apresentam uma eficácia limitada programática de cunho econômico-social, foi possível compreender que uma atividade íntegra do Estado, que permita aos indígenas buscar seus direitos tanto quanto encontrá-los dentro de suas próprias aldeias, sem a intervenção do agente estatal nestas, representam o início da efetividade dos direitos fundamentais dos indígenas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev., atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 12 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Gislane Campos. SERIACOPI, Reinaldo. **História: volume único**. São Paulo: Ática, 2005.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira (colligados e ordenados por Homero Pires)**, vol II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989.

BOAS FILHO, Orlando Villas. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 13ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição e normatividade dos princípios. Discursos e prefácios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**. Editora Perspectiva: São Paulo, 1978.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Metodologia Fuzzi y Camaleones Normativos em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales**. *in*: Derechos y Libertades (Revista Del Instituto Batolomé de Iás Casas) nº 6 (1998), p. 35-49.

CARDOSO, Leda Maria. **Índios e Indigenismo Histórico e Legislação**. Revista de Informação Legislativa, jun/dez. de 1967, p. 237-270.

CARVALHO, Paula Marcilio Tonani de. **O Lucro e a Efetividade dos Direitos Humanos**. Petrópolis: KBR, 2013.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 31 jul. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os Direitos do índio. Ensaios e Documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FAGGIANO, Daniel; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta (Coords.). **A questão indígena**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira.** In: José Eduardo Faria (Hsgeb) Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "**A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais**", in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº 29 (1988), p. 35 e ss.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, Particularmente em Face da Constituição Brasileira de 1988.** Revista de Direito Administrativo nº203, 1996, p. 1 e ss.

FOLMANN, Melissa. **Direitos Humanos - os 60 anos de Declaração Universal da ONU.** Curitiba: Juruá, 2008.

GRÁFICOS E TABELAS. População residente, segundo a situação do domicílio e condição indígena - Brasil 1991/2010. **IBGE.** Disponível em <<https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>>. Acesso em 30 set. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

GREENSPAN, Alan. **A Era da Turbulência - Aventuras em Um Novo Mundo.** Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>>. Acesso em 29 de abril de 2017.

HEINTZE, Hans-Joachim. **Os direitos humanos como matéria do direito internacional público.** In: PETERKE, Sven (Coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, organizador, [editor responsável Mauro de Salles Villar]. **Dicionário Houaiss Conciso.** São Paulo: Moderna, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992 (Coleção Ensino Superior).

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: uma diálogo com o pensamento de Hanna Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **Os Direitos Econômicos, Culturais e Sociais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LÉRY, Jean de. **Viagem à terra do Brasil** [1578, escrito c. 1563]. São Paulo: Martins/Edusp, 1972.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de. **O poder judiciário brasileiro e seu papel na proteção dos direitos humanos**. Disponível em < <https://www.seer.furg.br/juris/article/viewFile/6316/4026>>. Acesso em 10 ago. 2017.

MAIA, Luciano Mariz. **Comunidades e Organizações Indígenas. Natureza Jurídica, Legitimidade Processual e Outros Aspectos**. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 222-229.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. in: Revista de Direito Público nº 57-58 (1981), p. 233 e ss.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. II, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1988.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº1 de 1969)**, vol I, 2. ed., São Paulo: RT, 1970.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Campinas: Bookseller, 1999.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade. Estudo sobre direitos e deveres fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

O PARLAMENTAR E OS DIREITOS HUMANOS. Manual de orientação ao parlamentar municipal, estadual e federal para a atuação em defesa dos direitos humanos e da cidadania. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/rede-parlamentar-nacional-de-direitos-humanos/manual-o-parlamentar-e-os-direitos-humanos>>. Acesso em 10 ago. 2017.

OEA aprova Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. **FUNAI.** Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3815-oea>>. Acesso em 30 set. 2017.

OLIVEIRA, Maurício Pietrocola Pinto de; POGIBIN, Alexander; OLIVEIRA, Renata Cristina de Andrade; ROMERO, Talita Raquel Luz. **Física: conceitos e contextos: pessoal, social, histórico, movimento, força, astronomia. Vol 1.** São Paulo: FTD, 2013.

PELLEGRINE, Marco Cesar. DIAS, Adriana Machado. GRINBERG, Keila. **Coleção Novo Olhar. História.** São Paulo: FTD, 2010.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro.** Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em 15 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 12^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Poder Judiciário e os Direitos Humanos.** Disponível em <www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/87817/90739>. Acesso em: 12 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PREZIA, Benedito; HOORNAERT, Eduardo. **Esta Terra Tinha Dono.** São Paulo: FTD, 1995.

Proteção dos Defensores de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/defensores-dos-direitos-humanos-1>>. Acesso em 10 ago. 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

REISSINGER, Simone. **Reflexões Sobre a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, p. 1762-1780. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em 15 jul. 2017.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio De Oliveira (coords.). **Direito internacional dos direitos humanos: estudo em homenagem à Profª Flávia Piovesan.** Curitiba: Juruá, 2006.

SAGAN, Carl. **Os dragões do Éden. Especulações sobre a evolução da inteligência humana.** Tradução de Sérgio Augusto Teixeira e Maria Goretti Dantas de Oliveira. Rio De Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A, 1980.

SANTILLI, Juliana (Coord). **Os Direitos Indígenas e a Constituição.** Núcleo de Direitos Indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTOS, Jurandir José dos. NAVA, Ermenegildo (coords.). **A multifacetariedade dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo.** Paraná: Redige Produção Editorial, 2015.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista.** 1. ed. (ano 2005), 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCABIN, Flávia (coord). **Direitos Humanos e empresas.** Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/grupos/direitos-humanos-empresas>>. Acesso em 12 ago. 2017.

SCHNEIDER, Hans-Peter. **Peculiaridad y Funcion de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático.** Revista de Estudios Políticos, nº7, 1979, p. 7 e ss.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84 de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. **Biblioteca Digital MPF**. Disponível em <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83425/SILVA_PTG_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 out. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado nº4, out/dez. 2006, p. 23-51.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2147-2157.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Tutela aos Índios: Proteção ou Opressão? In: SANTILLI, Juliana (Coord). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Núcleo de Direitos Indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

TAIAR, Rogerio. **A Efetividade dos Direitos Humanos e a Cláusula da Reserva do Possível**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 2009, p. 287-300. Disponível em <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67858/70466>. Acesso em 15 jul. 2017.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VAINFAS, Ronaldo. FARIA, Sheila de Castro. FERREIRA, Jorge. DOS SANTOS, Georgina. **História: das sociedades sem Estado às monarquias absolutistas, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. **História Geral do Brasil [1854]**, 3 vols. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia. Sociedade Brasileira de Direito Público – Escola de Formação, 2006.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.