

DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA, CONCEITUAL E PROBLEMATIZADORA

FUNDAMENTAL RIGHTS: A HISTORIC, CONCEPTUAL AND QUESTIONING APPROACH

*Guilherme Fonseca de Oliveira*¹
UENP

*Lucas Thainan Mendes Diniz*²
UENP

*Fernando de Brito Alves*³
UENP

Resumo

Este trabalho se divide em duas partes. Na primeira parte, expõe-se um apanhado histórico a respeito da evolução do direitos fundamentais, pormenorizando-se conceitos-chave relacionados à sua teoria geral. Com isso, visa-se a alcançar um porquê de os direitos fundamentais serem interpretados sob a perspectiva que o são, procurando-se ainda demonstrar a relevância da história para os sentidos contemporâneos e a importância disso para o direito brasileiro após a Constituição da República de 1988. Na segunda parte, são

¹ Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP (Bolsista CAPES). Especialista em Direito Constitucional pelo IDCC. Graduado em Direito pela UEL. Associado da banca de advogados BNI Advogados Associados. Pesquisador do grupo de pesquisa “Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil”, de coordenação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho, da UENP. E-mail: guilherme.advc@hotmail.com e guilherme@bni.adv.br.

² Graduando do 5º ano de Direito pela UEL. Colaborador, com Iniciação Científica, do grupo de pesquisa “Análise da evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto às garantias constitucionais do processo civil”, de coordenação do Prof. Dr. Francisco Emílio Baleotti. E-mail: lucastdiniz415@gmail.com.

³ Pós-doutor em Direito Constitucional e democracia pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação e mestrado em Direito). Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (SP). E-mail: alvesfb@uol.com.br.

problematizadas duas questões: a positividade dos direitos fundamentais e a relação entre eles e a democracia. Na primeira questão, a fim de se propor a irracionalidade de argumentos que sustentem a existência de direitos fundamentais absolutos, são dismistificadas confusões comuns entre direito e justiça que, não raro, são feitas sob um viés jusnaturalista. No segundo ponto, já conclusivo, a pretensão é apresentar de maneira crítica a relação entre direito e democracia, com vistas a desconstruir o senso comum de que, hoje, a democracia clássica ainda seria suficiente para a efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave

Teoria geral dos direitos fundamentais. Direito constitucional. Democracia e direitos fundamentais.

Abstract

This work contains two parts. In the first part, it exposes a historical overview on the evolution of fundamental rights, detailing up key concepts related to his general theory. Thus, the aim is to achieve why fundamental rights are interpreted from the perspective that they are, seeking to demonstrate, further, the relevance of history to the contemporary meanings and the importance of this to the Brazilian law after the Constitution of the Republic of 1988. In the second part, are problematized two issues: the positivity of fundamental rights and the relationship between them and democracy. In the first issue, in order to propose the irrationality of arguments that support the existence of absolute fundamental rights, are desmystified common confusion between law and justice, which often are made under a natural law point of view. On the second point, as conclusive, the intention is to present critically the relationship between law and democracy, with a view to deconstruct the common sense that, today, the classical democracy would still be sufficient for the effectiveness of fundamental rights.

Keywords

General theory of fundamental rights. Constitutional right. Democracy and fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Em que pese se tratar de assunto bastante discutido no âmbito acadêmico, a teoria geral dos direitos fundamentais é um tema que não perde o seu brilho e não deixa de exigir a atenção daqueles que se debruçam sobre o estudo do direito, alcançando também aqueles que se preocupam minimamente com a questão da justiça social (independentemente do caráter plurívoco que assuma o vocábulo *justiça social*). A eficácia dos direitos fundamentais guarda íntima relação com a qualidade de vida e com a dignidade

daqueles que compõe a sociedade civil – pessoas que, por consequência, sustentam o próprio Estado.

Assim, a teoria geral dos direitos fundamentais é importante na medida em que dá substrato teórico para a compreensão das relações de direito e dever no âmbito social, permitindo, na prática, compreender como é possível cobrar dos responsáveis direitos constitucionalmente assegurados. Por isso, tomando a relevância do tema, este estudo tem uma preocupação tríplice: (i) analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais; (ii) contribuir para o esclarecimento de questões conceituais; (iii) problematizar pontos específicos que uma visão simplista tende a sugerir como pacíficos ou de correlação lógica.

Na primeira parte deste artigo serão objeto de estudo os dois primeiros pontos sugeridos, discorrendo-se de maneira clara e objetiva a respeito da doutrina jurídica moderna que trata sobre os direitos fundamentais. Desse modo, a evolução histórica há de demonstrar, além do surgimento das chamadas gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais e alguns eventos históricos que impulsionaram a sua teorização, a explicitação de conceitos correlatos ao tema e a relevância de sua precisa delimitação.

Na segunda parte, por recorte metodológico, foram escolhidos dois temas específicos que serão objetos de problematização: a (i) positividade dos direitos fundamentais e (ii) a relação entre eles e a democracia. Almeja-se, dessa maneira, no que toca o primeiro ponto, demonstrar que, ao contrário do que possam sugerir alguns pensamentos de viés jusnaturalista, não há que se falar em direitos fundamentais propriamente ditos sem que eles o sejam reconhecidos como tais de forma expressa pelo ordenamento jurídico. No que diz respeito ao segundo, pretende-se demonstrar que, muito embora a democracia seja, como tem demonstrado, o melhor meio para efetivação de direitos fundamentais, seria ingênuo o argumento que tenta sustentar a correlação lógica entre democracia e direitos fundamentais, como se a democracia fosse condição de possibilidade de efetividade de *qualquer* direito fundamental (ao menos a partir do conceito da democracia clássica, liberal, acrítica, oitocentista e novecentista).

Nesse contexto, o foco primordial do trabalho é a análise dos direitos fundamentais à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da Constituição Federal de 1988.

Ao fim, conclui-se que a relevância das discussões propostas não pode ser ignorada, sob pena de prejuízo da própria eficácia social dos direitos fundamentais.

Para fornecer parâmetros teóricos para as questões aventadas, selecionaram-se obras que tratam da teoria geral dos direitos fundamentais, da teoria geral do direito e da filosofia do direito, além de artigos científicos e demais fontes eletrônicas disponíveis na Internet.

1 UM ESCORÇO HISTÓRICO: COMO SURGIRAM, O QUE SÃO E QUAL A RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Em boa medida, o avanço do direito constitucional de hoje é resultado da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, bem como da visão de que a Constituição é o local adequado para se positivar as normas asseguradoras dessas pretensões (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 307). Dessa forma, entende-se, o *status* e o *locus*⁴ privilegiado de que gozam os direitos fundamentais em nossa Constituição Federal de 1988 asseguraram parte substancial dos avanços experimentados nos últimos anos, seja no plano teórico, seja no plano dos fatos (mundo do ser).

Não obstante, antes de empreender análises conceituais sobre os direitos fundamentais ou mesmo problematizar a teoria geral dos direitos fundamentais no Brasil, um apanhado histórico se

⁴ A esse respeito, José Afonso da Silva, em obra intitulada *Um pouco de direito comparado*, menciona a tendência de todas as constituições brasileiras anteriores a 1988 a darem primazia à organização federal ou nacional do estado em vez de dar maior relevância ao reconhecimento de direitos. A opção do constituinte de 1988, contudo, modificou a estrutura convencional, de forma a conceber uma constituição como ferramenta de tutela de direitos fundamentais (2009, p. 225-226).

faz necessário como condição de possibilidade de um estudo crítico.

Com efeito, desde o seu reconhecimento, já nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, seja quanto ao conteúdo, seja quanto à titularidade, eficácia ou efetivação. Num contexto marcado pela mutação histórica, costuma-se falar na existência de três dimensões desses direitos⁵⁶ (SARLET, 2012, p. 45).

Muito embora não se esteja a sugerir aqui que a história corra como algo inanimado e objetivável, de forma que seja possível apreender fatos em correlação lógica e esquematizada – sendo um fato seguido do outro, independentemente das inúmeras variáveis que influenciam cada recorte temporal –, é indiscutível que as revoluções Americana e Francesa constituíram importante ponto de partida para aqueles direitos que futuramente viriam a ser chamado de direitos fundamentais de primeira dimensão.

Faça-se, pois, a análise proposta.

Pois bem, sob essa perspectiva, voltando-se os olhos à França do século XVIII, é possível encontrar Luís XVI, um rei absolutista. Seu avô, aliás, já era conhecido como o *Rei Sol*, de quem é a marcante frase: *L'état c'est moi* – que, traduzida para o bom português, significa *O Estado sou eu*. Facilmente, pode-se ver que o problema enfrentado pela Europa era a concentração em uma só pessoa dos poderes de criar e executar as leis. Os magistrados, a

⁵ Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina” (SARLET, 2012, p. 45)

⁶ Há, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta, quinta e sexta geração. No entanto, por recorte metodológico e opção doutrinária, neste artigo serão debatidas tão somente as três primeiras dimensões de direitos fundamentais, isto porque detêm maior aceitação doutrinária e também porque têm uma origem histórica mais bem delimitada.

quem incumbia proceder aos julgamentos e aplicar as leis, eram meros funcionários a serviço do soberano.

Isso era inadmissível para a burguesia, classe recém-surgida na Idade Média e que, com o tempo, conquistou alta capacidade econômica – mas que, apesar de muito dinheiro, não possuíam poder político frente ao Estado, o que fazia com que eles o almejassem cada vez mais.

Sem embargo disso, tanto poder nas mãos de apenas um indivíduo acabava por limitar, e muito, a *liberdade* do cidadão. Não é difícil inferir tal realidade: imagine a tirania presente – assim como ocorre em boa parte das ditaduras – em um Estado no qual a mesma pessoa que fizesse as leis desse as ordens para que elas funcionassem, e quem julgasse os indivíduos, aplicando essas leis, nada mais fossem do que capachos de quem as criaram. Foi então que a situação passou a ficar insustentável. Eclode, dessa forma, em julho de 1789, a Revolução Francesa, com o lema *Liberdade, Igualdade e Fraternidade (Liberté, Egalité et Fraternité)*. Os *sans culottes*, cidadãos comuns, derrubam a Bastilha, forte símbolo do absolutismo monárquico francês.

De uma maneira geral, o que os revolucionários queriam era que o Estado – representado pelo rei, o soberano – tivesse o seu poder limitado, parando de interferir demasiadamente na vida do cidadão e, por conseguinte, garantindo maior liberdade ao povo. E isso eles conseguiram. O rei é derrubado e morto em 1793 e, já em agosto de 1789, ano de eclosão da revolta, é publicada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, marco histórico que garantiria a *todos*⁷ os cidadãos o que se convencionou chamar de *direitos fundamentais de primeira dimensão*. Por meio desses direitos, visava-se a garantir ao indivíduo a limitação do poder do Estado frente à sua esfera pessoal, de modo que fosse certa a proteção, dentre outras,

⁷ Evidente que uma visão crítica impede a utilização do termo *todos*, visto que embora todos direitos tivessem pretensão de universalização, nem todos poderiam gozar da totalidade deles sem que existissem também condições econômicas e sociais que garantissem esse exercício. Mas ao menos para fins teóricos e de eficácia jurídica, eram direitos universalizáveis.

da vida, da segurança, da propriedade privada, das liberdades de ir e vir, de se expressar, de votar e de se ter a crença que bem entender.

Quase ao mesmo tempo, nos Estados Unidos, ocorria algo similar.

Com a Revolução Americana, eclodida em 1776, os colonos não mais aguentavam a enorme interferência da Inglaterra em sua realidade. O crescente aumento de tributos impostos pela Coroa Inglesa, por exemplo, fez com que estourassem episódios como a Revolta do Chá (*Tea Party*), em 1773. Nesse ponto, tentando frisar o anseio nitidamente liberal de tais revoluções – e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais de primeira dimensão –, não é demais citar que o fruto dessas insatisfações fez brotar a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (EUA), de 1776, que em seu artigo primeiro afirmava:

[...] todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (grifo nosso).

Daí que é possível afirmar, com Marmelstein, que os direitos protegidos nessa declaração (tal como na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*) tinham nítida influência do pensamento liberal propagado pelos filósofos do iluminismo, especialmente Locke, para quem a finalidade dos homens se unirem em sociedade era o de se constituírem sob um governo no qual poderia ser conservada a propriedade (2009).

Ambos os movimentos, estadunidense e francês, deram origem ao que hoje se chama de *constitucionalismo*, que é ponto importantíssimo para a compreensão do tema e se define, segundo Luís Roberto Barroso, pela (i) limitação do poder do Estado e pela

(ii) supremacia das leis (2013, p. 27). De um lado é necessário que o Estado se limite e se abstenha de interferir na vida das pessoas; de outro, isso passa a ser garantido por meio das leis – que, agora, seja na Europa ou na América, são feitas pelo *Parlamento*.

Em síntese, esses fatos explicam o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão e o *valor* conferido a esses direitos no imaginário social da época, bem como a influência burguesa – e capitalista – sobre eles. Desse modo, por assim dizer, é possível avançar para a compreensão da luta socialista e da sua contribuição para a construção do que hoje se denomina de direitos fundamentais de segunda dimensão, visto que o avanço liberal no contexto da revolução industrial trouxe inequívocos males para a sociedade.

Deveras, por volta de 1760, na Inglaterra, começa o aprimoramento das formas de produção manufatureira, principalmente no setor têxtil. Apesar dessa melhoria no século XVIII, a Revolução Industrial tem seu auge na primeira metade do século XIX (mais ou menos de 1820 a 1840). Com ela, em que pese o progresso da indústria, surge um novo problema: a precariedade do trabalho nas fábricas. Sem qualquer regulamentação específica e suficiente, mulheres e crianças trabalham em jornadas exaustivas e em regime semiescravo. O ambiente fabril apresenta riscos letais: a insalubridade é recorrente e, as máquinas, pesadas, e sem a devida fiscalização a mutilação dos empregados assume absurda frequência. Sem qualquer amparo, o trabalhador e sua família passam a morar nos subúrbios ingleses, em condições mais precárias do que encontravam nas fábricas. A taxa de suicídios e de alcoolismo torna-se alarmante. Nas palavras de Marmelstein (*op. cit.*, p. 48):

A industrialização trouxe consigo, além da prosperidade econômica para uma minoria rica, uma série de problemas sociais, gerando naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para

aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada “Bela Época”.

Com isso, vê-se que o Estado não era mais capaz de garantir a harmonia social e, por isso, as classes operárias começam suas reivindicações, visando à conquista de direitos que lhe proporcionassem melhores condições de trabalho e dignidade – batalha árdua na conquista de direitos que foram não concessões, mas, antes, fruto de luta.

Em 1848, Karl Marx escreve a conhecida obra *Manifesto do Partido Comunista*, conclamando os trabalhadores do mundo todo a se unirem para a tomada do poder. Na Rússia, em 1917, ocorre a primeira grande revolução socialista, avisando para o mundo que as reivindicações operárias eram uma ameaça real. A própria Igreja Católica, que, até então, se mantinha “neutra”, publicou, em 1891, a *Encíclica Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em que criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava abertamente o reconhecimento de vários direitos trabalhistas, embora refutasse de forma enfática as ideias de Marx (MARMELSTEIN, *op. cit.*).

É em meio a esse contexto é que nasce o Estado do bem-estar social, um novo modelo político no qual o Estado, sem se afastar dos principais alicerces do capitalismo, comprometia-se a promover maior igualdade social e a garantir condições básicas para uma vida digna, mediante a melhoria das condições de trabalho e a garantia dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais (*id. ibid.*)

Assim, no tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, a *igualdade* ganha realce, ao ser atendida por direitos a prestações⁸ e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a

⁸ Apenas por rigor metodológico, com Ingo Sarlet, é necessário frisar que os direitos fundamentais de segunda dimensão, à luz do contexto delineado pela Constituição Federal de 1988, não se bastam em direitos prestacionais: “ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado (...)

de sindicalização e o direito de greve. Esses direitos são chamados de *direitos sociais*, não por pertencerem a coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social (MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*). A nota distintiva desses direitos é a dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de liberdade por intermédio desse (SARLET, *op. cit.*).

Por outro lado, mais adiante e caminhando para término deste breve esboço histórico, os direitos fundamentais de terceira dimensão, ou direitos de fraternidade ou solidariedade, distinguem-se pelo fato de se desprenderem da figura do homem-indivíduo, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (*id. ibid.*).

Generalizada a ideia de fraternidade pelo mundo – ao menos na parte ocidental do globo –, recuperando-se as nações dos horrores vividos pelas duas guerras mundiais que assolaram o planeta e, mais ainda, com o crescimento da eficácia dos meios de comunicação, apercebem-se os países de que, a fim de dar maior eficácia às garantias e aos direitos até então construídos, seria de fundamental importância a *cooperação internacional*. É a partir disso que passa a ser dado maior valor aos tratados internacionais, mediante os quais os países se comprometem, firmando compromisso uns com os outros, a protegerem direitos essenciais aos indivíduos. O marco desse contexto é a Convenção Sobre Direitos Humanos da ONU, de 1948.

O lema da Revolução Francesa, a bem da verdade, foi um presságio: primeiramente, a *liberdade* como garantia ao indivíduo frente aos excessos do Estado; depois, o esforço para que esse mesmo Estado garantisse meios para que as pessoas alcançassem os

Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores (2009, online)

seus objetivos e uma vida digna, *igualando-se*, de forma justa, perante os seus pares no meio social; e, finalmente, a *fraternidade* entre as nações, como meio de dar ainda mais força aos objetivos buscados pelos cidadãos. Essas três dimensões, então, constituem os alicerces dos direitos fundamentais, ao menos conforme a doutrina pátria majoritária.

Não obstante, a exemplo de Paulo Bonavides⁹, há quem defenda a existência de outras dimensões de direitos fundamentais além das três amplamente aceitas e aqui delineadas. Diante da menor aceitação dessas ideias em âmbito acadêmico e, mesmo, diante da questionável fundamentalidade e/ou *necessidade* da abertura de uma nova dimensão de direitos fundamentais para justificar as teses desses autores¹⁰, opta-se pela manifestação meramente incidental a respeito deste ponto. Sobre isso, com Ingo Sarlet, impõe-se examinar o questionamento da efetiva possibilidade de reconhecer uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas do futuro. Não parece, além do mais, impertinente afirmar que parece que todos os direitos fundamentais gravitam em torno dos perenes valores de liberdade, igualdade e fraternidade (SARLET, *op. cit.*).

Por derradeiro, concluindo este ponto, é importante mencionar o porquê de se gastar estas linhas discorrendo sobre a história dos direitos fundamentais. Ou seja: não há como pensar que, quando interpretamos o direito, partimos de um grau zero de

⁹ Paulo Bonavides menciona democracia direta, pluralismo e direito à informação como sendo direitos fundamentais condizentes com uma quarta dimensão dos direitos fundamentais. Para o autor, em contraposição à ideologia neoliberal que impregna a globalização econômica, há uma globalização política que caminha para dotar os direitos fundamentais de uma saída realmente interessante aos povos da periferia do mundo globalizado (2003, p. 571).

¹⁰ Apenas por rigor acadêmico e honestidade intelectual, saliente-se a deferência destes autores para com as contribuições de Paulo Bonavides; além disso, em relação a este autor, a crença de que de fato se tratam de direitos diversos de outras dimensões, ao contrário da investida de tantos outros escritores que seguem tentando dar nova roupagem para direitos clássicos.

sentido. A interpretação do direito sempre observa a história e justamente por isso exige que o intérprete saiba a partir de onde interpreta. Nas palavras de Massáu (2015, p. 185), é possível dizer que “ao chegarmos ao *mundo* já estava ele carregado de fatos e de normas para serem conhecidas, respeitadas e, posteriormente, alteradas. O *indivíduo* não parte do vazio; inicia sua jornada sobre uma estrutura cultural erguida durante milhares de séculos”.

Dessa forma, a pretensão de se reconstruir a história dos direitos fundamentais é justamente tentar contribuir didaticamente e de maneira sucinta para que o leitor compreenda minimamente o passado que lhe antecipa os passos¹¹, quando o assunto é direitos fundamentais.

2. BREVE ANÁLISE DE ALGUNS PROBLEMAS ATINENTES À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Feitas as considerações do primeiro capítulo, neste segundo ponto serão analisadas questões problemáticas relativas à teoria geral dos direitos fundamentais. Serão abordados, por recorte

¹¹ Heidegger, em *Ser e Tempo*, onde pretende recolocar a questão sobre o sentido do ser e acaba por revolucionar a metafísica, principalmente mediante a *diferença ontológica*, dispõe: O ser da presença [Dasein] tem o seu sentido na temporalidade. Esta, por sua vez, é também condição de possibilidade da historicidade enquanto um modo de ser temporal da própria presença [Dasein], mesmo abstraindo da questão do se e como a presença é um ente no tempo [...] Historicidade indica a constituição de ser do “acontecer”, próprio da presença [Dasein] como tal [...] Explicitamente ou não, a presença [Dasein] é sempre o seu passado e não apenas no sentido do passado do que sempre arrasta “atrás” de si e, desse modo, possui, como simplesmente dadas, as experiências passadas que, às vezes, agem e influem sobre a presença [Dasein]. Não. [...] Em cada um de seus modos de ser e, por conseguinte, também em sua compreensão de ser, a presença [Dasein] sempre já nasceu e cresceu dentro de uma interpretação de si mesma [...] Essa compreensão lhe abre e regula as possibilidades de seu ser. Seu próprio passado, e isso diz sempre o passado de sua “geração”, não segue, mas precede a presença, antecipando-lhe os passos (2014, p. 57-58).

metodológico, os seguintes assuntos: (i) a positividade dos direitos fundamentais e (ii) a relação entre eles e a democracia.

O primeiro ponto, portanto, toca a (necessária) posituação dos direitos fundamentais para que eles ostentem o seu caráter de direito (e fundamental).

Não é recente a discussão a respeito do *aparente conflito* entre direito positivo e direito natural. Inúmeros pensadores tentaram justificar a existência de uma ordem jurídica absoluta, de um direito que transcenda o consensual e represente uma ordem perfeita, uma ordem a ser alcançada. Essa discussão, como é de conhecimento notório, percorreu desde a antiguidade clássica até a modernidade, mas pouco se sustenta nos dias de hoje porque poucos são os defensores (sóbrios) que restaram desse ideal de ordem absoluta.

É inegável que as contribuições prévias ao Estado moderno serviram de arcabouço filosófico e ideológico para a construção do ideal de direitos fundamentais que haveria de surgir no século XVIII; contudo, advogar uma postura jusnaturalista hoje, seja jusnaturalista clássica ou jusnaturalista moderna, não passa pelo crivo da racionalidade.

Ora, o problema do fundamento de um direito se apresenta de forma diferente conforme se trate de um direito *que se tem* ou de um direito *que se gostaria de ter*. Na primeira hipótese, é necessário investigar no ordenamento jurídico ao qual se está submetido e se há uma norma válida que reconheça esse direito. Na segunda hipótese, é necessário que aquele que pretende ver esse direito reconhecido convença o maior número de pessoas sobre a legitimidade do direito em questão, de forma que os outros reconheçam tal direito da mesma forma. Para que seja possível falar em direito natural, então, a partir dessa distinção, a única forma defensável é no sentido de que exista um direito crítico ou racional, ou seja, de convencimento dos demais cidadãos, por parte daquele interessado, de que determinado direito é algo desejável e que por isso mesmo deve ser perseguido. Mas, para tanto, o indivíduo com essa pretensão há de convencer os demais da legitimidade do direito a partir da busca de um fundamento (BOBBIO, 2004).

É a partir da confusão entre o direito que o indivíduo gostaria de ter (racionalmente pensado) e aquele que a sociedade escolheu – que, às vezes, conflita com o direito almejado pelo sujeito – que surge a ideia de um direito natural ou calcado num fundamento absoluto. “Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que de tanto acumular e elaborar boas razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível” (*id. ibid.*).

Nesse sentido que os jusnaturalistas defenderam por muito tempo – e ainda hoje alguns o fazem – a ideia de um argumento irresistível, derivado diretamente da natureza do homem ou da ordem divina. Mas isso não se sustenta. Com Bobbio, é possível explorar ao menos três argumentos que derrubam essa ideia¹². Serão eles expostos a seguir.

O primeiro argumento é de que o termo *direitos fundamentais*¹³ é vago: não é possível defini-lo sem cair em alguma tautologia no que toca ao seu estatuto (ex. “Direitos fundamentais são aqueles considerados enquanto tais diante de sua inequívoca fundamentalidade”). Ou, não sendo o caso de incorrer em tautologia pela sua definição quanto ao estatuto, quando a tentativa de definição se dá em razão do conteúdo dos direitos fundamentais não é possível fugir aos juízos de valor, que, enquanto tal, estão necessariamente impregnados de viés ideológico (a escolha da fundamentalidade maior ou menor de determinados direitos se dá em função de crenças políticas do indivíduo).

O segundo argumento diz respeito à historicidade dos direitos fundamentais: direitos tidos como fundamentais em

¹² Muito embora este artigo se valha dos argumentos de Norberto Bobbio em *A era dos direitos* para questionar a postura jusnaturalista no tocante aos direitos fundamentais, são articulados esses argumentos com a íntegra das ideias desenvolvidas neste trabalho, sem prejuízo de exemplos outros que não os fornecidos pelo autor em comento.

¹³ Em *A era dos direitos*, Bobbio trabalha com o termo Direitos do Homem, mas a conceituação e a forma por ele explorada é perfeitamente congruente com a ideia de direitos fundamentais e consequentemente com a ideia que é aqui defendida.

determinado período da história foram relativizados em outro. A própria evolução histórica proposta sugere, por exemplo, a necessária flexibilização dos direitos fundamentais de primeira dimensão para dar espaço a direitos sociais, econômicos e culturais; portanto, não há como tentar objetivar a fundamentalidade.

O terceiro argumento trata da heterogeneidade: não há uma única espécie de direitos que é tida como fundamental, mas uma série de direitos de diversas espécies que são albergados por determinada ordem jurídica enquanto fundamentais. Dessa forma, não é possível falar em *um fundamento* que justifique a fundamentalidade de todos os direitos, mas ao menos em *vários fundamentos* – que, aliás, às vezes são até incompatíveis entre si. Daí que, lançando os olhos para o texto constitucional brasileiro, vemos, por exemplo, o direito à propriedade privada (art. 5º, *caput*), o direito à moradia (art. 6º) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), cada um deles revestido de fundamentalidade própria à luz da historicidade que os justifica, nos termos defendidos anteriormente.

A partir desses argumentos, acredita-se suficientemente rechaçada a ideia de que possa haver direitos fundamentais não positivados.

Aqui faz-se um parêntese. Adiantando possíveis críticas, pode-se dizer defender a positividade dos direitos fundamentais não significa adotar uma postura *positivista exegética* quanto ao reconhecimento dos direitos fundamentais extraíveis do texto constitucional, nem mesmo significa adotar uma postura conservadora. Hoje não há dúvidas de que, além ser indefensável falar em aplicação do direito sem interpretação¹⁴, há que se reconhecer a posição amplamente adotada sobre os chamados direitos fundamentais implícitos, ou seja, o reconhecimento dos direitos fundamentais que decorrem da interpretação da

¹⁴ A interpretação é intrínseca ao direito de forma que é possível afirmar que “no haya norma reguladora del caso sin que medie interpretación” (ZAGREBELSKY, 2014, p. 201)

constituição¹⁵. Ainda a esse respeito, não há como se falar em aplicabilidade dos direitos fundamentais em abstrato, ou melhor, de forma desconexa do caso concreto que se pretende regular. Em observância aos direitos positivados, o conteúdo fático não perde o seu valor, de modo que a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se, também e necessariamente, de uma forma que vai além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão aplicados. Dessa forma, a norma encontra-se parcialmente em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição). O intérprete a desnuda. O intérprete, pois, compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência de sua interpretação, atualizando-o (GRAU, 2014).

Pois bem: feitas essas abordagens, é possível defender que muito da concepção jusnaturalista que insiste em permanecer no meio do direito tem a ver com a confusão entre direito e justiça, como se esta última adotasse uma posição *ontológica*, de fundamento absoluto. Contudo, acompanhando Eros Grau, pode-se afirmar que não faltaram, durante a história, discussões a respeito de ética e justiça. São tantas éticas quanto as religiões, os costumes e as culturas em cada momento histórico. Nenhuma dessas justiças, porém, foram suficientes para resolver a contradição entre o universal e o particular. A única tentativa viável encontrada, embora precária, foi a da *legalidade*. Mas, para tanto, foi necessário reconhecer a distinção abismal entre Justiça e Direito. No direito moderno, opera-se a separação absoluta entre o *posto* e o *pressuposto*, entre *lex* e *ius* (*id. ibid.*), sendo necessário reafirmar a positividade dos direitos fundamentais, sob pena de, inclusive, se esvaziar a sua fundamentalidade.

¹⁵ Por óbvio, principalmente tomando como base o que consta do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, também estes autores adotam a ideia de direitos fundamentais implícitos e decorrentes, sendo muito difícil defender a ideia de que não existem

Com isso, está encerrada a breve análise sobre a (necessária) positividade dos direitos fundamentais. Agora será objeto de estudo a relação entre democracia e direitos fundamentais, com o intuito de se responder à seguinte questão: a democracia é condição de possibilidade para a efetividade dos direitos fundamentais?

Em outra oportunidade, em artigo veiculado na Revista *Argumenta*, intitulado *Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias*, abordou-se a relação entre democracia e direitos fundamentais, embora sob outra perspectiva. Então, pedindo a licença dos leitores, algumas dessas considerações serão revolvidas neste ponto, mas acrescidas de novas leituras e também complementadas para o que é objeto deste artigo neste momento: tentar explorar qual a relação entre a democracia e os direitos fundamentais, principalmente sob a ótica brasileira.

O art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988, escolheu a democracia como princípio informador do Estado Brasileiro, sob o primado de que “todo o poder emana do povo” – exercido de forma direta ou mediante representação eletiva –, adotando, assim, a chamada fórmula de Lincoln, para a qual se opera o “governo do povo, pelo povo e para o povo” (FACHIN, 2008, p. 180). O texto constitucional adotou a democracia como base do Estado brasileiro, sistema de governo que pareceu ser o melhor instrumento para realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem, verdadeiramente, nos direitos fundamentais (SILVA, 2011). Sobre este ponto, frise-se, ao contrário do que constava das constituições brasileiras anteriores, foi suprimido do art. 1º a parte que constava “em seu nome é exercido”, denunciando a vontade popular de mudança no que tange à concepção clássica de democracia (liberal e burguesa).

No entanto, embora seja a democracia o melhor sistema de governo conhecido até então, não é e nem deve ser imune a críticas, necessitando ser analisado criticamente de forma constante para que se mantenha firme no sentido de construir uma sociedade mais justa e igualitária. A esse respeito, Gustavo Zagrebelsky (2011) idealizou o conceito de *democracia crítica*, segundo o qual democracia

nunca deve ser um regime arrogante, seguro de si, que recusa autocrítica e olha apenas para frente. Deve ser, antes, um regime inquieto, circunspecto e desconfiado, sempre pronto a reconhecer os próprios erros e a recomeçar.

A adoção do governo democrático se dá justamente em razão da correlação (mais benéfica) entre democracia e direitos fundamentais. Daí que, embora não seja imune a críticas nem possa ser visto como um modelo pronto e acabado, é possível afirmar que se trata do melhor modelo de governo para efetivação de direitos fundamentais.

Sem prejuízo disso, e como deve ser consequência lógica do exposto, também não é possível afirmar que (todos) os direitos fundamentais dependem ou estão subordinados à democracia (principalmente ao conceito de democracia clássica, que remonta aos séculos XVIII e XIX). Apostar nessa afirmação é apostar no senso comum, uma vez que, como já salientado, os direitos fundamentais têm várias dimensões e várias espécies distintas de argumentos que justificam a sua fundamentalidade. Assim, é possível que haja maior ou menor de efetivação determinados direitos mesmo em contextos não democráticos – ou não suficientemente democráticos, em sentido crítico.

A esse respeito, é interessante salientar que a relação entre democracia e direitos fundamentais é bastante recente e remonta ao segundo pós-guerra, quando houve o colapso dos regimes totalitários e nasceram os ordenamentos jurídicos que procuraram articular a tradição da democracia clássica (oitocentista e novecentista) com o discurso neojusnaturalista dos direitos fundamentais. Os conceitos de democracia e direitos fundamentais, no entanto, reportam a duas tradições histórico-culturais distintas, sendo apenas recentemente congregadas no sentido da criação de um Estado democrático-constitucional (ALVES, 2013). Mas, mesmo neste tocante, contudo, é imperioso manter em mente o conceito de democracia crítica, que jamais aceitaria a defesa da democracia (principalmente uma democracia instrumental, parlamentarista pura) de forma irracional e desprendida de um ideal de vida boa a ser construído politicamente.

A ingênua vinculação entre um conceito de democracia clássica e a ideia de direitos fundamentais acaba por se transformar num problema para a própria efetivação dos direitos fundamentais, já que velar os problemas pelo discurso desmobiliza a força de transformação da sociedade. Ademais, no contexto brasileiro, ao que parece, a própria opção constitucional pós-1988 sugere um avanço do conceito democrático, ao passo que convoca o povo para atuar *por si* no meio político. Ou ainda, tentando explorar de forma mais clara a ideia defendida: não é possível abraçar a ideia de que, num contexto de uma democracia corrupta, na qual o exercício do poder popular se dá apenas de 2 em 2 anos, há um *perfeito* sistema de governo. Não há. É necessário pensar em uma forma *pragmática* de exercício da democracia, que leve a sério os direitos fundamentais e que não se baste, por exemplo, na retórica de que uma lei representa a vontade popular uma vez que formulada pelos representantes do povo, desconsiderando assim a forma como realmente se manifesta o poder.

É interessante se ter em mente que o signo *democracia* – da mesma forma Ralph Christensen se manifesta sobre o signo *povo* na introdução à famigerada obra *Quem é o Povo?*, de Friederich Müller – , às vezes aparece na teoria jurídica enquanto bloco, encobrendo-se diferenças entre retórica ideológica e democracia efetiva. Em outras palavras, às vezes o signo *democracia* serve apenas para legitimar o poder.

Esmiuçando ainda mais o ponto e caminhando para o final, Fernando de Brito Alves (2013) ressalta que o conceito de democracia atual muito se distingue do conceito de democracia clássica, hoje já em descrédito. A democracia contemporânea pressupõe uma nova relação do sujeito com o ambiente político e, conseqüentemente, exige desnudá-lo das relações de poder no meio social. Uma visão sóbria da relação entre democracia e direitos fundamentais demanda o reconhecimento do dissenso que contamina o seio social e também demanda reconhecer que, muitas vezes, existirão conflitos entre interesses e mesmo conflitos entre direitos fundamentais. Nesse sentido, ignorar os conflitos imanentes do meio social sob o discurso de que a democracia –

clássica, acrítica, sem participação popular – é condição de possibilidade de direitos fundamentais gera apatia. Essa apatia, afinal de contas, reveste de legitimidade um contexto de inefetividade de direitos fundamentais, no qual se tem uma constituição rica em direitos fundamentais explícitos e implícitos mas, por um outro lado, pouco se vê esses direitos fundamentais descerem ao plano dos fatos, à realidade vivida.

De qualquer forma, não há razões para se perder a esperança, o renascimento do político (MOUFFE, 1996) como demanda das democracias pluralistas contemporâneas é evidenciada pela consciência crescente de que a democracia é colocada em risco não apenas quando os valores encarnados por ela são insuficientes, mas principalmente quando o “[...] excesso de consenso [...] mascara uma apatia inquietante” (*op. cit.*, p. 17).

CONCLUSÃO

Estudar a teoria geral dos direitos fundamentais é se preocupar com um ideal de vida boa. Sob esse ponto de vista, o empreendimento deste trabalho, num primeiro momento foi voltar os olhos ao passado, a fim de se saber que este dá significado e sempre condiciona qualquer atribuição de sentido futuro e que, por isso mesmo, levar a sério o passado é condição de possibilidade para que mais adiante se torne cada vez mais claro e preciso referido ideal de vida boa, sobretudo sob a observância democrática.

Daí que, seguindo essa ideia, é relevante pensar a história dos direitos fundamentais e também compreender a dinâmica de poder que se articula no ambiente social, a qual inclusive torna conflituosa a relação entre alguns desses direitos.

Num segundo momento, foram escolhidos dois pontos que se entende dignos de nota e problematização: a positividade dos direitos fundamentais e a relação entre direitos fundamentais e democracia. A respeito do primeiro ponto, a preocupação maior se deu em razão de que, analisando o contexto jurídico contemporâneo, vê-se mesmo hoje uma aparente confusão entre

direito e justiça, que não se justifica porque, como se demonstrou com todas as razões suscitadas no desenvolvimento do trabalho, é irracional qualquer possibilidade de conciliar um ideal absoluto de justiça com um sistema político plural e democrático. No que diz respeito ao segundo ponto, o objetivo foi tentar demonstrar a não vinculação e mesmo o óbice que se torna uma instrumentalização de um conceito de democracia acrítica como se este manifestasse *sempre* como condição de possibilidade para a efetividade dos direitos fundamentais – isso porque, ora, um conceito de democracia clássico e irrefletido pode se tornar mero instrumento de legitimação de um poder deturpado.

A criticidade, portanto, é necessária para a discussão dos direitos fundamentais inclusive sob pena da própria eficácia social de alguns desses direitos ou, ainda, a eficácia de vários direitos fundamentais apenas para certa parcela da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, jun. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 23 Jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em:

http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em 04.jan.2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHRISTENSEN, Ralph. Introdução. In: MULLER, Friederich. Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia. 6. ed. Tradução: Peter Neumann. Revisão da Tradução: Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Porto Alegre: Editora Malheiros, 2014.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editoria Universitária São Francisco, 2014.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Prelúdio de uma teoria da memória constitucional em prol dos direitos fundamentais. *Argumenta Journal law*. Jacarezinho – PR. Brasil. nº. 22. p. 183-199.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11^a ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco-jurídico constitucional brasileiro. *Cadernos da AMATRA IV*. v. 10. 2009, p. 9-39. Disponível em: <http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-09>. Acesso em: 28.out.2015.

SILVA, José Afonso. *Um pouco de direito comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 35^a. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional*. Título original: *La legge e la sua giustizia*. Traducción: Manuel Martínez y Adela Mora Cañada. Madrid: Editorial Trotta, 2014.