

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA?

Williana Ratsunne da Silva Shirasu
Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará

RESUMO

Os direitos fundamentais, decorrentes do reconhecimento dos direitos humanos na esfera do direito positivo, destacam-se atualmente como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pelo qual é possível a realização da dignidade humana. Apesar de serem associados hodiernamente à democracia, questiona-se se esta seria realmente o único regime político no qual poderiam ser viabilizados tais direitos. O presente trabalho procura verificar se a relação entre a democracia e os direitos fundamentais seria de fato imprescindível, ou se tais direitos poderiam ser concretizados sob outras concepções políticas. Para tanto, faz-se inicialmente a análise conceitual dos direitos fundamentais, suas características e fundamentabilidade, para posterior confronto com o modelo democrático.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; fundamentabilidade; democracia.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA: ¿UNA RELACIÓN NECESSÁRIA?

RESUMEN

Los derechos fundamentales, oriundos del reconocimiento de los derechos humanos en la esfera del derecho positivo, se sobresalen en nuestros días como uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, por el cual es posible la realización de la dignidad humana. Aunque son asociados hodiernamente a la democracia, se pregunta si esta sería el único régimen en el cual se podrían acceder tales derechos. El presente trabajo busca examinar si la relación entre la democracia y los derechos fundamentales sería de facto imprescindible, o si tales derechos podrían ser efectuados bajo otras concepciones políticas. Por lo que, se hace inicialmente el análisis conceptual de los derechos fundamentales, sus características e fundamentabilidad, para posterior cotejo con el modelo democrático.

Palabras clave: Derechos fundamentales; fundamentabilidad; democracia.

1. INTRODUÇÃO

Frequentemente os direitos fundamentais figuram como objeto das principais discussões jurídicas na atualidade. A sua inegável relevância firma-se em raízes históricas, desde a sua estreia como direitos de primeira geração aos dias atuais, com o advento do neoconstitucionalismo.

A sua existência condiz com os ideais do regime democrático, envolvendo a ideia de legitimidade e, ao mesmo tempo, sendo condição estruturante da democracia. Porém, estariam os direitos fundamentais necessariamente vinculados a tal concepção política? Ademais, essa ligação seria meramente decorrência do senso comum, fruto de um conhecimento aparente?

Em busca de responder tais questionamentos, é necessário compreendê-los cientificamente. Nesse contexto, considerando a multiplicidade de perspectivas referentes ao estudo do direito, a concepção epistemológica da dogmática jurídica volta-se a apresentar respostas aos problemas que surgem, conferindo-lhes um caráter científico (GUERRA FILHO, 2007).

A partir disso, a Teoria dos Direitos Fundamentais volta-se ao estudo dogmático do direito num modelo tridimensional, a seguir explicitado. A primeira dimensão a ser considerada nos estudos jurídicos seria a analítica, pela qual se distingue conceitualmente as diversas figuras e institutos jurídicos. A segunda dimensão é a empírica, que vislumbra o objeto conforme as manifestações concretas (como é o caso da jurisprudência). A terceira, por fim, é a dimensão normativa, que assume o papel prático e deontológico com o compromisso de complementar e ampliar a ordem jurídica estudada.

Em virtude disso, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, em sua perspectiva dogmática, o presente trabalho parte da compreensão conceitual dos direitos fundamentais, bem como das suas características e dimensões. Em seguida, verifica as teorias que buscam justificar a fundamentabilidade dos direitos fundamentais. Feitas essas considerações, analisa as relações entre direitos fundamentais e democracia, com o objetivo de entender se haveria uma relação necessária entre os mesmos ou não e como se daria tal relação.

Longe de efetivar o esgotamento do tema, pauta-se em ampla pesquisa teórica objetivando o seu conhecimento e análise crítica, com a finalidade de construir novos pensamentos.

2. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em observância à perspectiva dogmática do presente estudo, o presente capítulo apresenta uma breve análise acerca do conceito de direitos fundamentais, com ênfase em suas características. Ademais, vislumbra também a sua classificação em gerações e/ou dimensões.

2.1. CONCEITO

Em busca de se estabelecer um critério para identificar os direitos fundamentais na ordem jurídica, faz-se necessário compreender terminologicamente o que são direitos fundamentais.

Não há, porém, um consenso doutrinário na ótica conceitual de tais direitos. Diversas são as expressões emanadas pela doutrina e jurisprudência para se referirem a estes. São comuns expressões como “liberdades públicas”, “direitos humanos”, “direitos subjetivos”, “direitos do homem”, entre outras. No presente trabalho, contudo, adota-se a expressão “direitos fundamentais” como opção terminológica, adotada especialmente pela Constituição Federal de 1988, pois se afigura menos reducionista ante os demais conceitos.

Consideram-se fundamentais os direitos humanos acolhidos pelo ordenamento jurídico através da positivação. Abrangem, dessa forma, todas as espécies de direito, sejam estes referentes à liberdade, igualdade e solidariedade. CUNHA JUNIOR (2013, p. 548) compreende que:

(...) podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico.

SARLET (2005, p. 35-36), distinguindo os direitos fundamentais dos direitos humanos, compreende que:

(...) direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (...) constituem um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do Estado de Direito.

Em síntese, LIMA (2014, p. 57), por sua vez, observa que “(...) os direitos fundamentais são a expressão positivada, no âmbito do Direito Constitucional, dos direitos humanos, sendo estes de conteúdo mais amplo, já que nem sempre se encontram positivados, isto é, reconhecidos expressamente pelo Direito”.

Feitas tais considerações é importante frisar que, apesar de a positivação de tais direitos resultar na busca para concretizá-los, LIMA (2014, p. 62), por outro lado, observa, que as teorias de direitos fundamentais tendem geralmente ao dogmatismo, o que pode acarretar na restrição das diversas perspectivas dos direitos humanos ao restringi-los à esfera do mundo jurídico. Tal fato, ainda os limita a um positivismo “disfarçado de recheios humanísticos e maqueados pela potência constitucional”. Assim, muitas vezes, essas teorias de direitos fundamentais são utilizadas pela jurisprudência para se negar direitos humanos e até mesmo outros direitos fundamentais.

2.2. CARACTERÍSTICAS

Tais direitos apresentam como características: a) historicidade; b) universalidade; c) imprescritibilidade; d) inalienabilidade; e) irrenunciabilidade; f) inviolabilidade; g) efetividade; h) interdependência; i) complementaridade, a seguir discriminados.

Quanto à historicidade, os direitos fundamentais destacam-se por emergirem de lutas travadas historicamente pelo homem pela sua emancipação. Evidencia-se, assim, a sua mutabilidade no decorrer do tempo, não estando, portanto, impassível de transformações e ampliações.

Os direitos fundamentais destinam-se a todos os seres humanos, daí a sua universalidade. Tal caráter, todavia, não significa uma absoluta uniformidade, devendo ser respeitados os contextos distintos, de acordo com cada realidade. A presente característica reivindica a atuação de todos os Estados para sua viabilização.

São imprescritíveis, pois são sempre exigíveis. Também são inalienáveis, pois, considerando a sua inegociabilidade, os direitos fundamentais não podem ser transferidos. Além disso, são irrenunciáveis, pois não estão à disposição de seus titulares. São invioláveis e, caso sejam transgredidos, devem receber proteção imediata. Gozam de efetividade, pois a partir do seu reconhecimento constitucional já produzem efeitos.

Ademais, os direitos fundamentais são interdependentes e complementares, haja vista que um mesmo titular pode acumular vários direitos, que, na maioria das vezes, são indissociáveis à efetivação da vida digna.

2.3. CLASSIFICAÇÃO

Quando se discute acerca dos direitos fundamentais, é inevitável não trazer à baila a sua classificação, que tem sido objeto de significativa discussão doutrinária. Estariam, pois, classificados em direitos de primeira geração (individuais ou negativos), de segunda geração (sociais, econômicos e culturais ou direitos positivos) e de terceira geração (difusos ou coletivos). Há autores¹ que defendem a existência de outras gerações, de modo a abranger também direitos de engenharia genética, luta pela participação democrática etc.

A classificação dos direitos fundamentais em “gerações” tem sido criticada pela insuficiência e reducionismo, pois dariam a falsa ideia de que uma geração superaria a outra. Na verdade, os direitos coexistem em seus múltiplos aspectos. Então, não haveria gerações de direitos, mas dimensões. Salutar é o entendimento de GUERRA FILHO (2007, p. 43), que diz:

Que ao invés de “gerações” é melhor de falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra

¹ Nesse sentido, destacamos Paulo Bonavides e Noberto Bobbio (vide referências).

dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realiza-los.

Nesse contexto, considera-se também que os direitos fundamentais, ainda que classificados em dimensões, não se esgotam necessariamente em uma ou em outra. Cada um deles pode ser vislumbrado em várias perspectivas, o que caracteriza, então, a multidimensionalidade dos direitos fundamentais.

3. FUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em busca de justificar a existência dos direitos fundamentais, bem como da obrigatoriedade de sua aplicabilidade, questiona-se acerca da fundamentação filosófica de tais direitos. BOBBIO (1992, p. 24), porém, compreende que o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Ainda assim, tal indagação faz-se necessária, pois a compreensão da fundamentação desses direitos possui relevância prática, na medida em que permite compreender a delimitação do seu conteúdo e realizá-los. Nesse sentido, disserta DUARTE (2003, p. 122) que “ (...) o desvendar do dito fundamento delimitará o conteúdo concreto, em uma ou outra direção, dos direitos humanos...”, ademais “(...)seria inaceitável que os teóricos apresentassem teorias sobre os direitos sem fundamentá-las”.

Nesse contexto, várias são as teorias desenvolvidas para justificar o fundamento dos direitos humanos. Dentre elas, podem-se destacar a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria moralista ou de Perelman.

A primeira compreende que os direitos humanos seriam direitos inatos ao ser humano, de tal forma que não dependeriam de criação de legisladores, tribunais ou juristas. Seriam decorrência do direito natural, sendo anteriores e superiores ao próprio Estado. A segunda fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa ao compreender que tais direitos seriam apenas aqueles concedidos por lei. A terceira, por sua vez, considera que os direitos humanos estariam fundamentados na experiência e consciência moral de determinado povo.

CUNHA JUNIOR (2013, p. 602), acerca da fundamentabilidade dos direitos fundamentais, apresenta outras teorias:

Na visão dos *idealistas*, os direitos do Homem são pautas ideais recolhidas ao longo do tempo, enquanto para os *realistas* são o resultado da experiência concreta haurida das lutas políticas, econômicas e sociais. Ainda há concepções *objetivistas* encarando os direitos como realidades em si mesmas, ou como valores objetivos, ou decorrências de valores, e as *subjetivistas* concebendo-se como faculdades da vontade humana decorrentes de sua autonomia. Ademais disso, há, finalmente, as concepções *contratualistas*, que emprestam aos direitos a categoria de cláusulas do contrato firmado pelo Homem quando ingressou na vida social, e as *institucionalistas*, considerando-os como instituições imanentes à vida comunitária. (grifos nossos).

FERREIRA FILHO (2012, p. 49), preocupado em compreender o fundamento dos direitos humanos, rejeita as teorias que vinculam tais direitos à experiência comum às sociedades contemporâneas ao dissertar que:

(...) é insustentável porque, por um lado, nem todas elas creem em direitos fundamentais, por outro, a prática é antes a negação que a afirmação desses direitos. Para outros – e entre eles parecem encontrar-se os redatores da Declaração Universal de 1948 – constituem “um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações”. O que vem refletir uma visão otimista do progresso e da história como marcha em sentido determinado. E disto não se está longe das teses – fora da moda, politicamente incorretas mas subjacentes ao pensamento de muitos autores – que invocam a civilização, ou os povos cultos, como modelo.

COMPARATO (2003, p. 57) enfatiza a necessidade de encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização do Estado. Para o autor, tal fundamento seria “(...) a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais”. Ademais, tal consciência ética coletiva estaria expandindo-se e aprofundando-se no decorrer da história.

Nesse mesmo sentido, discorre CUNHA JUNIOR (2013, p. 605) que:

(...) antes de serem direitos positivados, os direitos humanos fundamentais são direitos morais decorrentes da própria condição humana. E como tais, ainda que não positivados, devem ser observados e respeitados, por exigência de uma consciência ética coletiva, consistente na convicção generalizada da comunidade de que o

homem só vive, convive e desenvolve suas virtualidades se alcançar um estágio ideal de dignidade.

Compreende-se então que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos positivamente pelo ordenamento jurídico. Ainda que tal entendimento limite, de certa forma, tais direitos ao plano normativo, entende-se que estes transcendem à norma posta. Em sua essência, na verdade, são direitos humanos, voltados a propiciar a dignidade humana.

Nessa perspectiva, TAVARES (2010, p. 481) explica que, tratando-se de direitos fundamentais, devem ser reunidos pelos menos três elementos: (i) o Estado; (ii) a noção de indivíduo; e (iii) a consagração escrita:

Sem o Estado (i), a proclamação de direitos não seria exigível na prática. Sem a (ii) noção de indivíduo, mantendo-se as concepções coletivas (como, p. ex., do leste asiático), nas quais a pessoa é apenas um elemento do grupo, impediriam o desenvolvimento dos direitos fundamentais no sentido em que ele se deu. Por fim, a exigência de um texto escrito com vigência em todo o território e certa superioridade em relação aos demais atos normativos é igualmente essencial.

Isso não quer dizer, todavia, que o fundamento dos direitos fundamentais residiria no mero reconhecimento normativo. Na verdade, a sua fundamentabilidade decorre primeiramente da condição humana, sendo, portanto, uma exigência natural do homem para realização de sua dignidade, que serve de critério de justificação da fundamentalidade material dos direitos postos (SARLET; 2006, p. 102). Logo, sua positivação não deve ser interpretada como uma forma de taxar os direitos, mas sim de viabilizar a sua concretização, não sendo estes, portanto, reduzíveis a um rol taxativo. O reconhecimento de tais direitos, ademais, é resultado de um desenvolvimento histórico de cada sociedade e do próprio constitucionalismo.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Conforme anteriormente discutido, a compreensão acerca da fundamentabilidade dos direitos fundamentais dá-se em razão da necessidade de delimitação do conteúdo concreto dos direitos humanos, tendo, portanto um caráter pragmático. Nesse sentido, DUARTE (2003, p.

134) entende que “a fundamentação dos direitos fundamentais, é, com isto, a fundamentação da necessidade de um sistema de direito com um determinado conteúdo e uma determinada estrutura compatíveis para o exercício daqueles direitos”. Dessa forma, é necessária uma estrutura pela qual tais direitos possam ser exercidos.

Nessa perspectiva, é válido reconhecer que a democracia tem se consolidado como um regime político que propicia a realização dos direitos fundamentais. Inclusive, CUNHA JUNIOR (2013, p. 541) entende ser inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Haveria, portanto, uma inegável relação entre tais direitos e o regime democrático. Questiona-se, contudo, como se consubstancia tal relação: seria realmente necessária, de tal modo que os direitos fundamentais só seriam concretizados à luz do princípio democrático?

É certo que o regime político tem como objeto a disposição acerca do exercício do poder. Aristóteles (2009, p. 40) elenca como formas possíveis de governo político a monarquia, a aristocracia e a *politia*. No primeiro, o poder estaria concentrado nas mãos de um só; no segundo, nas mãos de poucos; no terceiro, por fim, nas mãos de muitos. Suas perversões seriam, respectivamente, a tirania, a oligarquia e a democracia extremada. Tendo em vista que os maiores objetivos da organização da sociedade seriam satisfazer o instinto social do homem e prepará-lo para uma boa vida, todos os primeiros modelos acima seriam bons, desde que voltados para tal fim.

Considerando que a dignidade humana é princípio basilar da existência do Estado, na realização do poder político, acredita-se que devem ser resguardados os direitos humanos, sem mitigá-los conforme o alvedrio de um ou de poucos. O poder é de todos e, assim, deve ser exercido por todos.

A liberdade e a igualdade são tônicas fortemente vinculadas aos demais direitos, haja vista a multidimensionalidade dos direitos fundamentais. Dentre os três modelos acima apresentados, apenas na democracia é possível a coexistência dos direitos em epígrafe, encerrando em si a essência da multidimensionalidade com a viabilização do exercício dos direitos humanos em diversas perspectivas.

A democracia mostra-se, portanto, como o regime mais coerente com a concretização dos direitos humanos. Conforme COSTA; ZOLO et al. (2006, p. 612), “legitimidade, não-arbitrariedade e controle popular seriam, de fato, no conjunto, a *conditio sine qua non* do exercício do “poder político” (por definição, não-despótico)”.

Nesse sentido, assevera José Afonso da Silva (2004, p. 233) que:

(...) o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.

É certo que a compreensão da liberdade queda-se, muitas vezes, à subjetividade de cada um. No presente trabalho, contudo, compreende-se que, de acordo com José Afonso da Silva (2004, p. 262), quanto à ideia de liberdade:

(...) é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política.

Em razão de garantir e proteger essa liberdade, o constitucionalismo exsurge inicialmente em prol da organização e limitação do poder do Estado para asseguramento das liberdades dos governados. Em seguida, tal constitucionalismo ganha novos contornos, voltando-se também a reconhecer os direitos e garantias fundamentais, que são estruturantes da organização político-social de uma comunidade.

LIMA (2014, p. 59) compreende que:

O Estado constitucional não somente se caracteriza pelo sentido constitutivo e limitativo do princípio da legalidade mas, também, como não poderia ser de outra maneira, pela legitimação democrática do exercício do poder. Este princípio democrático do sistema político no Estado constitucional não é um elemento acessório ou neutral, e sim uma exigência dos valores integrantes do núcleo constitutivo do próprio Estado, é dizer, uma exigência lógica de seus próprios valores fundamentantes. Em concreto, são os princípios de liberdade e igualdade, como expressão da centralidade da pessoa e seus direitos, os que exigem que as decisões vinculantes para a comunidade se adotem de acordo aos princípios e procedimentos democráticos.

A relação entre constitucionalismo e direitos fundamentais, portanto, é evidenciada pela necessidade de concretização destes viabilizada por aquele. LIMA (2014, p. 57) observa ainda que:

Os direitos fundamentais se encontram na base da Constituição, conferindo-lhe a estrutura essencial, porquanto toda a conjuntura estatal deve ser voltada ao ser humano, à preservação de seus direitos e à garantia de uma vivência digna e feliz, no convívio social. Neste particular, mostra-se acertada a afirmação segundo a qual os direitos fundamentais compõem a Constituição material, integrando-a essencialmente nos Estados modernos e nos regimes democráticos.

O constitucionalismo, por sua vez, guarda íntima relação com a democracia. Foi através do reconhecimento da supremacia material e axiológica da Constituição que floresceu um novo paradigma jurídico: o Estado Democrático de Direito. Com isso, os valores, associados à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, passaram a condicionar a validade e a compreensão do Direito, estabelecendo parâmetros de atuação para realização da política.

COMPARATO (2003, p. 140), considerando a Declaração Universal de 1948, observa que esta, nos arts. XXI e XXIX, alínea 2, afirma a democracia como o único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos. Conclui que “(...) o regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”. Ademais, o autor (2014, p. 338) observa que:

Tal como no plano constitucional dos Estados, só a democracia assegura a organização da vida internacional com base no respeito integral à dignidade humana. Como não perceber que o reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos e dos direitos da própria humanidade exige, para sua efetividade, a instituição conseqüente de um governo democrático mundial?

Registre-se que, para José Afonso da Silva (2004, p. 125):

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo

de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

A democracia, portanto, deve ser compreendida não como um fim em si mesma, mas como um modelo político voltado à realizar os direitos humanos fundamentais, tendo, a partir disso, uma perspectiva histórica.

A relação entre direitos fundamentais e democracia é evidenciada também pela participação política de todos, sejam majorias ou minorias. Nesse sentido, assinala ABBOUD (2013, p. 231) que:

Além de sua importância como instrumentos de limitação do Poder Público, os direitos fundamentais exercem forte função contramajoritária, assim, ter direito fundamental assegura a existência de posição juridicamente garantida contra as decisões políticas de eventuais majorias políticas.

(...)

A função contramajoritária do direito fundamental assegura em última instância a força normativa da Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Do contrário, as posições minoritárias seriam perseguidas e, ao final, suprimidas.

Quanto à democracia e os direitos fundamentais, é válido verificar a relação daquela com a fundamentabilidade dos direitos fundamentais. Pois bem, em busca de compreender uma discussão racional sobre problemas práticos, com uma pretensão de produzir um direito justo, DUARTE (2003, p. 124), remetendo-se às ideias de Robert Alexy e Jürgen Habermas, considera a teoria do discurso como dimensão fundamentante dos direitos fundamentais. Como premissas básicas para sua compreensão, tem-se a institucionalização de um sistema de direitos, que envolve o estudo teórico de tal sistema, no caso, o Direito Constitucional. Ademais, considera também os princípios do Estado, a democracia, a separação de poderes e a configuração de um modelo de Estado que concretize os direitos fundamentais.

Na perspectiva da teoria do discurso alexyana, parte-se do conceito de razão prática, sendo a teoria da argumentação jurídica uma teoria procedimental dotada de racionalidade prático-procedimental universalista. A razão prática decorreria do fato de que “a discussão jurídico-filosófica contemporânea exige que situemos o campo da sua investigação justamente

na susceptibilidade de verdade advinda do universo das relações intersubjetivas ocorridas no cotidiano (âmbito prático de racionalidade)”.

A relação entre teoria da argumentação, direitos fundamentais e democracia seria revelada quando, nesse contexto do discurso, houvesse regras e procedimentos que assegurem o direito de participação de cada pessoa e, ao mesmo tempo, garantam a liberdade e a igualdade no discurso.

Nesse contexto, a teoria do discurso figuraria como uma teoria normativa ao fundamentar discursivamente os direitos fundamentais e a própria democracia, diferentemente de quando fosse utilizada para correção prática dos discursos, caso em que seria um modelo procedimental da teoria da justiça.

O estabelecimento de um sistema de garantias dos direitos fundamentais voltado a institucionalização de procedimentos materialmente vinculados aos valores democráticos seria uma exigência necessária da exigência da razão prática na pós-modernidade.

Vive-se, pois, em uma sociedade complexa e multifacetada, em que as partes interessadas devem expressar com liberdade seus argumentos para que o processo intersubjetivo de comunicação tenha legitimidade democrática. Caso contrário, o consenso poderá vir a ser fruto de manipulação ou coação. Vê-se, com isso, a necessidade de manutenção de um sistema de direitos que é fundamento de condição de possibilidade de um procedimento discursivo efetivo.

Não há, portanto, atualmente, que se falar em democracia sem direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que direitos fundamentais, considerados em sua essência como direitos humanos, realizam-se no regime democrático. Isso porque democracia pressupõe legitimidade, esta decorre do povo, que almeja do Estado e de toda a sociedade o respeito e a concretização de sua dignidade. E os direitos fundamentais consistem em parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal. Reduzem a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-lhes deveres de abstenção, no sentido de não agredi-los, e atuação, voltada a sua efetivação.

Há, pois, uma clara relação de reciprocidade. É na democracia que se viabiliza a participação do povo no discurso, e, para isso, lhe é necessária a garantia de direitos. Portanto, é a partir de tais direitos que são legitimados os poderes sociais, políticos e individuais. Direitos fundamentais decorrem de sua positivação no ordenamento jurídico e são envolvidos

em sua multidimensionalidade. Liberdade, igualdade e fraternidade são realizáveis em um só tempo.

Nesse contexto, é necessário considerar também a possibilidade de uma possível tensão entre a democracia e os direitos fundamentais. Afinal, não é porque ambos mantenham uma relação inegável que isso implica em uma plena harmonia.

Nesse sentido, KIM, Richard Pae et al. (2012, p. 65), ao analisar as ideias de Alexy, explica que este, ao fazer uma relação entre direitos fundamentais e democracia, teria traçado três maneiras de como se vê tal relação: um ingênuo; um idealista e um realista. Para o ingênuo, não haveria conflito entre direito e democracia, sendo ambos ilimitados e bons. O idealista reconhece a existência do conflito, mas que só seria resolvido em uma sociedade politicamente perfeita. O realista, por sua vez, compreende que essa relação seria caracterizada por duas visões em sentido contrário, o que seria uma contradição: a primeira seria considerar os direitos fundamentais como democráticos, haja vista que somente com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade seriam assegurados o desenvolvimento e a existência das pessoas; a segunda, por haver uma desconfiança do processo democrático, os direitos fundamentais seriam não-democráticos.

Alexy proporia como solução a representação política e argumentativa do cidadão, o que envolve o parlamento e também o tribunal constitucional, que serviria como instância de reflexão do processo político. Haveria assim uma reconciliação entre os direitos fundamentais e a democracia. Ademais, frise-se que, no caso de conflitos, estes deveriam ser resolvidos pelas técnicas hermenêuticas próprias, quando fosse o caso, ou através da ponderação, com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acredita-se, portanto, que a melhor maneira de compreender o fenômeno é a decorrente do realismo, pois é inegável o caráter democrático dos direitos fundamentais. Quanto à desconfiança em relação ao processo democrático, conforme visto, o próprio sistema é dotado de mecanismos que contribuem para minimizar o contraste apresentado.

Outra perspectiva a ser considerada quando da análise dos direitos fundamentais à luz do princípio democrático é a observação de que, sob a justificativa de melhor efetivar direitos humanos, muitos regimes autoritários foram estabelecidos. A prosperidade econômica e/ou social serviram como tônica para abdicação da liberdade e autonomia. O bem-estar material, nesses casos, se sobrepôs a todos os demais direitos e bens, negando-se os direitos políticos e os direitos civis. Tal problemática é comum em alguns países da Ásia. Nesse

sentido, COSTA, Pietro et al. (2006, p. 851) observa que “(...) muitas constituições asiáticas acolhem a retórica democrática, mas não ainda a práxis. Alguns consideram que todos os Estados prefeririam a segurança de um governo arbitrário”.

O fator cultural também tem forte influência na efetividade dos direitos humanos. FERREIRA FILHO (2012, p. 222), considerando a concepção ocidental e a islâmica acerca dos direitos tidos como fundamentais, observa que:

(...) não há objeção quanto à possibilidade por parte do islamismo quanto a declarar os direitos do homem, o que esta cultura admite. Foi mesmo difundida uma Declaração Islâmica dos Direitos do Homem, publicada em 1981 pelo Conselho Islâmico, órgão não oficial, mas oficioso do mundo mulçumano.

Por outro lado, o referido autor admite que:

Na verdade, o islamismo não aceita, entre outros, o princípio da igualdade entre fiéis e infiéis, bem como entre homens e mulheres, óbice intransponível à sua compatibilização com a doutrina dos direitos fundamentais. Recusa, também, a liberdade de crença, não aceitando que o mulçumano abandone a religião islâmica. Na verdade, deve ele ser morto, se o fizer. Não aceita, para o homem, a liberdade de contrair casamento com pessoas de determinadas religiões, tolerando o matrimônio com mulheres cuja religião tenha livros reconhecidos (é o caso do cristianismo); para a mulher, proíbe rigorosamente o casamento com não mulçumano. Reserva os direitos políticos aos mulçumanos. Não tolera, sequer, o princípio da igualdade de acesso a cargos públicos: a função de juiz há de ser de muçulmano. Seu direito penal consagra penas que, na opinião dos “ocidentais”, seriam intoleráveis, cruéis, desmedidas: o apedrejamento da adúltera, a amputação de membros dos culpados de certos crimes – da mão do ladrão -, as marcas infamantes etc.

Tais fatos ratificam o entendimento de que direitos fundamentais guardam uma relação necessária com a democracia, pois, ainda que tais povos se proclamem signatários de direitos humanos, tal fato não se vislumbra na prática, tampouco a democracia, pois se firmam em um regime político estritamente excludente e desumano. A participação no discurso é manipulada, coagida e ilegítima, subjugando a democracia e os direitos humanos à retórica.

É mister, porém, compreender que isso não significa que o regime democrático deva ser implementado forçadamente, legitimando os países ditos democráticos e hegemônicos invadirem as nações sob o discurso da democracia contra os regimes ditatoriais. Conforme LIMA (2014, p. 59):

O que se espera dos povos é a aceitação do pluralismo, do multiculturalismo, da convivência com as diversidades. Isto no plano das relações intersubjetivas, dos direitos individuais, já vem sendo defendido e se consolidando no terreno doutrinário, jurisprudencial e fático. Todavia, no plano das relações entre as nações ainda há muito a se caminhar, pois existe um limite obscuro, duvidoso, sobre o respeito aos povos e os valores democráticos. A ausência desta justa definição tem levado a que órgãos internacionais e países hegemônicos autorizem ou promovam a invasão em determinadas nações, com uso de armamento pesado, deflagrando guerras, para impor valores tipicamente ocidentais sobre os locais. Inicialmente, alevanta-se uma razão de tranquila aceitação no mundo ocidental e de várias comunidades internacionais: a **democracia**, que deve presidir todas as nações, em franca rejeição aos regimes ditatoriais. Mas este pode ser apenas o primeiro de um rol de outros valores que venham a ser defendidos pelos países hegemônicos. Quem sabe, amanhã, o Brasil, p. ex., possa ser vítima destas mesmas invasões, em nome da preservação da Amazônia e de outras riquezas apontadas como essenciais à humanidade. Enfim, trata-se de uma discussão que precisa ser melhor enfrentada, com olhos para o futuro dos povos e de suas nações. E os valores ocidentais, ditos hegemônicos, são tão legitimados nos países invadidos que precisam de força bruta para ser implantados? Resta saber como ficaram, depois das guerras, as nações invadidas. No mínimo, pode estar havendo um erro de método de atuação, que deve ser por meio de procedimentos pacíficos, e não belicosos.

Não adianta, então, querer a todo custo implementar de forma antidemocrática a democracia; é um contrassenso. Acredita-se, pois, que, da mesma forma que o discurso é necessário na perspectiva interna de determinado ordenamento jurídico, também o é na ordem internacional, de tal maneira que todos participem, sendo livres e iguais. A hegemonia não deve ser dos valores ocidentais, tampouco orientais, mas, sim, da dignidade humana.

5. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são, na verdade, direitos humanos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Voltam-se a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna às pessoas.

Para que ocorram em sua multidimensionalidade, necessitam um ambiente aprazível para tanto. A democracia, a partir disso, tem demonstrado ser o regime político mais capaz para a realização de tais direitos.

Todavia, isso não significa que, atualmente, nas experiências democráticas, haja uma realização plena dos direitos fundamentais. É inegável que, principalmente em países subdesenvolvidos, muitos desses direitos são negligenciados, ainda que vigore o regime político democrático.

Verifica-se que a democracia e os direitos fundamentais, pela sua essência, guardam uma relação íntima entre si, sendo difícil dissociá-los. Com base na teoria do discurso, como fundamentalidade dos direitos fundamentais, as partes interessadas devem expressar com liberdade seus argumentos para que o processo intersubjetivo de comunicação tenha legitimidade democrática. É através da manutenção de um sistema de direitos que se viabiliza um procedimento discursivo efetivo.

Como se falar em concretização de direitos fundamentais sem proporcionar a participação no discurso? O direito de participar decorre da própria igualdade e da liberdade. Tais bens só podem ser vislumbrados em uma democracia, onde todos devem ter vez e voz, afinal, democracia pressupõe liberdade e igualdade.

Não faria sentido, a partir disso, o estabelecimento de regimes autoritários sob o pseudo-argumento de se garantir os direitos fundamentais. Em prol de prosperidade econômica e/ou social, abdica-se da liberdade e autonomia. Acredita-se que, mesmo que sejam satisfeitas essas necessidades, ainda não se efetivam os direitos humanos, pois, para ser digno, o homem precisa ser livre.

Com isso, não se pretende reduzir em termos absolutos a organização política do Estado, mas pôr em discussão a relevância da democracia no tocante à efetivação dos direitos fundamentais. Conforme acima abordado, acredita-se na historicidade do homem e da sociedade. Quem sabe se no decorrer da trajetória humana as relações se transformem e construa-se um modelo político ainda mais alinhado com tais direitos? Que venha então o futuro, carregando em suas asas o melhor para a humanidade: uma vida verdadeiramente digna.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. Saraiva, 2003.

- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 612.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. 1 ed. São Paulo: Landy, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007.
- KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord). **Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade**. 1ed. São Paulo: Verbatim, 2012.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Greve: um direito antipático**. 1 ed. Fortaleza: Premium, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35-36.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 102.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 481