

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renvar, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. UMA ANÁLISE SOBRE AS PERSPECTIVAS DO PLURALISMO

Lucas Alves Freire

Wellington Rodrigo Batista da Silva

---

## Sumário

---

1. Introdução; 2. Conceito e Distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais; 3. Histórico dos Direitos Humanos Fundamentais; 4. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras; 5. Os Direitos Fundamentais e o Paradigma do Estado Democrático de Direito; 6. Perspectivas da Atividade Jurisdicional do Paradigma do Estado Democrático de Direito; 7. Conclusão 8. Referências Bibliográficas.

# 1 INTRODUÇÃO

Como criatura que se constrói no tempo e no espaço, o homem necessita ter respeitadas certas prerrogativas que garantam sua auto-realização. Ao longo do desenvolvimento histórico pôde-se perceber nas mais diversas comunidades e sociedades o reconhecimento de direitos dos indivíduos que visavam a garantir condições dignas de existência. Esse reconhecimento originava-se, em geral, de conflitos de interesses e das concepções de realidade peculiares a cada momento vivenciado.

O presente estudo busca refletir sobre a concepção de direitos fundamentais insculpida no constitucionalismo contemporâneo brasileiro.

Para tanto, introduziremos esta análise através de um breve relato histórico e conceitual dos direitos humanos fundamentais, demonstrando a forma pela qual surgiram nos diferentes estágios do desenvolvimento humano, bem como a maneira em que se deu sua positivação nos textos legais, dando ênfase especial ao constitucionalismo brasileiro.

Todo o trabalho se norteará na nova concepção dada aos direitos fundamentais pela Constituição de 1988, que se estabeleceu sobre um novo paradigma constitucional, qual seja, o do Estado Democrático de Direito. Neste paradigma, o pluralismo se afirma como característica principal de uma sociedade construída na constante tensão resultante

da convivência de interesses diversos, os quais muitas vezes são diametralmente opostos.

Nesse talante, procurar-se-á demonstrar como essa diversidade de pontos de vista constitui a essência de uma construção mutável da idéia de direitos fundamentais.

Apontaremos, ao final, quais perspectivas possíveis para uma orientação da atividade jurisdicional na tutela/efetivação dos direitos fundamentais sob a égide do paradigma vigente em nosso atual texto constitucional.

## 2 CONCEITO E DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Para realizar suas aspirações no mundo, o homem necessita ter garantidas certas prerrogativas que possibilitam sua existência digna. Tem-se convencionado atribuir à tais prerrogativas a denominação de Direitos Humanos.

Mas o que significa tecnicamente essa expressão Direitos Humanos? Sem muito indagar, podemos dizer que Direitos Humanos são os direitos do homem. Direitos que tem por fim resguardar a solidariedade, a igualdade, a fraternidade e a dignidade da pessoa humana.

O Prof. Alexandre de Moraes esclarece que:

Os Direitos Humanos colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 1998: 20).

Segundo João Batista Herkenhoff:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de um concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir (HERKENHOFF, 1994: 30).

Ao pesquisarmos o conceito de direitos humanos, constatamos que, usualmente, as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” (ou “direitos humanos fundamentais”) são utilizadas como sinônimas. Entretanto, de acordo com o entendimento do Prof. Canotilho, poderíamos distinguir essas duas expressões afirmando que: “direitos humanos” são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, são inerentes à própria natureza humana; e “direitos fundamentais” são dos direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídico concreta.

Alexandre de Moraes esclarece que:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal dos princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalta-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar

efetiva a aplicabilidade e o respeito dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral (MORAES, 1998: 21).

José Afonso da Silva, após analisar diversas terminologias, conclui que:

direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas pessoas (SILVA, 1997: 174-177)

Nos atentaremos no presente estudo, entretanto, a uma concepção de direitos fundamentais que se enquadre no paradigma do Estado Democrático de Direito, beneficiando um entendimento aberto de tais prerrogativas do homem em detrimento de construções naturalísticas ou racionais hermeticamente fechadas.

### 3 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos individuais têm sua origem no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., desde então, foram previstos alguns mecanismos para a proteção dos indivíduos em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) é apontado como a primeira codificação a consagrar direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, e a colocar a

supremacia das leis em relação aos governantes. No Direito Romano, a Lei das dozes tábuas representou a origem textual da consagração da liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos dos cidadãos.

Posteriormente, com o advento do Cristianismo e seu forte ideário religioso, inicia-se uma tentativa de alcançar a igualdade entre todos os homens; o que representou uma grande influência para a consagração dos direitos fundamentais como necessários na busca pela dignidade da pessoa humana.

No entanto, a *Magna Carta*, outorgada pelo rei inglês João Sem-Terra, em 15 de Junho de 1215, representa um dos mais importantes antecedentes históricos das declarações dos direitos humanos fundamentais.

A Revolução dos Estados Unidos da América também teve grande importância histórica na consagração dos direitos fundamentais, estabelecendo uma forte limitação ao poder estatal, bem como concebendo a separação dos poderes estatais, e positivando, no texto da Constituição dos Estados Unidos da América, direitos fundamentais como: a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio, o devido processo legal e ampla defesa, dentre outros.

A Constituição francesa de 1791 inovou com novas formas de controle estatal e a Constituição francesa de 1793 consagrou alguns direitos humanos fundamentais, dentre eles podemos destacar: a igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, imprensa, presunção de inocência, devido processo legal e a ampla defesa, os direitos políticos, etc. A Constituição francesa de 1848 ampliou um

pouco mais o leque dos direitos fundamentais, acrescentando aos tradicionais: a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência judiciária, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, dentre outros.

Mister se faz ressaltar, que essa primeira geração de direitos fundamentais de cunho social resulta dos conflitos socioeconômicos ocorridos no século XIX. Os direitos fundamentais consagrados nesta fase refletem, essencialmente, o ideário da liberdade então almejada.

Já a segunda geração de direitos fulcra-se sob nova perspectiva.

A segunda geração de direitos consolida a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses. A igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma concepção material e inovadora, permitindo a consecução da máxima: "Tratar-se desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade". É preciso deixar claro que os direitos de 1º geração, muito mais ligados à expressão das liberdades individuais e política, assumem nova configuração. A segunda geração não apenas acrescenta novos direitos, mas, altera as matizes dos direitos anteriormente consagrados. (CRUZ, 2001: 209)

No século XX, diversas constituições elencaram e atuaram na defesa de importantes questões sociais. Nessa fase, da segunda geração de direitos fundamentais, o império da lei cede espaço para um novo e renovado constitucionalismo. A preocupação com a construção de uma sociedade mais justa, bem como a efetivação de

direitos sociais, coletivos e econômicos, torna-se objeto de interesse constitucional em diversos países.

A Constituição mexicana de 1917 garantiu direitos individuais com fortes tendências sociais, positivando direitos trabalhistas e relacionadas com a educação. Já a Constituição de Weimar de 1919, além dos tradicionais direitos e garantias individuais, elencou um rol de direitos ligados à vida social, à religião e às Igrejas, a educação e os direitos referentes à vida econômica. A Alemanha, com o novo modelo da República de Weimar, de paradigma constitucional passa a exportar uma nova maneira de conceber o direito, como instrumento e aperfeiçoamento e atenuação dos males do capitalismo. (CRUZ, 2001: 220).

Após a Segunda Guerra Mundial tem início a terceira geração dos direitos, nesta fase há a consolidação dos denominados direitos difusos; direitos estes que têm seus titulares indeterminados, representados por toda a coletividade. A terceira geração, confirmando seu caráter universalista, origina o mais importante documento consagrador dos direitos do homem; trata-se da histórica Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948. Tal declaração representa um marco universal na proteção dos direitos fundamentais. O respeito à dignidade e às peculiaridades das minorias étnicas e sociais, bem como a busca ideária da igualdade, passam a ser o vértice maior da tutela dos direitos fundamentais.

Conforme assevera o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, as diferenças do homem passam a merecer um tratamento destacado :

A igualdade assume uma nova perspectiva, agora como igualdade de oportunidades, de auto-realização e de participação na vida política das esferas intercambiantes e interseccionadas das autonomias públicas e privada. (2000: 211)

Por fim, temos a nova onda de direitos fundamentais ligados ao fenômeno do progresso tecnológico e das novas e complexas relações sociais de uma sociedade pluralista e informatizada; direitos ligados a temas atualíssimos, como a manipulação do patrimônio genético humano, às questões de clonagem de animais/seres humanos, bem como ao sistema mundial de veiculação de idéias através da internet.

#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, e a primeira Constituição Republicana de 1891 enumeraram um rol dos tradicionais direitos e garantias fundamentais, acrescentando-se aos tradicionais o direito à gratuidade do casamento civil, ensino leigo, direitos de reunião e associação.

A Constituição de 1934, além da repetição dos tradicionais direitos e garantias fundamentais, trouxe como inovação o tratamento aos denominados direitos culturais. Podemos falar que essa Constituição ao instituir a Justiça Eleitoral e o voto secreto, abriu os horizontes do constitucionalismo brasileiro. A Constituição de 1934

vigorou até o Estado Novo(1937), quando então foi introduzido o autoritarismo no Brasil. Nesta época foram criados os Tribunais de Exceção com competência para julgar crimes contra a existência. Neste mesmo período foi declarado o estado de emergência com a suspensão de quase todas as liberdades do ser humano, tais como o direito de ir e vir, o sigilo de correspondência, a liberdade de reunião e etc. Durante os oito anos do Estado Novo os direitos humanos praticamente não existiram.

A Constituição de 1946, com o país já redemocratizado, além do capítulo que previa os direitos e garantias individuais, apresentou artigos relativos aos direitos sociais dos trabalhadores e empregados. Com a Constituição de 1967 temos novamente alguns retrocessos, suprimiu-se diversas liberdades até então conquistadas, como o direito de reunião e diversas outras arbitrariedades decretadas pelos Atos Institucionais. A Constituição de 1969 incorporou em seu texto as medidas ditadas pelos Atos Institucionais, representando, portanto, um retrocesso ainda maior.

Por fim, temos a Constituição brasileira de 1988, a nossa atual Constituição é sinônimo de grande avanço para o constitucionalismo brasileiro. Estabelecida sob um novo paradigma constitucional, o qual é o paradigma do Estado Democrático de Direito, tal Constituição deu grande ênfase aos Direitos Fundamentais, enumerando em diversos dos seus dispositivos um extenso rol de direitos fundamentais.

Os direitos e as garantias fundamentais foram subdivididos, pelo constituinte de 1988, em cinco capítulos:

- *direitos individuais e coletivos*: ligados aos conceitos da pessoa humana, previstos no artigo 5º. da Constituição.
- *direitos sociais*: tem como fim a concretização da igualdade social, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Previsto a partir do art. 6º da Constituição.
- *direitos de nacionalidade*. Arts. 12 e 13 da Constituição.
- *direitos políticos*: permite aos indivíduos a participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a dar efetividade a cidadania. Regulamentados no art. 14 da Constituição.
- *direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos*. Regulamentados segundo o art. 17 da Constituição.

Somando-se a esses direitos fundamentais positivos, temos a chamada lista aberta de direitos fundamentais, a qual será mais bem explorada adiante. Frequentemente, de maneira imperceptível, o próprio processo de evolução social anuncia novos usos e costumes.

Neste diapasão, o Supremo Tribunal Federal, sob a voz do Ministro Celso de Melo, tem admitido a classificação tripartida dos direitos fundamentais: direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) e os direitos de terceira geração. Os primeiros se identificariam com as “liberdades clássicas, negativas ou formais”; os de segunda geração acentuariam mais o princípio da igualdade, apresentando-se como “liberdades positivas, reais ou concretas” e, finalmente, os direitos de terceira geração materializariam “poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações

sociais, tendo como princípio consagrado o da solidariedade entre os contemporâneos e entre gerações” (SAMPAIO, 2002: 676).

## 5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Todas as concepções de direitos fundamentais retro elencadas, bem como as constitucionalizações delas decorrentes, além de entenderem os direitos humanos através de uma perspectiva universal e absoluta, considerado-os como um valor em si, pré-determinado na própria existência do homem como indivíduo no cosmos, também refletiram as concepções de mundo vigentes à época de sua produção, ou seja, se fizeram com base no paradigma vivenciado em diferentes momentos da história.

Dessa forma, não obstante o inestimável caráter ético que pode ser atribuído à concepção dos direitos fundamentais formulada desde os primórdios da humanidade, deve-se reconhecer que sua construção funda-se basicamente nos valores incorporados pelas idéias surgidas em determinados momentos do desenvolvimento histórico das sociedades. As Revoluções burguesas do séc. XVIII, e.g., basearam seu entendimento sobre os direitos fundamentais primordialmente nos ideais do iluminismo e na filosofia moderna ocidental. Nesse sentido, incontestável é que a generalização dessa específica concepção à todas as nações do mundo em todos os tempos pode gerar conflitos entre diferentes formas de entendimento da realidade. Levi-Strauss,

defendendo o relativismo cultural, se atenta para o problema da seguinte forma:

... a simples proclamação da igualdade básica de todas as pessoas e da fraternidade, que deveria uni-las sem observância de raça e cultura, é intelectualmente frustrante, pois atropela as diferenças factuais que se impõe pela observação (BIELEFELDT 1999: 24)

Pode-se aplicar o mesmo raciocínio à própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, grande marco na luta pela positivação dos direitos humanos, pois esse instrumento, ao estabelecer diretrizes basilares sobre a condição dos indivíduos a serem aplicadas a todos em qualquer tempo ou lugar, obedecia a um entendimento de mundo específico, como lembra José Luiz Quadros de Magalhães:

a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os princípios dela decorrentes, é um texto de enorme importância histórica, principalmente para o ocidente, mas deve ser vista dentro de seu contexto histórico de vitória de um modelo que despontava sua supremacia universal após a segunda guerra mundial. Ao dispor sobre questões sociais e econômicas específicas a Declaração se restringe a um contexto social, político e econômico específico do pós-guerra, que deve ser superado, e como tal deve ser entendida. (MAGALHÃES, 2002)

Não se pretende discutir como a concepção universalizante dos direitos humanos pode conflitar com o princípio internacional da auto-determinação dos povos, ou como o relativismo ético pode se opor à questão da verdade racional. O que se almeja é entender a forma pela qual a positivação constitucional dos direitos humanos se dará no paradigma do Estado Democrático de Direito, de que maneira

as concepções oriundas desse paradigma possam conviver com um entendimento universalista e atemporal desses mesmos direitos, e quais mecanismos prevê a Constituição de 1988 para efetivar tais direitos à luz desse novo paradigma. Vejamos.

Um paradigma pode ser definido pelos valores, crenças e técnicas compartilhados por uma determinada comunidade em determinado período histórico. O prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, citando o entendimento de Menelick de Carvalho Netto, assevera que o a noção sobre determinado paradigma permite “esclarecer os aspectos centrais dos esquemas gerais de pré-compreensões e visões do mundo” condicionando o agir humano e “a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.” (CRUZ, 2001:201). Dessa forma, as concepções de qualquer comunidade acerca da significação da vida boa se fundam paradigma vivenciado em cada momento, tornando-se imperativa a análise das peculiaridades do Estado Democrático de Direito para que a definição do que seriam direitos humanos sob sua égide possa ser alcançada.

Segundo Marcello Gallupo, três são os principais paradigmas constitucionais, a saber, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

O primeiro se assenta na idéia da liberdade e da igualdade, possibilitando à sociedade por ele ordenada o desenvolvimento do ideal individualista da propriedade. Traz a realidade de uma vida sem escravidão ou servidão formais, afirmando que todos os homens são livres e proprietários. Em suma, trata-se da idéia do estado mínimo



que deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos. Segundo o prof. Álvaro da Cruz, os direitos fundamentais eram entendidos apenas em seu caráter negativo, ou seja, como condicionantes da atividade Estatal. (CRUZ,2001:218)

O segundo paradigma – Estado Social – surge do fracasso do modelo anterior, buscando expandir os direitos fundamentais (direitos sociais ou de segunda geração). Pode ser percebido após a primeira Guerra Mundial, momento em que o Estado mínimo vive seu fracasso, refletido nas depressões econômicas do sistema capitalista. Este paradigma redefine os direitos fundamentais “liberdade e igualdade” característicos do Estado Liberal, materializando-os, e ao fazê-lo, expande a quantidade de direitos. A liberdade e igualdade seriam analisadas à luz das diferenças materiais de modo a possibilitar a proteção da parte mais fraca. Para Galuppo, este modelo pressupõe a criação de projetos alternativos e arbitrários para corrigirem as distorções criadas pela tensão presente entre os projetos de diferentes grupos sociais. (GALUPPO,2001:54) O prof. Álvaro Cruz expõe a opinião externada por Friedrich Müller na 15ª Conferência da OAB em 1994:

Assim, o projeto do Welfare State, de assegurar a liberdade dos direitos fundamentais, se converteu inesperadamente na desapropriação dessa liberdade. O indivíduo, cuja liberdade deveria estar em jogo aqui, descobre-se como objeto planejamento do Estado. (CRUZ, 2001: 213)

É sob o terceiro paradigma que se pretende discutir a concepção de direitos humanos insculpido na doutrina constitucional brasileira. O Estado Democrático de direito pressupõe uma discussão constante

de diferentes grupos, cada qual com seu ideário e reivindicações próprios, devendo a construção do discurso se fazer através da lógica –argumentativa resultante do diálogo. Afasta-se a idéia de projetos pré-determinados, pois como lembra Gaulppo, “o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade.” (GALUPPO,2001:54).

Numa sociedade plural, rompe-se com a idéia de que seja possível afirmar uma única e homogênea concepção acerca daquilo que seja a vida boa em benefício da aceitação de uma pluralidade de projetos sobre o tema. Tais projetos são oriundos de planos individuais e grupais presentes na própria sociedade. (GALUPPO, 2001:52) Assaz esclarecedor é o comentário de Gisele Cittadino sobre o assunto:

a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais. Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades tradicionais, enquanto coletividades ‘naturais’, com um todo homogêneo, pois ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico – religião, política, economia – todas estas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica e integrada. O consenso aqui se confunde com a dimensão natural do agrupamento social. A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções de vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio a heterogeneidade, do conflito e da diferença. (CITTADINO, 1999: 77-78 )

Versando sobre o mesmo assunto ensina o prof. Álvaro Cruz:

O pluralismo de idéias consolida fortemente na sociedade o desejo de reconhecer diferenças existentes na comunidade: diferenças culturais, étnicas, religiosas, morais, que exigem respeito, formando um ideal de sociedade mais fraterna

Sob essa perspectiva, pré conceber determinado conceito de direitos humanos pode constituir assunto problemático. Sob a égide do paradigma pluralista do Estado Democrático de Direito, a concepção dos direitos humanos deve se dar de forma a permitir uma interpretação à luz do dissenso dos variados interesses presentes na sociedade. São as constantes tensões originadas da discussão que possibilitam a inclusão dos projetos de determinados grupamentos sociais na síntese argumentativa resultante, tornando absolutamente democrático todo o sistema.

Ademais, a construção plural apenas possibilita o exercício democrático num sistema em que estejam presentes constantes tensões, pois a busca de uma solução definitiva dos conflitos sociais resultantes dessas tensões (modelos pré determinados ou pós determinados de conduta) se mostra paradoxal com a idéia de democracia plural. Chantal Mouffe esclarece brilhantemente esse paradoxo:

Qualquer crença em uma eventual solução definitiva dos conflitos, assim como no desaparecimento da tensão inerente à divisão do sujeito com ele mesmo, longe de fornecer o horizonte necessário ao projeto democrático, efetivamente o coloca em risco. Pois paradoxalmente, a realização plena da democracia seria precisamente o momento de sua própria destruição. Ela há de ser concebida, portanto, como um bem que não existe, com bem visado, não pode ser jamais atingido completamente. E é no reconhecimento da

impossibilidade de sua conquista total que a democracia moderna atesta que seu projeto se encontra permanentemente vivo e que o pluralismo a habita (MOUFFE,1992:12-13)

Uma constituição entendida sob este enfoque deve tornar impossível a produção de projetos de vida boa aplicáveis a todos os cidadãos, deixando margem para o exercício prático da vontade plural, ou seja, possibilitando que cada grupo tenha igual direito à defesa da realização de seus projetos. Sobre o assunto se pronunciou Marcelo Galuppo:

Neste sentido, a Constituição deve ser vista antes como organização e conformação jurídica da possibilidade de exercício deste pluralismo que como conjunto de regras prontas e acabadas sobre como agir (GALUPPO, 2001: 61)

Inressante, outrossim, colacionar a contribuição do mestre

Miguel Reale:

Uma Constituição não é, nem pode ser, a pré-moldagem da sociedade civil, mas sim o enunciado de modelos jurídicos abertos capazes de propiciar-lhes meios e modos para superar inevitáveis conflitos econômicos, políticos ou culturais, através do livre jogo de interesses e das idéias, conforme futuras opções soberanas do eleitorado. Não é, pois, um rol de soluções compulsórias, mas a garantia de soluções a serem livremente alcançadas na concretude da experiência social, através do debate crítico dos programas políticos e das aspirações de todas as categorias coletivas. (REALE, 1990: 08)

Resta claro, destarte, ser inaceitável, no paradigma Estado de Direito democrático constitucionalizarem-se metas substantivas específicas, pois que isso comprometeria o livre debate de opiniões, por todos, além da possibilidade de ocasionar a criação de modelos

com fins já predeterminados e tornados imutáveis, fruto de interesses daqueles alçados ao poder.

Problema que pode surgir dessa afirmação é relacionado aos limites de abertura que o texto constitucional poderá conceder aos cidadãos na construção de seus projetos de vida, bem como a relação direta dessa construção com o significado dos direitos fundamentais. Ora, ensejaria o paradigma do Estado Democrático o respeito incondicional às decisões oriundas das discussões sociais independentemente do conteúdo discutido?

Respondendo à esta indagação, o prof. José Luiz Quadros de Magalhães preleciona que no Estado Democrático de Direito, devem ser preservados na positivação constitucional os princípios e regras realmente universais e atemporais relativos à problemática dos direitos humanos, pois sua conquista não é vinculada unicamente a valores histórico-culturais, mas transcende à realidade empírica, atingindo a própria essência do homem como ser que se constrói no tempo e no espaço. Nessa perspectiva universalista se encaixariam apenas os valores comuns à todas as culturas do planeta que não colidem diretamente com o que há de essencial ao entendimento da realidade das outras comunidades do mundo.

Como ensina o eminente professor retro citado, a liberdade (liberdade entendida como direito a auto realização das potencialidades do homem e não sob a ótica do Estado Liberal ou do Estado Social) é um princípio humano universal, e como tal deve ser

considerado com premissa necessária a qualquer constitucionalização que se preze a defender a dignidade humana.

Demais disso, ensina o Marcelo Galuppo que apenas em uma sociedade tolerante poder-se-á exercer a vontade plural, pois todos os diferentes interesses em constante tensão devem reconhecer que são as diferenças de ponto de vista existentes entre si que tornam possível a coexistência democrática.

Portanto, no inteligir do prof. José Luiz Quadros de Magalhães, o exercício da vontade plural terá espaço na discussão acerca dos direitos humanos no que se refere aos direitos sociais e econômicos, pois nesses pontos é que se mostra imperativa a autonomia da população para a construção de seus projetos de vida. Esse autor entende que a constituição nem mesmo deveria prever em seu textos os direitos sociais e políticos, deixando sua previsão para leis infra constitucionais e para as Constituições Municipais, garantido assim que diferentes grupos e comunidades possam contribuir com suas necessidades e conhecimentos específicos para a criação do modelo de vida que lhes pareça mais razoável. Defende o autor:

Os direitos sócio-econômicos não seriam suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro mas regulamentados por normas infra-constitucionais nos seus aspectos mais gerais de convivência de modelos alternativos locais, de planejamento e investimentos privados e públicos no território da União, e pelas Constituições Municipais no que se refere a regulamentação da forma de propriedade e do modelo local de representação econômica. (MAGALHÃES, 2002)

Em suma, não seria absolutamente inconcebível no paradigma do Estado Democrático de Direito uma concepção fechada e pré

definida dos direitos fundamentais, desde que tal concepção tenha como conteúdo único e exclusivo os direitos humanos entendidos com válidos e aceitáveis por todas as diferentes culturas e formas de pensamento do mundo. Tal concepção universalista serviria de alicerce para a superação dos valores regionais que à eles se contrapusessem, impedindo contudo que ocorresse a tentativa de imposição desses princípios universais como supremacia de valores de uma cultura sobre outra. Isso porque a diversidade de entendimentos sobre os projetos de vida é a essência que norteia a própria definição dessa universalidade, e “o núcleo comum compartilhado por todas as culturas será o seu real conteúdo mutável”.

Em outras palavras, o reconhecimento da diversidade de entendimentos, bem como a aceitação de alguns princípios como o da liberdade de auto realização do homem e da tolerância, ao contrário de contradizerem o paradigma do Estado Democrático de Direito, possibilitam seu desenvolvimento pleno, pois, como visto supra, o exercício da democracia plural se fulcra na diversidade de pontos de vista que conflitam entre si, mas que convivem como projetos de vida diferentes graças à tolerância e ao reconhecimento dessa diversidade. Não fossem tais princípios tidos como premissas universais, correr-se-ia o risco de absolutização e imposição de determinados pontos de vista de parte da comunidade sobre outros.

O conteúdo mutável dos direitos humanos nesse paradigma, como já ressaltado, se atêm às disposições relativas aos direitos sociais e econômicos, os quais tem sua origem no ultrapassado

paradigma do Estado Social e se baseavam primordialmente na criação de modelos de realização social pré definidos. No Estado Democrático de Direito, cabe às diversas comunidades decidirem a melhor forma de atingimento de sua metas de vidas, construindo as noções de direitos sociais e econômicos que mais se encaixem com sua realidade e experiência.

José Luiz Quadros de Magalhães encerra seu pensamento com as seguintes palavras:

Assim concluímos, que a Constituição democrática, que pensamos, deve se aproximar de um texto que reduza seus princípios àqueles considerados universais, somados a princípios regidos, desde que não inibidores da evolução de modelos locais, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento de modelos sócioeconômicos pré-fabricados pelos conglomerados econômicos (MAGALHÃES, 2002)

Apesar de conceder apenas aos direitos sociais e econômicos caráter mutável, a concepção do referido autor passa por uma releitura de todos os princípios considerados universais até então. Não se trata, destarte, de definir taxativamente no texto constitucional direitos determinados por elucidações puramente racionais, deixando à discussão plural o campo dos direitos sócioeconômicos. A universalidade reside no fato de ser necessário garantir o exercício da discussão plural, pois se funda na tolerância da diversidade, na liberdade como auto realização, e na igualdade como direito à diferentes projetos acerca da vida boa.

A concepção dos direitos humanos no paradigma do Estado Democrático de Direito é fruto, portanto, da convivência entre o

respeito à diversidade e a mutação constante oriunda do diálogo argumentativo.

## 6 PERSPECTIVAS DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição brasileira de 1988, tem como ideário maior a plena efetivação dos direitos humanos fundamentais. Ao pesquisarmos os direitos fundamentais insculpidos nesse texto constitucional constatamos um notável avanço, tendo em vista a grande ênfase a eles dada, os quais conforme já retro expandido, são expressamente dispostos em vários artigos da Lei Maior.

Diferentemente de algumas constituições anteriores, nas quais se podia perceber a predominância absoluta de uma camada social superior, a de 1988 foi um trabalho de grupos de interesses bastante diversificados. O resultado alcançado foi, inevitavelmente, um texto bem heterogêneo, com partes que conflitam entre si e às vezes até se contradizem. Com bem assinala o professor Dalmo de Abreu Dallari, o paradoxo desse resultado representa um sinal de avanço democrático, pois em lugar de refletir os interesses de um único segmento, a Constituição de 1988 contém as marcas da influência de praticamente todos os segmentos significativos da sociedade

brasileira; sendo as contradições existentes reflexos das próprias contradições vivenciadas na sociedade.

Como já exposto, a Constituição de 1988 é reflexo de uma sociedade plural, como bem preleciona o professor Marcelo Galuppo:

Se a sociedade que produz uma dada Constituição é pluralista, e se o pluralismo significa antes de mais nada a irredutibilidade de um projeto acerca do que seja a vida boa a outro, bem como a igualdade de direitos de ambos os projetos se realizarem, então também a sua Constituição deve refletir este pluralismo. Consequentemente, os conflitos entre os diversos projetos acerca da vida boa não raramente se manifestam como antagônicos no interior da Constituição, já no plano de sua justificação. Uma Constituição Democrática não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários que conformam o pluralismo. No máximo, o que a Constituição pode estabelecer são regra prático-jurídicas, do debate entre os diversos projetos presentes na sociedade e inclusive na própria Constituição, estipulando as condições e limitações, no plano da faticidade, para este debate. É um equívoco, portanto, e um anacronismo, aplicar conceitos, tais como “harmonia” e “sistema”, de forma absoluta e rigorosa, a um texto constitucional como o nosso. (GALUPPO, 2001:55)

Tal conjuntura se deve ao paradigma vigente na Constituição de 1988. Em um Estado Democrático de Direito, como já ressaltado, a Constituição deve figurar como um instrumento de inclusão social, mediante um processo de deliberação mútua dos cidadãos sobre normas de sua convivência social. A legitimidade constitucional compreende-se pela institucionalização de processos democráticos tendentes à apuração da soberania popular, que garantam à coletividade o exercício do pluralismo de idéias existentes na sociedade. (CRUZ, 2001: 226)

Nesse novo paradigma, do Estado Democrático de Direito, a sociedade deixa sua postura, até então passiva, característica do Estado Social, e passa a ter uma postura ativa, de luta. Luta pelo próprio reconhecimento das diferenças presentes na comunidade, bem como a luta pela sua própria dignidade. Conforme elucida o professor Álvaro da Cruz, a dignidade humana expressa resumidamente a força motriz do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, e é a luta pela dignidade que é responsável por esta mudança de postura da sociedade, que cansada de esperar pelo Estado, sai em busca de seus direitos.

Entretanto, apesar de se ter constituído sobre um novo paradigma, com promessas de se tornar um instrumento de transformação social autônoma, através da plena realização dos direitos fundamentais discutidos no diálogo argumentativo; é de notória constatação, que uma significativa parcela desses direitos é renegada até os dias atuais. É evidente que a simples existência de uma nova Constituição, ainda que muito avançada, não foi suficiente para que os Direitos fundamentais fossem efetivamente respeitados, exercidos e discutidos.

Quais seriam os possíveis problemas presentes no Brasil contemporâneo que poderiam obstar a plena efetivação dos direitos fundamentais e a discussão democrática sobre esses direitos?

Primeiramente, deve-se pontuar que a postura ativa da sociedade suscitada acima só se faz possível em contexto de exercício regular da cidadania. Uma sociedade plural não deve valer puramente

da diversidade, mas exercitar os diversos pontos de vista. Ora, de nada serviria a garantia de fluxos comunicativos se os indivíduos ou grupos não se comunicassem. Como poderia se dar uma transformação social autônoma se a sociedade demonstra passividade completa? A cidadania nesse paradigma plural não pressupõe apenas reivindicação de direitos subjetivos perante o Estado, mas a participação no discurso de criação e de proteção à tais direitos. Portanto, é mister a conscientização dos cidadãos brasileiros sobre a necessidade de reivindicação dos direitos fundamentais já garantidos e discutidos, além da imperatividade de fazer valer seus projetos de vida através da abertura concedida pelo próprio texto constitucional.

Ultrapassada a questão da cidadania, importante é nos atentarmos para a proteção jurídica dada aos direitos fundamentais no pluralista Estado Democrático de Direito.

Certo é que caberá, em parte, ao Poder Judiciário a garantia da discussão e da eficácia dos direitos fundamentais, já que a este Poder do Estado é delegada a função de aplicação das normas e princípios constitucionais aos casos concretos. O professor Lenio Luis Streck, citado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz assim se pronuncia:

Por isso, é possível sustentar que, o Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. [...] Pode se dizer, neste sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo, (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o

Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder – tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação de perfil. Inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. (CRUZ, 2001: 225)

O Judiciário, no paradigma do Estado democrático de Direito, deve estar atento as concepções sociais vigentes em sua época, sendo necessária a conjugação dessas concepções com os textos legais positivados no ordenamento jurídico, para que se atinja a plena efetivação da jurisdição constitucional no âmbito dos direitos fundamentais. A ética procedimental deve nortear a construção decisória, permitindo assim, que o pluralismo se reflita na função jurisdicional. Álvaro da Cruz expõe da seguinte maneira o tema:

Também no discurso de aplicação imparcial do Direito, a noção procedimental e comunicativa das partes envolvidas torna-se base da legitimidade do Estado Democrático. As pretensões juridicamente dedutíveis devem ser reciprocamente reconhecidas pelos operadores do direito. [...] O acesso à ordem jurídica, a eficácia da tutela jurisdicional, o contraditório, a igualdade das partes, a fundamentação das decisões judiciais, dentre outros princípios, são o fundamento de um processo jurisdicional democrático, desde que unidos a uma perspectiva ética no discurso de aplicação jurídica.

Sendo assim, ética e moral devem se unir ao fluxo comunicativo da sociedade, materializada e canalizada por regras procedimentais constitucionalmente definidas e respeitadas por todos. Logo a luta pelo respeito universal a tais regras consiste, na atualidade, na única forma de garantia e efetividade dos direitos fundamentais. (CRUZ, 2001: 227)

Entender o papel do judiciário desta forma significa aceitar a aplicação do Direito em uma perspectiva deontológica aberta, pois também o ordenamento jurídico no paradigma pluralista deve ser entendido através da observância de uma construção argumentativa dos diferentes pontos de vista presentes na sociedade. Não pode ser considerado como um sistema pronto e fechado no qual todas as possibilidades decisórias se baseiam em desdobramentos lógicos dos textos legais. Aceita-se, assim, a diversidade de concepções traduzidas na argumentação com válidas na composição e resolução do conflito. Habermas explicita brilhantemente a idéia:

Se aceitamos a compreensão deontológica do direito, de Dworkin, e seguirmos as considerações da teoria da argumentação de Aarnio, Alexy e Günther, temos que admitir duas teses. Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficiente num universo hermeticamente fechado do direito vigente; precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível a formação imparcial do juízo. (HABERMAS, 1997, 287) (Grifo Nosso)

Cattoni de Oliveria, sintetiza a idéia da seguinte forma:

Numa sociedade lingüisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade. Tal é, inclusive, a noção que

considero a atual do princípio do devido processo legal. (CATTONI, 2001: 80)

A jurisdição constitucional será exercida tendo um ordenamento jurídico relativamente aberto como premissa maior, devendo ser garantida a paridade de direitos entre as partes no processo judicial para que todos os argumentos levantados seja levados em consideração, incluindo-se diversas perspectivas acerca da vida boa no debate do qual resultará o provimento jurisdicional. Apenas dessa maneira, será possível a tutela dos direitos fundamentais concebidos sob o ponto de vista do Estado Democrático de Direito.

Contudo, não se trata de garantir ao judiciário liberdade decisória plena, ou permitir que a fundamentação das decisões dos magistrados se faça com base em critérios ético-morais específicos e absolutos. O que se defende é uma abertura que possibilite o exercício democrático da concepção de direitos fundamentais, ou seja, que as decisões judiciais reflitam no caso concreto os pontos de vista simetricamente argumentados.

Importante ressaltar ainda o papel do judiciário no controle do processo legislativo democrático, pois sob o novo paradigma constitucional a legitimação das normas de agir deve começar pela forma como essas normas foram construídas. Nesse sentido, é imprescindível a garantia de que os canais comunicativos entre os diversos segmentos da sociedade se mantenham abertos e operantes, possibilitando a oitiva dos diferentes pontos de vista característicos do pluralismo. Cattoni de Oliveira traz a seguinte contribuição:

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional deve referir-se primeiramente aos pressupostos comunicativos e às condições processuais para uma gênese democrática do Direito. Tal perspectiva não poderá reduzir-se a uma leitura meramente instrumental do processo legislativo, como sugerem os enfoques liberais da política, pois há que se levar explicitamente em conta o caráter normativo dos princípios constitucionais que justificam a legitimidades desse processo. (CATTONI, 2001: 81)

O controle do processo legislativo visa, portanto, a garantir a presença da democracia plural na criação das próprias normas, cabendo ao judiciário analisar a existência da discussão argumentativa no processo para que possa legitimá-lo.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição de direitos fundamentais deve ser revista à luz do paradigma constitucional vigente no Brasil contemporâneo, qual seja o do Estado Democrático de Direito. Como explanado, essa nova concepção de realidade pressupõe a existência de diversos projetos acerca daquilo que seria vida boa, e somente é possível em um ambiente de completa tolerância à diversidade de projetos.

Do consenso oriundo do diálogo perpetrado entre as diversas posições, é que se extrairá o conteúdo ético-normativo referente aos direitos fundamentais. Como bem lembrou Chantal Mouffe não se trata de buscar uma solução definitiva, mas aceitar que é a própria tensão a possibilitadora desse sistema.



Destarte, como ensina o prof. José Luiz Quadros de Magalhães, os direitos fundamentais terão conteúdo mutável, oriundo das necessidades e interesses peculiares a cada comunidade, bem como da interrelação desses interesses e necessidades, com aqueles de outros grupamentos da própria sociedade.

Como brilhantemente coloca o professor Álvaro da Cruz, e bem sintetiza nossa idéia:

Hodiernamente vivemos no paradigma do Estado Democrático de Direito, e se torna necessária a superação da idéia de que os direitos sejam naturais e absolutos. O indispensável é garantir canais abertos de discussão do que será melhor para o país, de forma que o Brasil se torne cada vez mais um país de incluídos, onde a cidadania não seja um privilégio. Somente assim a sociedade brasileira poderá aspirar a ser uma verdadeira sociedade aberta de intérpretes da Constituição. (CRUZ, 2001: 245)

Explicitamos, outrossim, que para se conseguir a eficácia necessária à tutela desses direitos, dentro do paradigma plural, necessária será a abertura de canais comunicativos entre o Poder Judiciário e a sociedade, possibilitando que as decisões emanadas desse poder reflitam os diversificados e muitas vezes paradoxais anseios da população brasileira. Tudo isso numa perspectiva deontológica aberta do Direito.

Destarte, cabe à população brasileira se conscientizar da importância do exercício da cidadania, não assumindo uma posição passiva, esperando que o Estado resolva todos os seus problemas. Só será possível o verdadeiro exercício da sociedade plural, se as diversas comunidades que compõem a sociedade tiverem voz ativa na

defesa de seus interesses perante o próprio poder estatal e às outras camadas da sociedade. Nesta perspectiva caberá aos próprios cidadãos fazer valer suas concepções sobre os direitos fundamentais necessários à uma existência digna. Isto porque sem cidadania não há que se falar no pluralismo democrático.

## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BIELEFELT, Heiner. Filosofia dos Direitos Humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BRITO, José de Souza. Jurisdição constitucional e o princípio democrático, In: Vários autores. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e Efetividade dos Direitos Fundamentais. In. Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In. Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a faticidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, t. I, 1991, t. II e III, 1993, t. IV.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10º ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência. 3º ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia com, e Contra Carl Schmitt. In Cad. Esc. Legislativo, 1(2):87-105, Jul/dez.; 1994. Tradução de Menelick de Carvalho Netto.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de Magalhães. Princípios universais de direitos humanos e o novo Estado Democrático de Direito. In: Jus Navigandi, [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina> [Capturado 28.Fev.2003]
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido Processo Legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente? In. Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.