

DEMOCRACIA E DIREITO FUNDAMENTAIS

João Alberto Facó Junior

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Professor da Faculdade Ruy Barbosa e Faculdade Anísio Teixeira.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos em razão da sua importância, lançam um reflexo direto nas transformações do homem e da sociedade, tendo o presente trabalho o objetivo de apresentar algumas reflexões, analisando a eficácia dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Para que haja a possibilidade de uma aplicação plena dos direitos humanos, há que se modificar de forma relevante a eficácia das normas constitucionais.

Estamos em uma época de flagrante modificação, as descobertas tecnológicas, assim como a implementação de um comércio globalizado, determinam que haja uma interligação entre as nações, passando a haver uma preocupação cada vez maior com a economia, deixando de lado a preocupação com o cidadão.

Ocorre que o Direito traz a proteção necessária, para que seja garantido ao cidadão um exercício pleno de sua cidadania, numa mudança cada vez mais rápida de paradigmas, assim como na necessidade de se conviver com as incertezas, não se podendo perder tempo reagindo às mudanças que se apresentam.

Atualmente na pós-modernidade estamos vivendo em meio a uma forte turbulência nas relações humanas, numa clara necessidade de implementação dos direitos fundamentais, a fim de que se possa garantir uma igualdade jurídica plena, assim como uma igualdade social, tanto nas relações com o Estado quanto nas relações jurídicas privadas, sempre tendo como pilar dessa proteção a preocupação com a dignidade humana, da garantia dos valores do homem, numa busca incessante de novos caminhos e soluções.

Não pode haver dúvidas que a nossa sociedade é dinâmica, o que faz com que o Direito esteja em uma mutação constante, levando-nos a concluir que estamos no meio de uma crise, acarretando, em consequência, a necessidade de ruptura de modelos e sistemas já postos, necessitando a sua substituição por outros que se adéquam às necessidades atuais.

Atualmente estamos atravessando uma época de pós-modernidade constitucional, em razão da mudança de paradigmas culturais, o que leva a uma transformação profunda da sociedade, no entendimento de Lyotard¹.

Em razão dessa incerteza, desse caos, buscando uma mudança necessária dos paradigmas já consolidados, há a necessidade de uma reflexão sobre o novo modelo que se apresentará,

¹ LYOTARD, Jean François. *La condition postmoderne*. Paris:Minuit, 1972

após a utilização por décadas de um modelo kantiano da racionalidade, liberdade da pessoa com a proteção de sua dignidade.

Assim faz-se necessário que se delimite a função constitucional para disciplinar e garantir essa mudança, já que se negará os sistemas já estabelecidos dos valores fundamentais e organizacionais da sociedade, passando a necessitar agora de uma visão macro, universal, com a utilização do Direito².

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O reflexo do debate dos aspectos da vida econômica, política e social, se dá através do constitucionalismo, a fim de se delimitar as relações jurídicas atuais, em razão de estarmos, desde o final do século passado, em um período de grandes mudanças e indagações, o que determina que o Direito acompanhe esses novos tempos.

Nesse diapasão, a função do Direito Constitucional é de apresentar soluções para as novas relações que se apresentam, num caminho tortuoso de aperfeiçoamento ou abandono das alternativas que vão sendo apresentadas, em um processo histórico exigido por toda evolução social, havendo a necessidade de positivação desses sistemas, a fim de que se possa dar uma segurança jurídica às relações.

Na Constituição da República, então, encontramos a garantia necessária que não se pode prescindir nessa fase de mudança, quais sejam os direitos fundamentais garantidos ao homem, pois possuem dois sentidos, de um lado, são essenciais para que o homem possa viver no seio de qualquer órgão social, assim como poderá relacionar-se com o seu semelhante e o Estado, de outro lado, é revista a organização do Estado, além da forma da sua atuação, impondo limites de legitimidade e comportamentos.

Verifica-se claramente, então, que o constitucionalismo moderno tem como alicerce a garantia dos direitos humanos, que já vem prevista desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada em 1789, assegurando a garantia do exercício desses direitos, limitando o poder estatal, além da separação do Estado, surgindo, assim, o estado de direito.

Os direitos do homem foram conquistados através dos tempos, através uma série de movimentos, de forma cadenciada e ininterrupta, surgindo gerações de direitos fundamentais,

² Nesse sentido é a lição de Antonio-Enrique Pérez Luño, segundo o qual *la posmodernidad constituye un marco convencional de referencia a la irrupción de un conjunto de signos que entrañan una ruptura respecto a los valores culturales de la modernidad. En el ámbito jurídico, moral y político se repiten con asiduidad las tesis de quienes propugnan abolir los grandes valores ilustrados: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, y propugnar reemplazarlos por una exaltación – muchas veces simplificadora y acrítica – de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuelta a un nacionalismo tribal y excluyente. Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de exigencias éticas universales, están siendo hoy cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias; la propia legitimación ética del Derecho y de la Política, basada en principios consensuales universalizables, se considera un ideal vacío y sospechoso. ... Esamos assistiendo, en definitiva, a un nuevo asalto a la teoría postuladora de la integración de la Moral, la Política y el Derecho, en la medida en que dicha teoría formaba parte del aparato legitimador de los Estados de Derecho. (Derechos Humanos y Constitucionalismo en el tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 13)*

tendo como ponto de partida a necessidade do homem ter liberdade, assim como há a necessidade de restrição dessa mesma liberdade, a fim de que seja possível a proteção da esfera de interesse do outro.

O iluminismo veio reconhecer que tais direitos estavam contidos no âmago do processo político, acarretando na sua aceitação no Estado Moderno, criando-se a constituição escrita, de conhecimento de todos, numa clara demonstração de democratização social e política, deixando de haver a reserva de poder tão característica dos Estados absolutistas e autoritários.

A Constituição, então, passou a ser um modelo a ser adotado, o que ainda ocorre atualmente, mas com o passar do tempo sofreu uma reformulação do seu conteúdo, já que após a criação do Estado de Direito, surgiu o estado liberal, quando os direitos humanos passaram a ser previstos em todas as constituições modernas, possibilitando a identificação de uma diferenciação de tudo quanto já vinha se positivando.

A concepção dos direitos fundamentais, portanto, tem gênese nos movimentos sociais, gerados pela existência de uma tensão social, que vem anteceder as mudanças observadas na evolução histórica das sociedades, passando os direitos humanos de crimes políticos para direitos garantidos a todos.

1.1 A primeira vez que se utilizou a expressão “direitos humanos” foi na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, passando a ser adotado pelos franceses revolucionários, numa proclamação de direitos que se passou a adotar nos sistemas jurídicos e políticos a partir daí estabelecidos, primeiro numa concepção externa à constituição, mesmo sendo considerados obrigatórios, pois eram considerados direitos naturais do homem, além de serem considerados como um privilégio, sem caráter universal, e sem uma proteção efetiva das investidas do poder estatal, com uma expressão individualista, já que surgiram sob a égide do estado liberal, passando a ser considerados, atualmente, como direitos de primeira geração.

No nosso país, na Constituição do Império do Brasil, encontramos pela primeira vez a previsão dos direitos fundamentais do homem, de forma permanente³, tendo sido identificado por Pimenta Bueno, que naquela constituição os principais direitos individuais previstos, tinham o condão de identificar, somente, a liberdade, igualdade, propriedade e segurança⁴.

1.2 Verificou-se, posteriormente, que uma declaração dos direitos do homem não era suficiente, haja vista o crescimento das relações sociais, passando a haver uma busca do novo, sempre tendo como norte uma completa realização do homem, em razão da insuficiência daquelas declarações e necessidade de uma ampliação de seu rol, fazendo com que surgissem movimentos para formular novos direitos, identificados como de segunda

³ Não obstante haja referência em algumas obras de Direito Constitucional quanto a ter sido a Constituição suíça a primeira a integrar-se por normas declaratórias de direitos fundamentais em seu texto, essa data de 1835, enquanto o texto constitucional do Império do Brasil é de 1824.

⁴ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 381.

geração, lançando seu manto protetor sobre uma espécie de homem, o trabalhador, surgindo um estado social de direito, numa preocupação de se alcançar a justiça social, deixando de se analisar o homem no seu sentido individual, passando a ter uma preocupação da relação entre os homens, analisando-se a liberdade no espaço público, demonstrando que essa modificação de gerações não se deu numa substituição de direitos, e sim, numa adição de liberdades conquistadas.

A partir no inicio do Século XX, após a experiência mundial da Segunda Guerra, uma redefinição dos direitos do homem de segunda geração, passando a ser identificadas como normas programáticas, que necessitavam de providências posteriores para a sua efetivação, já que surgiram em duas etapas, ou seja, a primeira, com a conquista dos direitos após os movimentos sociais, e a segunda, após o resfriamento dessas lutas, verificou-se a necessidade de adoção de medidas visando a sua aplicabilidade, através de uma instrumentalidade constitucional.

1.3 O terceiro momento do surgimento dos direitos do homem é marcado pela busca da solidariedade social, surgindo nos anos setenta, o que obrigava a sua constitucionalização, m o objetivo de realização da defesa da dignidade da pessoa humana, iniciando uma preocupação da relação do homem com outro homem, com direito à paz, desenvolvimento, meio ambiente, informação, patrimônio comum e comunicação, garantindo a possibilidade de qualquer homem, independentemente da sua classe social ou econômica, o acesso aos direitos fundamentais, surgidos inicialmente na Carta de Banjul⁵.

Estes direitos de terceira geração são frutos de um movimento visando uma universalização da justiça social, deixando de lado aquela garantia para apenas para alguns, atingindo os direitos fundamentais antes consolidados em razão do surgimento e uso de novas tecnologias⁶.

Em nosso país encontramos a voz de Paulo Bonavides, na defesa da existência de direitos de quarta geração, onde são garantidos o *direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo*. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua

⁵ Art. 22.1 – 1. Todos os povos têm direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural, compatível com o respeito adequado de sua liberdade e de sua identidade, assim como a uma participação igual no patrimônio comum da humanidade.

2. Os Estados são obrigados a garantir, individual ou coletivamente, o exercício do direito ao desenvolvimento.

Art. 23.1 – Todos os povos têm direito à paz nacional e internacional. As relações entre os Estados são presididos pelos princípios da solidariedade e amizade que foram afirmados implicitamente pela Carta da ONU.

Art. 24 – Todos os povos têm direito a um meio ambiente que seja ao mesmo tempo satisfatório e favorável para o seu desenvolvimento

⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Op. cit. p. 14.

*dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência*⁷.

Não há duvidas que o constitucionalismo traz uma contribuição decisiva para que os direitos fundamentais possam ser universalizados, não se desejando apenas que haja a sua internacionalização, mas sim o seu fortalecimento nos diversos Estados que compõem a sociedade mundial, com a absorção e aplicação nos seus espaços regionais, o que acarretara um reflexo no espaço mundial, o que permitirá que haja uma melhoria das condições de vida do homem em qualquer lugar do planeta.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Temos o título de primeiro Estado que incluiu de forma permanente, em seu corpo constitucional, os direitos individuais, mas sem que tivessem uma eficácia ampla, já que tais direitos eram garantidos somente para alguns, pois mesmo havendo a garantia da liberdade, quando da promulgação da nossa constituição do império, ainda vigia entre nós a escravidão, em razão da dependência naquele momento social da força de trabalho escravo para a manutenção do *status quo* da economia brasileira.

Por outro lado, é necessário que se alerte que a carta constitucional imperial não adotou integralmente o modelo liberal, pois continha normas que só seriam adotadas muito depois, quando do surgimento dos direitos de segunda geração, como o direito à educação⁸.

A Constituição de 1891 traz em seu bojo, endereçada aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, uma declaração de direitos que garantia, entre outros, o direito a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, devendo ser ressaltado, que não era mais apresentada como garantia, mas sim como direitos

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 525. Segundo o mestre brasileiro, os direitos da Quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes, como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. (*Idem, ibidem*).

⁸ Consta do inciso 32, do art. 179 da Carta Imperial, que a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos. Somente a Constituição Brasileira de 1988 voltaria a contemplar esse direito social fundamental e a obrigar o Estado com esse dever que lhe é conferido pela norma magna (art. 205 da Constituição da República de 1988). Em escólios sobre o tema explanava o grande constitucionalista do Império, José Antônio Pimenta Bueno, que a instrução primária é uma necessidade, não desta ou daquela classe, sim de todas, ou de todos os indivíduos; o operário, o artífice mais humilde, o pobre que precisa saber ler, escrever, e pelo menos as primeiras operações aritméticas, aliás ele depende de outro, que o acaso lhe ministre, e não oferece a si mesmo a garantia mais indispensável. A par dessa necessidade é também essencial que o povo tenha pelo menos as noções fundamentais da moral, e da crença religiosa, para que cada indivíduo possua germes de virtude, e idéias dos seus deveres como homem e como cidadão. É pois uma necessidade geral, e conseqüentemente uma dívida da sociedade, pois que para as necessidades gerais é que se criam e recebem as contribuições públicas; acresce ainda que a satisfação dessa obrigação reverte em proveito da própria associação, que por esse meio conseguem lhe tornar mais úteis e moralizados os seus membros em geral. (*Op. cit. p. 430*)

Infelizmente em nome de reconstitucionalização surgiu um movimento armado que foi denominado de Revolução de 30, capitaneada por Getúlio Vargas, acarretando, na verdade, um retrocesso às conquistas já consolidadas, já que houve uma desconstitucionalização do país, quatro anos após, o que prevaleceu por mais quatro anos.

Deve ser, contudo, alertado, que a Constituição de 1934 apresentou um novo desenho e fundamento constitucionais, apresentando uma declaração de direitos, separando em capítulos diversos os direitos políticos e os direitos e garantias individuais, fruto do gênio de Rui Barbosa⁹, além de ser a primeira que discorreu sobre direitos sociais, referentes aos trabalhadores e servidores públicos.

Com a implantação do Estado Novo, outorgou-se nova Carta onde não havia nem mesmo uma linha disciplinando direitos sociais, havendo a ressurreição do constitucionalismo na Constituição de 1946, com o acolhimento do modelo de 1934, vivendo o Brasil, a partir daí, um estado democrático que caiu por terra com o golpe de 1964, com um advento de um grave comprometimento dos direitos humanos, advindo da suspensão expressa pelo Ato Institucional nº 5 dos direitos e garantias individuais, colocando todos os cidadãos sob a ação ilimitada do Estado.

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve o surgimento de um novo momento na nossa história dos direitos fundamentais, pretendendo dar uma esperança ao homem, não só o cidadão, mas o trabalhador, passando os direitos e garantias fundamentais a compor seu título II, além da previsão de direitos e deveres individuais e coletivos.

Ocorre que mesmo havendo essa gama de direitos previstos constitucionalmente no Brasil, não há uma conscientização popular de que tais direitos e garantias foram criados para serem exercidos por todos, devendo ser abandonada qualquer atitude passiva, numa espera exclusiva da atuação do Estado, enquanto deveria haver uma participação política mais efetiva de todos os integrantes e segmentos da sociedade brasileira.

3. A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prevê o direito constitucional, que as normas de direito fundamental são de aplicação imediata, o que determinaria que sua eficácia é gerada a partir da sua inclusão no texto constitucional, devendo ser ressaltado, que sua aplicação imediata se dá por previsão expressa do art. 5º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, não podendo, em consequência, haver qualquer limitador da sua aplicação.

Em razão dessa aplicabilidade imediata, não há qualquer necessidade de elaboração de norma infraconstitucional, o que poderia impedir que os direitos e liberdades tenham eficácia plena, o que causaria uma frustração do cidadão que passaria a esperar uma atuação dos órgãos públicos.

⁹ Para Rui Barbosa, as normas contenedoras de direitos são meramente declaratórias, enquanto aquelas referentes às garantias são asseguratórias. Estas instrumentalizam a justicialidade quando houver violação de direitos. Cf. BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. Petrópolis:Vozes, 1978. 343 p. p. 124.

Verifica-se, então, que um dos pilares que sustentam a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, é a função desempenhada pelo Poder Judiciário, que tem a incumbência constitucional de guardar a própria constituição, constituindo um ente dotado de condições para garantir que a eficácia das normas fundamentais, sem que se possa ameaçá-los e violá-los.

Fica patente que a jurisdição constitucional deve ser eficiente, a fim de que se possa tornar efetivos os direitos fundamentais, não deixando que fiquem ao alvedrio dos governos e governantes, impedindo que ficassem dependentes de uma vontade política, impedindo qualquer afronta, assim como a possibilidade de desfazer todos os desmandos que possam ser cometidos, incluindo aí as ameaças e interpretação, contra os direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Inicialmente há necessidade de uma especialização do exercício do poder jurisdicional, na busca de uma prestação jurisdicional célere, pois a violação dos direitos fundamentais trazem consequências graves piorado pela demora da prestação jurisdicional.

Além da especialização do poder judiciário, com a criação de órgãos detentores de competência específica, para o conhecimento e solução de violação de direitos fundamentais, deveria ser incluído nos regimentos internos de todos os tribunais, uma regra que determine a sua apreciação preferencial, buscando o retorno rápido do equilíbrio jurídico que foi quebrado.

Dentro desta especialização e a crescente universalidade dos direitos humanos, haveria a necessidade de criação de um tribunal internacional, a fim de que haja possibilidade de garantir-se a eficácia jurídica desses direitos, o que necessitaria de um apoio e participação do nosso governo.

Agora, não há dúvida que a efetivação plena dos direitos fundamentais, necessita do efetivo exercício dos direitos fundamentais por todos os integrantes da sociedade, assim como possuir um interesse nos direitos do outro, não só como um espectador passivo, mas como um ente garantidor daqueles direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. Petrópolis: Vozes, 1978. 343 p. p. 124.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 525.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 381.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, *Madrid: Marcial Pons*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996

LYOTARD, Jean François. *La condition postmoderno*. Paris:Minuit, 1972