

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CLARISSA TASSINARI

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-686-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho “Constituição e Democracia I”, já era possível prever a “conversação multitemática” que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois (“Constituição e Democracia I e II”). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá “desbravar”

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A DEMOCRACIA ENQUANTO BUSCA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DIFERENCIADA**

**DEMOCRACY WHILE SEARCHING FOR THE APPLICATION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DIFFERENTIATED SOCIETY**

**Lisiane da silva zuchetto ¹
Vinícius Francisco Toazza ²**

Resumo

O objetivo da presente pesquisa é analisar a democracia enquanto caminho de busca dos direitos fundamentais, de forma igual, em uma sociedade atual dita complexa. Para a presente pesquisa adotou-se como método de abordagem o sistêmico para obtenção dos resultados e como método de procedimento utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que a democracia pode ser o caminho que conduz ao desenvolvimento dos direitos fundamentais atendendo as necessidades da sociedade modificada de forma igualitária.

Palavras-chave: Democracia, Direitos fundamentais, Sociedade complexa

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the present research is to analyze democracy as a way to search for fundamental rights, in an equal way, in a current society called complex. For the present research the systemic approach to obtain the results was adopted as method of procedure and as method of procedure was used the bibliographic research. It was concluded that democracy can be the way that leads to the development of fundamental rights, meeting the needs of an egalitarian society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Fundamental rights, Complex society

¹ Especialista em Direito do Trabalho. Mestranda em Direito na Faculdade de Direito de Passo Fundo – UPF. lisizuchetto@hotmail.com

² Mestre e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor Universitário. Conciliador do Juizado Especial Cível da Comarca de Passo Fundo/RS. Advogado. vinitoazza@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A pesquisa buscou analisar a democracia como ferramenta para os direitos fundamentais no âmbito da sociedade modificada, para entender se é possível pensar e realizar a igualdade, ou seja, direitos, deveres e tratamento iguais, no contexto de uma sociedade plural, composta por desiguais percepções que buscam debater questões de justiça de forma democrática?

Nesse sentido inicialmente demonstra-se quem é essa sociedade complexa, como ela se forma, bem como as possibilidades que o mundo apresenta ao homem as diversas experiências e ações. Cada indivíduo percebe e enxerga um fato de sua forma. Ainda que duas ou mais pessoas estejam visualizando a mesma situação, as interpretações e descrições dessas pessoas serão diferentes, pois cada uma conterà suas características e descrições particulares.

Também, sabe-se que cada experiência nos remete a novas possibilidades, as quais podem ser consideradas complexas. Para explicar a complexidade traz-se o ensinamento de Niklas Luhmann o qual menciona que sempre irá existir mais possibilidades daquelas realizadas. O referido autor ensina que a sociedade é formada por diferentes sistemas sociais, os quais se comunicam entre si, e essa comunicação também pode levar a complexidade.

Em seguida é abordada a temática do Constitucionalismo democrático nessa sociedade dita complexa. Os diferentes segmentos da sociedade possuem suas diretrizes, seu modo de viver em sociedade, seus costumes e crenças e assim, disseminam sua forma de viver em sociedade. Nesse sentido, cabe uma cuidadosa análise do entendimento de Constitucionalismo e da democracia, que por sua vez trazem o entendimento de procedimento político fundamentado no respeito aos direitos fundamentais e no governo do povo.

Como vontade da maioria é possível interpretar um modo de organização social que se forma com a cooperação e diálogo de pessoas livre e iguais, ou dito de outra forma, pessoas livres e desiguais, considerando o entendimento de sociedade complexa, onde essa é formada por uma sociedade diferenciada, plural e com diferentes formas de pensar, de agir e com diferentes valores, mas, sobretudo, com intenções e virtudes iguais, buscando a todos a igualdade, praticando a alteridade.

Por fim, analisou-se o exercício da democracia como ferramenta para desenvolver os direitos fundamentais na tentativa de busca de soluções para as diferentes necessidades dessa sociedade complexa. Percebe-se ao longo da evolução histórica o surgindo de um novo homem no contexto de uma nova sociedade, com uma diferente forma de pensar. Essa evolução traduz o cenário da nova sociedade modificada e complexa.

Assim, considerando que há diferentes diretrizes e formas de viver em sociedade, compostas pelos segmentos que se formam na sociedade complexa, não há como pensar os direitos fundamentais interligados a fundamentos religiosos, éticos ou morais de cada segmento que se forma. Ao pensar no novo modelo de família que se forma para as diferentes religiões existirá uma concepção diversa.

Para a presente pesquisa adotou-se como método de abordagem o sistêmico para obtenção dos resultados e como método de procedimento utilizou-se a pesquisa bibliográfica, o que permitiu observar que os direitos fundamentais acompanham a evolução e as necessidades da sociedade, mas para que suas necessidades sejam atendidas os direitos fundamentais não podem estar atrelados a concepções ou fundamentos religiosos, ou de qualquer outro entendimento moral.

1. Aspectos da atual sociedade complexa

Os direitos Fundamentais caracterizam-se por serem históricos uma vez que os conteúdos abordados modificam-se com o passar do tempo. Essa modificação ocorre também no contexto social onde as sociedades apresentam novas formas de convivência em razão da sua evolução.

Nota-se que na atualidade o entendimento de casamento modificou-se, havendo união com pessoas do mesmo sexo. A concepção de opção sexual está aberta, de forma que a pessoa escolhe sua preferência sexual, adaptando-se seu corpo. Discute-se sobre a legalização ou não do aborto a qual envolve direitos fundamentais, de vida, opção de escolha, bem como questões acerca da criminalização ou não. Nesse sentido, entende Cláudio Souto e Solange Souto (2003, p. 23) no que tange as transformações e mudanças, que essas ocorrem diariamente, assim

Note-se que, de modo constante, a pessoa está sendo estimulada por outras pessoas e objetos (cheios de informações novas num ambiente de mudanças sociais frequentes), afora o próprio mundo constituído de seus elementos físicos.

Niklas Luhmann observa o comportamento social em um mundo altamente complexo, entendendo que há a necessidade de uma redução dessa complexidade. Para tanto o autor apresenta a “teoria dos sistemas”, a qual busca compreender as sociedades complexas para então buscar o caminho para reduzir essa complexidade. Portanto, a “teoria da sociedade” busca explicar essa sociedade enquanto sistema social, mencionando Luhmann que

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta fora o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes¹. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. (LUHMANN, 1983, p. 45).

Observa-se que no âmbito da sociedade alguns elementos básicos de interação social podem produzir diferentes formas, decorrendo daí a complexidade a qual exige, por sua vez, novos subsistemas como a religião, a economia, o direito, a saúde, educação, os quais também são caracterizados por criarem novos subsistemas continuamente. (LUHMANN, 1983).

A sociedade, enquanto sistema social se forma por meio da comunicação, a qual pode controlar as indeterminações. No mesmo tempo em que controla essas indeterminações, não interrompe sua produção, causando um paradoxo na comunicação. Para exemplificar pode-se mencionar o desenvolvimento do direito e do não-direito, da justiça e da injustiça, da segurança e da insegurança. (LUHMANN, 1983).

Frente as grandes reformas enfrentadas pela sociedade, cabe uma análise do conceito, para tanto, descreve-se o entendimento de Niklas Luhmann “A sociedade é o sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações.”. (LUHMANN, 1997, p. 83).

Os sistemas sociais se utilizam da comunicação para interligar as ações, chamado por Luhmann de eventos, as quais criam os sistemas. Por esse motivo, Luhmann refere que eles são sistemas “auto-produtores” por serem dotados de “autopoiesis”. Os sistemas permanecem existentes pelo simples fato de reproduzir as ações (eventos), que agem enquanto membro do sistema. Portanto, os sistemas resultam em ações que eles mesmos “reproduzem” e simplesmente existem enquanto ocorrer essa reprodução de suas ações. (LUHMANN, 1982, p. 05).

Isso implica em um “ambiente altamente complexo”, pois o ambiente dos sistemas sociais abrange outros sistemas sociais, por exemplo, “o ambiente de uma família inclui por exemplo outras famílias, o sistema político, o sistema econômico, o sistema médico”. Por esse motivo, que sob o aspecto da “teoria dos sistemas” é possível dizer que a comunicação entre os

¹ Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por ferir-se a algo inexistente, intangível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

sistemas sociais é admissível. Já em relação a comunicação entre o sistema social (sociedade) essa abarca e reproduz todas as comunicações. “A sociedade torna possível a comunicação entre outros sistemas sociais”. Nota-se que a teoria dos sistemas sociais dirige a teoria da sociedade. (LUHMANN, 1982, p. 05).

A sociedade não pode ser diferenciada por uma parte mais importante, como “um compromisso religioso, um estado político”. É necessário definir o que Luhmann chama de “diferenciação interna”, ou seja, a maneira como um sistema desenvolve subsistemas. Essas formas de construir os subsistemas decidem o nível de complexidade que uma sociedade pode chegar. (LUHMANN, 1982, p. 06).

Ainda, menciona Luhmann que a sociedade moderna construiu uma nova forma de diferenciação dos sistemas, utilizando-se das “funções”. Assim a função passou a ser o fundamental para a construção do sistema, dessa forma, a sociedade moderna diferencia o subsistema e seu ambiente (subsistema político e o ambiente, subsistema econômico e seu ambiente). Cada subsistema tem como prioridade para comunicação a sua própria função. (LUHMANN, 1982).

Com essa forma de diferenciação dos sistemas a sociedade passa a ser um sistema global, onde todas as sociedades se comunicam, produzindo informações. Luhmann (1983, p. 171) ensina que

[...] o mundo se torna mais complexo e mais problemático enquanto ambiente de todos os sistemas individuais. [...] formas de adaptação mais generalizadas e mais elaboradas, que podem surgir “casualmente”, mas que uma vez existindo são usadas e cultivadas.

São diversas esferas que regem a sociedade, e cada uma traz suas particularidade, suas intimidades, proporcionando ao indivíduo a escolha para que essa forma de viver não seja considerada uma imposição, trazendo portanto, uma satisfação. Nesse viés, Luhmann (1983, p. 171) refere que

[...] o mundo se torna mais complexo e mais problemático enquanto ambiente de todos os sistemas individuais. [...] formas de adaptação mais generalizadas e mais elaboradas, que podem surgir “casualmente”, mas que uma vez existindo são usadas e cultivadas.”.

Considera-se a transformação ocorrida no âmbito mundial, evoluções e possibilidade do mundo. Para Luhmann (1997, p. 46), a sociedade “possibilita uma multiplicidade de descrições

do mundo e de si mesma e, por isso, só pode descrever-se, ela própria, de forma que leve isso em consideração.”.

“[...] os meios de comunicação de massa, altamente desenvolvidos, noticiam escândalos e violências, de tal forma que uma oposição política nova, que ainda não possa comprar a imprensa, vislumbre a possibilidade de ganhar publicidade através de escândalos e violências. [...] O princípio do desenvolvimento são as crescentes complexidades e contingência da sociedade. É a partir daí que as estruturas da sociedade, entre elas o direito, sofrem pressões no sentido da mudança.”. (LUHMANN, 1983, p. 172).

Para Luhmann (1983, p. 225) “A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido, e portanto também ao direito.”. Frente a tantas mudanças cabe observar a aplicação do direito ou amparo do mesmo, em relação aos novos modos e modelos de sociedade, os quais parecem implicar em novos direitos ou direitos frágeis, que não conseguem amparar novas transformações, pois “Se a sociedade humana é, em geral, em nossos dias, algo cuja mutação atingiu proporções inusitadas, que dizer do papel do direito quanto a essa alteração de alto índice?”. Cláudio Souto e Solange Souto entendem que o direito, como instrumento de organização da sociedade, é um “fato social” fundamental. (SOUTO; SOUTO, 2003, p. 339).

Ainda, Luhmann (1983, p. 237) entende que “O campo de opções do mundo do homem e dessa forma a construção de sentido do seu mundo (daquilo que o mundo lhe apresenta como possibilidade) sempre dependem da estruturação da sociedade.”. Observa-se que a modificação social ocorre com novos valores e significados, trazidos pela sociedade, nesse sentido, Souto e Souto (2003, p. 340) observam a ligação entre mudança social e direito

Mudança social é alteração do social e este, sendo igual a norma social, *mudança social é mudança normativo-social*. Ora, qualquer que seja a concepção que se tenha do direito, não se nega o seu caráter de norma social e de norma social considerada a mais fundamental pelos grupos que a aceitam. *Mudança social é, desse modo, essencialmente, alteração do direito*. [...] Mas, a alteração do direito é, antes de tudo, alteração de conhecimento.

Considerando essa sociedade complexa, composta por diferentes fragmentos sociais, que possui uma ampla capacidade de comunicação, busca-se analisar o constitucionalismo democrático no âmbito da sociedade complexa. Nos últimos tempos, questões relacionadas a teoria e prática do direito constitucional enfrentaram uma profunda reformulação por influência de movimentos históricos, políticos e doutrinários.

A comunicação conduz a sociedade complexa a qual pode se deparar com problemas no que refere-se a solução dos problemas jurídicos, pois o ordenamento jurídico pode ser considerado limitado frente as situações ocorridas no contexto da sociedade modificada, encontrando aí limitações, ou seja, os problemas jurídicos não são considerados soluções pré-prontas, necessitando de construção argumentativa por parte do intérprete por meio de recursos encontrados em elementos externos ao sistema normativo, o qual se depara com situações que necessita legitimar suas decisões em valores morais, por exemplo. Aí pode-se falar em uma forma de comunicação.

A mesma amplitude enfrenta a abrangência da democracia no âmbito da sociedade modificada, pois essa é composta por diferentes formas de pensar e agir. A democracia conduz a formação de uma sociedade diferenciada uma vez que aceita grupos, movimentos, associações e organizações sociais diferenciadas tanto da esfera governamental, quanto do mercado, voltadas à interpretação de temas e problemas que dizem publicamente respeito aos diversos segmentos da sociedade.

A Constituição de 1988 passou por modificações de um Estado autoritário para um Estado democrático de direito. Com a construção da Constituinte é possível perceber o exercício de participação popular, pois essa abrange diversos setores organizados e grupos de interesse, resultando em um texto com diferentes reivindicações de diversos fragmentos da sociedade, como trabalhadores, categoria econômica, interesses pessoais, tornando a sociedade, ampla.

É possível notar que a sociedade atual está em progressiva transformação, o que a torna complexa. Essa sociedade complexa tem direitos reconhecidos pela democracia constitucional que por vezes são direitos que abarcam grupos sociais, econômicos e culturais de diferentes visões e concepções, logo, o constitucionalismo democrático atende as necessidades da sociedade complexa, garantindo direitos aos diferentes fragmentos sociais. Contudo, como é possível alcançar todos esses sistemas sociais, sobretudo os direitos constitucionais de forma democrática. A democracia tem força para levar esses direitos a todos os grupos sociais. Esses questionamentos serão observados no tópico seguinte.

2. O Constitucionalismo democrático no contexto da sociedade plural

A sociedade vive em comunidades políticas que trazem em suas características as diretrizes de como cada ser humano é tratado com igualdade ou desigualdade, que disseminam os benefícios e encargos da vida em sociedade que por vezes ocorre de forma desigual e difícil de justificar. Essas diferentes comunidades possuem diferentes formas de convívio em

sociedade e para que haja o relacionamento entre os diferentes segmentos da sociedade ocorre a comunicação gerando uma ampla participação.

Diante de diferentes formas de participação e interesses múltiplos fala-se em um Estado Democrático de Direito, em que o constitucionalismo retrata a importância dos direitos fundamentais e a democracia denota a vontade da maioria. Assim,

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Também referido como Estado constitucional ou, na terminologia da Constituição brasileira, como Estado democrático de direito, ele é o produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais. (BARROSO, 2012, p. 04).

O constitucionalismo democrático traz como fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana, sendo considerado um grande acordo ético previsto em declarações de direito, convenções internacionais e constituições. Menciona Barroso que

Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controversas. É o que tem se passado, por exemplo, em discussões sobre aborto, suicídio assistido ou pesquisas com células-tronco embrionárias. Sem mencionar o uso indevido do conceito para a decisão de questões triviais, com inconveniente banalização do seu sentido. De conflitos de vizinhança à proibição de brigas de galo, a dignidade é utilizada como uma varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo. (BARROSO, 2012, p. 19).

A sociedade complexa e plural que se forma atualmente traz valores diversos que colidem entre si, tais como o conceito constitucional de família, a descriminalização do aborto, desarmamento, descriminalização das drogas, etc. e para solução desses valores é necessário a aplicação de um esforço doutrinário que determine a natureza jurídica, o conteúdo, ou seja, uma nova interpretação constitucional bem como o processo de criação do direito para construção adequada de uma solução, que atenda as demandas dessa nova sociedade.

A formação dessa sociedade complexa reconstruiu ideias e mudanças de paradigmas, transformando assim o direito constitucional, modificando o modo de como ele é pensado, interpretado e praticado. Assim, o constitucionalismo democrático pode enfrentar paradoxos ou até mesmo complexidades trazidas pela transformação dessa nova sociedade, colocando em

contraposição o julgamento de questões como a dignidade da pessoa humana. O princípio da democracia constitucional busca garantir

a) reconhecimento do direito fundamental de dizer não; pelo respeito aos direitos políticos das minorias como parte da dinâmica democrática; b) por meio das diversas formas de participação e de sufrágio, do direito de associação, do direito de assembleia e de reunião pacíficas, do direito à livre filiação partidária e sindical, assim como do direito de representação política dos vários pontos de vista políticos presentes na sociedade, nos processos legislativos de produção das leis e das demais decisões jurídico-políticas, no âmbito da Administração Pública e mesmo do Poder Judiciário; c) pelo devido processo eleitoral e pelos mecanismos participativos e representativos de fiscalização do governo, inclusive de acordo com os específicos termos de cada sistema de governo, presidencialista, parlamentarista ou de diretório, etc.; d) pelo controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões jurídico-políticas; e) por meio de direitos processuais de participação nas diversas deliberações coletivas e sociais; f) pelo reconhecimento das identidades individuais, coletivas, sociais e culturais; g) por ações afirmativas e por programas sociais que visam à inclusão social, econômica e cultural. (OLIVEIRA,2016, p. 02.).

Portanto, atualmente a democracia é Democracia Constitucional. Essa democracia formada por diferentes grupos e entendimentos, também é formada por meio da comunicação.

A democracia da atualidade está interligada a uma sociedade hipermoderna, assinalada pelas diferenças que ocorre entre os diversos subsistemas sociais e por uma marcante liberdade de anteriores segmentos normativos, como a moral, ética e religião (MARRAMAIO, 2009).

Essas diferenças sistêmicas e as liberdades das esferas normativas estabelecem um pluralismo com diferentes formas de vida, incompatíveis, opostas e diversas. Porém, esses diferentes sistemas sociais buscam o reconhecimento de sua dignidade.

Hodiernamente a democracia é fruto de uma realização histórica, sendo um processo de permanente aprendizado social, em constante evolução e transformação, pois é fundado na relação com a sociedade, que também evolui e se modifica constantemente. Democracia no entendimento do Presidente Norte-Americano Abraham Lincoln é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Ocorre que democracia ultrapassa o conceito de governo, tratando-se de um regime, ou seja, um modo ou sistema.

Esse regime democrático fundamenta-se no princípio majoritário o qual traz a ideia de que democracia é o “governo da maioria”, sendo que essa maioria escolhe quem serão seus representantes no poder, que em âmbito nacional Brasileiro trata-se de poder Legislativo e Executivo. Conforme o entendimento de Lenio Streck a Constituição Brasileira foi criada com o fim de controlar e dominar o absolutismo, tornando-se em um mecanismo para travar o poder das maiorias. (STRECK, 2009, p. 17-19).

A Constituinte de 88 afirma que o poder pertence ao povo o qual é representado pelos legisladores, os quais são eleitos pela maioria dos votos. Essa vontade majoritária não é

absoluta, sendo uma de suas limitações o cuidado para que tal princípio não coloque em risco os direitos das minorias. Dessa forma, o princípio majoritário deve ser interpretado de forma que a vontade da maioria e das minorias sejam asseguradas e respeitadas pelo Estado, pois “o governo pelo povo” pressupõe que todos os indivíduos são respeitados e considerados como agentes morais.

Considerando a ideia de que um dos princípios fundamentais do regime democrático é o princípio da maioria, onde a vontade dessa maioria é a que em regra deve prevalecer é preciso cuidar para que a maioria parlamentar não se torne em uma minoria dominante. Se a democracia valoriza o interesse geral, em regra a vontade da maioria deve prevalecer, ou seja, o interesse geral, observando sempre os valores da igualdade e da liberdade, dessa forma, minoria e maioria terão seus direitos fundamentais assegurados. Streck menciona que

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de terno a Rousseau. (STRECK, 2009, p. 19-19).

É possível perceber um contraponto entre a chamada democracia constitucional e a democracia majoritária. O que se busca é a conciliação dos direitos fundamentais com “o governo da maioria”. Se democracia é “o governo da maioria”, então não pode ser “o governo do povo, pelo povo e para o povo”, pois esse presume uma democracia para todos, “o povo”. Ainda, considerando a sociedade modificada que considera diferentes sistemas sociais, como a democracia da maioria poderia ser exercida com a ideia de “governo da maioria”, pois entende-se que nessa sociedade, todos são a maioria, pois estes sistemas sociais estão interligados, conectados, não vivem de forma isolada, enquanto maioria ou minoria.

Cabe o questionamento se a democracia consegue atingir a maioria quando essa maioria está fragmentada em diferentes formas de pensar, agir, conviver, se comunicar. É possível dizer que essa maioria é formada por diversos grupos de minoria que fazem parte da sociedade complexa. A democracia não teria que exercer um caminho contrário diante desse contexto, ou seja, escolher a minoria (todos os grupos), pois essa minoria no contexto da sociedade complexa pode ser considerada a formação de diversos segmentos da sociedade, grupos esses minoritários, assim, com muitos grupos, ainda que cada um apresente sua identidade, formar-se-ia uma maioria.

No ponto seguinte essas questões serão discorridas no contexto da ideia de democracia como ferramenta para busca dos direitos fundamentais de forma que todos os segmentos da sociedade modificada, e pode-se dizer desigual, sejam alcançados.

3. A democracia enquanto desenvolvimento dos direitos fundamentais atende as necessidades dessa nova sociedade?

Nota-se que as revoluções ocorridas na atualidade não são causadas por derramamento de sangue, como ocorria em tempos outros. Atualmente as revoluções ocorrem através de argumentações, contradições e reivindicações. Questões trazidas por uma sociedade composta por indivíduos que se diferenciam entre si, supostamente em razão de sua personalidade, mas que se identificam e se relacionam em essência. Essas diferenças não podem excluí-los de seus direitos, sobretudo pelo argumento da diferença.

A datar das primeiras civilizações humanas a história da democracia enfrentou inúmeras mudanças. Alguns autores entendem que o principal acontecimento que permitiu o nascimento da democracia foi o declínio e posteriormente, a queda do Estado Absolutista, o qual monopolizava os poderes nas mãos do Rei, ensinamento esses trazido por Leonardo Vizeu Figueiredo. (2014, p. 33).

Como visto até o presente momento, o constitucionalismo democrático tem como embasamento a dignidade da pessoa humana, direitos esses que são garantidos a todos os cidadãos, os quais devem ser alcançados a todos, logo, não há que falar em maioria ou minoria, e sim, todos, pois todos os indivíduos tem o direito de viver com dignidade, e isso precisa ser reconhecido e não dado ou decidido pela maioria ou pela minoria.

A dignidade da pessoa humana e diversos outros direitos são assegurados pelos direitos fundamentais, os quais são garantidos por uma tutela mais sólida por serem considerados direitos relevantes que tratam da pessoa, devendo esse tratamento ocorrer de forma especial. Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins traz o entendimento de Henrique Pérez Luño o qual afirma que os direitos humanos são “[...] aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que gozam de uma tutela reforçada.”. (LUÑO apud MARTINS, 2008, p. 46).

Importante ainda destacar o ensinamento de Peces-Barba, o qual menciona que os direitos fundamentais tratam-se de conquistas históricas da humanidade que surgem a partir do

“trânsito à modernidade”². Assim, em relação ao período histórico que ocorre nesse “trânsito à modernidade” (nota de rodapé), Marcos Leite Garcia explica que nesse momento histórico nasce uma nova forma de pensar, e essa nova forma de pensar pode conduzir ao “surgimento de um novo homem e de uma nova sociedade que brotará progressivamente até a positivação das demandas *jusnaturalistas* dos direitos do homem nos documentos das chamadas revoluções burguesas”. (GARCIA, 2008, p. 195). Ainda, o referido autor ensina que

[...] os Direitos Humanos podem modificar-se, através dos tempos como podemos ver com o advento de novas necessidades e com o fenômeno dos novos direitos. Interessante ver essa questão com o estudo do Processo de formação do ideal ou da idéia dos Direitos Fundamentais, que é um processo que existe desde o início e que jamais deixará de existir uma vez que os **Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.** (GARCIA, 2008, p. 196). **Grifo nosso.**

Esse surgimento de um novo homem em razão da nova forma de pensar interligado as novas necessidades trazidas pela forma de vida atual redesenham novas formas de proteção da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana assim como outros direitos sociais, buscam assegurar a todos os indivíduos o exercício e a fruição dos direitos fundamentais em iguais condições, a fim de possuírem uma vida com dignidade por meio da proteção e garantias postas pelo Estado de Direito, com saúde, trabalho, alimentação, educação, segurança, transporte, moradia.

Como noção de dignidade da pessoa humana menciona-se o entendimento do “valor intrínseco da pessoa humana”, ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual menciona que

[...] a dignidade da pessoa humana (independentemente, no nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção. (SARLET, 2010, p. 41).

²(...) o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecera a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes nesse transitio já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido. (PECES-BARBA, 1982, p.4).

Considerando o posicionamento jusnaturalista, a mera condição humana pressupõe que o homem é titular de direitos, que devem ser respeitados e reconhecidos, seja por seus semelhantes, seja pelo Estado. O autor destaca a argumentação de Otfried Höffe o qual traz o entendimento de que, ao vincular o conhecimento da dignidade da pessoa humana a tradições como o judaísmo cristão ou ainda à cultura europeia, é como comprovar a crítica de que a dignidade não estabelece um conceito intercultural e secularizado, o que pode gerar um impedimento para a universalização, impedindo uma possível globalização da dignidade em âmbito multicultural. (SARLET, 2010, p. 45-46).

Ou seja, buscar fundamentos religiosos para a dignidade da pessoa humana vinculados com uma determinada concepção ou conceitos religiosos, conduz a uma exclusão do alcance desses direitos. Do mesmo modo ocorre com qualquer que seja a vinculação feita para a justificação e destinação dos direitos fundamentais ao homem, enquanto digno da condição humana.

Essas interligações fazem com que uma parcela da sociedade fique à margem dos direitos fundamentais, portanto cabe o questionamento, como é possível pensar e realizar a igualdade, no contexto de uma sociedade plural, composta por desiguais percepções, todas de bem, debatendo questões de justiça de forma democrática?

Essas mudanças trazidas pela nova sociedade devem criar uma nova concepção da Constituição bem como de seu papel na elucidação jurídica de forma geral, uma vez que as soluções de problemas jurídicos não estão postas inteiramente na norma jurídica. É preciso entender que “o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela.”. (BARROSO, 2012, p. 12). Para tanto, os instrumentos jurídicos que alcançam o direito devem seguir um caminho igual.

Quando se aborda questões referente a direitos constitucionais fala-se no desempenho do papel incumbido ao Supremo Tribunal Federal, quais sejam, o contramajoritário, o qual implica em estabelecer limites às maiorias, bem como o representativo, o qual versa em dar respostas às demandas sociais as quais não são atendidas pelas instâncias políticas tradicionais. Portanto, a democracia vista como ferramenta para evolução dos direitos fundamentais pode alcançar a necessidades de uma sociedade plural e diferenciada, onde a maioria é “diferente”, pois possui diferentes culturas, entendimentos, características, ou seja, é modificada, podendo ser entendida como complexa.

Dessa forma, considerando que todo poder político que percorre um ambiente democrático, o qual é exercido em nome do povo, necessita prestar contas à sociedade, e para que os dirigentes possam fazer valer a Constituição precisam da confiança dos cidadãos. Como

se sabe da esperteza política universal que tentar agradar a todos é o caminho acertado para o fracasso, necessita-se encontrar o caminho para resgatar os valores centrais do ideal da democracia, reiterando-os de forma rigorosa, a igualdade de influência política de todo e qualquer cidadão, a autonomia coletiva, a luta para combater às diversas formas de opressão.

É preciso manter uma perspectiva de uma sociedade democrática e igualitária, com ambos adjetivos dependentes entre si, assim, a democracia que pode se opor à desdemocratização, não é uma democracia passiva diante das opressões, indiferente diante das desigualdades e sim, uma democracia que luta contra a desdemocratização, radicalizando a própria democracia. Para alcançar a busca dessa nova democracia é preciso uma interpretação construtiva em relação a democracia constitucional, no contexto da sociedade modificada que se apresenta hodiernamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente observa-se uma evolução da sociedade, o cidadão está lutando para que sua opinião seja considerada e essas reivindicações são concretizadas para que os governantes tomem conhecimento das intenções, necessidades, e anseios populares e trabalhem para que seus direitos sejam garantidos. Nossa Carta Constitucional assegura que “Todo o poder emana do povo”, portanto, a Constituição nos possibilita esses recursos por meio do direito à informação e o exercício da democracia possibilita a busca por mudanças.

A pesquisa demonstrou que a democracia pode ser utilizada como meio de desenvolver os direitos fundamentais de forma que atenda os diferentes segmentos da atual sociedade modificada. Para tanto, é preciso que o direito seja interpretado de forma inovadora e construtiva em relação ao novo contexto social que se apresenta, observando os diferentes fragmentos sociais que surgem na atualidade e direcionando a todos suas necessidades de proteção dos direitos fundamentais.

A democracia pensada para o povo, uma vez que este quem detém o poder de sua execução, exige a participação desse no poder, seja direta ou indireta, expressa assim efetivamente a vontade popular, reforçando a importância dos cidadãos. Dessa forma, a igualdade enquanto parte dessa democracia busca o amparo de seus direitos evitando que os cidadãos não sejam discriminados nem tolhidos de seus direitos, garantia que deve ser honrada pelo cidadão, já que houve um tempo em que mulheres e idosos não participavam do exercício da democracia pois não tinham o direito ao voto.

A democracia precisa ser pensada e exercida de forma igualitária, precisa se redesenhar e fugir da idéia de que democracia é agradar a maioria, pois tal entendimento mais parece justificativa para excluir uma parcela da sociedade, no caso aquela que não se enquadra na maioria. A democracia deve ser vista como ferramenta para evolução e busca dos direitos fundamentais, alcançando assim a necessidades de uma sociedade plural e diferenciada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 452 p. ISBN 978-85-02-09126-9.

_____. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 15 jun 2018.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7ª Ed. Rio de Janeiro; Forense, 2014.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo GregorioPeces-Barba. In: **Reflexões da Pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Org. Juliano Keller Do Valle; Marcelino Junior; Julio Cezar. Conceito Editoria, 2008. ISBN 8560826408.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. The World Society as a Social System. Trad. Ana Mércia Silva Roberts. **International Journal of General Systems**, 8, 1982.

_____. **A nova teoria dos sistemas**. Org. Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora Universidade UFRGS, 1997.

MARRAMAIO, G. **Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione**. 2 ed. Torino: BollatiBoringhieri, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni De. **A Democracia Constitucional no Estado Democrático De Direito**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a->

democracia-constitucional-no-estado-democratico-de-direito-por-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira.>. Acesso em: 13 jul 2018.

PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito: uma visão substantiva**. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 978-85-375-0561-8.