

1 Introdução

A construção do saber consiste numa constante persecução na busca da verdade. Todavia o título de verdade científica não é reputado a toda e qualquer manifestação do saber. Para tal atribuição, faz-se necessária a identificação de um problema, a delimitação de um objeto de estudo, assim como a eleição de hipóteses e o desenvolvimento de um método que permita aferir a real aplicabilidade das hipóteses na resolução do problema.

Eis o caminho básico para a construção de uma ideia de cunho científico.

Todavia, a ideia reputada verdadeira, como bem desenvolveu Karl Popper (1999, p. 16), deve resistir ao diuturno ataque de outras teorias, mantendo-se como verdadeira enquanto resistir ao constante embate.¹

Na seara da ciência do Direito, não haveria de ser diferente a produção do saber.

Nesse diapasão é que se propõe, no presente trabalho, um estudo conceitual e terminológico sobre o que viriam a ser os direitos fundamentais, assim como se objetiva analisar a (im)prescindibilidade da concretização dos direitos fundamentais para a configuração da democracia.

2 Banalização dos Direitos Fundamentais

Conquanto, até o presente momento, não se tenha esboçado uma definição do que venham a ser os direitos fundamentais, assim como uma possível distinção, se houver, dentre esses e os direitos humanos e do homem, é possível afirmar que o uso da locução Direitos Fundamentais encontra uso generalizado no ambiente jurídico.

Em um primeiro momento, a mencionada utilização reiterada dos termos acima indicados pode ser interpretada como reflexo da importância do assunto, todavia, também pode acender as luzes de alerta para o fenômeno da banalização dos direitos fundamentais.

Outra vez, repisa-se que, malgrado não haja sido adotada, até o momento, uma dada conceituação sobre o que viriam a ser os direitos fundamentais, uma análise simplória e meramente gramatical dos vocábulos, aí dispensado qualquer conhecimento

¹ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. 2. ed. p. 16.

jurídico, leva a ilação de que se são fundamentais, servem “de fundamento” ou “base” para os demais ramos do Direito ou ainda para a ciência jurídica em sua inteireza, mormente, em se considerando a unicidade do sistema.²

Assim, em se tratando os direitos fundamentais de alicerce do Direito, por óbvio, não podem ser todos e quaisquer direitos reconhecidos como fundamentais, afinal, se assim o fosse, não haveria direitos mais essenciais que outros.

Sobre o tema da banalização dos direitos fundamentais, válidos os escólios de George Marmelstein (2014, p. 14-15), que assim se posiciona, *in litteris*:³

Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. Há quem se considere titular de um direito fundamental de andar armado. Há quem defenda a existência de um direito de manifestar ideias nazistas. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Aliás, na Alemanha, a Corte Constitucional daquele país já teve que decidir se existiria um direito a fumar maconha e a “ficar doidão”. Já houve quem ingressasse com ação judicial para exigir Viagra do Poder Público, alegando que existiria um direito ao sexo! Pelo que se observa, há uma verdadeira banalização do uso da expressão direito fundamental.

E para piorar ainda mais a situação existem inúmeras palavras que também são utilizadas para se referir ao mesmo objeto. Eis alguns exemplos: direitos do homem, direitos humanos, direitos da pessoa humana, direitos humanos fundamentais, liberdade públicas entre outras.

Destarte, neste contexto de “trivialização” dos direitos fundamentais mister se faz a precisa conceituação do termo, assim como a clara disposição de quais os direitos que podem ser albergados sob tal classificação.

Entretanto, antes de responder o que viriam a ser, de fato, os direitos fundamentais, imperiosa se faz breve digressão histórica a fim de compreender o contexto de nascedouro dos mencionados direitos.

3 Contextualização histórica

Consoante dito alhures, os direitos fundamentais possuem papel de relevante importância no cenário jurídico, daí a premência de se entender em que contexto histórico encontraram nascedouro.

Sobre o tema da história dos direitos fundamentais, SARLET (2012, p. 36-37), valendo-se da tripartição realizada por K. Stern, divide-a em três etapas, quais sejam: “a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que

² MICHAELIS. Fundamental. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fundamental>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14-15.

corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem, c) a fase da constitucionalização.”⁴

Igualmente, adotar-se-á a referida tripartição, não antes sem ressaltar que atrai a atenção a nomenclatura adotada por K. Stern, uma vez que da pré-história passa-se à fase intermediária da história dos direitos fundamentais, sem que, aparentemente, exista uma nomenclatura para a fase inicial, uma vez que a pré-história deveria anteceder à fase inicial.

Todavia, trata-se de meros atilamentos linguísticos.

Não obstante não se possa falar em direitos fundamentais tais como concebidos hodiernamente desde os primórdios da humanidade, é certo que a feição atual dos direitos fundamentais trata-se de uma construção da humanidade ao longo de sua trajetória desde o seu aparecimento.

Nesta senda, de acordo com Sarlet (2012, p. 37-38):

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unicidade da humanidade e da igualdade perante todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

Por conseguinte, no período correspondente à pré-história dos direitos fundamentais, que se estende até meados do Século XVI, começaram a surgir ideias de igualdade entre os homens, assim como de direitos imanentes a todos os povos.

Contudo, tais direitos não eram estendidos a todos os componentes da população, mas, sim àqueles que eram membros do povo de uma dada comunidade, falando-se, então, em direitos de cunho estamental. Não se pode olvidar que os conceitos de povo e de população não encontravam similitude exata. Explica-se.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Em consonância com Hequard (2007), à época do auge da democracia na Grécia, em Atenas, existiam 10.000 (dez mil) estrangeiros e 400.000 (quatrocentos mil) escravos, que não eram tidos como cidadãos.⁵ O “povo”, ou seja, os cidadãos gregos, representava cerca de 21.000 (vinte e uma mil) pessoas e equivaliam a 5% (cinco por cento) da população grega.

Ou seja, o “demos” e “cratos” grego era exercido por parcela ínfima do grupamento social. A democracia grega, tão louvada ao longo dos anos, em verdade, era constituída por uma minoria da população que decidia pela maioria. Fazendo-se mister salientar que, na democracia ateniense, população não equivalia a povo.

Malgrado não existisse correspondência entre povo e população na democracia grega, o termo democracia atingiu os dias atuais. Contudo, imperiosa se faz a distinção entre o significado e o significante de um dado vocábulo, que pode sofrer alterações de sentido ao longo dos anos.

Indubitável então que, inobstante a ideia de democracia tenha se transformado ao longo dos anos, a democracia, tal como concebida na Grécia antiga, possuiu importância por semear as ideias-chave do modelo então adotado.

O mesmo se deu com os demais direitos cultivados no período da pré-história dos direitos fundamentais. A sua importância se deve ao fato de pulverizarem ideias novas e que, conquanto não alcançassem toda a população no momento em que surgiram, foram de extrema importância para a posterior divulgação das ideias.

Nesse ínterim, devem-se tecer alguns comentários sobre a Magna Carta de 1215.

Quando de sua assunção ao poder, o Rei João da Inglaterra, mais conhecido como João Sem Terra, comprometeu-se a cumprir as leis antigas e costumes da Corte, todavia, após constantes violações e quebras de alianças firmadas, os seus súditos, forçaram-no a assinar o documento hoje intitulado de Magna Carta, onde diversas liberdades individuais e direitos sobre propriedade foram garantidos.

Todavia, não se pode olvidar que os súditos que obtiveram tal façanha não eram das camadas mais baixas da sociedade e sim componentes do clero e da nobreza.

⁵ HECQUARD, Maxence. **Les fondements philosophiques de la démocratie moderne**. Paris: François-Xavier de Guibert, 2007.

Assim, é certo afirmar que se os direitos constantes na Magna Carta eram reflexos de grandes avanços sociais, eles não eram para todos, mas sim para parcela ínfima da população.

Por conseguinte, é de se depreender dos exemplos da democracia ateniense e da Magna Carta Inglesa de 1215 que, quando da pré-história dos direitos fundamentais, foram veiculadas ideias de fundamental importância e que trazem muito do que hoje propagam os direitos fundamentais, mas que tais pensamentos não podem ser tidos além de ideias-chave, uma vez que não alcançavam e sequer se propunham a atingir todos os segmentos sociais.

A segunda fase histórica dos direitos fundamentais é aquela em que se inicia no Século XVI e se estende até o movimento da independência dos Estados Unidos, em 1776.

A fase intermediária se destaca pela elaboração de uma doutrina jusnaturalista e pela afirmação de direitos naturais do homem.

Nesta fase, há a asserção da existência de um direito imanente a todos os homens e existente na consciência dos povos, que seria igual em qualquer parte do mundo e inato ao homem, trata-se do pensamento do Direito Natural.

Sobre o tema, Santo Tomás de Aquino divide do Direito em Positivo e Natural, sendo aquele o direito criado pelos homens e este o direito da divindade, em tese, muito superior ao direito dos homens.

A fim de demonstrar a clara distinção entre o direito natural e o direito positivo, interessante se faz a menção à obra *Antígona*, de Sófocles (2003, p. 25), onde a personagem principal, após a morte de seus dois irmãos (que se matam ao mesmo tempo, quando de um combate), vê-se irredimível com a determinação do soberano de que um de seus irmãos, que lutava no fronte do inimigo, não poderia ser enterrado, devendo perecer ao léu.

Diante da condenação, Antígona assim se insurge ao mandamento do soberano, *in verbis*:⁶

A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são as leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram.

⁶ SÓFOCLES. *Antígona*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 25.

Logo, patente se encontra uma evolução no que diz respeito à generalização dos direitos a todos os povos, contudo, imperiosa se fazia a positivação de tais garantias, num claro movimento pendular da história, tal como acontecera outrora, quando da assinatura da Magna Carta de 1215. Desta feita, com uma distinção: a generalização.

Antes de explicitar as linhas gerais da terceira fase do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, necessária se faz a citação de duas obras de extrema importância para a segunda fase, quais sejam: O Leviatã, de Hobbes e O Príncipe, de Nicolau Maquiavel.

Ambas as obras, mostram um Estado magnânimo, que tudo pode e que, em razão disso, pelo bem ou pelo mal, pela força ou por admiração de seus súditos, deve ser respeitado.

Ainda em consonância com as referidas obras literárias, abaixo de Deus, estaria o Estado, representado pelo seu soberano.

Todavia, com o passar dos anos, surgiu uma necessidade de limitação ao poder irrefreável do Estado. Eis que estava pronto o cenário para o surgimento da terceira fase.

A terceira fase histórica dos direitos fundamentais tem lugar com as revoluções burguesas do Século XVIII, mormente com a Independência dos Estados Unidos (1776) e com a Revolução Francesa (1789).

Após anos como colônia da Inglaterra, os Estados Unidos da América proclamam a sua independência e, algum tempo após, promulgam uma Constituição, diploma normativo a ser observado por todos os entes da federação e que continha uma série de direitos mínimos garantidos a todos os cidadãos.

A federação americana foi a forma de estado adotada pelo novo país a fim de garantir autonomia às 13 (treze) ex-colônias fundantes do novo Estado Nacional, onde seria assegurada a soberania ao país, porém cada membro teria autonomia para a tomada de uma série de decisões locais.

De acordo com NEME (p. 98), “A descentralização, o rompimento com o estado absoluto, o estabelecimento de um processo de representação e participação política e a proteção de liberdades são os valores propulsores para o processo de criação de um novo modelo: a Federação.”⁷

⁷ NEME, Eliana Franco. **O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15046/13717>>. Acesso em: 05 out. 2015.

Assim é que, nos considerandos da Declaração de Independência dos Estados Unidos, proclamou-se o seguinte, *ipsis litteris*:⁸

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos pelos homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo [...].

Logo, assente a necessidade de representatividade e regime democrático, as quais foram, posteriormente, positivadas no bojo da Constituição americana, fenômeno que encontrou repetição em boa parte do mundo ocidental.

Todavia, após a ocorrência das duas grandes guerras mundiais (1914-1918 e 1939- 1945), mormente da Segunda Guerra, onde no *Reich* de Adolf Hitler, sob o manto da legalidade, atrocidades e extermínios humanos foram praticados, restou configurado um quadro de aparente falência do Direito Positivo.

Sobre o tema, MARMELSNTEIN (2014, p. 05), assim se manifestou, *in litteris*:

Confisco de bens, esterilização, tortura, experimentos médicos com seres humanos, pena de morte, deportação, banimento: tudo isso era praticado de forma regular pelos membros do Terceiro Reich, sob o comando de Hitler, como se fosse algo perfeitamente normal. Essa prática mecanicista de atos de crueldade sem qualquer questionamento acerca de sua maldade intrínseca representa aquilo que a filósofa Hannah Arendt chamou de “banalidade do mal”. Havia, no caso, todo um aparato estatal, funcionando de forma burocratizada, estruturado para cometer as maiores atrocidades em nome do Estado.

E mais uma vez, repetindo a ideia outrora esboçada de que a história se reveste de caráter pendular, exsurge a necessidade de um sistema menos positivista e que, efetivamente, concretize uma série de garantias mínimas ao indivíduo.

Tal asserção é feita diante da patente falência do Direito Positivo tão somente, uma vez que, na Alemanha nazista, todas as desumanidades realizadas foram perpetradas sob o manto da lei, com o respaldo do Estado.

Destarte, pressurosa se fazia a adoção de um mecanismo que garantisse ao Direito Positivo um caráter maior de justiça e respeito à existência humana por si só considerada.

⁸ DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html>. Acesso em: 08 fev. 2016.

Há, então, a “readoção” dos princípios, que seriam vetores abstratos do sistema, a guiar a conduta do legislador. Dentre eles, após o fenômeno das grandes guerras, destaca-se aquele da dignidade da pessoa humana. Não pode haver disposição normativa que finde por aviltar a dignidade da pessoa humana, aí compreendido o plexo mínimo de direitos a asseverar à pessoa humana uma vida digna.

Urge, então, do exposto, assimilar a ideia de direitos que se destacam dos demais por serem forma de limitação à atuação estatal, assim como por garantirem a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizando-se, então, como direitos fundamentais.

Contudo, antes de adentrar na precisa conceituação do termo Direitos Humanos, válido se faz breve parêntesis para o conhecimento dos ensinamentos de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que falam que, para o surgimento dos Direitos Fundamentais, deveria existir uma conjugação de três fatores, quais sejam: 1) O Estado; 2) O indivíduo; 3) Um texto normativo regulador da relação entre o Estado e o indivíduo.

O Estado, de acordo com os referidos autores (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 25):

Trata-se do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo.⁹

O segundo elemento precípua para o surgimento dos Direitos Fundamentais, de acordo com DIMOULIS e MARTINS seria o indivíduo. Sobre a temática, inclusive, os autores colocam um questionamento que, apesar de aparentemente simplório, vem revestido de uma forte carga emocional e que revela que o caráter de pessoa nem sempre foi atribuído a todos desde os primórdios da humanidade. A questão que se coloca é “Não existem pessoas desde o início da humanidade?” (DIMITRI; MARTINS, 2008, p. 25).

Se, num primeiro átimo de pensamento, responde-se que sim à questão sobre a existência de pessoas desde o início da humanidade, uma resposta mais demorada leva à

⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

ilação que não, afinal, o caráter de pessoa não era assegurado a todos, basta lembrar que os escravos eram tidos por coisas e comercializados.

E que tal realidade de seres humanos aos quais não se reconhece o *status* de pessoas não parece ter desaparecido por completo do globo terrestre, havendo, talvez, em muitos aspectos, um agravamento da questão. Tal afirmativa pode ser constatada por meio de questões atuais como a dos refugiados de guerra no continente europeu. Exemplo disso é a veiculação diuturna de notícias do tipo: “Alemanha e Turquia estabelecem planos para lidar com a crise de refugiados sírios.”¹⁰ Ou ainda: “ONU alerta para situação cada vez mais grave de refugiados palestinos na Síria.”¹¹

São indivíduos que saem de seus países e abandonam seus pertences, suas famílias e suas histórias em busca de uma vida melhor, sem saber ao certo se chegarão aos seus destinos, afinal, as travessias se dão, em regra, em botes lotados de pessoas, sem comida e água suficientes para todos, sendo constantes os naufrágios.

Poder-se-ia, então, afirmar que os refugiados sírios são e percebem tratamento igual aos dos cidadãos europeus? Muito provavelmente, não. Haveria, por conseguinte, uma classe de indivíduos que, ainda hoje, não são tratados como pessoas ou seriam pessoas de “segunda classe”.

E o exemplo não se restringe apenas aos refugiados, mas também àqueles que vivem em situação de extrema miséria em muitos países da África, por exemplo, sem alimentação, água potável e esgotamento sanitário mínimo.

Todavia, por não ser objetivo do presente trabalho discutir sobre o alcance e concretização do princípio da dignidade humana, passar-se-á ao terceiro elemento trazido por DIMOULIS e MARTINS, qual seja: um texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos.

¹⁰ PARARÁ ONLINE. Alemanha e Turquia estabelecem planos para lidar com crise de refugiados sírios. Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/editoria/mundo/news/933026/?noticia=ALEMANHA+E+TURQUIA+ESTABELECEM+PLANO+PARA+LIDAR+COM+CRISE+DE+REFUGIADOS+SIRIOS>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

¹¹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. ONU alerta para situação cada vez mais grave de refugiados palestinos na Síria. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-situacao-cada-vez-mais-grave-de-refugiados-palestinos-da-siria/>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

No contexto nacional, o texto normativo máximo é a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, e que, no seu Título II dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais.¹²

Ultrapassadas tais considerações, fecundo é o terreno para a assunção de uma conceituação do que vem a ser os direitos fundamentais.

4 Definição dos Direitos Fundamentais

Realizadas tais ponderações e colocado o contexto histórico de surgimento dos Direitos Fundamentais, premente se faz a sua conceituação. A conceituação consiste na indicação do gênero próximo e da diferença específica que torna aquele assunto único dentre os demais.

Para MARMELSTEIN (2014, p. 17),

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica e fundamental, legitimam todo ordenamento jurídico.

Por seu turno, assim se posiciona SARLET (2012, p. 61):

A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica da democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício dos direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro para a sua legitimidade.

Os direitos fundamentais seriam, então, aqueles que guardam íntima relação de imbricação com a limitação à atuação estatal e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sem embargo de tal definição, surge o questionamento acerca da terminologia mais adequada para fazer referência aos direitos fundamentais, haja vista que, perlustrando a Constituição Federal Brasileira, *verbi gratia*, percebe-se a indicação de

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2016.

outros termos, aparentemente sinônimos, tais como direitos humanos, direitos do homem, direitos civis, liberdades públicas, dentre outros. Seriam eles, então, todas variações de um único vocábulo?

Sobre a matéria da terminologia utilizada, interessante o magistério de José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 541), que se posiciona da seguinte forma, *in litteris*:¹³

O exame superficial da literatura jurídica, das Constituições e de textos internacionais sobre a matéria dos direitos fundamentais dá a impressão de que ou existem vários núcleos de significado, definidos por expressões próprias e distintas ou única matriz de sentido com plurissignificantes. A primeira conclusão não suporta uma investigação mais aprofundada. Realmente, se investigarmos ao que buscam dar nome os termos usados, perceberemos que existe um substrato semântico extraído da realidade, inspirado no valor da dignidade humana. A realização dessa dignidade é linha diretiva de um catálogo mais ou menos extenso de direitos, resumida em algumas manifestações terminológicas que surgem à mercê da preferência de autores e constituintes.

Assim encontramos diversas denominações como direitos naturais, direitos inatos, direitos individuais, liberdades individuais, direitos civis, liberdades públicas, direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos, entre outras.

Desta forma, inequívoca a utilização de diversos termos para fazer menção aos direitos fundamentais, entretanto, muitas delas, em verdade, correspondem a outros direitos ou possuem características próprias. Por se entender de maior relevância, far-se-á a distinção dos vocábulos direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem.

Os direitos fundamentais, tal como delineado nas linhas pretéritas, além de disciplinar matérias correlatas à limitação do poder do Estado e do princípio da dignidade da pessoa humana, possuem um caráter mais interno, uma vez que, regra geral, encontram abrigo constitucional. Ao passo que os direitos humanos, por sua vez, em geral, são decorrentes de tratados e convenções internacionais, ou seja, também tutelam interesses inerentes à dignidade da pessoa humana, mas, decorrem de diplomas normativos internacionais.

Por sua vez, os direitos do homem aproximam-se muito mais da ideia de um direito inato a todos os homens e existente na consciência dos povos, possui clara iluminação jusnaturalista.

Sobre a distinção das três terminologias, Ingo Sarlet (2012, p. 29) pontua o seguinte, *in verbis*:

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 541.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

[...]

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.

Do até então exposto, é de se concluir, então, que a terminologia mais adequada é a dos direitos fundamentais.

De posse então da definição acima esposada, far-se-á breve incursão sobre a democracia e sua correlação com os direitos fundamentais.

5 Os direitos fundamentais e a Democracia

É expressa a opção do constituinte originário brasileiro, quando da elaboração da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), pelo Estado Democrático de Direito. Calha gizar que a premência da opção democrática é de tal monta que a forma democrática do estado nacional brasileiro é indicada logo no primeiro artigo da Carta Magna.

Contudo, a fim de compreender tal opção brasileira pela democracia, mister se faz entender o que viria a ser, formal e substancialmente, como define Ingo Sarlet, a democracia.

Nesse diapasão, imperiosa se faz rápida exposição acerca do momento de surgimento da democracia.

É cediço, ao menos no ideário popular, que a democracia encontra nascedouro na Grécia, nos idos do Século III, a. C. Todavia, tal pioneirismo não é unânime dentre

os estudiosos da democracia. De qualquer sorte, sem entrar no mérito de tal discussão, não se pode olvidar que, no seu contexto de origem, a democracia somente era exercida pelo povo grego, não havendo, conforme os ensinamentos de Maxence Hequard (2007), equivalência entre os conceitos de povo e de população, conforme explicitado em linhas anteriores.

De acordo com os apontamentos do referido doutrinador, “a democracia grega reagrupava somente uma ínfima parte da população e o número de cidadãos era pequeno quando comparado com o número absoluto.” [Tradução nossa].¹⁴

Por conseguinte, o povo, tal como concebido na democracia grega, não correspondia à ideia de população. Assim, questiona-se se, nos dias atuais, seria defensável uma democracia de minorias? Explica-se: ao se defender a ideia de uma democracia que afasta do seu controle 95% (noventa e cinco por cento) da população, estar-se-ia, ainda, falando em democracia?

Muito provavelmente, a ideia de uma democracia de minoria, uma contradição em termos, seria rechaçada socialmente.

Logo, não se poderia afirmar que a democracia grega equivale ao que é assumido hodiernamente como democracia. Seria ainda de se questionar até que ponto tal desnaturação do ideário primário de democracia não findaria por comprometer o seu núcleo substancial.

Nesse ínterim, DAHL (2001, p. 19), tratando sobre a possibilidade da ocorrência de outras manifestações democráticas, inclusive anteriores à grega, afirma que “Como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local.”¹⁵

A democracia, mormente, após a Revolução Francesa, nos idos de 1789, tornou-se elemento de obrigação obrigatória nos diplomas normativos mais importantes do país, ainda que, nos textos revolucionários franceses do final do Século XVIII, não tenha encontrado disposição expressa (HEQUARD, 2007, p. 27). Porém, o que, de fato, vem a ser a democracia?

¹⁴ HECQUARD, *ibidem*. No original: La démocratie grecque regroupe seulement une infime partie de la population et le nombre des citoyens est très faible dans l'absolu.

¹⁵ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

De acordo com DAHL (2001, p. 49), o processo democrático, ou seja, a participação dos cidadãos na condução da vida política de um Estado, pode ser aferida por meio de cinco critérios, quais sejam: 1) a participação efetiva dos cidadãos; 2) a igualdade de voto; 3) o entendimento esclarecido; 4) o controle de programa de planejamento e 5) a inclusão dos adultos.

Embora pareçam ser critérios de simples instalação, a lembrança, trazida por Dahl, que o país com a maior população do mundo, a China, não é uma democracia consolidada, assim como que o maior país do mundo, a Rússia, atravessa ela também recente processo de democratização, demonstra em números brutos o quão distante ainda se está da concretização do ideário de democracia.

Com relação à inclusão dos adultos, interessante se faz pontuar que, até meados da década de 50, há poucos anos atrás, metade da população adulta, as mulheres, sequer tinha direito ao voto.

Ainda assim, o Século XX sagrou-se como Século da democracia, no qual, de acordo com Héquard (2007), a democracia se tornou uma referência obrigatória do discurso político.¹⁶

Tal entendimento também é corroborado por Villas Bôas Filho (2013) que a democracia se tornou “uma espécie de emblema que fundamenta o sistema simbólico de legitimação do poder político e do direito.”

O referido autor fala ainda de um uso tão corriqueiro e dissociado de conteúdo preciso do termo democracia que conduz a uma “anfibia da do conceito.”

Assim, conquanto a esmagadora maioria dos países se proclame democrática, havendo informações no sentido de que, no globo terrestre, dentre os signatários do Pacto da Varsóvia, apenas 06 (seis) dos 186 (cento e oitenta e seis) países não se declare democrática, em que consistiria, de fato, a opção do constituinte, no caso nacional, o brasileiro, pela democracia?

A democracia, para além de um ideal, reveste-se do caráter de prática, sendo que, no mundo real, a distância entre o dever ser e o ser pode assumir consideráveis proporções.

¹⁶ HEQUARD, op. cit.

De acordo com SARLET (2013), para além de uma preocupação com um Estado Democrático de Direito em seu aspecto formal, premente se faz a constante persecução pela democracia substancial, de forma que “sem reconhecimento, respeito, proteção e promoção de determinados princípios (e valores) e direitos fundamentais” a democracia se descaracteriza e, malgrado seja “governo do povo” possa não ser um “governo para o povo.”¹⁷

Sobre tal preocupação com deturpações do sentido precípua da democracia, também apresenta as suas inquietações Marcel Gauchet. De acordo com Gauchet (2008), a democracia, a fim de funcionar de forma ideal, deveria consistir na aplicação conjunta e harmônica do direito, da política e da história.¹⁸

Todavia, uma, dentre as várias crises de crescimento da democracia, assume proporções nunca dantes vistas e leva ao comprometimento das bases da democracia, em um fenômeno que o autor francês chama de autodestruição dos alicerces democráticos.

Entretanto, em que consistiria tal crise? De acordo com Gauchet, a crise se deve ao “empoderamento” do Direito com relação às outras duas vertentes necessárias [política e história] para a democracia harmoniosa.

Assim, passa-se a valorizar sobremaneira o direito do homem, enquanto indivíduo, em detrimento da maioria. E não haveria como compatibilizar de forma equânime os interesses individuais e coletivos, passando-se, então, ao atual estágio da democracia, denominado por Gauchet, de democracia mínima, onde a democracia “reina, mas não governa”.

Nesse contexto, emerge a necessidade de saber como tornar a democracia real e não apenas um ideal, principalmente diante da constatação de que a maioria dos estados nacionais se proclama democrática.

Para tanto, é interessante se valer da distinção realizada por Dahl, que afirma a existência de democracias consolidadas e de outras, em via de consolidação. De acordo com o referido autor, para as primeiras, o desafio que se coloca é aquele de

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F91103924%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000151253a0c32ce279ae1#sl=e&eid=59928e88f29cd4f7ecb0f620cf11789b&eat=a-91104627&pg=1&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

¹⁸ GAUCHET, Marcel. **La democracia: de una crisis a otra**. 1. ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 2008.

aprimoramento da democracia, ao passo que para as segundas, o incitamento é relativo à instalação da democracia.

É certo que existem países onde a suposta cultura democrática faz-se mais forte, ao passo que existem alguns outros em que o fenômeno democrático é mais recente.

Contudo, na prática, como identificar as democracias consolidadas e as democracias em consolidação?

Com o intento de responder a tal questionamento, é interessante trazer à exposição parte do conteúdo de uma matéria realizada pela BBC Brasil, que informa o seguinte, *in litteris*:

[...] cientistas políticos apontam diferentes fatores que reduzem a qualidade do regime democrático brasileiro, como o poder limitado da população de monitorar e influenciar as decisões do governo, a corrupção elevada e a desigualdade social ainda alta, que limita os direitos de parte da população.

"A nossa democracia ainda é muito pouco democrática", afirma Marcos Nobre, professor de filosofia da Unicamp. "Uma coisa é você falar de instituições formais da democracia. Há um Judiciário relativamente independente, todos têm direito ao voto, etc. Mas democracia não é só isso. Não são só instituições democráticas em funcionamento formal", ressalta.¹⁹

Ainda na referida matéria jornalística, consta a informação de que, de acordo com pesquisa promovida pela Economist Intelligence Unit (EIU), que confecciona um índice de países, classificados de acordo com o desenvolvimento democrático, o Brasil figura como 44º país mais democrático, dentre os 167 (cento e sessenta e sete) países analisados. Em consentaneidade com a matéria supra indicada, a Noruega figura como país mais democrático do mundo, sendo que a Coreia do Norte figura como o estado nacional menos democrático.

Por conseguinte, é de se concluir que existem gradações de concretização democrática, não sendo suficiente a mera afirmação do país enquanto democrático.

Utiliza-se, corriqueiramente, a terminologia de democracia completa e incompleta, todavia, diante da ideia de que a incompletude não caracterizaria, de fato, uma opção, prefere-se utilizar a nomenclatura “democracias consolidadas” e “democracias em consolidação”.

¹⁹ SCHREIBER, Mariana. **Trinta anos após a ditadura, Brasil tem ‘democracia imperfeita’.**

Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150313_democracia_30anos_pai_ms>. Acesso em: 10 dez. 2015.

É certo, então, que democracias consolidadas diferenciar-se-iam das democracias em consolidação pela cultura democrática mais sedimentada no espectro social. No entanto, persiste a dúvida com relação a uma análise mais minuciosa, como se daria?

Sobre o tema, válidos os escólios de Carlos Melo (2014), que assim se posiciona:

[...] tampouco democracia é apenas um regime de quantidade. Uma vez estabelecida como o processo de decisão política em determinado país, tão importante quanto a observação das vontades da maioria é também a qualidade com que essa democracia se processa; por quais métodos e mecanismos. Se seu modo de decisão tem contribuído para a melhoria da vida dos indivíduos, se as liberdades políticas não são apenas de jure, mas de facto; se as instituições que essa democracia promove são efetivas; acima da personalidade dos agentes políticos; se os valores democráticos são perenes.

²⁰

Na América, principalmente, na parte latina, os anos 60 a 70, regra geral, foram marcados por fortes regimes ditatoriais, havendo grande parte dos países, na década de 80, passado por um processo político de “abandono” do regime ditatorial e “redemocratização”.

No Brasil, não foi diferente, estima-se que o período ditatorial tenha perdurado de 1964 a 1984.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, assim, seria produto da redemocratização do país.

Colocada tal distinção, premente se faz a análise da opção constitucional brasileira pelo Estado Democrático de Direito.

6 A opção do constituinte brasileiro pelo Estado Democrático de Direito

Consoante explicitado em linhas pretéritas, o constituinte originário brasileiro, quando da elaboração da atual carta política, indicou expressamente e no primeiro artigo da Constituição Federal a opção federativa pelo Estado Democrático de Direito.

²⁰ MELO, Carlos. **Resenha:** a qualidade de uma jovem democracia. Disponível em: <<http://qualidadedemocracia.com.br/2014/01/30/resenha-a-qualidade-de-uma-jovem-democracia/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Tal opção corrobora com as explicações outrora realizadas e finda por seguir a corrente mundial, valendo-se da repetição obrigatória do termo democracia nos diplomas políticos fundamentais da nação.

Nesse diapasão, Nelson Nery Júnior, afirma que a opção pela locução Estado Democrático de Direito não se deu sem motivo, mas que reflete uma preocupação com “a tomada de medidas (administrativas, legais e jurisdicionais) apenas pelo clamor popular, o limite para o Estado Democrático é o Estado de Direito.”

7 Direitos Fundamentais e democracia

Do até então desenvolvido, surge a questão relativa à necessidade de concretização dos direitos humanos para a efetividade democrática. Seria possível a democracia sem direitos humanos ou direitos humanos sem democracia?

Sobre o assunto, a despeito de ser desejável uma resposta afirmativa ou negativa, a refutação possível seria um depende.

Explica-se.

Tanto os Direitos Fundamentais quanto a Democracia são ideias e práticas e entre o que deveriam ser e o que efetivamente são, em muitos dos casos, há uma distância abissal.

Assim, em se considerando que, de acordo com a implantação e desenvolvimento de requisitos objetivos, é possível escalar as democracias, é de se imaginar que o mesmo possa se dar com relação aos direitos fundamentais, que encontram maior ou menor concretização nos diversos estados nacionais.

Democracia e direitos fundamentais podem estar conjugados, mas, não se pode olvidar que ambos são fenômenos de aparição esparsa e temporária ao longo da história da humanidade.

8 Conclusão

Consoante desenvolvido, os direitos fundamentais são aqueles que tutelam prestações relativas à limitação do poder estatal e à dignidade da pessoa humana. Na análise ora pretendida, contudo, especial destaque se deu à limitação do poder estatal, uma vez que se propôs um paralelo entre os direitos fundamentais e a democracia.

Seria, então, possível a concretização de direitos fundamentais em um estado não democrático?

Antes de responder a tal indagação, calha gizar que, conforme dito alhures, a grande maioria dos países ocidentais se proclama democrática, a despeito de existirem diferenças notáveis entre as democracias consolidadas e as em consolidação.

Pois bem.

Tanto a efetiva democracia quanto a concretização dos direitos fundamentais possuem estágios de desenvolvimento distintos, que variam de acordo com o Estado nacional observado. Contudo, aparentemente, desenvolvem-se de forma conjunta, ainda que não se saiba se indissociável.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2016.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html>. Acesso em: 08 fev. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

GAUCHET, Marcel. **La democracia: de una crisis a outra**. 1. ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 2008.

HECQUARD, Maxence. **Les fondements philosophiques de la démocratie moderne**. Paris: François-Xavier de Guibert, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14-15.

MELO, Carlos. **Resenha: a qualidade de uma jovem democracia**. Disponível em: <<http://qualidadedademocracia.com.br/2014/01/30/resenha-a-qualidade-de-uma-jovem-democracia/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

MICHAELIS. Fundamental. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fundamental>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

NEME, Eliana Franco. **O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15046/13717>>. Acesso em: 05 out. 2015.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. ONU alerta para situação cada vez mais grave de refugiados palestinos na Síria. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-situacao-cada-vez-mais-grave-de-refugiados-palestinos-da-siria/>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

PARARÁ ONLINE. Alemanha e Turquia estabelecem planos para lidar com crise de refugiados sírios. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/mundo/news/933026/?noticia=ALEMANHA+E+TURQUIA+ES+TABELECEM+PLANO+PARA+LIDAR+COM+CRISE+DE+REFUGIADOS+SIRIO+S>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 541.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F91103924%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000151253a0c32ce279ae1#sl=e&eid=59928e88f29cd4f7ecb0f620cf11789b&eat=a-91104627&pg=1&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SCHREIBER, Mariana. **Trinta anos após a ditadura, Brasil tem ‘democracia imperfeita’**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150313_democracia_30anos_pai_ms>. Acesso em: 10 dez. 2015.

SÓFOCLES. **Antígona**. 8. ed. São P