

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PODERES DE RESISTÊNCIA PERANTE O ESTADO

Ramon da Silva Sandi¹

Draiton Gonzaga de Souza²

Cleide Calgaro³

Resumo: O presente trabalho analisa o desenvolvimento dos direitos fundamentais e seus poderes de resistência perante o Estado. No que tange o constitucionalismo contemporâneo, esses direitos estão formalmente e/ou materialmente catalogados, sendo uma forma de vinculação jurisdicional que impede,

¹ Bacharel em Filosofia e Bacharelado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Bolsista BIC/UCS/Mestrado em Direito da UCS. Aluno pesquisador do Grupo Metamorfose Jurídica.

² Bacharel em Filosofia e em Direito. Realizou o mestrado em Filosofia e em Direito. Concluiu o doutorado em Filosofia pela Universidade de Kassel (Alemanha), em 1998, com bolsa CAPES-DAAD. Realizou pós-doutorado na Universidade de Tübingen (Prof. Dr. Otfried Höffe) e no Hegel-Archiv, da Universidade de Bochum (Prof. Dr. Walter Jaeschke), como bolsista da Fundação Alexander von Humboldt. Recebeu, em 2003, prêmio do DAAD, e, em 2013, da Fundação Alexander von Humboldt (Humboldt-Alumuni-Preis) devido ao engajamento na cooperação acadêmica Brasil-Alemanha. É Professor Titular e Decano da Escola de Humanidades da PUCRS, atuando, na graduação e na pós-graduação, como Professor Permanente no PPG em Filosofia e no PPG em Direito da PUCRS. É Advogado, Tradutor Público e Intérprete Comercial concursado para o idioma alemão e Vice-Direitor do CDEA (Centro de Estudos Europeus e Alemães - UFRGS-PUCRS-DAAD)

³ Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Atualmente é Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica".

mesmo com o total consenso legislativo, escolhas arbitrárias tidas como contrárias ao texto de uma Lei Fundamental. O método utilizado para o desenvolvimento do trabalho é o hermenêutico. Conclui-se que, não obstante a delimitação dos poderes democráticos, os direitos fundamentais possibilitam uma transformação social pautada em critérios objetivos e seguros para escolhas em momentos de instabilidade institucional.

Palavras-Chave: direitos fundamentais; direitos de resistência; constitucionalismo; democracia.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR POWERS OF RESISTANCE BEFORE THE STATE.

Abstract: This text analyzes the development of Fundamental Rights and their powers of resistance before the State. With regard to contemporary constitutionalism, these rights are formally and / or materially catalogued, which are a form of jurisdictional linkage that prevents arbitrary choices considered as contrary to the text of a Fundamental Law even with the total legislative agreement. The method used for the development of the work is the hermeneutic. Despite the delimitation of democratic powers, it is concluded that Fundamental Rights enable a social transformation based on objective and safe criteria for choices in times of institutional instability.

Keywords: Fundamental Rights; Rights of Resistance; constitutionalism; democracy.

INTRODUÇÃO



s Direitos Fundamentais, ao longo da história, constroem-se com a compreensão de dignidade da pessoa humana e com o conceito de Estado de Direito, no que

tange a capacidade de limitação do poder estatal perante as liberdades individuais de cada pessoa e/ou de cada cidadão (em alemão, *Abwehrrecht*). Esse limitador da *potestas* estatal é cunhado por Jellinek (1851-1911) como *status negativus*, ou seja, direito de resistência da pessoa humana perante a autoridade pública. Historicamente, como afirma Carl Schmitt (1993, p.295), esses direitos surgem primeiramente para classes específicas de cidadãos, no caso, para barões e burgueses.

Pontos de inflexão nesse âmbito social foram a “Magna Carta” de 1215; o *Bill of Rights* de 1688 e a Constituição Norte Americana de 1787. Todavia, mesmo que as matérias constitucionais fossem de grande importância, não obtiveram o mesmo impacto político e social que *La Déclaration française des droits de l’homme et du citoyen* de 1789. Essa declaração teve como pontos de proteção importantes a liberdade, a propriedade e a segurança. Com o advento da positivação das leis e do enfraquecimento do *modus operandi* da compreensão de razão natural, o constitucionalismo moderno cria para si direitos fundamentais que crê ser importante para seu contexto histórico e social. Diferentes, mas não excludentes, dos direitos humanos, que são o reconhecimento de direitos à pessoa enquanto tal, os direitos fundamentais são direitos positivos de determinado Estado.

Dentro do âmbito constitucional, portanto, é a *Bonner Grundgesetz* (Lei Fundamental de Bonn) de 1949 que traz elementos substanciais de entendimento da ação estatal a partir da proteção desses direitos. Atualmente, após a vivência dos chamados Estados Sociais no século XX, as constituições vinculam o Estado a prestações de garantias e ações fundamentais ao cidadão.

Contemporaneamente, compreende-se que o texto constitucional não traz somente direitos formalmente postos, mas também materialmente considerados. É o que afirma a Constituição Federal do Brasil de 1988 quando proclama que dela não são excluídos outros direitos que possam dela advir a partir de

seus princípios (Art. 5º, §2). Por fim, é nítido o aspecto de proteção das minorias presente nos direitos fundamentais e, por isso, seu poder perante as decisões democráticas. A pergunta a ser posta é se esses direitos não acabam sendo um entrave para as decisões dos cidadãos representados consensualmente pelo Parlamento.

Desse modo, o presente trabalho busca analisar historicamente o desenvolvimento dos direitos fundamentais, como meio de proteção às pessoas e cidadãos perante os atos volitivos dos governantes ou contra o poder consensual das maiorias citadinas representadas pelo poder legislativo.

O método utilizado é o hermenêutico tendo como fundamento o estudo de bibliografias referentes a problemática traçada. Conclui-se que os direitos fundamentais possibilitam efetiva tutela de vinculação jurídica protecional às pessoas de determinado Estado e que, mesmo com a expansão formal e material desses direitos, a democracia não é reduzida a simples obediência de um contrato pré-estabelecido por um poder constituinte de uma geração anterior, mas possui a capacidade de fundamentar substancialmente e valorativamente decisões que, em determinada instabilidade constitucional, poderiam afetar severamente o direitos da minorias.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história dos direitos fundamentais é a história dos direitos subjetivos perante o poder do governante e do Estado. Mais recentemente, tem sido também o poder contra a maioria legislativa, onde mesmo a vontade geral concebida por Rousseau possui restrições de poder decisório. Seguindo o pensamento de Canotilho (1998, p.347) os “direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivam

consequências jurídicas”. Destarte, conquanto este trabalho proponha o tema de direitos fundamentais, é mister relacionar o tema com o constitucionalismo e a dignidade da pessoa humana, mesmo que, nesse texto, sejam elementos de complementação teórica ao assunto proposto. Sabe-se que a dignidade humana é a fonte, em certos momentos da história, desses direitos que aqui se propõe dissertar. Contudo, considerando o constitucionalismo como lei positiva de determinado Estado, estar-se-á perante a tese de que não necessariamente os direitos fundamentais advenham estritamente dos direitos humanos, a partir de um caráter supranacional (cf. SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.253).

Em busca de uma genealogia dos direitos fundamentais, em relação às formas de governo e Estado atuais, já em 1215, contra os poderes do rei inglês, João Sem-Terra, e dos *writs*⁴, os senhores feudais, através da Magna Carta, delimitaram a jurisdição real sobre barões e vassalos (cf. GILISSEN, 2003, p.210). Após esse período, ainda na Inglaterra, em 1689, tem-se a Revolução Gloriosa, com a supremacia do parlamento numa monarquia constitucional. Nesses fatos, planta-se a base para o poder de resistência, apesar de estar muito delimitado a uma parte da hierarquia social. Como afirma Schmitt (1993, p. 295).

On a souvent cite comme première déclaration de droits fondamentaux la Magna carta 1215, les actes d’habeas corpus de 1679 (garantie contre les arrestations arbitraires et droit à une audition par un juge) et Le Bill of Rights de 1688. Ce sont en réalité des reglementations par pacte ou par loi des droits des barons ou des citoyens anglais qui ont revêtu au cours d’une évolution progressive le caractere de principes modernes, mais sans avoir Le sens originel de droits fondamentaux.⁵

⁴ Os *writs* eram o aceite para um pedido requerido por alguém do povo, expedido por um colaborador do rei. Essa era uma ordem ao réu para satisfazer a queixa do autor do pedido (cf. GILISSEN, 2003, p.210).

⁵ Temos costume de citar como a primeira declaração de direitos fundamentais a Carta Magna de 1215, os atos de habeas corpus de 1679 (garantia contra as prisões arbitrárias e direito a uma audição por um juiz) e o Bill of Rights de 1688. São em realidade

Pode-se dizer, então, que ocorre na Inglaterra a origem da capacidade de delimitação do poder real, contudo, sua extensão a somente algumas partes da hierarquia não forja um início fulcral desses direitos. Ao menos não tanto quanto a Revolução Francesa.

No tocante à teorização de pensadores sobre o tema, a partir do século XVI, o direito natural “começa a avançar na seara do pensamento filosófico europeu, com destaque, no que diz com as primeiras formulações a respeito de direitos da pessoa humana [...] com o reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.253). No século XVII, o que era tido como liberdade e dignidade, encontram-se com as formulações de autores sobre a submissão à autoridade (cf. SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.253). Essa busca contra a arbitrariedade dos governantes, agora do Estado, encontra em Kant seu ápice de notoriedade. Como está escrito nos *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, “o Homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade” (KANT, 2007, p. 68).

A partir desses princípios nitidamente expostos pelo Iluminismo, constata-se suas influências às revoluções Americana e Francesa. Tem-se na primeira a edição da Constituição Federal de 1787, influenciada pelas declarações de direitos dos Estados da Virgínia (1776) e da Pensilvânia (1776). Os direitos fundamentais descritos em tais declarações são a liberdade em geral; liberdade religiosa e de crença; direito de resistência; propriedade privada e segurança (cf. SCHMITT, 1993, p.295). O que é importante ter presente nos ideais americanos é que esses, diferentemente da Inglaterra, não tiveram apenas

regras para pacto ou por lei dos direitos dos barões ou dos cidadãos ingleses que assumiram uma revolução progressiva de caráter de princípios modernos, mas sem haver o sentido original dos direitos fundamentais (Tradução nossa).

por finalidade limitar o poder do rei, [para] proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal, como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem (SILVA, 2014, p.156).

Mas é com a Revolução Francesa que esses ideais de direitos perpassam as instituições e aos cidadãos dos burgos de tal país. Antes da Revolução, o próprio Rei Luís XIV afirmava que era a total representação do Estado (*L'état c'est moi*) e havia os juristas que procuravam fundamentar em sua seara “a onipotência do monarca – os direitos do rei – diante das resistências que este encontrava no exercício corrente do poder” (LAQUIÈZE, 2006, p.339). Contra esse poder arbitrário, a França pressupõe direitos, tal como os americanos, de propriedade, liberdade, segurança e de resistência. Contudo, não garante a liberdade religiosa, nem de associação. Mesmo que o catálogo dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) não possua direitos que outras revoluções já tenham adquirido, sua grandeza está no arquétipo comum de direitos aos cidadãos e toda a humanidade. “Comme le précise son préambule, la déclaration française vise à rappeler solennellement à tous les membres de la communauté leurs droits et leurs devoirs”⁶ (SCHMITT, 1993, p.297). Como muito bem explicita José Afonso da Silva (2014, p.160), ao afirmar que há direitos do homem e do cidadão, há uma distinção não vista antes em outras declarações e constituições. Os direitos do homem são

de caráter pré-social, concernentes ao homem independentemente de sua integração em uma sociedade política. [...] Os segundos (direitos dos cidadãos) são direitos que pertencem aos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política, e são o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por representantes, para a formação da lei⁷.

⁶ “a onipotência do monarca – os direitos do rei – diante das resistências que este encontrava no exercício corrente do poder” (tradução nossa).

⁷“As declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma

Como declarou Boutmy (1907, p. 139-140 apud. BONAVIDES, 2014, p.576), “foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas declarações”.

Na Alemanha, enquanto nos Estados Nacionais (França, Inglaterra, Estados Unidos) havia a influência promovida pelos ideais de seus intelectuais, existia alguma resistência a admissibilidade desses direitos. De acordo com Konrad Hesse (2009, p.26), foram acolhidos, com certa dificuldade, os direitos fundamentais nas Constituições dos estados alemães da Baviera (1819), de Baden (1818), de Wurtemberg (1819) e da Prússia (1850). “Nessas cartas, de fato, não compareciam nem *Urrechte* (direitos originários), nem *Menschenrechte* (direitos do homem), mas somente *bürgerliche und politische Rechte* (direitos civis e políticos) ou *staatsbürgerliche Rechte* (direito dos cidadãos)” (GOZZI, 2006, p.314). Tal dificuldade ocorre, pois,

während in Frankreich 1789 ausschliesslich die neue politische Ordnung und Verfassung in einem in seiner nationalen Grundlage unbestrittenen französischen Staat umkämpft war, war in Deutschland auf der Ebene über den Einzelstaaten das vorrangige Problem der nationalen Einheitsbildung ungelöst⁸ (STERN, 2000, p.17).

Além desse obstáculo político-territorial, a *Assembleia Nacional de Frankfurt*, ao tentar fundar o *Reich*, empenhou-se em aprovar uma ampla garantia de direitos, mas fracassou. “O Império alemão que logo se fundou em 1871, não se baseava nos direitos do povo, mas nos dos príncipes; conseqüentemente, a Constituição de 1871 não continha quaisquer direitos

camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade” (BONAVIDES, 2014, p.576).

⁸ Enquanto na França de 1789 a nova ordem política e a constituição foram travadas num pressuposto nacional francês, que era uma base incontestável, o principal problema da unidade nacional não foi resolvido na Alemanha ao nível acima dos estados individuais (tradução nossa)

fundamentais” (HESSE, 2009, p.27)⁹. Contudo, isso não significa que, teoricamente, os autores alemães não estivessem a elucubrar sobre esse tema da resistência subjetiva, vivenciando uma tensão entre o jusnaturalismo e o positivismo. Mesmo entre essas contrariedades, procurava-se, como demonstra a tese de Stahl (1878, p.137 apud. GOZZI, 2006, p.), ao dissertar sobre Estado de Direito, “determinar precisamente e com certeza as linhas e os limites da sua atividade [do Estado], assim como a livre esfera dos seus cidadãos, segundo as modalidades do direito”.

Nesse ínterim, credita-se ao autor alemão Georg Jellinek (1851-1911) a sistematização de direitos fundamentais, quanto a direitos individuais que vinculam o Estado (cf. DIMOULIS; MARTINS, 2012, p.48). Os direitos de resistência (*Abwehrrecht*), pois, são tidos como aqueles em que há uma pretensão de resistência ao poder estatal. Em alemão, essa característica representa-se na expressão: *Kein Eingriff in Eigentum und Freiheit ohne Gesetz*, ou seja, não haverá intervenção na propriedade sem lei autorizando-a (cf. DIMOULIS; MARTINS, 2012, p.48). Nesse contexto, Jellinek formula quatro distinções na relação *Rechtsstaat* e direitos subjetivos dentro do Estado de Direito (cf. GOZZI, 2006, p.329). São esses o *status passivus* (deveres do súdito perante o Estado), o *status negativus* (liberdade do homem perante a ordem pública), o *status positivus* (atribuição do Estado a direitos públicos subjetivos) e *status activus* (direitos

⁹“Am deutlichsten zeigte sich die organisationsrechtliche Konzeption der Paulskirche in den Regeln über das Regierungssystem. Obwohl nach den Vorstellungen der Paulskirche die Gravitation des politischen Lebens im Parlament staatfinden sollte, schritt man bewusst nicht zur Parlamentarisation. In bezeichnender Argumentation setzte man dem Prinzip des Parlamentarismus die Rechtsstaatvorstellung entgegen. Massgeblich war der Gedanke, dass eine absolut regierende Versammlung der Freiheit ebenso gefährlich werden könne wie ein einzelner Despot. Insgesamt ergab das vielfältig Zusammenspiel von einzelnen Rechten und Gegenrechten von Parlament und Kaiser ein Modell, das das Prinzip einer Parität zwischen Fürst und Volk möglichst weit verwirklichen wollte und die Mitte dem vormärzlichen Vorrang des monarchischen Prinzips und der Präponderanz der Volksvertretung im ausgebildeten Parlamentarismus anstrebe“ (STERN, 2000, p.19).

políticos aos cidadãos).

No final do século XIX, o *status negativus* era o mais evidenciado pelos pensadores e pela política da época, pois

os direitos de resistência correspondem à concepção liberal clássica que procura impor limitações à atividade do Estado, para preservar a liberdade pessoal que inclui a atuação econômica e o usufruto da propriedade. Dessa forma, objetiva-se afastar quaisquer possibilidades de intervenções arbitrárias na esfera individual (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p.48).

Dentro do século XX, houve tentativas de não somente circunscrever o Estado em delimitações formais, mas também dá-lo e vinculá-lo a capacidade legal de conferir direitos aos cidadãos. Com a industrialização e os graves problemas socioeconômicos dela advindos, gerou-se a percepção da necessidade de atuação da administração pública para com seu povo,

gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao estado comportamento ativo na realização da justiça social [...] revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida da doutrina francesa (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.261).

Em geral, esses direitos sociais possuem a característica de prover políticas públicas para que, também, o *status negativo*, por exemplo, da liberdade e da propriedade possa ser garantido (símbolo dessa proposta é o *Welfare State* norte-americano). Se antes era posto como supremo o princípio da liberdade, agora seria alvitrada uma maior ênfase à igualdade.

Essa perspectiva da ação positiva do Estado procurou ter início, substancialmente, no que tange o constitucionalismo, nos Direitos Fundamentais propostos na República de Weimar¹⁰

¹⁰ Como expõe Schmitt (1993, p.309), contra somente uma atitude liberal burguesa do Estado, “les dispositions de la constitution de Weimar sur la fonction publique fournissent un vrai exemple de garantie institutionnelle. Elles garantissent Le maintien d’une fonction publique de métier qui <doit être au service de la collectivité et non d’un parti> (art.130 RV)”. É claro que a função social protege, principalmente os detentores da propriedade, mas não se pode deixar de reconhecer a tentativa de

(1919) (cf. HESSE, 2009, p.27). Contudo, na opinião de Hesse (2009, p.27-28) sob a influência de Jellinek quanto ao caráter jurídico-privado e administrativo de sua concepção, houve o fortalecimento de um formalismo e positivismo que acabaram não permitindo a estabilização dos direitos até o ano de 1933.

Após a Segunda Guerra Mundial, com todas as atrocidades e desrespeitos de direitos já conhecidos, a Lei Fundamental alemã principia seu texto com a garantia e inalienabilidade dos direitos fundamentais.

Der Rechtsstaat gründet auf der Anerkennung einer ihm vorgegebenen Menschenwürde (Art.1 Abs. 1 GG), die den Staatsaufgaben der Gewährleistung von Sicherheit, Freiheit und Sozialen Ausgleich ihreseits Gehalt und Richtung vermittelt. “Sie soll den Menschen davor Schützen, das er durch den Staat oder durch seine Mirbürger als blosses Objektiv, das unter vollständiger Verfügung eines anderen Menschen Steht, als Nummer eines Kollektivs, als Rädchen im Räderwerk behandelt und dass ihm damit jede eigene geistig-moralische oder gar physische Existenz genommen wird“. ((STERN, 2000, p.1003).

Dessa forma, expõe-se o novo modelo que será seguido por outros Estados. Seria o novo “significado constituinte dos direitos fundamentais para esse ordenamento após a época de menosprezo e graves violações dos direitos humanos pelo regime nacional-socialista” (HESSE, 2009, p.30). Destarte, se antes havia o Estado legislativo de Direito em que a concepção formal da lei garantia sua validade e eficácia a partir da onipotência do legislador, realizou-se uma mudança, “neste último meio século, com a subordinação da própria lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a constituição, hierarquicamente supra-ordenada à legislação ordinária” (FERRAJOLI, 2006, p.424). Além da constitucionalização dos direitos fundamentais, dentro da jurisdição, após as atrocidades cometidas e ratificadas pelo âmbito jurídico,

institucionalizar o caráter mais público-social dessa legislação conjugada a outros fatores sociais.

no pós-guerra, a nova ‘jurisprudência dos valores’ propôs, assim, uma teoria aberta a todos valores – também espirituais – que pudessem inspirar o juiz. Com uma lição da história: os valores precisavam ser compatíveis com já presentes no ordenamento (LOSANO, 2010, p.244).¹¹

Por conseguinte, tanto a legislação ordinária vigente, quanto a aplicação da lei precisam, nos atuais ordenamentos jurídicos, estar pautados em princípios e fins instituídos por suas Constituições. Isso garante ao povo, dimensões de proteção. Ou seja, a Constituição protege características sociais relevantes que vinculam a aplicação da lei diretamente a ela. Nesse ínterim, os direitos fundamentais

são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse aspecto teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria matéria da Constituição, e sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder (BONAVIDES, 2014, p.618).¹²

¹¹ “Somente após a Segunda Guerra Mundial, no dia seguinte à derrota nazifascista, é reconhecido e sancionado – com a introdução da garantia jurisdicional do anulamento das leis inconstitucionais por obra de Cortes específicas, e não pela sua simples desaplicação no caso concreto, como no modelo americano – o significado e o alcance normativo da rigidez das constituições como normas supra ordenadas à legislação ordinária. E não é por acaso que esta garantia é introduzida na Itália e na Alemanha, e depois na Espanha e em Portugal, onde se redescobre, depois da experiência das ditaduras fascistas e do consenso de massa de que elas usufruíram usufruíram, o papel da constituição como limite e vínculo contra os poderes da maioria, segundo a noção estabelecida dois séculos atrás no artigo 16 da declaração de 1789: não existe constituição caso ‘não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes’”. São esses exatamente os dois princípios e valores que tinham sido negados pelo fascismo e que constituem, por sua vez, a negação do próprio fascismo” (FERRAJOLI, 2006, p.437).

¹²“Hier geht es vor allem um die fälle, in denen sich die Verfassungsbeschwerde gegen die grunrechtswidrige Auslegung und/oder gegen die grundrechtswidrige

A partir dessas valorações dos direitos fundamentais, concebeu-se três dimensões ou gerações, que foram esclarecidamente propostas por Karel Vasak em sua aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. (cf. BONAVIDES, 2014, p.577). Os direitos de primeira geração teriam por titular o indivíduo e sua liberdade. Seriam os tradicionais direitos advindos do *status negativus* da atuação estatal. Os de segunda geração foram os mais requisitados no século XX, principalmente no pós-guerra, a partir das necessidades culturais e econômicas coletivas. Não são, portanto, somente prestacionais, mas sua positividade suporta também as liberdades sociais (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.262). Como afirma Canotilho (1998, p.369),

muitos destes direitos consistem em direitos a prestações ou actividades do Estado, mas na categoria de direitos económicos, sociais e culturais a Constituição (portuguesa) inclui direitos de natureza negativo-defensiva [...]. Por outro lado, o destinatário de alguns destes direitos não é apenas o Estado, mas também a generalidade dos cidadãos.

Os direitos fundamentais de terceira geração assentam sua base sobre a fraternidade, transcendendo direitos de um grupo ou de determinado Estado, para o gênero humano em geral (cf. BONAVIDES, 2014, p.583), exigindo “esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p.263).

Pergunta-se, hoje, o quanto é viável a aceitação de

Anwendung eines Gesetzes im Einzelfall durch das Gerichtwendet. Dem liegt eine elementare Erfindung zugrunde. Die Grundrechte sind nicht nur Massstab für die Gültigkeit der Rechtsnormen, sondern auch für deren Auslegung und Anwendung: „Denn das Grundgesetz ist als ranghöchstes innerstaatliches Recht nicht nur Massstab für die Gültigkeit von Rechtsnormen...; auch inhaltlich ist jede dieser Rechtsnormen in Einklang mit dem GG auszulegen“. Die Auslegung der Norm hat verfassungsgemäss des einfachen Rechts gibt es verfassungsrechtliche Grenzen. Die Gerichte haben dem Einfluss (der „Ausstrahlungswirkung“) der Grundrechte z. B. Auf die Vorschriften auch des bürgerlichen rechts Rechnung zu tragen. Und dasselbe gilt für die anschließende Anwendung (Subsumtion) der Norm auf den Einzelfall“ (SCHLAICH; KORIOTH, 2001, p.191).

direitos fundamentais de quarta ou quinta geração. Respetivamente, são direitos à democracia e ao pluralismo; e à paz. Aparentemente, é preciso ainda aguardar uma real efetividade desses direitos no constitucionalismo contemporâneo. Entretanto, a preocupação para com essas dimensões conota a importância de, cada vez mais, proteger o indivíduo para uma efetiva realização pessoal, social e internacional.

Se as discussões das dimensões dos direitos fundamentais referem-se mais ao caráter material da tutela constitucional, no que se refere aos textos das constituições, pergunta-se, no âmbito formal, “como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais” (CANOTILHO, 1998, p.369). Nesse sentido, como exemplo dessa tentativa de equiparação formal e material, afirma a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, §2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A dúvida subjacente aqui é sobre a situação do poder da sociedade perante uma maior inflação da Constituição e, desse modo, o poder político-legislativo perante o jurídico.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

A partir do pós-guerra, é nítido a força vinculativa jurisdicional dado aos direitos fundamentais adjunto ao controle de constitucionalidade, como um poder da minoria contra as maiorias e de efetivação de políticas públicas negligenciadas pelos responsáveis legais. Nas Constituições escritas, esses direitos são protegidos, em geral, por cláusulas pétreas. Desse modo, mesmo que haja uma vontade geral representada no Parlamento, não se pode modificar de modo redutivo aquilo que está catalogado como direito fundamental. Por exemplo, a Constituição

Federal do Brasil no artigo 60, §4º, afirma que, dentre os núcleos efetivos desses direitos “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico, III – a separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais”. (BRASIL, CF/88, 2017).

Como consequência, “in questa prospettiva, il costituzionalismo è essenzialmente antidemocratico. La funzione fondamentale di una costituzione è quella di rimuovere certe decisioni dal processo democratico, cioè di legare la mani alla comunità” (HOLMES, 1996, p.168). O que ocorre aqui é nitidamente, a partir da interpretação constitucional, a transferência de certos poderes do legislativo ao poder judiciário. É o que manifestamente ocorreu com o Tribunal Constitucional Federal Alemão, onde ao ter o poder de guardião na interpretação da Constituição, é a ele pertencente o direito de dizer o que está adequado ou não com a Lei Fundamental.

Assim, mesmo em um sistema parlamentarista de governo, como é o alemão, muito se fala no relacionamento entre o legislador e o TCF [Tribunal Constitucional Federal], não somente no sentido de limitar o poder deste (de desconstituição do ato normativo) em face daquele, mas também devido à aludida transferência problemática do ônus da decisão eminentemente política para a esfera da competência do tribunal [...] (SCHWABE, 2005, p.39)

As dúvidas que aqui se colocam são pertinentes, já que na sociedade contemporânea, com as grandes mudanças nos modos de relacionamento que se evidenciam, sejam eles relacionamentos intersubjetivos, consumeristas ou com o meio ambiente, conseguiriam as constituições acompanhar essas mudanças garantindo que as necessidades da sociedade sejam tuteladas de modo eficaz, afinal o poder legislativo, em seus moldes eleitorais e político-partidários, consegue ser mais perspicaz aos momentos sociais. Como foi exposto anteriormente, pela sua relevância histórica, é nítida a necessidade dos direitos fundamentais quando recordadas as atrocidades cometidas pela falta de

proteção dos mesmos. A pergunta, pois, proposta é o quanto eles podem ser conciliáveis com o modelo democrático para que não se criem antagonismos e, sim, sejam fortificadas as proteções, para que, minorias e majorias possam sentir-se representadas e protegidas.

Essas perguntas possuem respostas diferentes em determinados momentos da história. Para Bodin e Hobbes, o que estava em jogo era a não possibilidade de uma vinculação por força de uma vontade por si só (cf. HOLMES, 1996, p.183). Segundo George Washinton, por exemplo, uma Constituição não poderia ultrapassar o tempo de 19 anos, pois o poder constituinte não teria autorização para vincular os pais aos filhos, sendo que cada geração “ha quindi il diritto di schegliere la forma di governo più idônea al conseguimento della própria felicità” (JEFFERSON, p.961 apud. HOLMES, 1996, p.177). Já Bentham (1816, p.505-506 apud. FERRAJOLI, 2006, p.435), em suas *Anarchical Falacies*, referente aos poderes do legislador, não conseguia conceber direitos “anteriores às leis, independentes das leis, superiores às leis”. Mesmo que aqui ele esteja argumentando contra uma lei natural, Ferrajoli (2006, p.435) demonstra que havia um certo desconhecimento, à época das revoluções, de “princípios de direito positivo que vinculavam o sistema político ao seu respeito e à sua tutela”. Note-se que o que está em questionamento aqui é a onipotência dos cidadãos vinculada a eventos do passado que deontologicamente vincularam o futuro, sendo desconhecido a esses as presentes dificuldades e necessidades.

Mais recentemente, Dworkin sintetizou essa situação histórica e jurídica tendo em conta aspectos do poder constituinte e constitucional que estão fora do poder legislativo e, por isso, da sociedade em geral. Para o autor norte-americano, não existe um antagonismo entre democracia e constitucionalismo. Pelo contrário, ao passar uma gama de tutelas para o judiciário em detrimento da diminuição da supremacia do Parlamento, ao invés de enrijecimento de estruturas que não favoreçam a

sociedade, o que ocorre é uma maior representação.

Se os tribunais tornam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas (DWORKIN, 2005, p.32).

De fato, mesmo que as Constituições em geral vinculem os princípios que deverão ser vividos por uma geração futura, ela pode colher importantes e fundamentadas escolhas, mas pode também impedir que perigosas decisões sejam tomadas por uma maioria acalorada emocionalmente perante certo momento histórico. É preciso recordar que o poder legislativo, representado por um mínimo consensual, não ratifica *ipso facto* o bom e o certo. Maiorias de cidadãos e seus representantes no legislativo já optaram, durante a história, por muitas escolhas perigosas e demasiado nocivas para seus cidadãos. Desse modo, pode-se afirmar com Holmes (1996, p.168, 208) que “ua contituzione à la terapia istituzionalizzata per questa miopia crônica: depotenzia maggiornze temporanee in nome di regole vincolante [...]. I morti non devono governare i vivi, ma possono facilitare loro il compito di governare se stessi”.

Percebe-se, que não é o caso de criar antagonismo entre tutela constitucional e transformação social. Aqui, é importante compreender que a transformação social, para ser efetivada com segurança e com critérios bem fundamentados, necessita de uma base vinculativa. Por isso, “a função da jurisdição constitucional não é apenas de exercer intervenção restritiva e reguladora, mas de vincular os direitos fundamentais ao permanente processo de transformação social” (WOISCHNIK, 2005 apud. SCHWABE, p.28). Com efeito, as contrariedades podem ser transformadas em sustentáculos que garantam uma democracia que prime por valores assentados. Compartilhando a opinião da maioria dos pensadores modernos, pode-se discordar do caráter contratual obrigatório passado a gerações, mas é evidente que valores assentados com fundamentação histórica, política e jurídica

auxiliam nas escolhas feitas, muitas vezes, sob comoções e abalos institucionais tão presentes em nossos tempos de instabilidade.

CONCLUSÃO

A busca pela efetivação dos direitos fundamentais e sua maior vinculação jurisdicional não criam antagonismos, por si mesmos, contrários ao aspecto democrático. Pelo contrário, como foi analisado, e seu desenvolvimento histórico, foram as concretizações desses direitos que permitiram a maior proteção individual e participação popular. O temor de um Estado jurisdicional (*Jurisdiktionsstaat*) é mais substancial perante os atos decisórios individualizados dos tribunais de cada nação, mas não *ipso facto* pela maior incorporação desses direitos à Constituição.

A democracia, em sua efetivação como escolha das maiorias, precisa estar pautada sobre princípios que permitem uma segura efetivação do Estado Democrático de Direito, em leis que vinculam substancialmente a formalidade legislativa. Além disso, se nos tribunais forem encontrados as efetivações moderadas desses direitos, aos cidadãos é cada vez mais garantido sua factual proteção.

Deste modo, é importante que os cidadãos compreendam e participem da democracia para que haja a efetivação dos direitos fundamentais, com isso, pode-se ter a eficácia e a eficiência desses direitos permitindo que a dignidade da pessoa humana seja ampliada. Ao se atribuir o real valor as minorias, permite-se que a exclusão social possa ser minimizada e, com isso, o mínimo existencial pode ser conquistado dentro do Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS

- BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*. Bruxelles: Societé Belge de Libraire, 1840. Apud: FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. (Org.) *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 set. 2017.
- BOUTMY, Émile. “La Déclaration des Droits de l’Homme et M. Jellinek“. In: *Études Politiques*. Paris, 1907. apud BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. (Org.) *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4.ed. Lisboa,

- Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GOZZI, Gustavo. Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. (Org.) *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOLMES, Stephen. Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- JEFFERSON, Thomas. Writings. apud HOLMES, Stephen. Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. (Org.) *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: Beck, 2001.
- SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de*

jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemanha. Berlin, Alemanha: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SCHMITT, Carl. *Théorie de la Constitution*. Berlin: Presses Universitaires de France, 1993.

STERN, Klaus. Idee und Elemente Eines Systems der Grundrecht. In: Isensee, J; Kirchhof, P. (org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 2000.