

DIREITOS FUNDAMENTAIS ANTIDEMOCRÁTICOS

Caio Shiguemy Cassiano ISHII¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de analisar os Direitos Fundamentais e sua relação com a Democracia. Trilhou-se o necessário percurso da análise geral filosófica, pontuando aspectos históricos acerca desses Direitos. Os elementos “superioridade”, “força jurídica”, “conteúdo” e “grau de indeterminação” foram desenvolvidos sob a incisiva influência de Robert Alexy. Quando confrontadas com a Democracia, fica evidente a real possibilidade de serem os Direitos Fundamentais antidemocráticos. Sendo assim, a legitimação dos Congressistas pelo sufrágio universal não se sobrepõe aos Direitos Fundamentais em nenhum sentido, nem na ordem vertical cidadão/Estado, nem na horizontal, cidadão/cidadão.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Interpretação. Democracia. História dos Direitos Fundamentais. Constitucionalização.

INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido tem como foco principal a investigação acerca dos Direitos Fundamentais e sua interpretação, relacionando-os com o princípio democrático. Exerceu grande influência obras européias, a começar de Robert Alexy e suas considerações constitucionalistas dos Direitos Fundamentais.

Incongruente seria o trabalho se não viajasse pela história, investigando, ainda que brevemente, como esses Direitos surgiram, pontuando específicos acontecimentos que significaram uma mudança drástica de pensar a Ciência do Direito. Fora obedecida uma ordem cronológica de fatos, que começou na antiga Grécia e culminou no ordenamento brasileiro atual. Previamente, teve grande destaque o diálogo filosófico entre Sócrates com seus sucessores e o mundo atual, que resultou em admitir que ainda permanecem as indagações outrora realizadas, agora não mais em âmbito contemplativo tão somente, mas em campo jurisdicional prático.

1 O autor é graduando em Direito no Curso de Direito nas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

2 O autor é graduado em Direito e professor nas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, especializado em Direito pela mesma instituição e mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Ultrapassada a fase histórica investigativa, preponderou o método dedutivo no estudo dos Direitos Fundamentais. A contribuição de Robert Alexy nesse momento, foi imprescindível. Abordaram-se as principais características dos Direitos Fundamentais, discutindo sua superioridade legal, sua potente força jurídica e a imensa importância de seu conteúdo. Por conseguinte, o alto grau de indeterminação ficou demonstrado, pois os Direitos Fundamentais só possuem sentido quando saem da utopia programática e iluminam com eficácia todas as relações, sejam públicas ou privadas.

Em um segundo momento, iniciou-se a dialética entre Direitos Fundamentais e Democracia. Malgrado sejam ambos institutos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, restou clara a fragilidade de afirmar que não há a presença de conflitos nesse paralelo. Essas duas características por diversas vezes se colidem frontalmente. A legitimidade democrática não garante plenos poderes, nem justifica todo e qualquer tipo de ação, vez que os resultados, por força constitucional, devem estar vinculados às ordens mandamentais principiológicas dos Direitos Fundamentais.

Finalmente, chegou-se a conclusão de que, os atos, mesmo que legitimados pelo devido processo democrático, podem ser passíveis de controle jurisdicional, pois o princípio democrático não se sobrepõe aos Direitos Fundamentais. O estado não pode subjugar minorias estigmatizadas por meio de seus representantes, ainda que sejam eles consequência da vontade popular. O discurso democrático pode funcionar, ora em favor dos Direitos Fundamentais, ora contra eles. Essa segunda consequência é inadmissível nos moldes do Estado de Direitos, se é que realmente o Estado assim o é.

1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O homem sempre buscou respostas. Na Grécia antiga, deixando de lado o sofismo imediato e sensório, Sócrates mergulhava em intensos questionamentos a fim de encontrar um fundamento que respondesse os maiores dilemas interrogativos humanos: o que é justiça, vida ou virtude? O mundo, por bem, viu outros grandes se levantarem: a dialética de Platão e o desenvolvimento da

lógica com Aristóteles; o período helenístico e as marcas da miscigenação dos povos antigos. Não muito mais tarde o surgimento do cristianismo e da escolástica marcou o interminável embate entre fé e razão.

A Idade Moderna tatuou a história com o desenvolvimento do capitalismo, frente ao retrógrado sistema feudal. Foi à luz do Renascimento com a intensificação humanista que o pensamento racional voltou a ganhar destaque, época que serviu de berço para grandes pensadores como Galileu Galilei, Newton, Descartes, Shakespeare, Camões, da Vinci, Michelangelo e outros. Esse desenrolar histórico fez surgir o Liberalismo com a carta constitucional limitadora do poder monárquico, pelo empirismo com a extrema valorização da experiência, e, por fim, pelo iluminismo que, piamente, acreditou na ciência, tecnologia e razão como meios para encontrar a verdade.

A Idade Contemporânea se iniciou com a Revolução Francesa, na tentativa de construir uma nova sociedade, sob uma nova perspectiva de poder político. O mundo conheceu Hegel, imortalizado pela sua brilhante contribuição filosófica, o racionalismo. Todo esse legado não podia trazer outro resultado: milhões de pessoas subjugadas pelo autoritarismo dos mais fortes embasado na supremacia da razão. A luta de classes que movia a história mundial culminou em Karl Marx e Engels, cuja instrumentalização de seus trabalhos se deu com o Manifesto Comunista. Anos mais tarde, Friederich Nietzsche, Sartre e outros mais, se levantaram e com eles o existencialismo.

Depois de toda essa imensidão histórica recheada por pensadores que alteraram os rumos e destinos da vida social, já na atual Idade Pós-moderna, o homem parece voltar à época socrática. O que é justiça? O que é viver? O que é virtude? Nem o ápice do racionalismo ou a orientação emocional, nem o grande desenvolvimento científico ou a imensa ascensão de crenças, fez saciar a sede de respostas. Jamais será. Não é diferente com a Ciência do Direito. A infalibilidade dos Códigos restou insubsistente no seu objetivo principal, a de proteger os então chamados “direitos imutáveis” – a definitividade dos códigos não foi suficiente ante a constante mutabilidade da sociedade.

A história revelou que o Direito não pode ser o fim em si mesmo. O objeto final deve pautar-se em valores supremos, cuja terminologia pode ser das mais variadas: bem, justiça, amor, virtude. Seja qual for, o Direito é meio para se chegar à reta final, e com ele outros de igual importância como a Sociologia e

Filosofia. No lugar do mito da perfeição e da infalível aplicação das Leis, deve se levantar a essencial atividade do intérprete: atuar com anseio em desvendar o real significado da norma, dando sentido a ela tendo em vista o mundo em que está inserida, associando o Direito Positivo às verdadeiras necessidades da sociedade.

É a continuidade construtiva e interpretativa do Direito, sem a qual resultaria em morta a letra da Lei. É evidente o cuidado necessário para não valorar a norma sob uma metodologia irracional, mas é extremamente importante lembrar que é “muito mais que a letra da lei, importam o sentido e o fim das normas, de tal modo que pode ter de se interpretar a lei contra o seu texto” (SCHOLZ, 1950, apud NUNES, 2001, p. 34). Características como a imparcialidade e a busca pela justiça, somadas a uma correta ordem jurídica, colocando as espécies normativas como um ponto de luz eficaz no ato de iluminar as diversas situações concretas, resultam em segurança jurídica verdadeira.

“Mas essas considerações em torno da dimensão moral das atuais Constituições não levam nosso autor a abraçar nenhuma forma de antipositivismo”, como ensina o doutrinador Peces-Barba, prevendo a possibilidade de transmissão de um “positivismo de regras” a um “positivismo de princípios”, qualidade atestada por Zagrebelsky, Dworkin e Alexy (PECES-BARBA, 1980, apud FIGUEROA, 2010, p. 28).

“Existe uma importante diferença entre a pergunta ‘como quero viver?’ e a pergunta ‘como queremos viver?’” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 40). Parece ser esse o espírito que deve reger relações, jurídicas ou não, desde as mais simplórias até as mais complexas e densas, entendendo essa assertiva não como uma resposta definitiva, que seria um ledor engano, mas como um argumento a que se pode posicionar a Ciência do Direito frente à crise social estampada nessa era. A pretensão e motivação é a construção de um Direito aplicável, cujo significado remonta todo esse vasto conhecimento adquirido ao longo do tempo. O Direito é, antes da letra da lei, a ciência que emerge da própria vida.

2 HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM POUCAS PALAVRAS

Os Direitos e Garantias Fundamentais são, atualmente, objetos de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Consequências de grandes batalhas e de relevantes fatos que marcaram a história, o desenvolvimento desses postulados pressupõe árdua luta social. A história revela que, nem sempre, a conquista, o desenvolvimento e a criação de textos normativos capazes de tutelar a dignidade da pessoa humana, se deram de forma mansa e pacífica.

Desvendar a origem desses direitos significa navegar por mares longínquos na presença de constantes ventos que nos levam a inúmeras dúvidas. Não de menor valor, encontramos resquícios históricos em uma das proposições de origem da vida, a criacionista. Robert Alexy afirma que “basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1,27: ‘Dios creó el hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó’” (1993, apud CARBONELL, 2003, p. 32). Restou consagrado nessas palavras o direito à igualdade, quando comparado com os escritos de “Paulo em sua Carta aos Gálatas 3,28: Não há judeu nem grego, não há homem nem mulher, pois todos vocês são um em Cristo Jesus” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 32, tradução nossa).

Há quem diga que não se trata de desvendar a gênese dos Direitos Fundamentais, mas sim, de quando foram eles retomados pelos homens, uma vez que a sociedade primitiva propunha a comunhão de bens na utópica participação comum democrática de interesses. “Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários” (SILVA, 1990, p. 133).

Nessa reconquista, não se pode omitir a contribuição histórica de fatos mundialmente marcantes. Roma e Grécia antigas foram propulsoras, já alinhavando vedações quanto a determinadas ações injustas da classe então dominante, proibindo penalizações de caráter corporal e, ainda, dando os primeiros passos na concessão de amparo legal à liberdade. “Não nos iludamos, contudo, porque essas medidas tinham alcance limitado aos membros da classe dominante, mas, em Atenas, já se lutava pelas liberdades democráticas” (SILVA, 1990, p. 134).

Certo é que, no correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em

certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade (SILVA, 1990, p. 134).

Foi na Idade Média que os precedentes de Direitos Fundamentais ganharam contorno jurídico. A princípio, como forma de limitar a monarquia vigente, surgiram as leis fundamentais do reino embasadas pela ascensão do direito natural do homem. Cronologicamente, há resquícios históricos de que, em 1188, o Rei Afonso IX sustentou como objetivo de seu reinado a pacificação social com a busca efetiva da justiça, instrumentalizada pela proteção à propriedade privada, à segurança, à jurisdição, etc.

Entre os anos 1215 e 1225, como consequência dos reiterados julgados da Corte Inglesa e a formação do sistema “Common Law”, um dos mais importantes documentos foi editado na Inglaterra, a Magna Carta. “Longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres” (NOBLET, 1963, apud SILVA, 1990, p. 136). Apesar dessa verdade, a base estrutural jurídica e democrática da atual Constituição Inglesa foi desenvolvida como consequência desse documento.

Sucessivamente, surgiram mais dois importantes forais. Em 1265 o de Aragão e, em 1526 o de Viscaia, ambos tutelando determinada coletividade que, ao limitarem o poder monárquico e estabelecerem direitos e liberdades, garantiram, por consequência, direitos à pessoa na sua individualidade. Seguiram-se sob esse mesmo fundamento de embate entre nobreza e plebe a Petição de Direitos em 1628 e o *Habeas Corpus Act* em 1679. Esses últimos documentos deram origem, no ano de 1688, a Declaração de Direitos ou *Bill of Rights*, marco histórico importantíssimo, funcionando como um divisor de águas: antes monarquia absolutista pautada em poderes divinos, agora reinado constitucional, limitado à soberania dos novos titulares do poder, o povo.

Essas alterações não permaneceram trancafiadas na Europa ocidental. Atravessando o atlântico, agora em território americano, no ano de 1776 surgiu a Declaração de Direitos de Virgínia. “Não mais restrito a combater o poder incondicional das monarquias, vê-se que basicamente a Declaração se preocupava

com a estrutura de um governo democrático, comum sistema de limitação de poderes” (SILVA, 1990, p. 138).

Já em 1789, a história é tatuada pela ascensão do liberalismo ante a estagnação do sistema feudal absolutista, cuja deflagração ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Duguit afirma que esse documento traz um texto “de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais [...]” (1930, apud SILVA, 1990, p. 141).

Essa linha teórica de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles de Montesquieu fez desenvolver, além dos documentos por últimos apresentados, a Carta de Direitos dos Estados Unidos, cuja proposta era emendar a constituição americana, fato este que teve início em 1791 e perdurou por quase duzentos anos, trazendo impactantes consequências ao reconhecimento de Direitos e Garantias Fundamentais nesse país, constituindo, assim, agora em versão americana, o “Bill of Rights” (SILVA, 1990, p. 139).

Com o decorrer do tempo, a crise do sistema feudal fez surgir uma nova estruturação política e econômica, baseada na obtenção de lucro e na absoluta concessão de liberdade nas relações privadas – o capitalismo. Com ele surgiu também problemas intrínsecos ao próprio sistema. A plebe da Idade Média ganhou agora uma nova nomenclatura, formando a classe trabalhadora, subjugada pela antiga nobreza, agora chamada de burguesia. O problema político de antes se estendeu, ganhando agora força econômica.

Levantaram-se diversos pensadores, entre eles Marx e Engels, criticando incisivamente essa nova forma de governar. Inevitável a concepção de um Direito Social. Publicado em 1848, “o *Manifesto Comunista* [...] foi o documento político mais importante na crítica socialista ao regime liberal-burguês” (SILVA, 1990, p. 143). E foi nesse ano que o Direito do Trabalho foi instituído na Constituição Francesa.

Anos mais tarde, a base jurídica mundial mais uma vez ganhou novos horizontes. Em 1917, ano da Revolução Soviética, a Constituição Mexicana presenteou o ordenamento, expressamente, com os Direitos Sociais. O sistema capitalista ainda permanecia no país, porém, nesse momento da história, começava a sofrer eminentes restrições. Dois anos depois, paralelamente a idéia mexicana,

ergueu-se a Constituição Alemã de Weimar, “abrindo seu Livro II com a rubrica dos *Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães*, sob a qual inclui [...] os *direitos da vida social* (cap.II) [...]” (SILVA, 1990, p. 143).

Os reflexos sociológicos e filosóficos vividos nessa época, impulsionados pelos ideais marxistas, ultrapassaram as fronteiras desses países. “O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal (SILVA, 1990, p. 144). Foi em 1945 que essa assertiva ganhou feições concretas com a criação da Carta das Nações Unidas e, posteriormente, a elaboração da Comissão dos Direitos do Homem.

Como consequência precípua, em 1948, um documento altamente relevante para o mundo jurídico surgiu: a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada, constituindo, assim, um marco histórico confirmador do início da universalização dos Direitos Fundamentais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos precedidos de um Preâmbulo com sete considerandos, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos (SILVA, 1990, p. 145)

Da criação desse documento até os dias atuais, o mundo inteiro passou por diversos problemas quanto à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais. “Não é, pois, sem razão que se afirma que o regime democrático se caracteriza, não pela inscrição dos direitos fundamentais, mas por sua efetividade, por sua realização eficaz” (CAMPOS, 1961, apud SILVA, 1990, p. 147).

Com o Brasil não foi diferente. Desde a época imperial até a Constituição Cidadã de 1988, de forma gradativa, os Direitos Fundamentais foram incorporados no sistema jurídico, na tentativa evolutiva de não ver tais direitos como mero aspecto superficial, mas efetivamente pragmáticos, norteando os três poderes constitutivos da República Federativa do Brasil.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INTERPRETAÇÃO

O Direito só é fundamentalmente um instrumento de ascensão social por meio da interpretação. Sem ela, o fim precípua do Direito se perde por ausência do seu mais importante objeto. Por isso a senilidade do brocardo romano “in claris non fit interpretatio” não retira sua atualidade e grande relevância. Interpretação, no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro (1951, apud BONAVIDES, 2010, p. 693).

É a atividade investigativa cuja qualidade se estabelece na lógica e tecnicidade, ante a sede de compreender o “significado exato de uma norma jurídica”, palavras de Paulo Bonavides, afirmando que, “busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito (RADBRUCH, 1956, apud BONAVIDES, 2010, p. 693).

Todo Direito é um ponto de vista sobre a Justiça, (...) mas em nenhum campo está tão presente, tão próximo esse mundo da ética, dos valores; esse mundo do homem e de suas necessidades, referência inelutável de todo Direito que pretenda ser justo, como neste campo do Direito dos direitos fundamentais. (BARBA, 1980, apud FIGUEROA, 2010, p. 28).

São de extrema importância as lições de Sergio Roberto Leal dos Santos advertindo que “os vocábulos *hermenêutica* e *interpretação* não se confundem, apesar de manterem uma estreita proximidade”. Assim, “o termo *hermenêutica* designa a atividade de natureza eminentemente teórica, dotada do objetivo de estabelecer os postulados e as técnicas que devem ser empregadas na atividade interpretativa” (SANTOS, 2008, p. 191), diferente do pragmatismo e praticidade da interpretação que responde, no caso concreto, qual a abrangência ou delimitação de um determinado texto normativo.

É a hermenêutica que contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, mas não esgota o campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para sua realização (DINIZ, 1995, apud SANTOS, 2008, p. 191/192).

Na eterna subsistência de haverem leis, atos judiciais e, até mesmo, relações contratuais, longe de caracterizar um defeito, “(...) *todos* os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação (SANTOS, 2008, p. 192). Segundo as palavras de Felice Battaglia “o momento da interpretação vincula a norma geral às conexões abstratas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema” (1951, apud BONAVIDES, 2010, p. 694).

Conforme lição de Celso Ribeiro Bastos (apud SANTOS, 2008, p. 193) “os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade”, o que justifica a imprecisão e vagueza da linguagem textual normativa, resultado da impossibilidade de prever todos os detalhes experimentados no caso concreto. Desta feita, o objetivo legal de dar ampla abrangência à norma, alcançando o maior número de casos fáticos possíveis resta obtido. E assim é que

A atividade de atribuição de um sentido a um enunciado normativo, com grande frequência, conduz a uma pluralidade de resultados interpretativos. Isso se dá em virtude de dois principais fatores: a) a imprecisão imanente dos termos empregados nos enunciados; e b) as incontáveis variações das situações fáticas concretas (BASTOS, apud SANTOS, 2008, p. 193).

A transcendência normativa da interpretação dos Direitos Fundamentais deve ceder lugar à imanência da aplicação ao caso concreto. Assim, a ação de interpretar encontra sua gênese no mundo das idéias, não sendo aquela escrava desse, uma vez que soluções eficazes para os problemas cotidianos se encontram na concretização desse exercício mental (SANTOS, 2008, p. 193).

3.1 Tradicionais métodos de interpretação

Há dois pilares que sustentam a hermenêutica constitucional clássica. A atividade interpretativa, primeiro, possui natureza tão somente declaratória e, segundo, trata-se de uma ação análoga à interpretação da lei (SANTOS, 2008, p. 210). Por consequência, é por meio da vontade legal ou da vontade do legislador que se revela o real sentido da lei. É através dessa dicotomia que se posicionam as duas escolas clássicas de interpretação constitucional: a Subjetivista e a Objetivista.

É pelo distante passado do período romano e suas tradições que se sustenta a escola subjetivista, cuja preponderância de conteúdo recai sobre o voluntarismo do legislador e a sua intenção quando da criação do texto normativo. “Tratava-se de um agudo esforço por determinar a ‘mens legis’, entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa, vontade que ao intérprete incumbiria revelar com fidelidade” (BONAVIDES, 2010, p. 706). A marca fundamental dessa corrente é o ato de vontade, primeiro o do legislador e, posteriormente, o do juiz. O clássico racionalismo e o dogmatismo legal foram, por essa escola, fragilizados, perfilhando, a partir do século XX, do entendimento cujo objetivo era o de enaltecer o voluntarismo.

“Mas a pergunta a que os subjetivistas jamais responderam com clareza foi esta: em que consiste a vontade do legislador? Será ela a vontade qual fenômeno psicológico ou a vontade entendida como metáfora, referida a uma dimensão normativa?” (BONAVIDES, 2010, p. 706).

Foi o que os objetivistas tentaram responder. Essencialmente, essa corrente prega que “a lei é mais sábia que o legislador” (SCHNEIDER, apud BONAVIDES, 2010, p. 707). E mais, “desde o momento da publicação da lei, todo o pedestal de intenções e desejos do legislador cai de um só golpe, de maneira que daí por diante passa a lei a repousar unicamente sobre si mesma” (BINDING, 1885, apud BONAVIDES, 2010, p. 707).

A vontade do legislador, a par de tudo quanto possa historicamente documentar-lhe a manifestação, entra a ter, pois, função apenas subsidiária, ficando assim a lei desmembrada de suas origens, inteiramente autônoma, dotada de força ou vida própria, capaz de acomodar-se às variações emergentes no seio da realidade social a que se vai aplicar (BONAVIDES, 2010, p. 707).

Autonomia e vida própria são qualidades interpretativas da escola objetiva que revelam o caráter progressista em face do conservadorismo subjetivo, conforme lições do jurista Schneider. É por essa razão que a lei, objetivamente interpretada, ganha flexibilidade ante a intensa modificação pela qual sofre, a todo o tempo, a realidade (1963, apud BONAVIDES, 2010, p. 708). É a vontade da lei em desprestígio a vontade do juiz ou a do legislador.

3.2 Modernos métodos de interpretação

Essas clássicas lições constitucionais deram à luz os modernos métodos de interpretação, conforme as lições do douto Paulo Bonavides: lógico-sistemático, histórico-teleológico e voluntarista da Teoria Pura do Direito. Em que pese o “conformismo imposto pelas técnicas interpretativas tradicionais em voga no curso do século XIX, que afastavam o intérprete da realidade social” (BONAVIDES, apud SANTOS, 2008, p. 220), ganhou importante contorno jurídico a essência da lei. Mais vale o espírito à literalidade do texto normativo.

“A interpretação lógica é aquela que, sobre examinar a lei em conexão com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a ‘ratio’ ou ‘mens’ do legislador” (MERKEL, 1913, apud BONAVIDES, 2010, p. 696). Essa aplicação da vontade exata da lei, realizando a reconstrução do pensamento e intento do legislador da época, somada ao fato de que um texto de lei está sempre inserido em um contexto normativo, formando um todo jurídico, é que faz nascer o método Lógico-Sistemático.

“A interpretação sistemática funda-se na constatação de que um enunciado normativo jamais se manifesta em estado de isolamento, já que ‘um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum’” (GRAU, 1991, apud SANTOS, 2008, p. 213). “Assim, deve o intérprete considerar que o enunciado normativo se encontra inserido em um conjunto maior, formando por uma pluralidade de normas que são capazes de manter uma unidade sistêmica” (DINIZ, 1995, apud SANTOS, 2008, p. 213).

A interpretação lógico-sistemática é instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus, “a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos” (apud BONAVIDES, 2010, p. 700).

Dando continuidade nesse raciocínio, sem quebra lógica do mesmo, há quem preserve o contexto histórico pelo qual aquela determinada lei foi criada, enfatizando na interpretação todo o enredo legislativo e o projeto que deu origem ao

texto legal. Tal característica é bem evidente na família *Common Law* que prestigia deveras a historicidade da lei. Essa perspectiva histórica ganha ainda mais prosperidade quando associada ao fim a que a norma se destina. “Por último, não menos importante, merece destaque a etapa interpretativa teleológica, que determina que o intérprete deve sempre aplicar a norma em conformidade com a finalidade para qual ela foi criada” (SANTOS, 2008, p. 214).

Daí decorre o método histórico-teleológico, que se consubstancia ou caracteriza “uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma”, ressaltando a vontade daquele que interpreta em detrimento à vontade daquele que criou a lei (ROMANO, 1953, apud BONAVIDES, 2010, p. 701).

Dessa interpretação costuma-se também dizer, numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas se modifica a lei. Carbone e Gianini ponderam, todavia, que a lei já se modificara por si mesma, em razão de sua inserção no sistema de outras leis (CARBONE, 1939, apud BONAVIDES, 2010, p. 701).

Essa interpretação que anteriormente admitia tão somente uma única solução correta na aplicação de determinado texto normativo, sendo essa solução pautada na aparente certeza que a própria lei sustentava, cedeu lugar a uma nova compreensão. O juiz unicamente com a “função mecânica de verificar certas premissas e extrair delas silogisticamente sua conclusão lógica”, perdeu seu trono, reinando em seu lugar, para Hans Kelsen, a afirmação de que “a norma não contém nenhuma decisão referente a maior importância valorativa dos interesses em jogo, cabendo antes ao ato estabelecedor da produção normativa – a decisão judiciária, por exemplo – decidir que interesse é maior ou deverá prevalecer valorativamente” (1934, apud BONAVIDES, 2010, p. 702).

Cumprido observar a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, “quando ele entende que a interpretação é em essência um ato de decisão (um ato volitivo, um *Sinngebung*) e não um ato de cognição (um ato intelectual, um *Sinnverstaendnis*)”, confirmando que a eleição de um ou outro significado decorrente de um texto normativo é resultado do *animus* do intérprete, e não de sua inteligência. Assim, “na hermenêutica jurídica, quando se interpreta uma norma, o intérprete, ao eleger um

de seus possíveis significados, guia-se mais pela vontade do que pela inteligência” (SCHAEFFER, 1971, apud BONAVIDES, 2010, p. 702).

Em suma, para Kelsen e a Teoria Pura do Direito, a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das diversas possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito. As reflexões de Kelsen acerca de interpretação reforçam, enfim, consideravelmente, a importância da função que cabe ao juiz na ordem judicial (BONAVIDES, 2010, p. 705).

Kelsen afirma que há sempre uma relação condicional na escala hierárquica normativa, subordinando a patente inferior à superior, “conforme o processo de criação e aplicação do direito, que nos conduzirá da norma antecedente à norma subsequente”. Nesse passo, a norma de elevada superioridade “não só define o procedimento de produção da norma mais baixa, senão que determina também eventualmente o conteúdo da norma a ser produzida” (KELSEN, 1934, apud BONAVIDES, 2010, p. 702). Entretanto, em não sendo tal definição completa, permanece sempre o espaço, grande ou pequeno, do intérprete de preencher o conteúdo da norma autônoma e voluntariamente.

É por esse motivo que tal método Voluntarista da Teoria Pura do Direito não se confunde com o voluntarismo da Escola de Direito Livre que capitaneia ampla liberdade ao juiz na sua atividade interpretativa. Kelsen, por outro lado, prende a vontade do juiz às normas gerais, vendando-o de interpretar o texto normativo de forma a dar qualidade estranha ao seu real conteúdo.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO

Os direitos fundamentais no ordenamento brasileiro estão coroados com uma posição jurídica privilegiada. Na formação do Estado Democrático de Direito, o legislador originário prendeu a República Federativa do Brasil não só ao respeito a liberdades individuais, mas consagrou a proteção de valores historicamente conquistados como basilares do próprio sistema de poderes.

Da leitura dos textos que positivaram na Constituição Federal os

Direitos Fundamentais, inumerável é a possibilidade interpretativa. Relevante a posição doutrinária de Robert Alexy, cujas acepções interpretativas a cerca do Direito Constitucional Alemão são de grande importância. Renomado autor afirma que:

La posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación. Cada una de estas propiedades extremas resulta en si inócua, pero su conjunción con las demás comporta problemas ciertamente devastadores, que se expresan a continuación (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 32).

Em livre tradução, o Direito Alemão pressupõe quatro características decorrentes da interpretação dos Direitos Fundamentais: máxima superioridade, máxima força jurídica, máxima importância aos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e, por fim, máximo grau de indeterminação. A posição de Alexy acerca do Constitucionalismo Alemão é pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro. Guardadas as devidas diferenças entre um sistema jurídico e outro, essas quatro perspectivas podem servir de base para a interpretação constitucional dos Direitos Fundamentais brasileiros.

4.1 Máxima Superioridade

Compreende essa característica a clássica Teoria Normativa Pura de Hans Kelsen. “Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem” (KELSEN, 2003, p. 34).

“É o primeiro extremo, a máxima superioridade no ordenamento é o resultado da simples circunstância de que os direitos fundamentais se encontram regulados pela Constituição. Desses e do princípio “lex superior derogat legi inferiori” se segue que toda norma jurídica que os infrinjam é inconstitucional e, por

consequência, nula (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 35).

4.2 Máxima Força Jurídica

Robert Alexy afirma que “no Direito Alemão, o artigo 1.3 da Lei Federal dispõe que os direitos fundamentais vinculam diretamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (1993, apud, CARBONELL, 2003, p. 33, tradução nossa). Não é diferente no Brasil. Tal entendimento decorre da sistematização da Constituição Federal pelo princípio da harmonia, cooperação e vedação ao retrocesso.

A máxima força jurídica dos Direitos Fundamentais encontra razão nos três primeiros artigos da Constituição. Essa suprema carta afirma ser a dignidade da pessoa um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, que é formada por três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos entre si. Aprisiona, ainda, essa formação estatal em vários objetivos, sendo um deles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Também encontra sólidos argumentos no fato de que grande parte dos Direitos Fundamentais pátrios é petrificada pela Constituição Federal. Cláusulas pétreas referem-se a um núcleo intangível de normas constitucionais, cuja restrição ou modificação para pior é altamente vedada. Isso alimenta ainda mais o fato de possuírem o máximo de força jurídica possível do ordenamento. Robert Alexy diz que não se trata de meras declarações pragmáticas que não gozam de tutela jurisdicional, mas, pelo contrário, os direitos fundamentais fazem presença jurídica concreta, a começar pelas relações administrativas, até terminar na mais alta corte que, no caso do Brasil, é o Supremo Tribunal Federal (1993, apud CARBONELL, 2003, p. 32).

Toda a Teoria do Direito e da Norma, bem como a Filosofia Jurídica, estão sendo revistas e reestudadas, por essa força jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Sob a óptica da constitucionalização de todos os ramos do direito, a força normativa desses Direitos Fundamentais não se restringe ao Poder Público, como outrora era posto, mas como delineador de todas as relações privadas, Seja jurídica ou extrajurídica, pública ou privada, a relação deve sempre apontar para a proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais.

4.3 Máxima Importância do Conteúdo

O Brasil enquanto pessoa jurídica pública está calcado sobre o binômio República Federativa e Estado de Direitos. Essas duas características se formam a partir dos valores, explícitos e implícitos, adotados pela Constituição Federal. Como Carta Garantista, consequência de longos anos de opressão ditatorial, o cerne estatal brasileiro se vinculou aos Direitos e Garantias Fundamentais. Esses são os essenciais atributos do Estado brasileiro, inerentes a própria a “estrutura básica da sociedade”, nas palavras de Robert Alexy (1993, apud CARBONELL, 2003, p. 34, tradução nossa).

A Constituição Federal, na formação do governo/sociedade, estatuiu, entre outros, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como características estruturais da sociedade (art. 1º, CF). A construção de uma sociedade livre, justa e solidária são seus objetivos (art. 3º, CF). Elegeu ainda um extenso rol de Direitos Fundamentais (art. 5º, incisos, e outros, CF), como a vida, integridade física, a propriedade, a tutela jurisdicional, a liberdade de imprensa e de religião, entre diversos outros valores cujos bens jurídicos são imprescindíveis para a realização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

4.4 Máximo Grau de Indeterminação

As três propostas já elencadas só ganham sentido quando analisadas em conjunto com o máximo grau de indeterminação dos Direitos Fundamentais. Significa que não é possível cimentar tais direitos, enrijecendo-os de tal maneira que restrinja sua aplicabilidade. O legislador originário, ao promover os Direitos e Garantias Fundamentais, não quis, por sorte, limitá-los ao texto legal constitucional. Devem, esses direitos, a fim de alcançar com eficácia o caso concreto, ultrapassar a literalidade e formalidade do texto.

Traz isso consequências à Segurança Jurídica? Evidente que sim.

Mas, contrariamente ao senso kelseniano dos que pensam que a indeterminação significa insegurança para o ordenamento, o máximo grau de indeterminação, na verdade, cria um ambiente de eficácia e real aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, promovendo a busca incessante por estados ideais originariamente previstos pela Constituição Federal, cuja consequência é confiança e credibilidade jurídica.

Los tres extremos tratados hasta ahora, el máximo rango, la máxima fuerza jurídica y la máxima importancia del objeto de regulación, solo se convierten en un verdadero problema a través de su conexión con un cuarto extremo, el del máximo grado de indeterminación. Éste se advierte insistentemente en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 35).

Essa característica é a confirmação da quebra paradigmática que ocorreu no final do século XVIII como consequência histórica de grandes opressões de uma minoria elitizada monárquica. A ruptura de pensar os Direitos Fundamentais tão somente como uma utopia jurídica, um sonho irreal e inatingível, agora se transforma: primeiro, fazendo deles direitos positivados e, segundo, aplicando-os conforme o caso concreto, interpretando-os de forma a irradiarem em todas as relações – essa é a razão da máxima indeterminação.

“Os direitos fundamentais são o que são sobre tudo através da interpretação” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 35, tradução nossa). É porque, na verdade, “O direito não existe fora da sua interpretação, mas apenas tal como é continuamente interpretado e reconstruído” (ASCARELLI, 1952, apud NUNES, 2001, p. 34).

A liberdade necessária de interpretação dos Direitos Fundamentais decorre das três assertivas já elencadas, uma vez que esses Direitos revelam máxima superioridade, pois norteiam a criação e aplicação legal, máxima força jurídica em razão dá preponderância desses no ordenamento, máxima importância do bem preservado, tendo em vista que tais Direitos são a própria essência do Estado. Assim, a indeterminação que permite a livre interpretação de acordo com o caso concreto é consequência que decorre das características constitucionais dos Direitos Fundamentais.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

O grande questionamento que se segue é quanto à confrontação sócio política (que gera inevitavelmente nuances jurídicas) idealizada pela Constituição Federal e os Direitos Fundamentais. É competente para delimitar a interpretação constitucional o Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF). Essa delimitação é unilateral, ou seja, não depende de aprovação dos representantes eleitos pelo povo. Além disso, o Supremo Tribunal Federal está legitimado constitucionalmente a proferir decisões vinculantes, cuja força é de tal amplitude que orienta os demais Poderes da República brasileira. Isso confirma a harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF), sustentada pelo princípio da vedação ao retrocesso e invasão de Poderes.

“¿Resulta esto compatible con el principio democrático, cuya esencia se expresa bajo su formación clásica em el artículo 20.2 frase 1 LF: Todo poder público emana del pueblo?” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 37). Em tradução livre e adaptando o texto conforme orientação jurídica brasileira (art. 1º, parágrafo único, da CF: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), afirma-se que a Suprema Corte nacional pode emitir decisões, cuja matéria seja vinculante a ponto de impossibilitar ações legislativas ou executivas contrárias, que afrontam tal decisão. Ora, são dois Poderes cuja legitimação veio do povo e para o povo. Resulta isso em afronta à democracia?

5.1 O Enfoque das Teorias Ingênua, Idealista e Realista

“Existem três formas de contemplar a relação entre Direitos Humanos e Democracia: uma ingênua, uma idealista e uma realista” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 37, tradução nossa). Sob uma fundamentação dualista e sincrética, a visão ingênua afirma não haver divergência entre Democracia e Direitos Fundamentais. Lançam mão do maniqueísmo para sustentar tal posicionamento:

duas coisas boas não podem se colidir – sendo a democracia e os direitos fundamentais ambos bons, podem eles conviver juntos sem limite algum. “Essa visão de mundo é demasiada bela para ser verdade” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 37, tradução nossa).

A análise do conteúdo dos Direitos Fundamentais torna insubsistente esse posicionamento. O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra e imagem das pessoas. Essa mesma carta constitucional, no art. 220, ampara a liberdade de imprensa. Sem dúvida, são bens jurídicos essenciais do Estado Democrático de Direitos. Sem embargos, não é possível aplicá-los irrestritamente. Mesmo sendo dois atributos necessários para a efetivação garantista do Estado, há um conflito evidente entre esses bens.

Reconhecer a aplicação conflituosa entre os bens essenciais do Estado é característica da corrente idealista. Essa visão retoma valores do início do século XIX, o Idealismo Alemão desenvolvido por Fichte, Kant e Schelling. Propunha que “[...] a realidade objetiva é produto do espírito humano” ou da “existência de um único princípio [...] que rege todas as coisas” (COTRIM, 2002, p. 188).

A democracia e os Direitos Fundamentais, portanto, são proposições ideais alienígenas a esse mundo. “O povo e seus representantes políticos não estão interessados em lesionar os Direitos Fundamentais dos Cidadãos por meio de decisões parlamentares majoritárias, e, portanto, por meio das leis”, uma vez que os primeiros são os detentores do poder por império constitucional e os segundos só o são por meio da legitimação do sufrágio universal (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 37 e 38, tradução nossa).

O próprio povo legitima os Poderes Legislativos e Executivos, por meio do sufrágio universal. Assim, a motivação política sempre guardará reciprocidade com a vontade da maioria, e, portanto, sempre buscará a efetivação dos Direitos Fundamentais. Isso leva a conclusão de que, também no âmbito privado, a aplicação do princípio democrático legitima o resultado, pois se consubstancia na vontade da maioria. Essa é a crença e, quiçá, o desejo de todos, sendo que “[...] esse modelo tem, desde logo, seu valor, mas é possível compreender que esse ideal resulta inalcançável” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 38, tradução nossa).

Saindo desse plano imaginativo surge a atuação da visão realista que reconhece o possível choque entre os Direitos Fundamentais e a Democracia.

Mantém-se o pressuposto lógico da convivência conflituosa entre bens essenciais, ponderando-os sob duas perspectivas divergentes. Conforme Robert Alexy (1993, apud CARBONELL, 2003, p. 38), os direitos fundamentais são extremamente democráticos e, ao mesmo tempo, extremamente antidemocráticos.

5.2 Direitos Fundamentais Democráticos e Antidemocráticos

O procedimento democrático é pautado por valores constitucionalmente positivados, cujo teor é herança de imensuráveis lutas históricas. São valores supremos pessoais garantidos aos cidadãos: a liberdade e a igualdade. Assim, “o funcionamento do processo democrático por meio da proteção à liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como o direito ao sufrágio e outras liberdades políticas” (ALEXY, 1993, apud CARBONELL, 2003, p. 38) é a razão de serem os Direitos Fundamentais extremamente democráticos.

Por outro lado, os Direitos Fundamentais colocam em xeque o teor democrático “strictu sensu”. Por tutelarem bens jurídicos imprescindíveis para a consolidação garantista e republicana estatuída em 1988 pela Constituição Federal, os Direitos Fundamentais, ao mesmo tempo em que garantem um procedimento democrático justo, não ficam subjugados ao seu resultado. É por meio da tutela aos Direitos Fundamentais que o procedimento democrático torna-se justo, entretanto, nem sempre os meios preconizam os fins. Havendo um devido procedimento, em respeito às liberdades individuais, sua seqüela pode, por vezes, não trilhar o mesmo curso.

Outro aspecto relevante à característica antidemocrática dos Direitos Fundamentais leva em conta o reflexo sociológico experimentado na atual pós-Modernidade, cuja afirmação recai na impossibilidade de crença no absoluto. Não há mais verdades absolutas e, esse discurso considerado pela massa, quando confrontado, coloca os seus contrários como entes retrógrados e totalitários, sendo essas acusações, de fato, suas próprias características. Apesar de ser a afirmação paradoxal, porque ela própria é uma verdade relativa, dela decorrem diversas consequências jurídicas.

Pois bem, a pregação do relativismo tomou tamanhos contornos que sacrificar a democracia utilizando dos meios legais aparentemente é autorizado, desde que legitimamente (leia-se, democraticamente) aconteça. O Estado Constitucional interpretado dessa maneira, “por mor da estrita coerência com os seus princípios, é obrigado a admitir a autodestruição, se essa for a vontade do povo, a quem não se pode impor que viva em liberdade se *livremente* ele se decidir a perdê-la” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 9).

Uma vez que o legado da Segunda Grande Guerra Mundial foi a impossibilidade de impor uma verdade absoluta, pelo perigo que ela representa, não há óbice, nesses termos, de que a democracia se proteja, lançando mão de todos os meios eficazes para resguardar seus conceitos basilares, mesmo que majoritariamente queiram rechaçá-los. É conveniente, portanto,

[...] que, sob ameaça de morte, a democracia se defenda e ataque os liberticidas, não se deixando imolar sob uma compreensão equivocada de si mesma, que a tanto equivaleria quedar-se passiva diante do perigo, aguardar o seu sacrifício ou, resignadamente, caminhar para o patíbulo com as próprias pernas só porque, num momento de eclipse da razão coletiva, uma turbamulta logrou empolgar o poder e sacrificar as liberdades públicas. Não! (ZAGREBELSKY, 2011, p. 10).

Isso decorre “porque a democracia não é apenas um sistema de governo, assentado no princípio majoritário, mas também, ou antes de tudo, uma filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 10). E assim, conforme ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “se a maioria é fraca, se é frouxa, se escorrega para o totalitarismo, é preciso defendê-la contra a própria maioria” (FILHO, 1966, p. 60).

O grande desafio dessa ponderação entre Direitos Fundamentais e Democracia, verso esse que verticaliza e dificulta ainda mais o tema, é eleger um “*critério de verdade* que legitima a imposição de crenças particulares à obediência geral, como acontece na seara dos *direitos humanos*” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 11).

Em âmbito jurisdicional internacional, é possível afirmar, sem embargo, que, enquanto a palavra “universal”, que é utilizada numa autoafirmação ainda ilógica dos Direitos Humanos, for sinônima de “ocidental”, será frustrada a conciliação entre Direitos Fundamentais e Democracia. Inocêncio Mártires Coelho

confirma a complexidade e perplexidade, nas seguintes reflexões:

Pode um motociclista *sikh* exigir que se lhe dispense da obrigação geral de usar capacete, invocando o seu dever religioso de vestir turbante?

Cabe exigir de um preso judeu que aceite os alimentos comuns da prisão ou se deve oferecer-lhe comida *kosher*?

Tem direito um trabalhador muçulmano de interromper brevemente o seu trabalho para fazer as orações prescritas pela sua religião?

Pode ser despedido um trabalhador por não assumir o seu posto de trabalho nos dias em que se celebram as festividades máximas da sua comunidade religiosa? Perde o auxílio-desemprego o trabalhador despedido por esse motivo?

Deve-se permitir aos comerciantes judeus que abram os seus negócios aos domingos, dado que não podem fazê-lo nos sábados porque a sua religião lhes proíbe?

Tem direito uma aluna islâmica de ser dispensada da aula de educação física, em colégio misto, porque não lhe é permitido mostrar-se em traje esportivo a pessoas de outro sexo?

Podem usar o seu véu na sala de aula as alunas islâmicas?

O que acontece quando não se trata das alunas, mas das professoras de uma escola pública?

Vigora para as monjas católicas uma regra diferente da que se aplica às professoras muçulmanas?

Podem os imigrantes exigir que o enterro dos seus mortos se faça conforme as prescrições da sua religião, sem submeter-se ao regime geral do direito funerário vigente no país de acolhida?

Podem as autoridades alemãs exigir de uma estrangeira a ser expulsa para o seu país de origem que ponha o véu para ser fotografada, sob o argumento de que o país que vai recebê-la só reconhece as fotos das mulheres que se mostram com véu?

Deve ser tolerada nas cidades alemãs a difusão em alto-falantes da chamada do muezim para as orações, assim como se permite o toque dos sinos nas torres das igrejas cristãs?

Podem os pais estrangeiros, conforme os seus costumes culturais, privar as filhas de educação superior ou casá-las contra a vontade?

Deve-se prever uma dispensa da escolarização obrigatória quando os fins educativos da escola pública contradigam as concepções de valor de determinado grupo cultural?

Deve-se autorizar a poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando ela é permitida em seu país de origem? (ZAGREBELSKY, 2011, p. 12 e 13).

Tal sentimento parece ser compartilhado por todos, ao menos deveria, de tal sorte que ainda há inquietude e insatisfação às respostas dadas até então. Está a democracia apta a “enfrentar tais problemas e dar-lhes soluções que se possam considerar não apenas *corretas* mas também *justas*, vale dizer, plenamente justificadas *por dentro* e *por fora*” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14), corroborando assim com um Estado Constitucional de Direito equilibrado a um Estado

Constitucional Social, e não um em detrimento ao outro?

Inocência Mártires Coelho continua, afirmando que “nesse terreno, qualquer pretensão de acerto absoluto ou de uma só resposta correta será autoilusória ou simplesmente ingênua, e todo cetiscismo radical não mais que uma fuga envergonhada” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13). E ainda, “qualquer posicionamento deverá ser flexibilizado diante da apresentação de melhores razões que apontem para a necessidade de sua alteração” (SILVA, 2008, p. 194).

CONCLUSÃO

A democracia brasileira, instrumentalizada pelo sufrágio universal, sem embargos, está em crise. Após a promulgação da Constituição Social de 1988 o país vivenciou grandes tormentos, desde o “Impeachment” de Collor até os escândalos no Congresso Nacional envolvendo operações ilícitas, como o “mensalão”. Nunca foi tão evidente que a vontade da maioria não é suficiente para garantir um estado de bem estar social. Isso leva toda a sociedade a repensar a forma de organização do Estado, levando-se em conta a impossibilidade de retrocesso. Não significa uma revolução neo-comunista, mas uma reinterpretação do estatuído na Constituição Federal.

Há, possivelmente, uma reconciliação entre Direitos Fundamentais e Democracia, de modo que ambos os institutos são de grande valia. Por serem tidos como “bons”, fazem parte dos maiores anseios populares. Entretanto, essa verdade não pode ser construída sem dialogar com a atividade inata do ser humano de julgar pessoalmente o que é “bom” e “ruim”. Nesse diapasão, é verdade que valorar significa uma atividade extremamente subjetiva e pessoal, de tal maneira que um sujeito pode considerar o casamento entre homossexuais, o divórcio, a poligamia, a pornografia, o aborto, etc., como a exaltação maior do Direito de Liberdade, enquanto outro, um maléfico retrocesso sócio-cultural.

É manifesta a impossibilidade de embasar os Direitos Fundamentais em terrenos tão inflexíveis como o da concepção moral, e também pessoal, do cidadão. O problema recai, justamente, na expressão “pessoal”. A busca pelo bem próprio, por muitas vezes, se não todas, pode seguir na contramão da busca pelo

bem comum. A pós-modernidade e a proposta de relativização de todas as coisas propõem, sobremaneira, o homem cada vez mais isolado, auto-suficiente, ressuscitando a filosofia helenística. A sociedade perfeita não é composta de várias pessoas que vivem felizes, mas de várias pessoas que vivem para fazer do outro alguém feliz. Esse é o verdadeiro estado ideal

A idéia individualista afronta o que de mais essencial há nos Direitos Fundamentais. Deve haver a proposta de um princípio cooperativo regulador da atividade humana. Após a dialética entre Direitos Fundamentais e Democracia, o que se propõe é uma visão conglobada dos Direitos Fundamentais e da Democracia, com o escopo social. A interpretação de Robert Alexy mostra-se como primeiro passo para isso. Os Direitos Fundamentais devem fazer parte da própria Democracia. O que dá verdadeira legitimidade para os atos públicos não é a Democracia, mas o respeito às Garantias e Direitos Fundamentais Individuais interpretados para o bem de todos. É por esse fato que aquela não se sobrepõe a esses, mas, certamente, o contrário.

O poder de subjugar que outrora estava nas mãos dos senhores feudais, reis absolutistas, ditadores, agora faz parte do Estado Democrático legitimado pelo sufrágio. A realidade social mostra, ainda, que esse poder não se limitou às fronteiras públicas estatais e ganhou feições privadas. O domínio dos mais fortes sobre a massa mais fraca invadiu as relações particulares, fazendo jus ao próprio sistema capitalista. Os antigos reis absolutistas ganharam uma nova roupagem, quiçá, com poderes até maiores que os do Estado, confirmando a hobbesiana afirmação de ser o homem lobo de si mesmo.

O “welfare state” clama por muito mais, sobretudo em tempos em que a corrupção parece estar enraizada profundamente nas estruturas do Estado e, inclusive, da cultura brasileira. Assim, pergunta-se: a transformação neoconstitucional do Direito garante uma genuína forma de tornar o Direito um instrumento eficaz de inclusão social e de resultados socialmente satisfatórios?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 286 p. ISBN 84-8164-573-7

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 336 p. ISBN 85-02-03173-2

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Os partidos políticos nas constituições democráticas**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.

JUNIOR, Jerson Carneiro Gonçalves, BETTINI, Lúcia Elena Polleti; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 908 p. ISBN 978-85-7874-104-4

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p. ISBN 85-336-1473-X

NUNES, Antonio José Avelãs. **O direito de exclusão dos sócios nas sociedades comerciais**. 1. ed. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. 296 p. ISBN 85-86776-11-4

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 255 p. ISBN 978-85-203-3341-9

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 756 p. ISBN 85-203-0795-7

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. 155 p. ISBN 978-85-0209807-7