A (IN)VULNERABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

RENATA BAPTISTA ZANIN*

Resumo: O Direito, reflexo da cultura humana, estrutura-se a partir das necessidades de uma sociedade determinada pelo espaço e pelo tempo. Hodiernamente, o que se verifica são normas estruturadas a partir conceitos indeterminados, característica essa que fomenta a discussão acerca da vulnerabilidade dos direitos. Tal vulnerabilidade encontra limite na Fundamentação Racional e na Motivação das Decisões, desenvolvendo-se, deste ponto, técnicas seguras que possuem o condão de impedir o subjetivismo do aplicador do Direito.

Palavras chave: Direitos Fundamentais, colisão entre princípios, conceitos indeterminados, normas-princípio e normas-regra, exegese.

Abstract: The law, a reflection of human culture, is structured to the needs of a society determined by space and by the time. Today's, which scans are structured rules from indeterminate concepts, that this feature encourages discussion about the vulnerability of rights. This vulnerability is limited in the Grounds and Reasons of Rational Decisions, developing from this point, safe techniques that have the power to prevent the subjectivism of enforcer of the law.

Key words: Fundamental Rights, a collision between principles, indeterminate concepts, standards and standards-principle-rule, exegesis.

INTRODUÇÃO

Com o novo paradigma da sociedade moderna, em que o Direito e suas normas ganham novos contornos – reestruturadas com conceitos abstratos e não definidos – questiona-se a segurança jurídica (ou a falta dela) que permeia as decisões judiciais e, de uma forma geral, a aplicação do direito.

O presente trabalho pretende discutir se esta reestruturação das normas é capaz de ensejar a vulnerabilidade dos Direitos Fundamentais na atualidade. A falta de

* Pós graduanda em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

conceitos claros e pré definidos poderia indicar subjetivismo nas decisões? Será que o novo papel da jurisdição pode levar à insegurança jurídica, à supremacia da ideologia do julgador?

Para responder a estes questionamentos, organizaremos o estudo em duas partes: a primeira tratará de aspectos históricos/evolutivos do direito. A segunda levantará as hipóteses de garantia e aplicabilidade dos Direitos Fundamentais.

Partiremos do relato histórico do advento do Constitucionalismo (idéia que possibilitou a positivação e a imperatividade dos Direitos Fundamentais) e a partir dos paradigmas percebidos em cada um dos Estados: Absolutista, Liberal e do Bem Estar Social, identificaremos suas oscilações e quais foram as conseqüências destas oscilações para o Direito legalizado, positivado.

Estudaremos a idéia de norma-princípio. A dificuldade na aplicação do direito – variabilidade decisória.

Por último, apontaremos de que forma é possível evitar ou corrigir a ofensa aos Direitos Fundamentais. Utilizaremos dos conceitos apresentados na primeira parte do trabalho para potencializar os argumentos que servirão de fundamentos para a garantia e a aplicabilidade dos Direitos Humanos, por exemplo, por via da fundamentação racional e democrática das decisões judiciais.

1. Estado Absolutista, Estado Liberal e Estado de Bem- Estar Social

Não nos cabe aqui tecer um estudo minucioso de cada um destes adjetivos estatais. Para alcançar a finalidade deste trabalho serão elencados os motivos fundamentais para a mudança de um paradigma para o seu sucessor, ou seja, quais foram os acontecimentos principais que transformaram o Estado Absolutista em um Estado Liberal e este em um Estado Social.

Essa "tipificação" de Estados – citando JELLINEK – não acontece de forma linear, não acontece de forma que se possa cronologicamente marcar com precisão seu início

e fim. Nos dizeres de ANDERSON DE MENEZES apud DALLARI (2000, p. 52) "os tipos estatais não têm um curso uniforme, muitas vezes exercendo influência em períodos descontínuos"; porém para fins didáticos existe a possibilidade de se estabelecer padrões, tipos ideais onde se alcance o enquadramento neste ou naquele conceito.

1.1 Estado Absolutista – Séc XIII ao XVII

O rei era o Estado. As funções do Estado eram titularizadas na figura do Rei.

O Estado Absolutista foi o governo da Idade Média, idade essa marcada pela dominação da Igreja Católica em todos os aspectos da vida política e social. O Direito Natural, de origem divina subordinava a todos.

Conforme DARCY AZAMBUJA (1997, p.144)

> Existe um Direito Natural, de origem divina, ao qual toda a atividade humana, e conseqüentemente, a do Estado é subordinada. Existe um Direito Positivo de que o Estado é o criador, mas que também se deve harmonizar com o Direito Natural e tende a realizar o bem público.

A sociedade medieval era considerada estamental – não havia possibilidade de ascensão social. Estava dividida em: Clero, Nobreza e Burguesia.

> Na luta que os barões e prelados ingleses travaram com João Sem Terra, o rei levou a pior e, vencido, em 1215, teve de jurar a Magna Carta (*MAGNA CHARTA LIBERTATUM)* cujos 63 parágrafos contem as garantias que os nobres e os prelados exigiam, as limitações à autoridade real (AZAMBUJA, 1997, p.156)

Surge, nessa época, a idéia de Constitucionalismo, em que um conjunto de normas é capaz de submeter todo o Estado e a sociedade. A Carta Magna de 1215, considerada a primeira Constituição, ainda não previa todos os direitos fundamentais do direito moderno, e ainda estabelecia direito apenas para uma parte da sociedade; a burguesia e as camadas inferiores da sociedade não eram acalentadas pelos direitos recém alcançados pela nobreza. E é essa desigualdade que servirá de base para a Revolução Francesa – revolução burguesa – onde o Constitucionalismo ganhará novos princípios.

Entre outras garantias a Carta Magna previa: liberdade da Igreja da Inglaterra; restrições tributárias; proporcionalidade entre delito e sanção, devido processo legal, livre acesso à justiça; liberdade de locomoção. Mas como utilizar-se de tais direitos se esta Constituição foi redigida em latim bárbaro? Esse fato demonstra que não era acessível a todos.

Logo após a Carta Magna, em 1235, o Estatuto de Merton garantiu, principalmente, a

> "liberdade na viuvez: concessão às viúvas do direito de administrarem livremente os bens provenientes do dote e das arras (...). A partir de então eram elas as responsáveis pelos filhos e filhas – e já não, inversamente, os filhos que tinham tutela sobre suas mães viúvas." (DUBY. 1990, pp.416-417)[1];

Mais uma prova que os direitos individuais estavam começando a florescer, e se legalizar.

Com o crescimento do capitalismo mercantil entre França, Inglaterra e Espanha, e a crise no sistema feudal, o Estado Medieval vai cedendo lugar ao Estado Moderno.

1.2. Estado Moderno / Estado Liberal – século XVII ao XIX

No início do século XVII, reações antiabsolutistas começam a lançar suas teorias, a principal delas foi o contratualismo. Conforme NORBERTO BOBBIO, em seu *Dicionário de Política*: [2]

> Em sentido muito amplo o contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, de quando em quando, potestas, imperium, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político.

E continua:

> Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre o começo do século XVII e o fim do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-

[1] E consulta ao endereço eletrônico: http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Merton feita em 24 de maio de 2008.

[2] http://www.leonildoc.ocwbrasil.org/enci/bobbio8.htm. Acesso em 24 de maio de 2008.

1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso.

Dessa forma a limitação da autoridade real era (ou começava a ser) legitimada pela soberania popular.

As Revoluções Inglesas (Revolução Puritana e a Revolução Gloriosa) ensejaram a promulgação da Declaração de Direitos na Inglaterra em 1689 (Bill of Rights of 1689) que determinou, entre outras coisas, a liberdade, a vida e a propriedade privada, assegurando o poder da burguesia na Inglaterra.

Nos Estados Unidos a partir de 1776, com a independência das 13 colônias e sua "Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia", e com a promulgação da Constituição escrita e rígida dos Estados Unidos da América, em 1787, alcançou-se também a limitação do poder estatal, estabelecendo a separação dos Poderes estatais.

Na França em 1789, após o término e em razão da vitória alcançada pela burguesia na Revolução Francesa, a Assembléia Nacional assumiu o Poder Constituinte e elaborou a "Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão" que decretava, principalmente: igualdade entre todos (nobres e burgueses); Soberania Nacional – una, indivisível, inalienável e imprescritível; governo sem vontade nacional é governo tirânico; o Estado é uma organização precária, artificial e resultante de um pacto; a Assembléia Nacional representa a vontade da maioria que equivale à vontade geral; direito a liberdade; não intervenção do Estado - sua única função é proteger a propriedade privada e direitos individuais.

Essas são as fontes iniciais que marcaram o advento do Estado Liberal e, conseqüentemente, a noção de Constitucionalismo moderno.

Assim como no Estado Absolutista, o Estado Liberal também desprotegeu ou não deu a devida proteção à parcela da sociedade. Aquele deixou de fora a burguesia, esse esqueceu-se do povo - que não conseguiria a manutenção, por si próprio, do mínimo

necessário para a existência digna. Não podemos esquecer que o Estado nesses tempos só interferiria para garantir a ordem, a segurança e nada mais.

O declínio do Estado Liberal:

O Poder Legislativo, dominado pela burguesia, só promulgava leis para o seu próprio interesse; era um Parlamento homogêneo. Os direitos políticos eram dados de acordo com a propriedade, só poderiam votar os arrendatários, não-empregados, proprietários, ou seja, quem podia dispor de certa quantia em dinheiro.

Os direitos individuais eram direitos absolutos: propriedade privada, não opressão do Estado, liberdade e segurança. O que se via era a igualdade formal entre os indivíduos, todos eram tratados iguais (mesmo apresentando significativas diferenças). A partir dessa igualdade formal e os problemas dela advindos, os indivíduos com os mesmos anseios começaram a se unir como forma de se proteger e ampliar poderes na sociedade.

Com a formação desses novos grupos sociais (sindicatos, associações...) novos conflitos, novas divergências se faziam presentes na sociedade. As leis que eram editadas pelo Legislativo já não eram capazes de suportar tamanha efervescência de idéias, de solucionar a quantidade de embates que se sucediam.

Sendo o Poder Legislativo, agora, dominado por esses grupos de pressão, não havia falar-se mais na idéia de *vontade geral*, e sim da vontade individual ou daqueles que podem organizar-se sob a forma de grupos, associação, etc.– o consenso se torna muito mais difícil de ser alcançado. As leis, por sua vez, se tornam mais abstratas, com conceitos mais amplos e subjetivos.

O Executivo e o Judiciário, que eram regidos pelo princípio da legalidade (nesta época era o mesmo que princípio da "reserva legal"), não tinham como solucionar os problemas apresentados diante deles. O Estado deveria proteger, prestar assistência aos mais fracos, - pois estes, que não eram da burguesia ou nobres, ficavam fora do alcance das leis editadas pelo Legislativo - mas como fazê-lo, tendo em vista que não existia um comando (uma lei) anterior que lhe permitisse agir? Ao Estado cabia atuar tão somente aos auspícios da lei.

E o Judiciário: como negar a tutela jurisdicional por falta de lei? Como aplicar a subsunção se não existe norma que satisfaça aquela pretensão jurisdicional? O Judiciário deveria por fim ao conflito apresentado - e a partir de agora ficava cada vez mais difícil de ser resolvido. O juiz era "boca da lei", aplicava o direito ao caso; não lhe era permitido interpretar.

1.3. Estado de Bem Estar Social – século XIX até hoje

Mais uma vez o constitucionalismo foi a resposta: a superioridade da Constituição perante aos Poderes da sociedade limitou os poderes do Legislativo, ou melhor, não havia mais o monopólio de criar direitos, a todos os Poderes a Constituição concedeu o poder de editar normas, dentro de cada esfera de competência.

O Estado, neste momento, não mais se continha na função de proteção aos direitos de propriedade; deveria além de prestar segurança, assistir àqueles que necessitavam. Tornou-se um Estado assistencialista.

De acordo com ALEXANDRE DE MORAES (2003. p. 43), diferença entre este constitucionalismo moderno para o outro antigo está na limitação do poder "não só do soberano (Executivo) e dos Tribunais (Judiciário), como também do próprio Parlamento, cujo respeito ao texto constitucional deve ser observado."

A partir desse momento, a lei, para ser considerada apta a produzir efeitos, deveria obedecer aos rigores formais e também aos materiais. Não basta mais ser editada por uma autoridade competente, deve também ter seu conteúdo analisado de acordo com os parâmetros trazidos pela Constituição.

1.4. A Justiça Constitucional

> A noção de justiça constitucional é expressão que designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais é assegurada a supremacia da Constituição, ao mesmo tempo em que propicia a ampliação do conteúdo inserido na Constituição escrita, através da jurisprudência constitucional.[3]

O declínio do Estado Liberal possibilitou o surgimento de um novo modelo de atuação jurisdicional. Agora, o equilíbrio entre os 3 Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) era garantido pela Constituição. O Judiciário e o Executivo não estavam mais subordinados ao Poder Legislativo e ao seu monopólio de criar direitos.

Com o novo papel assumido pelo Estado, o de prestar assistência e proteger os desiguais (igualdade material), a Jurisdição pode e deve agir de ofício, mesmo sem a manifestação do interessado. Pode agir em prol da efetividade da tutela, resguardando e defendendo os direitos fundamentais positivados na Constituição.

Ao Judiciário coube a tarefa de verificar a compatibilidade da produção do Legislativo e do Executivo perante as diretrizes constitucionais. Para isso ganhou instrumentos de controle de constitucionalidade.

Ainda agindo como protetor da Constituição, o Judiciário aplica o dispositivo legal ao caso concreto, adequando-o aos princípios constitucionais vigentes. E assim surge uma nova norma jurídica[4], criada de acordo com as particularidades daquele caso. Mais uma forma de atuação inusitada para o antigo paradigma liberal: a Interpretação.

De acordo com ALEXANDRE DE MORAES (2003, p.66) a Justiça Constitucional possui cinco grandes ramos de competência:

1. Controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público;
2. Proteção aos direitos fundamentais;

[3] http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/04/-sumario?next=1

[4] Aqui utilizando o conceito amplo de norma jurídica. Conforme HANS KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Editora Martins Fontes. 2ª edição, 1995. "(...) não há dúvida de que o Direito não consiste apenas em normas gerais. O Direito inclui normas individuais, i.e., normas que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação irrepetível e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser aplicadas apenas uma vez. (...) Exemplos de tais normas particulares são as decisões dos tribunais, na medida em que sua força de obrigatoriedade seja limitada ao caso particular em questão." (p.42)

3. Controle das regras da Democracia representativa e participativa;
4. Controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais;
5. Equilíbrio da federação.

A Justiça Constitucional, para alcançar a sua excelência, deve contar com uma Constituição eficaz, com uma Constituição em que todos os seus comandos são passíveis de efetividade, são passíveis de reclamação por quem quer que se sinta prejudicado ou ameaçado.

1.5. Normas – Princípios

De acordo com o desenvolvimento histórico, a norma positivada passa, então, a abarcar conceitos mais amplos e abstratos.

O Poder Legislativo, após a queda do Estado Liberal, tem como principal característica o pluralismo de idéias e ideologias. Constata-se a verdade desta proposição, na própria realidade: vemos o quanto é difícil a votação e a promulgação de leis. Muito disso, é certo, acontece por falta de empenho político – mas essa questão não é pertinente ao trabalho. Contudo, faz parte do próprio conceito de pluralismo, a heterogeneidade de idéias; assim sendo, nas leis onde se vê que algum grupo representativo terá, ou sofrerá os efeitos concretos da lei promulgada, o consenso só é alcançado com muito esforço. Conseqüência disso é que o novo enunciado normativo recebe – para alcançar o consenso – um alto grau de abstração, deixando para as leis de hierarquia inferior, as particularidades necessárias.

E não é somente essa a causa do aparecimento de enunciados normativos mais abertos, isso se dá, também, por exigência da sociedade moderna. As mudanças na sociedade acontecem de forma veloz, o processo legislativo, por sua vez, deve obedecer a uma série de atos e procedimentos, que por si só, são lentos; dessa forma, criam-se leis mais gerais e com conceitos mais amplos que compreendem uma gama maior de casuísticas.

A partir de então, preocupou-se em dar efetividade a esses enunciados abertos, por mais abstratos que seus termos possam parecer. O que, anteriormente era usado apenas para suprir as lacunas no ordenamento, agora, são fontes primárias do direito. Os princípios gerais do direito são apontados, pela doutrina, como os precursores das normas-princípios.

Essas normas-princípios não podem ser utilizadas apenas para suprir lacunas, elas detêm força cogente; imaginar o contrário disso é negar imperatividade à Constituição Federal, negar obrigatoriedade aos Direitos Fundamentais, pois muitos artigos da Carta, inclusive aqueles que instituem direitos fundamentais, podem ser conceituados como princípios.

De acordo com ALEXY (2008, pp. 90/91), as normas podem ser diferenciadas entre regras e princípios; as primeiras são cumpridas ou não, "são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* (...)"; por sua vez, os princípios são *mandamentos de otimização*, diz o mesmo autor: "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes."

Diante de princípios e, partindo do pressuposto que as normas princípios devem, todas, ser realizadas na maior medida, como solucionar o caso concreto se não é possível precisar no texto legal o alcance de seus efeitos? A norma existe, deve ser aplicada, porém conjuntamente a essa norma existe uma segunda norma, também válida, também cogente, que também impõe deveres e consagra direitos, por vezes contrários àqueles. Esses dois direitos declarados por dois princípios podem coexistir sem que um exclua o outro.

Impossível, então, nos utilizarmos do Silogismo Jurídico, da simples subsunção da regra ao caso em concreto: "Verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence" diz MAXIMILIANO (2002. p.5) e, continua mais adiante, elucidando quais seriam as complicações advindas deste método de aplicação:

> as dificuldades surgem à medida das semelhanças freqüentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência; de exclusão em exclusão se chegará, com maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais.

Percebe-se, assim, que esta técnica resta prejudicada quanto a sua aplicação frente às normas-princípio.

Em razão dessa dificuldade, apresenta-se uma outra técnica de aplicação – agora, adequada às particularidades das normas-princípios –, o *sopesamento* ou *Máxima da Proporcionalidade* (cf. ALEXY 2008). Essa técnica de aplicação dá-se pela verificação de três etapas: adequação, necessidade e ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Na primeira etapa verifica-se o ajustamento entre o meio e o fim almejado, ou seja, se a medida que se quer tomar alcança a finalidade descrita ou inspirada pela lei.

A segunda questiona a intensidade do meio utilizado: se não existe outra forma que se concebe menos gravosa. Um meio não é necessário se existe um meio atenuado, menos interveniente.

Na terceira faz-se uma análise de "custo x benefício", ou seja, verifica-se se a intensidade da intervenção está em proporção à importância do fundamento que se quer proteger. Em uma escala comparativa, a restrição deve situar-se em mesmo nível em que se encontra o direito protegido.

Não somente como procedimento para aplicação da norma, essa proporcionalidade pode, também, ser assimilada como fonte de Justiça.

Percebe-se que, na Grécia Antiga, com ARISTÓTELES (1996, p.199), o termo proporcional era considerado atributo da Justiça. Na espécie de Justiça Distributiva, explica o filósofo:

> O justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso um quinhão se torna muito grande e o outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno.

Em termos de direito positivado, a MAGNA CARTA, de 1215, mencionava a proporcionalidade em seu texto:

> A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem, prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (contenementum); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressalvando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos.
>
> Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do delito.

Esse método de ser alcançar a Justiça vem sendo aceito, a partir da teoria dos princípios, como forma de se efetivar preceitos que não se encaixam nos moldes das regras em sentido estrito.

Entre as críticas feitas a "Máxima da Proporcionalidade", apresenta-se uma que imputa a ela o caráter de discricionariedade: possibilita ao órgão julgador "seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados". (ALEXY. 2008, p.165)

Talvez essa seja uma fonte de vulnerabilidade para os direitos tidos como fundamentais. Se não há possibilidade de aplicar a lei de acordo com que DWORKIN chama de "Tudo ou Nada", a margem de liberdade do julgador pode causar insegurança jurídica, no sentido de que a cada intérprete corresponde, a sua decisão, em fatores internos, subjetivos, ideológicos.

Contudo, esta constação não é nova; essa preocupação se faz presente desde o surgimento do Positivismo.

Vemos que, o próprio pensamento Juspositivista – com validade das normas através da derivação formal – pode ocasionar variabilidade de decisões.

Conforme (ARANHA. 2000, p.33):

> Transplantando-se tais considerações para o âmbito, agora, de aplicação do direito, pode-se, ao menos, cogitar da presença do mesmo processo de identificação de um sistema de aplicação de normas, não mais diferenciado do sistema dinâmico positivo de que fala Kelsen, mas, ao contrário, qualificado pela evolução de sua acepção tradicional de mero sistema

estático de derivação de conteúdo das normas para um sistema dinâmico de derivação formal, trazendo consigo a explicação de uma desvinculação a conteúdo único predeterminado. Isto justificaria a conseqüente variabilidade decisória hoje existente.

E por tratar das teorias Jusnaturalista e Juspositivista é de se recordar que os primeiros inserem-se num sistema unitário, estático em que "suas proposições podem ser, por meio de um procedimento lógico-racional, deduzidas uma da outra até norma geral, tida como base de todo o sistema e definida como *postulado moral auto-evidente*" (ARANHA. 2000, p.29 e ss), por sua vez, para os juspositivistas, o ordenamento jurídico é baseado em um sistema dinâmico, em que o *postulado moral* é substituído por uma *norma fundamental*. Essa norma simplesmente confere o poder de criar outras normas a uma vontade humana específica. Isenta-se de qualquer consideração o seu conteúdo, ela não é considerada válida ou inválida simplesmente porque o seu conteúdo é compatível com a *norma fundamental*, mas apenas porque o ato da sua criação está de acordo com a regra enunciada pela *norma fundamental*, porque foi feita da forma como foi prescrito pela *norma fundamental*. (cf. KELSEN. 1992, p.382/383)

A substituição, feita por Kelsen, do *postulado moral* para a *norma hipotética fundamental,* de certa forma, desvincula o conteúdo transpassado, não é o conteúdo que valida ou invalida a norma e, consequentemente, aplicação do direito. A derivação material que advém daquele *postulado moral* – que é fonte material de todo o sistema jusnaturalista – pretere à derivação formal; é essa última que valida ou invalida o direito posto no sistema juspositivista.

Para combater a variabilidade de decisões advindas destes problemas elencados (desvinculação de conteúdo e discricionariedade) que tanto vulnerabilizam os direitos, ALEXY (2008, p.165 e ss) assinala a fundamentação racional; tema esse, que será tratado na próxima e segunda parte do trabalho.

2. Garantia dos Direitos Fundamentais

O tema deste capítulo, superada a necessária abordagem histórica inicial, inclina-se para uma preocupação de nosso tempo: "que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los." (BOBBIO, 2004, p. 25)

A partir do movimento Iluminista (séc XVII – XVIII), o homem voltou a ocupar o centro das discussões filosóficas, conjuntamente com as Revoluções anti-absolutistas na França e EUA (Revolução Francesa, Independência das 13 Colônias), a sociedade empreendeu esforços para salvaguardar alguns direitos considerados como essenciais (principalmente aqueles considerados como direitos individuais – liberdade, não-opressão do Estado, segurança e propriedade).

Por motivos já apontados – na primeira parte do trabalho – somente mais adiante vê-se a positivação dos direitos sociais, principalmente a partir do séc. XIX (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar, Alemanha em 1919).

O conjunto desses direitos, considerados inatos ao homem natural, ao homem público, ao homem social – ou como queiram alguns: os direitos de primeira (direitos individuais), segunda (direitos sociais), terceira (direitos da coletividade) e quarta (direitos pertinentes a genética, biosegurança) gerações ou dimensões – deu origem ao que, modernamente, é reconhecido como catálogo de Direitos Fundamentais do Homem.

> ... as normas consagradoras de direitos fundamentais não protegem as "realidades de vida", os "dados reais" como ... "dados" ou "realidades". Garantem ou protegem esses "dados reais", configurando *direitos subjetivos* (ex. direito à liberdade), *direitos de prestação* (ex. direito ao ensino, direito aos tribunais), *direitos processuais ou procedimentais* (ex. direito a ser ouvido em processo penal ou em procedimento disciplinar), *garantias de instituto e garantias institucionais* (ex. protecção da maternidade, garantia da propriedade privada) e *direitos de participação* (direito de participar na vida pública). Trata-se, como se vê, dos "efeitos jurídicos" que resultam do facto de uma norma recortar certos "dados da realidade" como objecto de proteção. Para dar operatividade a essa proteção cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos CANOTILHO (2003, p. 1262).

Após as lutas e embates que envolveram a sua positivação, hoje, deve-se atentar para o problema de sua efetivação, de sua proteção sempre que haja alguma violação.

Segundo José Afonso da SILVA (2001. p, 191) as garantias dos direitos fundamentais podem ser divididos em: i) garantias gerais que são as "condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais", isto é, a "estrutura social" que propiciará a efetividade social desses direitos; ii) garantias constitucionais que "consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais."

As garantias constitucionais, ainda podem ser subdivididas em: a) garantias constitucionais gerais "que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio" e b) garantias constitucionais especiais "que são prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos". SILVA (2001. p, 415/416)

Quaisquer que sejam as classificações dadas às normas garantidoras, elas mesmas devem ser consideradas como normas de Direitos Fundamentais, com todas as implicações advindas desta nomenclatura.

Diante de toda essa pormenorização, diante de toda a preocupação que o ordenamento jurídico teve em dotar de garantias os Direitos Fundamentais, porque eles ainda podem ser considerados vulneráveis? As garantias não são suficientes para protegê-los?

Levantaram-se as hipóteses da discricionariedade e, sua conseqüente, variabilidade de julgados, como sendo possíveis causas da ofensa ao direito fundamental. Seria possível utilizar-se de alguma daquelas garantias para corrigir tal erro?

2.1. Colisão entre Direitos Fundamentais

Já foi visto, anteriormente, que as normas podem ser divididas em regras (mandamentos definitivos) ou em princípios (mandamentos de otimização). Dentro do catálogo de Direitos Fundamentais, como não poderia deixar de ser diferente, também existem regras e princípios.

Também já foi mencionado que para a aplicação do direito que envolve somente regras, a técnica é a subsunção (ocorrência do fato + regra pré-definida = imputação das conseqüências descritas). Não podem coexistir duas regras que possuam conteúdos antagônicos entre si; uma delas será considerada inválida; da mesma forma que, na aplicação do direito no caso concreto, o órgão julgador deverá decidir qual das duas normas é a válida.

Ao aplicar os princípios para solucionar o caso, o órgão julgador se depara, na maioria das vezes, com dois direitos válidos, garantidos por dois princípios igualmente válidos. A forma de por fim ao conflito é ponderar (através da Máxima da Proporcionalidade) qual destes princípios válidos receberá, no caso concreto, maior valor – e consequentemente, proteção maior.

Canotilho (2000. p,1274) aponta que "uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um *juízo de ponderação* se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso que o outro"; essa relação entre as circunstâncias concretas e os princípios conflitantes é chamada "preferência condicionada", isto é, a solução do caso – dizer qual tem mais peso – está indissociada àquelas circunstâncias fáticas. Nenhum dos princípios analisados por si só, "goza de precedência sobre o outro" (cf. ALEXY, 2008. p, 94 e ss)

E, é exatamente neste ponto, que se avista a dificuldade na proteção dos direitos resguardados por normas abertas, de conteúdo e alcance não-determinados, apenas delimitados. Essa delimitação (ou determinação substancial), esses limites traçados pelos princípios deixam um amplo espaço para apreciação futura, diante do caso em concreto.

De acordo com ALEXY (2008. p, 543):

> A determinação substancial seria algo não-problemático se sempre fosse claro aquilo que é devido em razão das normas de direitos fundamentais. Mas não é o caso. A razão para tanto não reside apenas na abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, mas, sobretudo na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais. Essa natureza principiológica implica a necessidade de sopesamentos. Embora o processo de sopesamento seja um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto.

2.2. Fundamentação racional – como solução às vulnerabilidades

> A "ponderação" e/ou harmonização no caso concreto é, apesar de perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müller), uma necessidade ineliminável. (CANOTILHO, 2000. p, 1274)

Antes de adentrar no modelo de fundamentação indicado por Alexy, particularmente desenvolvido para a colisão entre princípios, é interessante notar que o dever de fundamentar, já é direito constitucionalmente protegido desde a promulgação da atual Carta brasileira.

O artigo 93, IX da CF/88 reza que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A constitucionalização do direito/dever de decisões fundamentadas garante a essas a incorporação no sistema jurídico fundamental do país, ou seja, os princípios (*latu sensu)* que permeiam a Constituição, também devem servir de parâmetros para sua nova compreensão.

De acordo com o Prof. Lamy, em seu trabalho *Motivação Democrática das Decisões Judiciais*, os principais pontos – e que são pertinentes a esse trabalho – que devem ser analisados após a constitucionalização do dever de fundamentar são:

i) Traz o instituto/norma para o rol dos fundamentos do ordenamento jurídico, alterando sua hierarquia no sistema jurídico;

ii) Revela a proximidade da norma/instituto com os anseios mais básicos da nação, o que juridicamente exige identificar sua conexão com os princípios fundantes da Constituição moderna: igualdade, democracia, dignidade, segurança jurídica; com a doutrina dos direitos humanos fundamentais;

Visualizar o dever de fundamentar inserido no sistema constitucional permite inferir que:

> se do ponto de vista infraconstitucional, a fundamentação das decisões judiciais apresenta a finalidade "endoprocessual" de convencer as partes (estrutura-se a partir da análise das questões de fato e de direito apresentadas pelas mesmas) sobre a justiça da decisão (porque determinados fatos e argumentos de direito sobrepõem-se aos demais e fundam o ato decisório), determinando o alcance da decisão (que pretensões e defesas foram acolhidas e rejeitadas).
>
> Do ponto de vista constitucional, apresenta a finalidade "extraprocessual" de convencer a sociedade (revelando-se publicamente os fatos tidos por provados e relevantes, por não provados ou irrelevantes) sobre a justiça da decisão (revelando-se o que o direito e seus princípios postulam como solução mais adequada), determinando o alcance da norma jurídica construída diante do caso (que servirá, em função da igualdade para casos futuros semelhantes). (LAMY)

Percebe-se que as decisões fundamentadas nestes termos, respeitadora dos limites impostos pelos direitos fundamentais, não podem gerar ofensa ao direito concretamente regulado. Se não se estrutura a partir deste paradigma moderno, é ato abusivo, ilícito, gerando ao prejudicado o direito subjetivo de anular o ato. O mandado de segurança é remédio adequado para proteger direito líquido e certo – fundamentado no Artigo 93 IX da CF e nos argumentos acima dispostos, será capaz de reconduzir o processo aos termos do *due process of law*.

No "modelo fundamentado" contraposto ao "modelo decisionista", Alexy (2008 p,165) pretende demonstrar que o procedimento que estabelece as "preferências condicionadas", já descritas anteriormente, pode e deve ser articulado com base na racionalidade, que possa ser controlado racionalmente – radicalmente oposto é o procedimento no "modelo decisionista" que é realizado intuitivamente, "o enunciado

de preferência condicionado é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente."

As relações de preferências condicionadas (princípios colidentes + situações fáticas) são expressas através de enunciados. Exemplo: caso Lebach / Tribunal Constitucional Alemão. Colisão entre a proteção da personalidade (P1) e a liberdade de informar via raio-difusão (P2), diante das circunstâncias (C2) que não há mais um interesse atual pela informação, que essa informação já foi dada anteriormente, que essa informação poderia colocar em risco a ressocialização do autor, surge o enunciado de precedência: (P1 **P** P2) C2, onde se lê: o princípio 1 tem preferência ao princípio 2 quando essas circunstâncias C2 se fizerem presentes.

Elaborado o enunciado, uma lei é vislumbrada, no mesmo exemplo: do enunciado (P1 **P** P2) C2 decorre a seguinte lei C2 → R, onde se lê: sob as condições C2, comina a conseqüência jurídica de P1.

> Para fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se socorrer à vontade do constituinte, às conseqüências negativas de uma fixação alternativas das preferências, a consensos dogmáticos e as decisões passadas. Nesses termos, a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas não é diferente da fundamentação de regras semânticas. (ALEXY, 2008. p,165/66)

Para os sopesamentos propriamente ditos, Alexy, formula a seguinte regra (baseada nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão): "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro."

Considerações Finais

É certo que, mesmo diante de todas essas técnicas, procedimentos, ainda persiste um grau relativamente alto de insegurança jurídica; aqui, se apresentou, apenas, uma ínfima parte de toda a problemática que envolve a proteção dos direitos

fundamentais. Não é sem razão que apregoam, neste início do século XIX, que essa é a Era do Judiciário, que não é tarefa das mais fácies ser um julgador atualmente...

Contudo, já se reconhece os erros do passado: o legalismo extremado, o positivismo puro, em favor da segurança jurídica, contribuiu para a manutenção do *status quo*, contribuiu para o aumento da desigualdade social, em prol de uma igualdade meramente formal.

Muito se critica a possibilidade de decisões meramente subjetivas, pautadas apenas na ideologia do julgador, na decisão tomada a partir de um "ponto de vista"; acontece que antes desta "fase", por muitos denominada pós-moderna, se não existia a ideologia do julgador, é certo, contudo, que existia a ideologia do Legislativo – lembrando que, apesar de contar com mais de um indivíduo, o mesmo único "ponto de vista" era quem decidia e promulgava as leis. (cf. primeira parte do trabalho, legislativo homogêneo)

O caráter principiológico do direito atual pode, indubitavelmente, gerar certa margem de subjetivismo, porém diante do que se pretendeu apresentar, os direitos fundamentais não se tornaram mais vulneráveis diante de sua estrutura mais aberta; a racionalidade na argumentação e na fundamentação das decisões pode ser a garantia mais preciosa para que o direito possa continuar a suprir as necessidades da sociedade.

Uma última constatação, nossa Constituição completará, em outubro próximo, 20 anos de vigência; passamos por problemas de ordem social, política, econômica das mais graves – impeachment de um Presidente e a alteração nos "requisitos" de acesso ao Poder (ascensão de um proletário à condição de Chefe de Estado). Por muito menos a história do Brasil relata golpes militares, fechamento do Congresso... E a Constituição Federal de 1988, proclamando os Direitos Fundamentais, estruturando-se através de conceitos abertos, continua sua vigência! Talvez os direitos nelas resguardados não estejam em situação tão vulnerável assim.

Referências

ALEXANDRE DE MORAES. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Editora Atlas 2ª edição, 2003.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Livraria do advogado. 2ª edição, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. 2008.

ARANHA, Márcio Iorio. Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais. Editora Jurídico Atlas. 2ª edição, 2000.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Ed. Vitor Civita, coleção Os Pensadores. 1996.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Editora Globo. 36ª edição, 1997.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Editora Campus. 6ª tiragem, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Editora Almedina. 7ª edição, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral de Estado. Ed. Saraiva. 21ªedição, 2000.

DUBY, Georges. PERROT, Michelle. História das Mulheres. A Idade Média. Edições Afrontamento. 1990.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Martins Fontes. 2ª edição, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. Editora Forense. 19ª edição, 2002.

http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Merton feita em 24 de maio de 2008.

http://www.leonildoc.ocwbrasil.org/enci/bobbio8.htm. Acesso em 24 de maio de 2008.

http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/04/-sumario?next=1