

A Legitimação Pragmática: Os Princípios Vazios da Igualdade, Ponderação e Razoabilidade

Sérgio Alexandre Cunha Camargo
*Professor de Direito Administrativo da
EMERJ.*

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que representam elementos essenciais de uma ordem jurídica vigente, ultrapassam o próprio sistema jurídico nacional de que fazem parte.

Esta superação do sistema nacional apresenta duas características distintas: uma sistematização e uma substancialidade.

Substancialmente ultrapassam o sistema nacional pela exigência de corresponder ao que lhes é exigido, vislumbrando os direitos humanos de forma efetiva. Os direitos humanos apresentam uma validade universal, independente de posituação em sistemas jurídicos isolados, interna de cada país.

A aplicação mundial dos direitos humanos tem como marco de extrema importância a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Outubro de 1948.

Paralelamente à identidade substancial, há que se averiguar as chamadas identidades sistemáticas, visto que onde quer que se considerem direitos fundamentais em um ordenamento, problemas semelhantes se apresentam. Estas questões se mostram como diferenças estruturais entre direitos à proteção, direitos políticos de participação, direitos sociais e direitos de defesa de índole liberal.

A questão que se quer responder é quem são na realidade os destinatários dos direitos fundamentais e de que maneira poderiam ser limitados estes direitos. É claro que a resposta a esta pergunta foge de uma conceituação doutrinária e filosófica, na medida em que a Suprema Corte, como órgão responsável pelo controle da observância dos direitos fundamentais, esbarrará na questão de estar invadindo a seara do Poder Legislativo, lesionando o princípio da democracia e da divisão de poderes.

Estas questões levam a busca de uma solução que convergiria na possibilidade de desenvolver-se uma teoria de direitos fundamentais que transcendesse uma ordem jurídica específica e se aplicasse de forma global. A proposta que se quer apresentar surge de uma Ciência dos Direitos Fundamentais, que não busca exatamente a homogeneização de cada ordem jurídica, mas na verdade utilizar as diferenças das diversas ordens para desempenhar suas tarefas. Esta ciência busca descobrir as estruturas dogmáticas e revela os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e jurisprudências.

Todos os homens são aptos a igualmente gozarem de direitos, mas não têm um exercício de direitos igual - Igualdade de Direitos em democracias ocidentais, rejeita privilégios de raça, cor, religião, sexo. Vedam-se distinções arbitrárias, sem fundamento objetivo, as discriminações.

Todos devem ter um exercício de direitos isonômico - Igualdade Real, esta sendo a igualdade prometida nas democracias marxistas.

O presente estudo busca harmonizar estas diferenças para tentar apresentar uma solução factível a ser implementada, conjugando dentro do possível valores de sociedades heterogêneas dentro de um único sistema.

I - DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é apresentado por duas teorias: absoluta e relativa.

I.1 - Teoria Absoluta

A teoria absoluta entende que os direitos fundamentais têm delimitação abstrata, não podendo suas fronteiras ser ultrapassa-

das, nem mesmo para garantia de direitos fundamentais de mesma importância e hierarquia. Vê-se a aplicação de cada direito de forma isolada, em que a solução seria sempre conjugar direitos fundamentais, sem pretender considerá-los de forma isolada.

Em verdade, direitos fundamentais são espécie de seu próprio gênero, não concebendo esta teoria a possibilidade de se abrir mão de um determinado direito elencado a fundamental, para proteção de outro de mesma espécie. Se pensássemos de forma contrária, o gênero Direitos Fundamentais estaria sempre perdendo diante da colisão de suas próprias espécies.

I.2 - Teoria Relativa

A teoria relativa defende que a idéia central de direitos fundamentais só pode ser protegida no caso concreto, o que, na visão de Alexy¹, retoma a teoria ao Princípio da Proporcionalidade.

Através do Estado-juiz, no caso concreto, com elementos fáticos poder-se-ia analisar qual direito deve prevalecer e qual deve ser sacrificado. Não há uma opção estanque, sólida, inerte, há sim uma valoração de interesses, que não se presta a extinguir determinado direito fundamental, mas apenas dar-lhe menor aceção diante de uma situação que clama por uma ponderação que faça fluir um direito que se apresente mais relevante no caso concreto.

A teoria relativa demonstra mais aptidão ao que se pretende entender como núcleo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que a situação fática demonstrará qual direito fundamental deverá ser mais valorado, neste ou naquele caso.

I.3 - Colisão de Direitos Fundamentais

A maior parte das Constituições codificadas apresenta extenso rol de Direitos Fundamentais.²

¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

² A atual Carta da República brasileira em seu Título II, Capítulo I, artigo 5º traz em setenta e sete incisos e parágrafos extenso rol de direitos fundamentais explicitamente positivados.

A teoria dos Direitos Fundamentais presta-se num primeiro momento a interpretar estes direitos, aplicando-se regras de interpretação jurídica que, sem dúvidas, esbarrarão em certos limites, sendo sua maior limitação o conflito entre os próprios direitos desta ordem.

A colisão entre direitos pode se dar entre estes, ou entre estes com normas e princípios de determinado ordenamento que visem à proteção de determinado interesse comum. Robert Alexy³ atribui a este fenômeno uma visão restrita e ampla de colisão entre direitos fundamentais.

Os tipos de colisão formam o núcleo central da dogmática dos direitos fundamentais, em que sua análise leva a quase todos os problemas desta disciplina.

Em sentido estrito, a colisão de direitos fundamentais se apresenta quando a performance de determinado direito por um titular esbarra ou produz efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outro titular, não obstante poder tratar-se de direito de caráter idêntico ou diverso.

Tratando da colisão entre direitos fundamentais de mesma espécie, podemos explicitar quatro espécies:

- 1. Conflito sobre o mesmo direito fundamental (direito liberal de defesa) - tal ocorre, por exemplo, quando dois grupos distintos de manifestante se dirigem ao mesmo ponto geográfico para extravasar seus anseios;*
- 2. Conflito sobre o mesmo direito fundamental, sendo direito de defesa de um e direito de proteção de outrem - tal ocorre quando para proteger a vida de um titular dispara-se arma de fogo sobre um seqüestrador colocando em risco a vida da própria vítima e a do ladrão. Seria viável proteger a vida do seqüestrado sob as condições do seqüestrador, ou mesmo sem colocar a vida deste em jogo? Daí surge nova problemática: ao proteger a vida do seqüestrado, ameaçando a vida do seqüestrador, pode-se colocar em risco a vida de transeuntes que trafeguem pelo local? É o que se entende*

³ *Ibidem.*

por “dever de proteção em face da comunidade geral dos cidadãos. Tem o Estado dever de se abster de novas condutas violentas e principalmente de não as estimular. Este dever de proteção traduz-se na proteção de um bem coletivo, ou seja, a segurança da coletividade. A complexidade desta ponderação é que torna necessário identificar os elementos fundamentais integrativos”;

3. Outra hipótese de colisão de direitos fundamentais ocorre entre lados positivos e negativos de direitos fundamentais - tal problemática se exemplifica no fato de se ter a liberdade de expressão religiosa ou política, mas também de não as ter. Tal questão se refere à problemática apresentada por Alexy⁴ da validade de se colocar crucifixos em salas de aula ou de audiência. Poderá o Estado determinar que se coloquem crucifixos nesses estabelecimentos? Como solucionar o conflito negativo do direito fundamental à liberdade religiosa dos não-cristãos que, como ponderou a Suprema Corte Alemã, estariam obrigados, durante uma audiência pública, ou aulas, a conviver com este símbolo religioso, que não abraçam, ou aprender sobre tal religião sem terem manifestado interesse. A Corte Alemã resolveu este conflito negativo proibindo o uso de crucifixos em sala de aula, sob o manto da neutralidade religiosa;

4. Colisão entre o lado jurídico e a situação de fato que envolve o direito fundamental - se concedermos gratuidade de justiça aos pobres, em detrimento dos ricos, para que tenham acesso à justiça, está se estabelecendo tratamento anti-isonômico. Mas, de fato, a não consideração da capacidade econômica de um e outro, reduziria a capacidade dos pobres de terem acesso à justiça. Por este motivo é que a Corte Alemã associa a idéia de igualdade fática ao princípio do Estado social de direito. Seria na prática o que o Supremo Tribunal Federal entende por dupla faceta do princípio da isonomia, que também se traduz em tratar desigualmente os desiguais.

⁴ *Ibidem*.

A colisão entre direitos fundamentais de mesma espécie ou não, resolve-se na máxima de que será necessário imporem-se a um dos lados da relação de conflito restrições ou sacrifícios para que o direito mais ponderado prevaleça.

Questão de grande relevância reporta-se ao caráter vinculante ou não dos direitos fundamentais. Todo sistema jurídico leva a uma vinculação das normas de direito fundamental, em que sua implementação, lesão ou ameaça de lesão deve ser averiguada e solucionada pelo poder jurisdicional, sendo o ideal que esta averiguação parta de uma Corte constitucional. Normas de direito fundamental que não possam ser examinadas por tribunal com função jurisdicional não serão vinculantes sob o aspecto jurídico. Neste caso os direitos fundamentais representariam meras normas programáticas, intenções utópicas a serem alcançadas num tempo e lugar indefinido.

No ordenamento brasileiro pode-se dizer que os direitos fundamentais elencados em grande monta no artigo 5º da Constituição Federal são vinculantes por terem aplicação imediata. Não obstante esta consideração há que se atribuir aos direitos fundamentais à possibilidade de jurisdicionalização visto serem direitos humanos positivados.

I.4 - Ponderação de Interesses X Motivação

A ponderação de interesses, via motivação, tomou cunho constitucional no ordenamento pátrio de forma explícita através do disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (Grifo nosso)

A motivação representa garantia fundamental do cidadão e segurança a um Estado Democrático de Direito, pois através dela justifica-se a autoridade estatal.

Filiamo-nos ao entendimento de que todos os atos administrativos devam ser motivados, quer detenham cunho decisório ou não⁵. A função estatal se justifica através da motivação do *modus operandi* da administração pública. É garantia ao cidadão de que seus representantes políticos estão realmente agindo conforme as situações fáticas exigem, ou para alcançar programas de governo preestabelecidos quando das campanhas eleitorais, firmando-se após o sufrágio, como Políticas Públicas a serem implementadas.

Michelle Taruffo⁶ entende ser a motivação tão necessária como instrumento de justificação, que visa a demonstrar que a decisão é juridicamente válida e fundada sob a verdade dos fatos.

Direitos políticos trazidos no artigo 14 da Constituição Federal de 1988 claramente demonstram que o exercício da democracia, em nosso ordenamento, se encerra no voto. Este fato demonstra a nítida fraqueza de nosso sistema democrático, visto que a participação popular em uma democracia deve ir muito além do sufrágio. Deve ser capaz de acompanhar e controlar a implementação de políticas públicas, estas que justificaram a escolha de um ou outro político que venha a deter a representação popular, que se dará também via controle e vinculação partidária, situação que nosso sistema sequer vislumbra.

Nenhuma ponderação pode implicar a diminuição do sentido de dignidade da pessoa humana, já que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica é o fim último desta ordem. Em outras palavras, como a dignidade da pessoa humana foi traduzida nos ordenamentos jurídicos como direitos fundamentais, a diminuição destes direitos deve ser feita com grande cautela sob pena de se afastar do objetivo máximo de toda ordem constitucional, em todo ordenamento jurídico, isto é, o homem.

⁵ Em sentido contrário DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17^a ed. São Paulo. Atlas, 2004.

⁶ *Apud* SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen lures, 2000.

I.5 Teoria de Habermas

Habermas⁷ em sua Teoria enuncia os direitos fundamentais em três categorias distintas:

- 1. Direito à liberdade de agir - seriam os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;*
- 2. Direito à livre associação - como forma de traduzir a cidadania, seriam os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;*
- 3. Direito à proteção judicial - enfatizado pelo direito de ação, que seriam os direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de se postular judicialmente os direitos e a configuração politicamente autônoma da proteção judicial de forma individualizada.*

II - DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A cláusula do devido processo legal, não obstante sua conceituação imprecisa, tem servido para que a suprema corte americana utilize o princípio da razoabilidade para exercer o controle sobre a racionalidade das leis, sobretudo daquelas que repercutem sobre direitos fundamentais.

Pode-se analisar o princípio da razoabilidade sobre sua tríplice dimensão: Adequação, Necessidade ou Exigibilidade e Proporcionalidade em sentido estrito.

II.1 - Origem e Desenvolvimento do Princípio da Razoabilidade

O desenvolvimento do princípio na Europa ligou-se visceralmente à idéia de Estado Democrático de Direito, buscando a proteção das liberdades individuais, não somente entre particulares, mas destes em face do poder público⁸.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989.

⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Lures, 2000.

O Estado criou o Direito, passando daí a tutelá-lo, não mais preponderando a idéia de que está acima dele. Esta noção desenvolveu-se primeiramente com a elaboração da doutrina do desvio de finalidade, em que o ato da autoridade, ainda que discricionário, seria invalidado, se buscasse finalidade contrária à lei. Esta evolução significou, de certa forma, um grande avanço no controle das políticas públicas, na medida em que passou a controlar a validade dos atos administrativos em consonância aos direitos coletivos tutelados.

Só tomou cunho Constitucional, na Alemanha pós-Nazista, na busca de cessar os arbítrios do legislador e garantir a fluência dos direitos fundamentais, afastados durante aquele regime. Por este motivo, é conhecido o Princípio como de Proibição de Excesso⁹, ou da Razoabilidade¹⁰, como preferem os Italianos.

No direito norte-americano, o Princípio originou-se através da interpretação evolutiva da Cláusula do Devido Processo Legal - *Due Process* - inserida na Constituição Americana, ainda que Daniel Sarmento entenda ser mais remota sua existência, datando na *Common Law* da Cláusula *Law of the Land* constante da Magna carta de João sem Terra, de 1215¹¹. De uma ou de outra forma, o Princípio encontra-se amplamente divulgado no direito norte-americano.

Como última ponderação sobre a análise histórica, a opção em denominar o princípio como da Proporcionalidade, Razoabilidade ou Proibição de Excesso, é despicienda sendo meramente optativa, visto que as noções acabam por convergir. O que se quer conter, na realidade, são os arbítrios no atuar do Poder Público, que se protege sob o manto da discricionariedade.

II.2 - A Razoabilidade Subdividida¹²

A subdivisão, ora em análise, não é fruto de uma evolução doutrinária brasileira, mas de uma proposta da doutrina alemã que

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Preferimos esta denominação, a uma, pois a proposta veiculada por Daniel Sarmento como subdivisão do Princípio torna mais clara sua compreensão; a duas, pois entendemos que a Proporcionalidade é realmente mera faceta do que seria Razoável. Assim, passaremos a denominar o Princípio como da Razoabilidade de agora em diante.

¹¹ *Ibidem.*

¹² A subdivisão foi tirada por base a obra do Daniel Sarmento, já citada, visto corroborarmos com seu entendimento, a não ser quanto à denominação do Princípio, que como já expressamos, entendemos ser mais adequado chamá-lo de Razoabilidade.

entendeu desmembrar a Razoabilidade em subprincípios, como destacamos acima.

Cabe-nos uma digressão no sentido de analisar cada subprincípio para que possamos entender seu significado e tecermos alguns comentários acerca de seus desdobramentos.

O Princípio da Adequação, e entendemos que na realidade este é muito mais um princípio em si mesmo do que uma vertente da Razoabilidade, preconiza que o atuar do Poder Público, quer de forma legiferante ou em mero ato de gestão, deve ser eficaz a alcançar os fins que o inspiraram¹³. O fundamento da norma, a *mens legis* do Legislador, deve ser o reflexo do ato. Este conceito nada mais é que uma vertente da Teoria dos Motivos Determinantes que baliza o Ato Administrativo.

A Teoria dos Motivos Determinantes, sucintamente, ensina que a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, em que se falsos ou inexistentes, implicam a sua nulidade.

O atuar discricionário do administrador público é balizado sim, pela Lei. O Agente Político, como Agente Público, não tem carta branca para atuar. Antes, cabe ressaltar que não mais vigora no ordenamento jurídico brasileiro a noção de Funcionário Público. Outra questão foi a opção do Legislador Constituinte Originário, ao promulgar a Carta da República de 1988, deixou de fora a figura do 'político' da noção de 'Funcionário Público, querendo dar maior abrangência ao tema do que poderia comportar o instituto. Para isto, adotou a expressão 'Agente Público' ao emendar a Constituição em 1998 (Emenda Constitucional 19 de 1998).

Discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, como muito se pensa nos meandros políticos, mas certa liberdade de manobra para que não se engesse o atuar daquele que foi eleito para conduzir e gerir o interesse da coletividade. Seu agir deve ser adequado a alcançar o fim que a lei pretendeu.

O Princípio da Necessidade determina que o administrador deve optar pela medida menos gravosa ao administrado, para al-

¹³ *Ibidem.*

cançar o objetivo colimado. O atuar do poder público como premissa deve ser o interesse público, mas de forma que tenha mínima ingerência nos direitos fundamentais do cidadão. Se várias opções se apresentam ao administrador para que atue, deve sempre preponderar aquela que cause menor impacto nos interesses e direitos da coletividade¹⁴.

Toda a doutrina brasileira defende que o controle exercido pelo Judiciário sobre o atuar do administrador público deve se pautar na Legalidade, isto é, só poderia imiscuir-se quando o ato fosse contrário a Lei. Neste caso, anular-se-ia o ato, com eficácia *ex tunc* de forma a desfazer todos os efeitos criados pelo ato (ou norma), com vistas a retornar ao *status quo ante*. Jamais, diz a doutrina, poderia avaliar critérios de conveniência e oportunidade do ato para pretender desfazê-lo. Mas e se o administrador público, que atuou em conformidade com a Lei, sendo o ato portanto legal, pudesse alcançar o mesmo objetivo pretendido com menos desgaste para o administrado? Não caberia ao Judiciário anular o ato, pois este estaria de acordo com o Princípio da Legalidade. Será, então, que poderia revogar o ato? A doutrina entende que não, pois não cabe ao Judiciário revogar ato administrativo, pois o Mérito Administrativo é da observância única do administrador público.

Ousamos discordar de tal orientação. Utilizamos por base o subprincípio da Necessidade, pelo qual, se for comprovado que o administrador optou em atuar da forma mais gravosa para o administrado em geral, deverá o Judiciário, em sendo provocado pelo Ministério Público, defensor dos interesse difusos e coletivos, revogar o ato.

Está orientação, porém, afasta a Conveniência e Oportunidade trazidas pelo Mérito Administrativo que baliza o atuar do Poder Público. E, ainda, não resolve o dilema de não ter sido o Judiciário sufragado para agir desta forma.

É exatamente este o cerne da questão trazida na obra do Procurador da República Daniel Sarmiento¹⁵: Ponderação de Interes-

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

ses na Constituição. Todo o nosso sistema constitucional pauta-se sobre a égide de um Sistema de Jurisdição Una: cabe somente ao Judiciário judicar, não havendo previsão para qualquer órgão avaliar a conveniência e a oportunidade no atuar do Agente Público. Enfrentamos a questão, pelo menos de início, afastando a noção do Mérito Administrativo e do Mandato de Eleição conferido ao Legislativo e ao Executivo, e não ao Judiciário, pela prevalência do Princípio da Razoabilidade. Nossa intenção é não deixar desassistido o administrado que fora invadido em seu Direito Fundamental, comprovando-se que outra forma menos gravosa havia, com vistas a alcançar o mesmo objetivo, causando-lhe prejuízo menor.

Canotilho¹⁶ entende que o exame do subprincípio da necessidade deve compreender:

- 1. a necessidade material, em que o meio deve ser o menos gravoso possível quanto à limitação dos direitos fundamentais;*
- 2. o âmbito de intervenção deve ser limitado;*
- 3. a medida coativa deve ter tempo certo;*
- 4. a medida deve ser suficiente a limitar a pessoa ou pessoas cujos interesses devam ser sacrificados.*

Como terceiro subprincípio temos a Proporcionalidade estrito senso, chamada por Robert Alexy de Mandado de Ponderação¹⁷. Tal princípio nada mais é que a relação custo-benefício: as restrições impostas pelo atuar do Poder Público devem ser inferiores aos benefícios colhidos pela forma de agir eleita.

Alexy¹⁸ alerta para a importância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito como forma de ponderação. Na visão do autor quanto mais intensa for a intervenção em determinado direito fundamental, mais relevantes deverão ser os fundamentos justificadores desta intervenção.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Almedina, 5ª Ed., 1991.

¹⁷ *Ibidem* p. 89.

¹⁸ Ob. Cit.

Estabelecendo-se uma lei de ponderação em três momentos bem distintos, podemos dizer que num primeiro momento há que se definir a intensidade da intervenção; num segundo momento averigua-se a importância dos fundamentos que justificam a intervenção, para enfim se efetivar a ponderação em sentido estrito.

Conformando o Princípio da Razoabilidade, uma norma deverá ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.

Ainda que concordemos inteiramente com a subdivisão apresentada, não nos conformamos com o destino que lhe fora dado, visto que é apresentado muito mais como forma de justificar o controle de constitucionalidade aferido pelo Judiciário. Enfatizamos a noção já trazida de que se presta também à avaliação do próprio ato administrativo, ainda que não tenha como amparo a Constituição ou a Lei, mas o direito difuso de um grupamento social.

A aceitação quem vem tendo o Princípio da Razoabilidade tornou-o instrumento de suma importância. Num primeiro momento para se proceder à valoração do ato político, afastando a noção de conveniência e oportunidade que se prestou a macular o ato, tornando-o contrário e lesivo ao interesse público. Num segundo e futuro momento servirá a controlar a implantação de Políticas Públicas.

III - RAZOABILIDADE E PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Trazendo a razoabilidade para a Ponderação de Interesses, podemos dizer que a restrição imposta a cada interesse só se justificará num caso de conflito entre princípios constitucionais, na medida em que se mostrar apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; não houver solução menos gravosa; e o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

III.1 Núcleo Essencial

A ponderação de interesses sofre restrições pela doutrina acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Há um con-

teúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador ou pelo aplicador do direito¹⁹.

O núcleo essencial traduz o limite dos limites, protegido contra qualquer espécie de restrição, que não poderá ser violado sob o risco de atingir os direitos fundamentais em sua própria essência, como gênero, e não mais como mera espécie.

Há porém duas orientações doutrinárias que produzem resultados bastante distintos. Estes resultados são oriundos das Teorias Absoluta e Relativa, abordadas no Capítulo I desta obra, para onde nos reportamos.

III.2 Judiciário e Ponderação de Interesses

A ponderação é técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos entre normas que não se resolveram pelos elementos clássicos de hermenêutica jurídica, através da semântica, da lógica, e nem pela moderna hermenêutica constitucional que traduz os princípios de interpretação propriamente constitucionais ou pela interpretação orientada pelos princípios.

Os vários interesses em oposição e as normas que os legitimam juridicamente, devem ser identificados e reunidos em função das soluções que indiquem, e dimensionados de acordo com as características do caso concreto.

O diversificado número de elementos normativos em prol de determinada solução e a força que assumem diante das circunstâncias concretas são os principais critérios que irão orientar a ponderação, paralelamente ao princípio da proporcionalidade.

O Judiciário pode exercer a Ponderação de Interesses em duas situações:

- 1. Quando inexistir regra legislativa específica resolvendo determinado conflito entre princípios constitucionais surgido em um caso concreto;*
- 2. Quando a regra legislativa em questão tiver sua constitucionalidade questionada, pela via incidental ou direta.*

¹⁹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2000.

O estudo do direito constitucional representa de forma prática o repasse para o plano jurídico do projeto de emancipação da modernidade. As constituições modernas têm o propósito de estabelecer e efetivar determinados parâmetros de justiça, sendo os direitos fundamentais, nesse contexto, o instrumento por excelência de implementação dos valores constitucionais. Estes valores cabem *prima facie* ao Poder Judiciário para não só averiguar e resguardar sua efetividade, mas certificar-se de sua aplicação nos casos concretos a ele apresentado.

III.3 *Judicial Self-restraint*

Em determinada situação fática a corte norte-americana, diante de lei estadual que limitava a liberdade de expressão, tornando crime manifestações que incitassem a tomada do poder nos Estados Unidos, foi dito que quem deve ponderar os fatores relevantes e avaliar que interesse, e em que circunstâncias devem prevalecer, não pode ser o Tribunal, visto não serem corpos representativos da vontade popular. Assim a responsabilidade primária pelo equacionamento dos interesses concorrentes necessariamente pertence ao Legislativo.

Porém, ainda que não materializem a vontade popular por não deterem legitimação via sufrágio universal, representam a vontade do Estado, como sistema idealizado para não só dirimir conflito de interesses, mas para garantir a eficácia de direitos fundamentais protegidos.

Este é o fenômeno da *judicial self-restraint* em que as decisões judiciais que afastam as opções políticas do Legislativo e do Executivo só se legitimam na medida em que se amarram firmemente na Constituição. Toda vez que o julgador, sob o pretexto de dar cumprimento à Constituição, substituir o mérito administrativo do ato do legislador, pelo seu, ficará comprometida a própria legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

O Judiciário só deve pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, quando, após a exaustão de todas as suas possibilidades exegéticas, resultar evidente a sua incompatibilidade com a Lei Fundamental.

Se o Judiciário averiguar que o administrador público se afasta dos ditames constitucionais, garantidos por direitos fundamentais e determina a sua observância, não estará substituindo a vontade do representante popular pela sua, mas apenas se certificando e garantindo que a ordem jurídica está sendo cumprida.

IV - TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do mínimo existencial parte da premissa de que fundamentais seriam apenas os direitos consagrados como de primeira geração, visto que, sem as condições sociais mínimas, o ser humano não pode gozar sua liberdade, não pode evoluir.

Às Políticas Públicas cabe o dever de efetivar os interesses sociais, na medida em que a concretização de direitos sociais depende de opções de caráter orçamentário, face a escassez de recursos, que decorrem de limites denominados como “reserva do possível”.

O conceito de Mínimo Existencial se presta a estabelecer quais direitos sociais representam condições para o exercício efetivo da liberdade, o exercício positivo de liberdade.

Ricardo Lobo Torres²⁰ assim define Mínimo Existencial:

*“o mínimo existencial (...) como direito às condições da liberdade, exhibe o **status positivus libertatis**. A sua proteção positiva se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como ocorre na prestação jurisdicional, educação primária, saúde pública, etc. O **status positivus libertatis** pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas e privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades. A entrega de bens públicos (roupa, remédios, alimentos, etc.), especialmente em casos de calamidade*

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite, etc.), independentemente de qualquer pagamento, é outra modalidade de tutela do mínimo existencial.”

IV.1 Mínimo Social e Políticas Públicas

Cabe ao Judiciário zelar pela observância da aplicação do mínimo social devido pelo Estado a seus cidadãos, independentemente de políticas Públicas implantadas pelo Executivo e Legislativo, enquanto plano de governo.

Estando presentes os elementos necessários para aplicação do mínimo existencial, deve o Judiciário velar por sua concretização, independente de disponibilidade orçamentária, como entende Luis Roberto Barroso²¹, ainda que vejamos este entendimento com reservas.

Necessário traçarmos uma relação entre Políticas Públicas, Reserva do Possível e Mínimo Existencial. A Reserva do possível está intrinsecamente atrelada às questões orçamentárias, data máxima vênua Luis Roberto Barroso, não há como se conceber impor a garantia do Mínimo Existencial sem recursos, para que de fato se possa implementá-los.

As Políticas Públicas devem ter em mente a diretriz idealizada por aquele sufragado pela maioria popular, mas sem deixar de levar em consideração que a implementação do Mínimo Existencial de forma homogênea para toda população, deva ceder, diante da vontade de implementar esta ou aquela política pública.

Por fim, a consideração acerca de Mínimo Existencial tem de guardar relação fática com as verbas disponíveis dentro de determinado ordenamento jurídico, para que não se caia em demagogias, como infelizmente é o caso da Carta Constitucional de 1988, que, de forma ampla, idealizou este Mínimo, sem levar em conta a extensão territorial de nosso país e o quantitativo populacional, tornando inviável a implementação da infinidade de direitos fundamentais garantidos naquele capítulo da Carta da República.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *A nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2003.

V - O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

Rawls²² pretende buscar a construção de princípios de justiça de acordo com as convicções de uma democracia constitucional.

Ainda que esses princípios tenham fundamento histórico-social, escolhido para um regime democrático, podem ser entendidos como uma concepção de política geral, para sociedades que se desenvolveram sob diferentes aspectos sociais.

V.1 Rawls: Interpretação X Consenso

Vendo na fundamentação um problema, Rawls propõe uma hermenêutica pragmática que, de imediato, põe em confronto a diversidade de interpretação e a questão do consenso.

É essa diversidade que leva os indivíduos a terem distintos conceitos morais, religiosos e filosóficos.

Nesse sentido, tentativas de embasar princípios de justiça em uma única doutrina ou concepção são inaceitáveis para aqueles que tenham aderido a outra corrente. De outra forma não poderia ser. Quando determinado grupo é obrigado a acatar a conceitualização típica de outro grupo, haverá claro descontentamento por parte daqueles obrigados.

Tentando resolver este conflito, vêm-se duas possibilidades de interpretação das tradições políticas e históricas liberais:

- 1) *interpretação de Locke que enfatiza a liberdade dos modernos, da vida cívica, tal como a liberdade de pensamento e consciência, o livre arbítrio;*
- 2) *interpretação de Rousseau, que prima pela liberdade dos antigos, liberdades políticas de igualdade e valores da vida pública.*

Vemos através de Rawls²³ que a teoria da justiça é pragmática em dois sentidos:

²² *Apud* BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais.** Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002.

²³ *Ibidem.*

1. *Quando procura fornecer um mecanismo que produza um conjunto de princípios que seja funcional para os membros de um regime democrático e possa ser praticado por eles e que produza um acordo na estrutura básica dessa sociedade.*
2. *Quando procura produzir um acordo apenas porque descreve o significado de nossa cultura política, compartilhada de forma que é para nós funcional, e por todos nós aceita.*

V.2 Rawls: Posição Original²⁴

Partindo para outro tema de cunho filosófico da obra de Rawls, esbarramos na idéia de “Posição Original”, vista num primeiro momento como formulação da estrutura para escolha de princípios de justiça a partir de valores de igualdade e liberdade e a consequente organização das instituições básicas e distribuição dos bens sociais.

Propõe-se a ser uma explicação para os nossos julgamentos e sentimentos morais, daí não ser mera reflexão de nossos julgamentos, mas nos ajuda a formular esses mesmos julgamentos, sendo na realidade fontes idealizadoras.

A posição original de Rawls que justifica nossas visões sobre liberdade, igualdade, justiça e organização das instituições político-sociais e distribuição de bens, melhor se explica sobre a noção de consenso sobrepuesto, que analisaremos a seguir.

V.3 *Overlapping Consensus*

A visão que justifica a noção de liberdade, igualdade, justiça, organização das instituições político-sociais pode ser melhor explicada na idéia de “Consenso Sobrepuesto”- *Overlapping consensus*, como mencionamos no Capítulo anterior.

O consenso sobrepuesto informa que os membros de uma sociedade podem estar abertos às idéias sociais e políticas uns dos outros, ainda que suas posições venham a divergir. Não obstante, cada indivíduo tem liberdade para ter suas visões autônomas sobre o que significa liberdade, igualdade e justiça e sobre como os prin-

²⁴ *Ibidem.*

cípios decorrentes desses valores devem ser distribuídos em uma sociedade que se está formando.

O consenso sobreposto consiste na possibilidade de uma Sociedade Pluralista, em que não obstante os diversos valores oriundos de diferentes evoluções socioculturais alcancem um consenso comum, em busca do equilíbrio social.

A justiça como equidade baseia-se no consenso, não obstante as doutrinas que justificam a concepção de justiça divergirem muitas vezes.

A idéia de justiça é inclusiva por assimilar três doutrinas distintas:

- 1. religiosa: aceita a concepção de justiça porque suas próprias idéias envolvem princípios de tolerância e dão suporte às liberdades de uma ordem constitucional;*
- 2. liberal: baseia-se nas idéias de “pessoa” e nos valores da vida humana, apoiando ainda a concepção de justiça;*
- 3. política: com base a democracia constitucional, que vem a abranger a concepção de justiça.*

Dworkin²⁵ quando trata dos casos difíceis recorre ao Princípio da Integridade, para justificar a tomada de decisões do juiz Hércules, que julga com base na ampla inteligência, sem limitações temporais. É o juiz perfeito, ainda que parem dúvidas acerca da abordagem hermenêutica apropriada.

CONCLUSÃO

Pela teoria de Rawls²⁶ o tema “Princípios e sua Legitimação” busca conciliar liberdade e igualdade, trazendo à tona a idéia de diferença, que pode ser inserida na liberdade e igualdade.

Só se pode pensar em uma sociedade pluralista e sem diferenças quando se pressupõe que todos devem ser livres e iguais. A discussão entre liberdade dos antigos e dos modernos se dirime

²⁵ DWORIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1985.

²⁶ Ob. Cit.

com o consenso sobreposto, concebido com a constatação de que visões diferentes sobre determinado tema só se tornam possíveis em sociedades democráticas e pluralistas.

É nítido perceber que para Rawls²⁷ a justiça parece ser o valor legitimador dos princípios da liberdade e igualdade, que estarão inscritos no contrato básico que sustentará o Estado, materializado numa Constituição.

A igualdade seria consequência da noção de justiça, sendo a liberdade anterior a ambas, ainda que interaja com elas. Podemos então concluir que Rawls acredita que a idéia de justiça engloba as noções de liberdade, de igualdade e de diferença.

A teoria de Habermas²⁸ não concilia o ingresso de princípios morais no sistema de direitos, em que os princípios jurídicos só têm sua base de justificação dentro do mesmo sistema; não há para ele nenhum princípio, moral ou jurídico, anterior a Constituição, que legitime o mesmo sistema.

Rawls²⁹ adota teoria que indica um caminho a seguir para a formação de uma sociedade abstratamente concebida, que se forma partindo da concepção de um contrato social reconstruído, enquanto Habermas³⁰ acredita que seja constituída sob os alicerces da teoria da comunicação. Porém, vê-se uma função extremamente formalista em sua teoria, na medida em que entende que os princípios não ingressam no sistema jurídico, visto que o princípio do discurso, que fundamenta seu raciocínio, é neutro.

Os direitos fundamentais devem traduzir a noção básica das necessidades de um determinado grupo social, ainda que estas noções não convirjam, se considerarmos cada grupamento social isoladamente. É desta máxima que devemos desenvolver a noção de liberdade e igualdade, na medida em que todos devem ser livres dentro de uma sociedade pluralista a expressar seus anseios e discutir através do debate qual melhor caminho a ser tomado.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Ob. Cit.

²⁹ Ob. Cit.

³⁰ Ob. Cit.

Entretanto o consenso deve ser aceito pelos distintos grupos sociais para que se alcance uma base de direitos fluíveis a todos, tentando sempre conciliar os diversos anseios de cada grupo.

Os direitos fundamentais não podem estar à margem do que se idealizou como “Reserva do Possível”, noção intrinsecamente ligada à questão orçamentária de determinado país, sem o que toda intenção de garantia de direitos fundamentais estará presa a mera noção teórica, sem nenhuma possibilidade fática, pela inviabilidade econômica de sua implementação.

Cabe ao Poder Judiciário como garantidor da legalidade de um ordenamento jurídico velar pela aplicação do mínimo existencial positivado em direitos fundamentais para que possam ser garantidos e implementados estes direitos.

As diretrizes dos mandatários populares concretizadas em políticas públicas devem vincular-se, num primeiro momento, à concretização deste mínimo existencial, para num segundo momento serem concebidas como diretrizes de um crescimento econômico e social. Ressalte-se que não há como haver desenvolvimento em sentido algum se aqueles direitos, elencados como fundamentais, não puderem ser garantidos e implementados, visto que não haverá crescimento homogêneo, resultando na deficiência de um desenvolvimento sustentável para todos do grupo social. ☐