

Curso de Direitos Fundamentais, de George Marmelstein. São Paulo, Editora Atlas, 2009, 584 p.

Mariana Oliveira do Nascimento¹

Um dos mais recentes desafios impostos à ciência do Direito pela contemporaneidade é a reformulação dos conceitos acerca da interpretação dos valores éticos, políticos, culturais, ambientais e sociais, consagrados em textos constitucionais, valores esses, carecedores de um instrumento que lhes dê maior expressão e efetividade no cenário atual, motivo que enseja, constantemente, intensas reflexões. Instigado por essas questões que circundam os direitos fundamentais, George Marmelstein², neste seu livro, explora a temática sob diversas perspectivas e métodos, a fim de elaborar uma reflexão completa e transformadora da operação jurídica.

Os direitos fundamentais na contemporaneidade, inspiradores da Constituição Cidadã de 1988, possuem um conteúdo dinâmico, permeado de ideologias; para torná-los cada vez mais incorporados à realidade fática, faz-se imperiosa a mudança de paradigma na abordagem dos mesmos, principalmente no que concerne à introjeção desses valores pela sociedade. Partindo de um direcionamento inicial, o estudo desenvolvido na obra, através da aplicação de exposições teóricas em casos concretos, permite uma perspectiva experimental inovadora, sob uma ótica realista, plausível e dotada de prósperos resultados para os tempos atuais. A Teoria dos Direitos Fundamentais foi reconhecida após a queda do Nazismo, pela necessidade de se resguardar as garantias intrínsecas à manutenção da vida humana. Em meio à atmosfera pós-positivista, tornou-se objetivo dos juristas da época conectar a ciência do Direito a valores éticos para a proteção da dignidade da pessoa; cunhou-se o conceito de “pós-positivismo ético”, para o qual os princípios constitucionais funcionam como verdadeiras normas. O reconhecimento de tais valores transformou-os em elementos fundamentadores e legitimadores do ordenamento. Em decorrência dessa realidade, a hermenêutica dos direitos fundamentais ganhou força e passou a constituir a fonte da resolução de questões, inclusive em nível internacional. Com cuidado suficiente para

¹ Graduanda em Direito pela UFJF.

² Juiz Federal titular da 9ª Vara Federal em Fortaleza. Especialista em direito processual público pela Universidade Federal Fluminense, em direito sanitário pela Universidade de Brasília, possuidor de MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

evitar a banalização, esses direitos foram definidos como “normas jurídicas intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento”³. Assim sendo, a evolução histórica dos direitos fundamentais torna-se mais compreensível aos olhos do leitor.

Com origem nos direitos do homem (valores éticos e políticos não positivados), há muito presentes no âmago da humanidade⁴, os direitos fundamentais inspiraram inúmeras revoluções e lutas sociais, tornando-se evidentes quando do surgimento do Estado Democrático de Direito, atribuindo novos rumos a serem tomados, com vistas ao bem comum. A partir do século XVIII, as constituições modernas passaram a dar espaço à temática em questão, estimulando o desenvolvimento da *Teoria das gerações dos direitos fundamentais* pelo jurista tcheco Karel Vasak – cujo teor, embora, brilhante, mereceu críticas⁵. Articulada através de três fases com peculiaridades, a primeira geração, marcada pelas revoluções liberais, caracterizou-se como a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade e no “não-agir” do Estado. A segunda, por sua vez, em meio à Revolução Industrial e seus problemas sociais, correspondeu ao estágio dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade. E, por último, a terceira fase, iniciada após a segunda guerra mundial, consolidou-se com os direitos da solidariedade, ligados à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento, sob o dogma da fraternidade. Em observância à dinamicidade desses valores positivados, é possível falar em novas gerações, em atenção à globalização, às novas tecnologias e à crise ambiental, que cada vez mais provocam um verdadeiro clima de ameaça.

³ Conceito elaborado pelo autor, à página 20 de sua obra.

⁴ O Edito de Ciro, cerca de 538 a.C., é o primeiro grande documento propagador dos Direitos Humanos. Arnold TOYNBEE considera Ciro II, O Grande, KUROSH EL KABIR, da Pérsia, o Pai dos Direitos Humanos. Este foi o grande unificador e congregador de povos, sábio, justo e tolerante. Recebeu elogios dos adversários, os gregos. Outorgou a liberdade aos hebreus, ajudando-os, em sua terra, a reconstruir o Templo. Cognominado *Messias* no Deutero Isaías, ele foi o protótipo do rei justo e bom. Cf. TOYNBEE, A. *A study of history*, Oxford University Press, vol. VII 178, 180, 183, 205, 206-7, 582-4, 597-9, 603-5, 611, 657, 660, 679, 683. Da mesma forma, na Índia, durante o período mongol, governou Akbar, célebre pela tolerância religiosa, militar, política e pela abnegação; o imperador da integridade e do respeito para com as *diferenças*. Cf. Id. *Ibid.*, VII, 19, 106, 127, 183, 186, 195. Cf. GROUSSET, René, *Figures de Prone*, Paris, 1949, 306-326 (*Akbar et le destin de l'Inde*).

⁵ A expressão “gerações de direitos” traz o sentido equivocadamente de sobreposição de uma geração à outra, assim como o sentido de que uma seria a evolução de outra, o que não ocorre, pois todas coexistem e se complementam.

Localizados no Título II da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais se organizam em quatro capítulos, a saber: I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II) Dos Direitos Sociais; III) Da Nacionalidade; e IV) Dos Direitos Políticos. Com privilegiada topografia, localizados nos artigos 5º ao 17º, estes mesmos direitos adquiriram o caráter de cláusulas pétreas, e arrolam, além das garantias clássicas, inúmeros instrumentos jurídico-processuais para a proteção contra os abusos no poder. Dá-se, portanto, um viés de ruptura com toda a trajetória ditatorial. Mais do que a enumeração, o objetivo constitucional foi - e é - a concretização de tais garantias, embora os entraves da realidade sejam fatores dificultantes à consumação do ideal em questão. Em razão dessa inefetividade, acertadamente, o autor diagnostica o sentimento de “frustração constitucional”, simultâneo ao enfraquecimento das lutas em favor dos institutos fundamentais. Ao contrário da ausência de “sentimento constitucional” e do descrédito inevitavelmente dedicado aos preceitos constitucionais por parte da maioria dos brasileiros, atuantes no poder ou não, postula-se o estímulo à luta pela concretização desses valores, a partir de um novo modo de recepcioná-los, concreta e individualmente, por cada cidadão, a quem se destinam todas essas garantias.

Sob a ótica do modelo econômico atual brasileiro, a análise dos dispositivos constitucionais torna-se contextual e inserida neste meio, o que permite tangenciar diversas questões relacionadas aos problemas atuais enfrentados pela sociedade. Ao adentrar o conteúdo Magno, passa-se adquirir a consciência de que seu texto é o ponto de partida para um “mundo” de valores que se encontra além das próprias normas jurídicas e que sua axiologia gera o combustível valorativo e direcionador da comunidade e do Estado. E isto permite o ser humano se reconhecer no outro; aloca o Estado, enquanto atuante em nome dos cidadãos, não contra; cria a identidade; produz a afirmação de que somos diversos, diferentes, e que a diversidade, a maior riqueza de um povo, é o que contribui para crescer e prosperar. Contudo, não se ignora o fato de que é também esse “mundo” de valores uma realidade adormecida. Consciente desse conteúdo imenso outorgado pelo texto da Constituição e nele inspirado, Marmelstein aborda a especificidade jurídica de cada artigo, inciso e alínea, sem se esquecer da influência internacional em nosso cenário. Paralelamente, a análise de questões polêmicas enfrentadas pelo Direito e pela humanidade enriquece e provoca estímulo ao

aprofundamento do tema, sempre no intuito de despertar no leitor o também adormecido “sentimento constitucional”.

Não por acaso, os direitos fundamentais são supremos, encontrando-se acima de quaisquer outros, sendo-lhes incumbida, por conseqüência, a função de parâmetro à constitucionalidade de todos os demais direitos contidos no ordenamento. Tal é sua ordem de grandeza que o ordenamento lhes confere aplicação direta e imediata, gerando a necessidade de rigidez constitucional para sua proteção e conservação, em suas dimensões, objetiva e subjetiva. Uma vez positivados, esses valores possuem força normativa, além de eficácia horizontal e vertical, devendo ser hierarquicamente respeitados.

Dentre as muitas questões que permeiam os direitos fundamentais, encontra espaço de estudo na obra a *efetivação judicial de direitos a prestações materiais*, ponto esse que engloba a questão do mínimo existencial, bem como a reserva do possível, alvo de inúmeros comentários e reflexões inovadores acerca da subsidiariedade de atuação do Judiciário em caso de ineficiência na atuação dos demais Poderes.

Em face do expressivo e complexo conteúdo dos direitos fundamentais, uma exegese jurídica adquire papel de destaque na tentativa de solucionar questões advindas do excesso de abstração do texto constitucional e da diversidade no conteúdo ideológico das normas, através de ferramentas demasiadamente importantes – os princípios - que por igual necessidade, demandam estudo detalhado. Nesse contexto, temas nebulosos como aborto, eutanásia, cotas para negros, casamento entre pessoas do mesmo sexo, proteção ao meio ambiente, tornaram-se foco de maior discussão após a incorporação dos valores humanitários à Constituição, e exigiram, da hermenêutica, intensa carga argumentativa nas decisões judiciais. Com a mesma intensidade, segundo Häberle⁶, os juízes devem obedecer à “reserva de consistência”, fazendo uso de uma interpretação democrática, plural e aberta.

Partindo desses elementos, com o fito de trazer objetividade à solução dos casos concretos, a doutrina e a jurisprudência lapidaram os princípios de interpretação, permitindo decisões justas, racionalmente fundamentadas, e adequadas do ponto de vista constitucional; permitiram-lhes, ainda, a transparência e a objetividade

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

argumentativas. Em merecido privilégio, após o preparo do conteúdo-alicerce, Marmelstein desenvolve a questão acerca da colisão de direitos fundamentais, dando abertura ao desenvolvimento do extenso princípio da proporcionalidade e de seus subníveis – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – bem como ao aprofundamento na técnica da ponderação de normas – para o autor, a ponderação é o sopesamento de valores, por excelência. A restrição de direitos fundamentais por normas infraconstitucionais implica o uso de critérios rígidos que incluem a análise teleológica da disposição legal. Por esta razão, o referido princípio, complementado por outro, ou seja, o da proteção ao núcleo essencial, é ferramenta imprescindível para a permissibilidade de limitações aos direitos em pauta. Assentado este tema, as demais ferramentas da hermenêutica são detalhadamente decodificadas e postas em reflexão pelo mesmo autor, enriquecendo a bagagem até então construída acerca desse vasto instituto.

Igualmente imiscuída no contexto da hermenêutica, a ponderação exige a destreza do jurista em tornar técnico e aguçado o sentimento de justiça, esculpido pela prudência, equilíbrio e proporcionalidade. Não se pode deixar de acautelar que a proteção desmedida dos Direitos Fundamentais e seu pleno exercício significam fazê-los de modo a tangenciar ou configurar o abuso; o teor da obra deixa claro que interpretações extremistas e irredutíveis são desleais aos critérios da proporcionalidade e da ponderação, e à própria essência constitucional. O uso de tais critérios, ainda que para fazer prevalecer uma garantia fundamental sobre a outra em situações fáticas peculiarmente exigentes, não descaracteriza sua essência e sua supremacia.

Por outro lado, é demasiadamente provocativa a discussão acerca da possibilidade de *renúncia* a esses direitos. Como bem observa o autor, essa questão deságua na referida ponderação dos valores; especificamente, *in casu*, na articulação da autonomia da vontade com o direito a ser renunciado. Tal discussão só adquire viabilidade em face do caso concreto, em que haverá um conjunto situacional bastante caracterizado para direcionar o debate e a posterior decisão magistral, proporcionando uma resposta satisfatória à colisão. Motivado por estes inevitáveis questionamentos, Marmelstein traz para as páginas 453 e seguintes diversos estudos de casos práticos, permitindo a interessante atividade de aplicar em situações reais os conhecimentos até então expostos e sedimentados. O leitor é, então, levado a refletir e tecer, com o autor, a

argumentação hábil para solucionar – ou para ao menos tentar resolver – a questão. Afinal, é a situação concreta, ou sua idealização, o meio plenamente capaz de materializar uma colisão entre os direitos, e de receber a merecida solução, à altura do que se espera, em se tratando dos direitos fundamentais.

Diante deste panorama informativo e analítico sobre a obra de Marmelstein, pode-se dizer que pensar e problematizar movem o ser humano, despertam o conhecimento e permitem descobertas. Por isto mesmo, este livro, de extrema relevância, é fortemente recomendado a todos que desejam se aprofundar nos estudos deste tema, tão fundamental quanto os próprios “direitos” em questão; é ainda indicado àqueles que querem fazer despertar em si o “sentimento constitucional” e contribuir para a mudança de concepções, com inerentes ações, fortalecendo a luta por uma maior efetivação dos Direitos Fundamentais.