

EDITORIAL

“Justificação e proteção dos direitos fundamentais”

Os direitos fundamentais cumprem um papel primordial de neutralizar algumas das desgraças que assolam a Humanidade, causadas por formas autoritárias e totalitárias de dominação, através da submissão dos indivíduos pelas armas ou no campo das relações interpessoais, como historicamente tem ocorrido especialmente com aqueles mais vulneráveis.

Embora os direitos fundamentais apareçam proclamados em praticamente todos os regimes políticos do mundo neste início de século XXI, o que poderia caracterizar a afirmação da crença do ser humano na sua própria dignidade, infelizmente se constata que tais direitos não têm sido efetivamente realizados. São sistematicamente desrespeitados pelo Estado ou por grupos sociais e, em muitas das vezes, não passam de meras promessas utópicas. O que se verifica no plano global é uma deficiência e até mesmo uma ausência de proteção dos direitos fundamentais.

Isso propicia que se assinale, a partir de distintas perspectivas doutrinárias¹, que o desafio que se coloca para os direitos fundamentais na atualidade seja não tanto o de sua justificação, mas o de sua proteção².

Todavia, não se pode simplesmente deslocar a discussão em torno dos direitos fundamentais para o domínio da efetividade e, com isto, olvidar a relação umbilical que há entre a teoria e a práxis. A questão da justificação dos direitos fundamentais encontra-se vinculada à necessidade de se encontrar argumentos racionais para que as reivindicações sejam aceitas como direitos.

1 Cf. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 9. ed. Madri: Tecnos, Tecnos, 2005. p. 135.

2 Nas palavras de Norberto Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. In: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

Para que os direitos fundamentais sejam suficientemente *protegidos*, é necessário que eles sejam devidamente *justificados*. A justificação insuficiente do direito deixa-o fragilizado e sujeito a violações. Os direitos fundamentais constituem uma construção humana intercultural e a exigência de uma justificação torna-se mais evidente em uma sociedade onde muitos direitos são reivindicados ao legislador e outros são pleiteados à justiça constitucional por diferentes grupos.

Os direitos fundamentais não devem ser concebidos a partir de um dado transcendental, mas se deve reconhecer que o seu catálogo nunca será uma obra pronta e acabada. Uma sociedade livre e democrática deve mostrar-se sempre aberta ao surgimento de novas necessidades que fundamentam novos direitos. E, para que o ordenamento jurídico reconheça tais categorias reivindicativas – necessidades ou anseios –, é necessária a devida justificação. Com isto, será feita a distinção entre o que é direito e o que não é.

Por um lado, os direitos postos pelo legislador são fundados na representação política. Mas as instâncias majoritárias não podem oprimir as minorias nem atacar os direitos fundamentais. A justificação dos direitos fundamentais coloca-se como um vetor a ser seguido pelo legislador e também como um escudo em relação a este.

Por outro, os direitos construídos pela justiça constitucional não se fundam na vontade da maioria, mas na própria Constituição. A abertura constitucional permite uma intensa atividade criativa por parte da justiça constitucional, que deve manter-se fiel ao seu desígnio de defender a Constituição e cuja atuação deve legitimar-se democraticamente. Deve-se ter o cuidado com a abertura proporcionada pela Constituição para que o seu intérprete não construa uma norma constitucional ao seu bel prazer, extraíndo daí qualquer significado, nem a transforme em uma norma “*passé-partout*”, sem coerência alguma com o sistema constitucional.

A *justificação* constitui, assim, um imperativo para a *proteção* dos direitos fundamentais. A doutrina vem cumprindo o seu papel e debatendo tais ideias e este número da *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* muito contribui para uma reflexão em torno desta temática.

Preocupados com a justificação racional das decisões jurídicas, os Professores Bruno Franco Alves e Marina Oliveira Guimarães anali-

sam a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e os riscos que são apontados por Jürgen Habermas. Esta discussão pode ser lida no artigo “Justificação racional das decisões jurídicas em Robert Alexy e a crítica de Jürgen Habermas”.

A justificação de um direito fundamental deve levar em conta a relevância, o valor e a necessidade do reconhecimento deste direito, e estes aspectos podem variar com o tempo. Há um século atrás, o brasileiro tinha uma expectativa de vida de cerca de metade da que tem hoje, e a população brasileira atualmente corresponde a dez vezes a daquela época. O envelhecimento da população exige uma especial atenção do Direito e o artigo “A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC)”, de Luciano Meneguetti Pereira, mostra que a atuação do Poder Judiciário tem propiciado efetividade aos direitos dos idosos.

As inovações tecnológicas, além de contribuir para a longevidade da população, permitem contornar problemas de saúde ou realizar anseios e criam novas situações, inimagináveis no passado, que precisam ser reguladas pelo Direito. Uma dessas situações é a concepção por meio de reprodução assistida heteróloga. O artigo “A busca da origem genética na reprodução assistida heteróloga como complemento da personalidade com fundamento na dignidade da pessoa humana”, de Wanderlei Lukachewski Junior e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, defende que o concebido possui direito personalíssimo de conhecer sua origem genética, apesar da garantia de anonimato do doador do material genético prevista em resolução do Conselho Federal de Medicina. Daniela Braga Paiano e Guilherme Murinelli Francisco também discutem os aspectos jurídicos da reprodução humana heteróloga e apontam uma solução para o conflito entre o direito de acesso à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético no seu estudo “O direito de acesso à identidade genética frente ao direito ao anonimato do doador de material genético: uma colisão de direitos fundamentais”.

Os desafios impostos pelos avanços tecnológicos e pelas transformações culturais também são levados em consideração no debate sobre as liberdades informativas, assim como em qualquer debate so-

bre democracia e direitos fundamentais. Na sociedade da informação, não se pode desprezar as interações entre os indivíduos e entre estes e o Poder Público. Os professores Jorge Renato dos Reis e Felipe da Veiga Dias combatem os monopólios informativos, por serem incompatíveis com a democracia, porque vedam a pluralidade e tolhem as liberdades informativas, em seu artigo “As liberdades informativas e a participação privada dos meios de comunicação no processo de desenvolvimento democrático: um paralelo entre os monopólios econômicos e os interesses sociais”.

Ao lado de questões jurídicas que surgem com as novas realidades, existem problemas que há tempos demandam soluções. Os estudos também estão preocupados com a “velha” exclusão social que marginaliza os integrantes do crescimento econômico e da cidadania, incidindo com mais frequência sobre os analfabetos, os negros, as mulheres e os migrantes, com baixos níveis de escolaridade e de renda. O texto de Awdrey Frederico Kokol e Mirta Lerena Misailidis, “A agricultura canavieira no Brasil e os direitos fundamentais dos trabalhadores no novo contexto de sustentabilidade”, analisa as políticas públicas necessárias para que o progresso da agroindústria canavieira inclua os trabalhadores, a fim de que o desenvolvimento econômico sustentável respeite não só o meio ambiente mas também as relações de trabalho. Também preocupado com a inclusão, Antonio Celso Baeta Minhoto propõe ações afirmativas com o fim de inserir socialmente os negros no seu estudo “Um desafio e uma proposta: a inclusão social dos negros no Brasil pela educação”. A questão dos afrodescendentes também é abordada, sob outra perspectiva, por Patrícia Mendonça Castro Maia, em seu estudo “Ladeira Sacopã, 250: um parque, um quilombo, um conflito socioambiental na Lagoa”. A autora analisa as alternativas jurídicas para a efetivação de uma concepção de desenvolvimento urbano capaz de conciliar a preservação da tradição e do meio ambiente. Merece destaque a integração entre pesquisadores e movimentos sociais em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário desempenha um importante papel para a concretização dos direitos fundamentais, exigindo assim uma discussão acerca dos limites e da legitimidade da atuação deste órgão. O ensaio “Da inefetividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em ação direta de inconstitucio-

nalidade por omissão e em mandado de injunção”, de Gustavo Henrique Pachoal e Marco Aurélio Gomes Barboza, examina a importância da ADIn por omissão e do mandado de injunção na efetivação de direitos fundamentais bem como a nova jurisprudência do STF a respeito. A atuação do Poder Judiciário também foi estudada por Fabiano Lepre Marques no artigo “Controle de políticas públicas: a justiciabilidade imediata do direito fundamental social à segurança pública”, em que se defende a justiciabilidade imediata deste direito fundamental a fim de resguardar a incolumidade da vida e do patrimônio público e privado, bem como a manutenção da ordem pública.

O debate acadêmico em torno dos direitos fundamentais tem contribuído cada vez mais para a sua justificação e, conseqüentemente, para a sua proteção. Em um mundo onde muitos direitos não são reconhecidos nem são respeitados, a academia assume um papel de grande relevo e também de grande responsabilidade na construção de uma base teórica que dê sustentação a um regime democrático assegurador dos direitos fundamentais.

Boa leitura e bom debate!

Adriano Sant’Ana Pedra

Professor da Faculdade de Direito de Vitória
(graduação, mestrado e doutorado)

Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV

Procurador Federal