

A SUSTENTABILIDADE DE UMA DOCTRINA DOS “DIREITOS FUNDAMENTAIS”

THE SUSTAINABILITY OF A “FUNDAMENTAL RIGHTS” DOCTRINE

Guilherme Faggion Sponholz¹

Resumo: O presente artigo busca questionar a existência de um valor absoluto, que por sua natureza seja atemporal e universal e, por consequência, válido independentemente de qualquer ato humano. Com efeito, há certos conhecimentos inacessíveis à experiência e razão humanas, de modo que uma ciência tal como a jurídica não pode ter por objeto uma autoridade ou valor metafísico, mas deve se limitar a uma cognição possível. O conhecimento obtido por meio da jurisprudência, assim, não pode se pretender absoluto, senão apenas condicionado por certos pressupostos, dos quais depende a própria interpretação jurídica dos fatos. Este trabalho apresenta um ponto de vista de uma teoria do Direito positivo, tal como a Teoria Pura do Direito, do professor Hans Kelsen, a qual lhe serviu como maior referência.

Palavras-chave: Conhecimento. Direitos fundamentais. Valor absoluto. Razão humana. Teoria Pura do Direito

Abstract: The article seeks to question the existence of an absolute value, defined as timeless and universal; as a consequence, valid apart from any human act. In fact, it has been known that some knowledge is inaccessible to human experience and reason; in light of the aforesaid, no science as the law can have as an object such an authority or metaphysic value. However, it must limit itself to what is possible for human cognition. The knowledge obtained through the analyzes of jurisprudence, hence, cannot be seen as absolute, but as rulings that have been conditioned due to preexisting concepts that are the grounds for the legal interpretation of facts. This paper presents a point of view based on a concept from positive law, such as the Pure Theory of Law, by the Professor Hans Kelsen, which served as its greatest reference.

Keywords: Knowledge. Fundamental rights. Absolute value. Human reason. Pure Theory of Law.

1 Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); estudante da Escola Superior da Magistratura Catarinense (Esmesc); e-mail: faggioguilherme@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A jurisprudência, na atual crise em que vive, caiu nas mãos de impostores e pseudocientistas que se voltam à criação de doutrinas dirigidas à divulgação e proliferação de certos pontos de vista políticos, e põe-se a serviço de algumas ideologias insustentáveis de uma perspectiva racional. Ameaça, pois, prevalecer o desejo de mudança da realidade, em detrimento do seu conhecimento, tamanho é o descontrole da vontade humana quando estão em jogo seus interesses diretos.

A adoção de uma doutrina não pelo seu conteúdo, mas pelas consequências da sua propagação, não estão nem de longe a serviço da ciência, mas de grupos partidários que se posicionam a favor ou contra um *status* de poder. Essa subversão do ideal de uma ciência neutra é constantemente praticada precisamente por esses grupos, cujo objetivo pode ser qualquer coisa, menos o de se comportar passivamente diante dos fatos.

A doutrina dos “direitos fundamentais” é uma provocação dessa espécie e, por isso, é tema da presente discussão.

2. DA POSIÇÃO DA DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É doutrina amplamente defendida, desde tempos remotos até atualmente, mas sob novas roupagens, aquela segundo a qual a pessoa humana, por sua natureza, é detentora de certos direitos básicos, independentemente e antes mesmo da existência de uma autoridade que os tenha concedido. Dessa forma, não importa qual constituição vige em determinada sociedade, ou sob quais leis ela vive, os indivíduos que dela fazem parte não podem ser privados da titularidade desses direitos.

Tal doutrina indica como origem desses direitos, qualificados ora como “fundamentais”, ora como simplesmente “humanos”, ou como “essenciais”, de forma geral, a própria razão hu-

mana, afirmando-se os “direitos fundamentais” como produto do homem racional, o qual apenas declara o inevitável quando os proclama. Nesse sentido, a inobservância, ou desconsideração, dos “direitos fundamentais” consistiria, se não em um absurdo, pelo menos numa contradição com a realidade, com a ordem das coisas, da qual a pessoa humana faz parte.

Por conseguinte, qualquer ato humano, especialmente um ato emanado de uma autoridade estatal, que ignore a existência de “diretos fundamentais”, ou que deixe de garanti-los, está em aberta contradição com a realidade que, por sua vez, não admite a validade daqueles atos, determinando a sua conformação com os direitos advindos da própria razão humana. Consequentemente, o Direito estatal apenas é válido se, e na medida em que, incorpore aqueles “direitos fundamentais” em sua constituição. A natureza, pois, se sobrepõe ao Estado.

Um ato estatal que viole um “direito fundamental”, embora baseado no Direito do Estado do qual faz parte, não pode ser considerado como “correto”, “justo” ou “jurídico”, mas sim um delito, no mesmo sentido que qualquer outro ato desconforme a esse Direito o seria. Pois as autoridades competentes para aplicar o Direito estão sujeitas não apenas ao Direito do Estado, mas também a ordem imposta pela natureza, que afirma a existência dos “direitos fundamentais”; e na hipótese de conflito entre ambos, devem dar prevalência a esta última, já que superior àquele.

Conclui-se, então, que a noção de justiça não coincide com aquela de Direito, havendo a possibilidade de que este esteja em desconformidade com aquela, haja vista que a própria natureza possibilita esta dualidade, ao mesmo tempo em que estabelece uma hierarquia entre as duas ideias, afirmando a primeira como superior. Desse modo, o Estado age sempre condicionadamente, devendo garantir e abster-se de violar os “direitos fundamentais”, agindo sempre nos limites impostos pela ordem da natureza e da razão, à qual deve obediência

absoluta e incondicionada.

O principal problema da doutrina dos “direitos fundamentais” é a ignorância da distinção fundamental, aprioristicamente determinável, entre as esferas ontológica e deontológica. Com efeito, da natureza ou de fatos em geral não se podem extrair normas, entendidas como sentidos objetivos de atos humanos, de modo que a realidade, em si, não pode conter qualquer determinação de ordem jurídica ou normativa dirigida ao comportamento humano.

Assim, é sério entrave para os defensores da doutrina, ora discutida, o fato de que apenas normas podem estatuir direitos, pois são sentidos objetivos, em geral, de atos de vontade e, como tais, pressupõem a existência de um agente volitivo. A razão ou conhecimento humanos não são aptos a criar um ordenamento normativo; podem, por certo, interpretá-lo, mas num sentido essencialmente diverso daquele com que um homem profere uma decisão judicial.

Se direitos apenas existem em conexão com normas, e estas são sentidos objetivos de atos humanos, deve-se pressupor um ente apto a atuar volitivamente em relação aos homens e à própria natureza. Para ocupar esse posto, os diferentes povos durante as diversas épocas vividas pela humanidade elegeram variados ideais, todos os quais com um significado metafísico.

No entanto, cada povo, mediante a correspondente ordem jurídica que o formava, estabeleceu direitos muito díspares em relação aos seus semelhantes; direitos havidos por fundamentais numa ordem não necessariamente o eram em outra. Nesse sentido, a respectiva doutrina – que afirma a existência desses direitos – propõe-se a servir de parâmetro objetivo na definição de um conteúdo mínimo a ser considerado obrigatório em todo e qualquer ordenamento jurídico criado.

Em que pesem os esforços para atingir um consenso entre

os diversos defensores da doutrina, entre os diferentes grupos nacionais ou até mesmo entre as variadas religiões construídas pelos seres humanos, qualquer pretensão desse tipo está fadada ao fracasso; não há qualquer elemento ontológico o qual possa fundamentar a existência de um direito. Se não houver um ato humano cujo sentido objetivo atribua um tal direito, não se pode reconhecer a sua validade.

Portanto, a resposta acerca da questão de se determinado comportamento é, ou não, de direito de quem pretende assim se comportar, pressupõe a validade de uma ordem normativa com base na qual se possa avaliar, *i.e.* valorar, a conduta em análise. Haja vista que, atualmente, não vale uma ordem, mas várias delas, cada qual estabelecendo um diferente catálogo de direitos, não é necessária a coincidência do ponto de vista de dois juristas relativamente à questão aludida.

Dessa forma, a propriedade privada consagrada por certos ordenamentos jurídicos pode ser abolida em outros tantos, sem que isso signifique a violação de qualquer ordem supra-humana ou até mesmo positiva. Isso porque até mesmo a propriedade não é senão o direito do proprietário, o que significa a própria norma jurídica que determina esse direito e, por conseguinte, não pode ser espelhada na realidade nem inferida da razão humana.

É digno de nota que, ante a inexistência de um parâmetro absoluto e universal mediante o qual se possa valorar as condutas humanas, não resta qualquer relevância para a qualificação de um direito como “fundamental”. Pois, uma vez assim qualificado, um direito “fundamental” é aparentemente distinguido de um outro, “não fundamental”.

Mas um ordenamento jurídico não admite a possibilidade de um direito maior, ou mais importante, que outro. É verdade que os construtores de uma ordem jurídica podem considerar uma violação da ordem jurídica como um mal maior, quando

comparada a outra, mas essa distinção não se reflete, de modo algum, na qualidade da norma válida. Ou a norma possui validade ou não possui, *i.e.* nem mesmo é uma norma, não se admitindo níveis ou gradações dessa validade.

Outra nomenclatura utilizada, de modo a caracterizar um direito como “humano”, é no mínimo supérflua, diante da própria natureza do Direito, uma vez que normas jurídicas são dirigidas a condutas humanas, tendo por conteúdo essencialmente o comportamento humano, e conferindo direitos especificamente a seres humanos.

A qualificação de um direito como “humano”, dessa forma, não é de valor nenhum para a ciência jurídica, porquanto pressupõe a existência de direitos que não o são, bem como por sua utilização tautológica, já que não aduz qualquer informação que não estivesse contida na terminologia jurídica. Assim, pode-se verificar que, por trás da caracterização de um direito subjetivo como “fundamental”, “humano”, ou alguma outra denominação do gênero, há uma evidente tendência político-ideológica, em detrimento de uma finalidade científico-descritiva que é própria da Jurisprudência.

Com efeito, à ciência jurídica não compete uma comparação entre valores, com um parâmetro que não seja o próprio ordenamento jurídico-positivo, mas tão somente uma descrição do seu objeto de estudo. A doutrina dos “direitos fundamentais” não é, de todo o modo, voltada ao conhecimento de normas jurídicas, mas se destina a influenciar a criação do ordenamento que as contém; possui, dessa forma, pronunciada tendência ideológica e, por conseguinte, consiste não em uma corrente científica mas numa ideologia política, social ou filosófica.

A doutrina dos “direitos fundamentais”, em meio a proclamações axiológicas de certos direitos, não o faz com o intuito de afirmar a validade de normas correspondentes a esses direitos, mas tendo em vista a opinião política do doutrinador,

de que esses mesmos direitos devem, com base na sua moral própria, ser garantidos pela ordem jurídica, ainda que não o sejam. O conteúdo de tais direitos, contudo, não é unanimemente fixado pelos diferentes defensores da doutrina em questão, havendo severas divergências, entre eles, acerca de que direitos devem ser considerados “fundamentais” e quais não.

Nesse sentido, a doutrina “dos direitos fundamentais”, sob pena de incorrer em tautologia, prescinde de um conteúdo, cuja determinação dar-se-á, inevitavelmente, mediante um juízo ideológico proferido com base na moralidade pessoal do seu emitente. Logo, com fundamento na referida doutrina, qualquer direito poderia ser garantido, fundamentalmente, aos indivíduos determinados por uma ordem, sob diferentes pontos de vida, cada qual servido dos mesmos pressupostos políticos da ideologia dos direitos “fundamentais”. Por isso, pode ser recomendável se referir a não uma, mas várias doutrinas dos “direitos fundamentais”, ou diversas variações de uma doutrina.

Por si, a doutrina em discussão não pode criar ou extinguir normas jurídicas, mas tão-somente influenciar os órgãos, autorizados pelo ordenamento jurídico, cujos atos podem criá-las ou extingui-las, e nisso reside a sua função primordial. A ciência jurídica, por sua vez, não pode, igualmente, criar ou extinguir normas mas, por outro lado, não tem por intenção fazê-lo.

Assim, uma doutrina se diferencia de uma ciência, principalmente, na medida em que a primeira tem por fim uma proclamação subjetiva de valores, ao passo que a segunda se propõe apenas a uma descrição objetiva das normas que abrigam esses valores. A ciência jurídica, no seu empreendimento descritivo, busca demonstrar que os direitos proclamados pela doutrina apenas existem ante a presença de alguns pressupostos, que essa mesma ciência procura definir, e que independem dos juízos de valor advindos das diversas ideologias políticas, tais como a doutrina dos “direitos fundamentais”.

Um juízo de valor, como tal, não pode estar correto ou equivocado. Qualquer um que apresente determinada ideologia pode, por exemplo, manifestar sua intenção de ver garantidos estes ou aqueles direitos aos indivíduos submetidos a determinada jurisdição; essa intenção não é um juízo sobre um fato, senão um fato ela própria, de modo que não pode ser tido como correta ou equivocada.

Uma ideologia voltada à produção de normas jurídicas – inclusive à previsão e efetivação de alguns direitos “fundamentais” – tal como a doutrina dos “direitos fundamentais”, no entanto, não expressa juízos de valor de forma direta e expressa, mas sim, fá-lo sob disfarces e constatações de fato que apenas aparentam, sem apresenta-lo, caráter científico.

Assim é que a vontade de um doutrinador, dirigida à criação de um direito considerado por ele como “fundamental”, não é apresentada como tal na correspondente doutrina, mas como uma obviedade originada de uma ordem superior, metafísica e muitas vezes sobre-humana, de modo a dissimular o real objetivo pretendido pelos criadores dessa doutrina.

Nessa linha, pouco importa que os enunciados doutrinários – destinados, supostamente, a declarar os direitos já válidos independentemente de qualquer juízo doutrinário – estejam em concordância com a realidade jurídica; a sua intenção é, justamente, fazer essa realidade se conformar aos princípios doutrinários, e não o inverso, do que decorre a sua função eminentemente política, dirigida não à descrição, mas à criação do ordenamento jurídico.

3. DA INTERPRETAÇÃO JUSNATURALISTA APLICADA ÀS NORMAS CONCRETAS

É um equívoco afirmar que, de um direito geralmente garantido – isto é, estabelecido por uma norma geral – pode-se

atestar a existência, por dedução, de um direito concreto. Tal modo de pensar pressupõe que de uma norma geral, garantidora de um Direito, pode-se deduzir a validade de uma norma individual, garantidora desse mesmo Direito, mas num plano concreto. Implica que entre normas jurídicas – particularmente entre uma norma geral e outra individual, correspondente à primeira – pode haver relação de silogismo normativo, comparável àquela aplicada aos enunciados.

No entanto, de uma norma geral que confira determinado direito a certas pessoas enquadradas em uma hipótese determinada por esta mesma norma, não se pode constatar a validade de uma norma que confira, concretamente a determinado indivíduo esse mesmo direito. Então, o reconhecimento de um direito subjetivo concreto não pode ser automático, isto é, assumida a sua existência diretamente da validade de uma norma geral, de modo que um direito individual apenas é garantido mediante uma norma individual e, então, não dispensa um ato humano o qual aplique a norma geral.

Isso porque a afirmação segundo a qual alguém é sujeito de um direito significa, juridicamente, que vale uma norma jurídica que confira a esse sujeito um poder. Essa norma há de ser sempre o sentido objetivo de um ato humano, ou de um conjunto desses atos e, por conseguinte de uma característica do plano ontológico. Portanto, uma norma geral deve corresponder a um ato cujo sentido seja essa norma e, semelhantemente, uma norma individual deve corresponder a um outro ato, diverso do primeiro, cujo sentido seja essa norma individual.

Dessa forma, pode valer uma norma geral, estabelecendo algum direito geralmente, bem como se verificar o fato conceituado nessa norma e, ainda assim, não valer a norma individual que garanta o direito estabelecido pela norma geral. Consequentemente, pode-se afirmar que a garantia de um direito passa, no mínimo, por um plano geral – isto é, concernente à existência

de uma norma geral que contenha a previsão desse direito – e também por um plano individual, que consista na aplicação da normal geral, por um processo que não é dedutivo.

Essa constatação é de todo incompatível com a doutrina dos “direitos fundamentais”, segundo a qual a existência de determinados direitos “básicos” independe de qualquer ato humano que os faça valer. Para a aludida doutrina, o juiz e o legislador possuem papel apenas declaratório, não produzindo, mas apenas reproduzindo um Direito o qual já é válido mesmo anteriormente à sua atuação.

A doutrina dos “direitos fundamentais”, no entanto, ignora o caráter criativo não apenas da atividade legislativa, como também da jurisdicional, ao negar a *conditio sine qua non* que constituem os atos do legislador e do juiz na criação de um Direito antes inexistente. Esses atos não consistem, de forma alguma, em atos cognitivos, senão volitivos, porquanto a aplicação do Direito dá-se mediante uma manifestação de vontade cujo sentido é uma norma mais concreta que a aplicada.

Assim, a norma individual é tão condicionada quanto a norma geral, do que decorre não ser, nem uma nem a outra, absoluta, não podendo qualquer delas conferir direitos naturais ou inatos a uma pessoa.

Uma corrente da ora discutida doutrina dos “direitos fundamentais” sustenta que exista uma única interpretação das normas gerais – em particular, da legislação de determinado ordenamento jurídico – capaz de assegurar a observância dos direitos “básicos” previstos por essa ordem. Nessa linha, só haveria uma única possibilidade de atuação do órgão jurisdicional, ante uma norma que conferisse a alguém um certo direito, caracterizando-se a aplicação dessa norma como um ato estritamente vinculado e meramente reproduzidor de um Direito pré-existente.

Para se considerar alguém possuidor de um direito suje-

tivo, contudo, é imprescindível a atuação de um juiz em determinados pontos os quais não podem ser excluídos da sua apreciação por uma norma geral; podem, é verdade, ser mais ou menos restringidos, isto é, determinados, por esta norma. Porém, é fato que sempre haverá um espaço de discricionariedade dentro do qual poderá o juiz determinar, ou não, a existência de um direito em favor de uma pessoa. Tal direito é condicionado, portanto, pela atuação do juiz, pelo que não pode ser incondicional e pré-existente como pretende a debateda doutrina dos “direitos fundamentais”.

Com efeito, a produção de uma norma que confira um direito, no plano individual, pressupõe a aplicação de uma norma geral, hierarquicamente superior à primeira. Então, o órgão incumbido de aplicar a norma geral deve, primeiramente, reconhecer a sua validade, não mediante mera declaração, mas por meio de um ato eminentemente constitutivo, o que significa dizer, criador de Direito.

Pois a verificação dos pressupostos, determinados pelo próprio ordenamento jurídico, para que se qualifique o sentido subjetivo de um ato também como seu sentido objetivo, isto é, como uma norma, é dependente de quem executa tal procedimento. Desse modo, o Direito não apenas prescreve a obediência às suas normas, mas também determina órgãos autorizados a reconhecer, constitutivamente, a validade dessas normas, ou seja, se foram efetivamente produzidas de acordo com o processo prescrito pelas normas mais gerais do ordenamento que as contém.

Por conseguinte, responder à questão acerca de se um indivíduo possui, ou não, determinado direito concretamente considerado, não implica a investigação de princípios da natureza ou da razão, metafísicos e sobre-humanos, mas sim a averiguação de um reconhecimento, por parte de uma autoridade competente para tanto, da validade de uma norma geral correspondente, seguida de um ato de vontade cujo sentido é a norma

individual a qual determina esse direito. Na aplicação do Direito, apenas os órgãos autorizados pelo próprio ordenamento jurídico – e não qualquer pessoa – podem determinar, de forma jurídica, se um indivíduo possui ou não um direito subjetivo.

Nesse sentido, não é possível a um doutrinador afirmar que certo indivíduo é sujeito de determinado direito fundamental, nem com base em normas universais, atemporais e incondicionais, nem mesmo com fundamento nas próprias normas gerais positivas de um ordenamento jurídico, porquanto, dentre outros motivos, o reconhecimento da validade dessas normas gerais, por ele realizado, não tem caráter jurídico-positivo, mas tão-somente doutrinário.

Não só o reconhecimento do ato cujo sentido é a norma geral compete ao aplicador desta, como também os fatos condicionantes da sua aplicação. Isto é, a norma geral confere um direito a determinado indivíduo somente quando verificadas determinadas hipóteses, cuja constatação há de ser feita não por qualquer pessoa, mas também por um órgão juridicamente autorizado.

Dessa forma, por exemplo, se um direito é conferido, por uma norma geral, apenas a cidadãos de determinado Estado, e não a estrangeiros, a garantia desse direito a um cidadão depende da constatação, por um órgão juridicamente autorizado, dessa qualidade do sujeito. Esse fato, como qualquer outro que possa constituir um pressuposto ontológico para a aplicação da norma, jamais é óbvio *per se*, não sendo o reconhecimento da sua ocorrência meramente declaratório, mas sempre constitutivo.

A doutrina dos “direitos fundamentais” é especialmente atacada nesse ponto, uma vez que não se compatibiliza com essa margem de discricionariedade deixada ao órgão aplicador do Direito, cuja função consistiria não apenas num poder, mas primariamente num dever, de declarar as obviedades já contidas em normas superiores. O caráter inato dos “direitos fundamentais” pregado pela referida doutrina não pode deixá-los ao

arbítrio de um ser terreno, especialmente um ser humano.

Consoante a doutrina dos “direitos fundamentais”, a prática de um ato fundamentado num direito fundamental é albergada pelo Direito, isto é, por ele permitida, a despeito de qualquer determinação judicial em contrário, pois se considera a vinculação absoluta do órgão julgador a certas normas naturais, que prescrevem direitos e garantias tidos por fundamentais, reconheça ele, ou não, a sua validade.

É de todo necessário, para os defensores dessa doutrina, que o ato praticado em conformidade com a norma que prescreve um direito “fundamental” não seja punido pelo Direito e que, acaso sobrevenha qualquer punição, esta não seja reconhecida como tal, mas como uma infração da ordem a qual contém a aludida norma. A interpretação do mesmo ato, nesse caso, difere conforme se tome por parâmetro a ordem definida pelo doutrinador dos “direitos fundamentais” ou o próprio Direito positivo.

Nesse sentido, a doutrina dos “direitos fundamentais” presuppõe uma interpretação própria da atividade jurisdicional, pouco lhe importando a efetividade de uma ordem jurídica, mas tão-somente o catálogo de valores por ela tido como desde sempre válido. Não é, de qualquer forma, relevante que os juízes nunca reconheçam certo “direito fundamental”, ou deixem de aplicar a norma geral a ele correspondente, para que se enxergue nesse comportamento uma violação ao Direito que estipula esses “direitos fundamentais”.

Mas, muito embora efetivamente atuem dentro de uma margem de discricionariedade conferida pelo ordenamento jurídico, os juízes são, em certa medida, vinculados a esse mesmo ordenamento. Dessa forma, um direito subjetivo apenas pode ser reconhecido pelo juiz quando houver autorização nesse sentido em alguma norma geral, cuja aplicação compete ao juiz.

Portanto, o juiz está vinculado, em termos de conteúdo, às

normas gerais na medida em que deve proferir uma sentença conforme, conteudisticamente, àquelas. E uma norma inferior será conteudisticamente conforme a uma norma superior quando o substrato modalmente indiferente daquela puder ser subsumido no desta.

Não são as duas normas que se encontram em relação substantiva – uma vez que uma norma jurídica inferior não pode ser deduzida de outra superior – mas sim os seus respectivos substratos modalmente indiferentes. Porém, existem diversos possíveis conteúdos normativos – e conseqüentemente, relativos a direitos subjetivos – que podem vir a ser subsumidos no conceito contido na norma geral; e as diversas interpretações a respeito de qual é a extensão desses conceitos podem divergir.

A opção do juiz por uma forma de aplicação, em detrimento de outra, diante das mesmas normas e dos mesmos conceitos, contidos nessas normas, não pode ser deduzida nem justificada racionalmente, uma vez que decorre do componente volitivo inerente à atividade jurisdicional. É, no plano dessa atividade, esse componente discricionário o qual, em última análise, determinará a existência, ou não, de um direito subjetivo concretamente definido, cuja previsão geral se dá por uma norma também geral.

Ainda que um ordenamento jurídico possa não prever a figura típica de um juiz, isto é, de um órgão relativamente centralizado cuja função é, principalmente, a de aplicar normas gerais e produzir normas individuais, não é tal possibilidade suficiente para que se refute a ideia segundo a qual não é necessária uma norma individual para a concretização de um direito. Pois, se não produzida por um magistrado, deve uma norma individual sê-lo por alguma outra pessoa que funcione como órgão do ordenamento jurídico, mesmo que de maneira descentralizada.

Mas isso não significa, de modo algum, que as normas gerais não dependam de normas individuais para que sejam

aplicadas e que os direitos previstos pelas primeiras prescindam das segundas para fins de concretização. Um ordenamento jurídico como o descrito não pode levar a tal conclusão apenas por criar uma situação politicamente indesejável, sob determinado ponto de vista, qual seja, a de poderem coexistir interpretações que determinem a existência de um direito, garantido por uma norma geral, ao lado de outras, que determinem a inexistência desse mesmo direito.

É verdade que, mesmo ante um ordenamento jurídico relativamente centralizado, são possíveis diversas interpretações com base numa única norma. No entanto, esse ordenamento pode procurar evitar a coexistência indesejável de várias delas, autorizando apenas um órgão, definido pela própria ordem, para a produção de uma norma individual válida, no âmbito de uma disputa jurídica gerada diante de uma norma geral.

Essa medida, por certo, reforça a segurança jurídica trazida pelo ordenamento jurídico, o que quer dizer a possibilidade de um sujeito prever as normas que serão criadas no âmbito desse ordenamento jurídico. Contudo, apenas pode fazê-lo limitadamente, porquanto sempre haverá uma margem dentro da qual o juiz pode agir livremente e, assim deixa, em certos termos, a interpretação de uma norma geral sujeita ao seu elemento volitivo.

A maioria dos ordenamentos jurídicos modernos instaura tribunais de recursos, cujas competências contêm a atribuição de anular decisões proferidas por outros órgãos, geralmente caracterizados como hierarquicamente inferiores. Nesses casos, um direito subjetivo pode ser reconhecido, e concretamente conferido a uma parte, com base numa norma jurídica geral, e mediante a produção de uma norma jurídica individual, mas posteriormente – e pela anulação desta última – ter seu reconhecimento retirado, sendo a norma geral que o embasou reinterpretada.

A situação exposta demonstra que não há uma única resposta para a questão de se um direito subjetivo é, ou não, garantido

por um ordenamento jurídico, também porque pode haver, e geralmente há, diversos órgãos autorizados pelo Direito, seja concomitante ou sucessivamente, a interpretar as suas normas de forma vinculante.

Mas a aplicação do Direito objetivo – e, conseqüentemente, a garantia e efetivação dos direitos subjetivos – não findam com a produção de uma sentença, cujo sentido é uma norma individual, já que ela própria demanda uma interpretação, por parte de um órgão, determinado pelo ordenamento jurídico, competente para aplicá-la.

Desse modo, verifica-se que a relação entre uma norma geral, a exemplo de uma produzida pela legislação, e uma norma individual, tal como a sentença proferida por um tribunal, não difere qualitativamente – mas tão-somente quantitativamente – da relação havida entre esta última e o sentido do ato subsequente que lhe dá aplicação. Com efeito, o que difere, entre uma e outra, é a extensão da margem de discricionariedade atribuída pelo ordenamento jurídico, respectivamente, ao aplicador da norma geral e ao aplicador da norma individual.

Conseqüentemente, não se pode deduzir do fato de existir uma sentença – cujo sentido é a concretização de uma norma geral a qual confere a um indivíduo um direito subjetivo – que o ato determinado por essa sentença será efetivado. Portanto, o reconhecimento de um direito – expressão a qual se atribui um sentido lato, para incluir a prática do ato a que pretende quem exerce esse direito – passa por diversas fases de concretização, até mesmo após a produção de uma norma individual que reconheça a existência da norma geral que confira ao indivíduo esse direito.

Pois a prática do ato cujo pressuposto é o exercício do direito é de incumbência de um órgão do ordenamento jurídico, e por ele mesmo determinado, assim como aquele que exerce as funções legislativas e jurisdicionais. E esse órgão deve, no mínimo,

a fim de que aplique uma norma produzida mediante uma sentença, reconhecer – fazendo-o num ato eminentemente volitivo e constitutivo – a validade dessa norma, o que implica o poder de interpretar o ordenamento jurídico, desde as normas constitucionais até aquelas produzidas por um órgão jurisdicional.

Do exposto decorre que, a despeito do que defende a doutrina dos “direitos fundamentais”, um direito só pode ser conferido através de atos humanos, cujo sentido geralmente são normas produzidas de forma escalonada, cada qual fundamentando a subsequente, até se chegar ao ato executório final, que corresponde à aplicação da norma imediatamente superior a qual, por sua vez, concretiza uma consequência determinada em uma outra norma, ainda superior.

Cada passo da produção e aplicação normativa – e o que significa dizer, da concretização dos direitos previstos no plano geral de um ordenamento jurídico – implica num ato praticado por um órgão autorizado por uma norma superior do mesmo ordenamento. Essa atribuição de competência é essencial para a aplicação das normas e, corolariamente, para a criação do Direito, uma vez que apenas um ato humano pode verificar a existência concreta dos fatos previstos pela norma mais geral.

Uma vez que é o próprio ordenamento jurídico o determinante dos indivíduos que podem funcionar como órgãos seus e, portanto, produzir normas válidas a partir da aplicação de normas superiores, pouco importa a opinião de uma das partes envolvidas numa disputa, ou dos advogados que lhes prestem auxílio e consultoria. Essas opiniões não são, de qualquer forma, juridicamente relevantes, o que significa que não podem ter por sentido objetivo uma norma válida.

Mesmo a afirmação de um doutrinador a respeito da validade uma norma – especialmente uma que confira um direito “fundamental” segundo o entendimento desse doutrinador – não pode ter por consequência a produção uma norma jurídica

válida. A sua intenção é, muitas vezes, a de influenciar a produção de normas, mediante o convencimento dos que atuam como órgãos do ordenamento e são, eles sim, competentes para produzir Direito válido. Mas não é a atuação dos doutrinadores, senão a dos órgãos do ordenamento jurídico, que tem como sentido uma norma jurídica.

4. DA DOCTRINA DOS “DIREITOS FUNDAMENTAIS” SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL

Porquanto coexistem, atualmente, diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, cada qual prevendo direitos não necessariamente coincidentes com aqueles previstos por seus congêneres, deve haver uma norma jurídica que limite a incidência desses mesmos direitos, em particular no tocante a uma porção territorial definida.

Desse modo, por exemplo, a estipulação do direito à vida por um Estado deve ser restrita ao território desse Estado, haja vista existirem ordenamentos jurídicos que não consagram tal direito, e até mesmo preveem a pena capital para alguns casos. Estivesse correta a doutrina dos “direitos fundamentais”, não haveria espaço para essa afirmação, por ser aquela incompatível com qualquer limitação espaço-temporal dos direitos por ela mesma enunciados.

Com efeito, a doutrina dos “direitos fundamentais” adota uma posição absoluta, isto é, ignorante de condicionamentos ou limitações a certos poderes, tendentes a evitar lesões a bens tidos como primordiais. As normas de um Estado que preveja certos direitos, contudo – ainda que os chame de “fundamentais” – não pode valer a todo o tempo e em qualquer lugar, uma vez que o próprio poder desse Estado é limitado e condicionado.

Nessa linha, deve-se levar em conta algo não tido por imprescindível do ponto de vista da doutrina dos “direitos funda-

mentais”, qual seja, a existência de um ordenamento normativo que justamente possibilite o caráter relativo, limitado e “não-universal” de todo e qualquer direito jurídico. Esse ordenamento não é senão o Direito internacional, cuja primordial função é a de restringir a validade, particularmente em termos territoriais, das ordens jurídicas nacionais.

Assim, o Direito internacional possibilita que cada ordem jurídica preveja direitos diferentes dos que prevê outra e, conseqüentemente, que a propriedade seja garantida aos cidadãos de um Estado, ao passo que abolida por outro. Logo, não pode haver “direitos fundamentais” do ponto de vista de um Direito nacional.

Seguindo o mesmo raciocínio, constata-se que o fundamento de validade do Direito do Estado não pode ser qualquer fato ou norma constitucional desse mesmo Estado, pois a sua própria Constituição, cuja validade é limitada temporal e espacialmente, deve fundamentar-se em uma norma superior. Do contrário, uma norma constitucional de um Estado poderia regular a produção de normas constitucionais de outro Estado, bem como servir de fundamento para a sua validade e, assim, por exemplo, todo o Direito francês poderia estar fundamentado no Direito americano.

Pois bem, não há qualquer argumento racional que possibilite eleger um ordenamento jurídico nacional como superior a todos os outros e, então, admitir os direitos por ele previstos como “fundamentais” e, portanto, de observância obrigatória pelos demais Estados da comunidade internacional. A razão e a natureza não podem fundamentar a validade ou a superioridade de um catálogo de direitos, por mais apreciados e celebrados que sejam pelos doutrinadores do Direito internacional.

Afirmar a superioridade do Direito de um Estado, em virtude da garantia de certos direitos pelas suas normas, não é, de todo o modo, uma posição científica, mas mera ideologia

desprovida de qualquer embasamento racional e, como tal, variante de sujeito para sujeito.

Assim, pode-se afirmar que é o próprio Direito internacional que fundamenta a validade dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, e pode lhes determinar, em parte, o conteúdo. Nesse contexto, importa ressaltar que – ainda que o Direito internacional obrigasse todos os Estados a garantir certos direitos aos seus cidadãos, havidos pela doutrina ora em análise como “direitos fundamentais”, “direitos básicos do homem”, “direitos humanos”, ou qualquer outra nomenclatura do gênero – não haveria razão para que se considerassem tais direitos como absolutos e atemporais.

Com efeito, a ordem jurídica internacional, ela própria não é absoluta nem atemporal, embora conte com um âmbito de validade significativamente mais amplo se comparada a qualquer ordem jurídica nacional. Mesmo as normas jurídicas de Direito internacional podem perder a validade, sejam oriundas de tratados firmados entre Estados, sejam consuetudinárias, de modo que são, tanto como qualquer outra norma posta, condicionada a certos pressupostos fáticos.

Portanto, mesmo uma obrigação internacional dirigida a todos os Estados não pode confirmar, ou sequer dar argumento, à doutrina dos “direitos fundamentais”, cuja natureza é essencialmente absolutista e metafísica. Para a aludida doutrina, conforme já afirmado, a existência de certos direitos subjetivos independe de qualquer ato humano positivo; mas o Direito internacional, ele próprio é formado por normas jurídicas positivas e, portanto, originado de atos humanos.

No entanto, mesmo o Direito internacional geral não contém qualquer norma dirigida ao comportamento dos Estados em relação aos seus próprios cidadãos, sendo os mesmos, por isso, livres nesse sentido. Uma tal obrigação só poderia vir a existir a partir de um tratado internacional o qual, em princípio,

demanda o consentimento do Estado por esse tratado obrigado.

Kelsen, reconhecendo a ausência de uma norma desse tipo no ordenamento jurídico internacional, em comentário ao documento conhecido como “Draft Declaration on Right and Duties of States” afirmou:

Article 6. Every State has the duty to treat all persons under its jurisdiction with respect for human rights and fundamental freedoms, without distinction as to race, sex, language or religion.

This article has no basis in general international law, which leaves at least the treatment of their own citizens to the discretion of the states. Nor has Article 6 a basis in the Charter of the United Nations which does not impose upon the Members the duty to treat all persons under their jurisdiction with respect for human rights and fundamental freedoms, without distinction as to race, sex, language or religion. (KELSEN, 1950, p. 269).

Portanto, os Estados são livres quanto a atribuir, ou não, determinados direitos a seus cidadãos, sendo tal matéria, então, parte da jurisdição doméstica de cada Estado, na expressão utilizada pelo art. 2, §7, da Carta das Nações Unidas e, como tal, imune à intervenção de outras nações, bem como da própria organização das Nações Unidas, no tocante às deliberações correspondentes. O mencionado dispositivo está redigido, originalmente, da seguinte forma:

Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII. (UNITED NATIONS, 1945, Article 2, Paragraph 7).

Dada a temporalidade e limitação de uma constituição nacional, deve-se admitir a possibilidade de que venha a ser suplantada por outra, seja em virtude de um procedimento pacífi-

co, seja em razão de um *coup d'État*. Consequentemente, todos os direitos garantidos pela ordem antiga deixam de ser fundamentados pelo Direito internacional, ainda que seus conteúdos sejam coincidentes com o daqueles previstos pela ordem nova.

A questão de se uma norma jurídica é fundamentada ou não pelo Direito internacional não pode ser respondida através de uma análise conteudística, tomando como parâmetro qualquer conjunto de valores morais pré-determinados. Pois o próprio Direito internacional não faz da previsão de certos direitos e garantias “fundamentais” o pressuposto de validade dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Ainda que o Direito internacional prescreva, em alguns casos, particularmente por meio de tratados firmados por dois ou mais Estados, a obrigação de certos ordenamentos nacionais garantirem às pessoas sujeitas à sua jurisdição certos direitos e garantias, a inobservância de tal dever deve ter as suas consequências estipuladas pelo próprio Direito internacional. Não é correto falar de um dever sem que haja uma sanção a ser aplicada em detrimento do infrator, em caso de descumprimento.

Por conseguinte, muito embora o Estado que descumpra uma obrigação desse tipo esteja sujeito a certas sanções, previstas pelo Direito internacional, não seria correto afirmar que, em todos os casos, esse mesmo Direito internacional confira aos cidadãos do Estado infrator um direito. Os legitimados a sancionar o Estado infrator – nesse caso, aquele que não garante aos seus cidadãos certos direitos e garantias – geralmente são outros Estados.

De todo o modo, o que pretendem os criadores do Direito internacional, em situações como essas, é compelir determinado órgão de Estado, na maioria das vezes um legislante, a praticar certo ato cujo sentido objetivo seja uma norma, por meio da qual se garantirá um direito a determinada pessoa. Sem um

ato desse tipo, não pode haver nem uma obrigação, nem uma prerrogativa, num sentido jurídico do Direito interno.

O próprio Direito internacional pode, por certo, praticar – mediante atuação de um ou alguns dos seus órgãos – um ato cujo sentido, ele próprio, confira diretamente a uma pessoa um direito. Mas mesmo um direito perante o ordenamento jurídico internacional não é independente de um ato positivo, atemporal e incondicional. A teoria geral do Direito serve como descrição tanto do Direito nacional quanto do Direito internacional e, portanto, as observações feitas em relação à criação de normas no Direito nacional valem igualmente no tocante à criação de normas no Direito internacional.

5. CONCLUSÃO

Uma das mais fortes sugestões que uma ciência pode proporcionar talvez seja a consciência da própria limitação. A razão humana, por mais empreendedora e esforçada que possa ser na apreensão da realidade que se apresenta à sua frente, não pode percebê-la de forma integral e absoluta.

Pois sempre haverá uma parte do universo oculto às observações científicas, e a parte sujeita a tais observações pode ser analisada de outra forma e sob outra perspectiva. Outrossim, o próprio conhecimento pode ser objeto de um meta-conhecimento, mediante o qual seja questionado, atacado e posto em prova. Todo o conhecimento humano é vulnerável a algum tipo de objeção.

A exposição desenvolvida até o momento é mais coerente em instigar a descrita problemática do que em, propriamente, tentar apontar uma teleologia imprescindível a qualquer debate científico, particularmente no que concerne aos ordenamentos normativos apresentados sob a denominação de Direito.

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. The Draft Declaration on Rights and Duties of States, *The American Journal of International Law*, Vol. 44, n.º 2 (Apr., 1950), p. 259-276.

UNITED NATIONS. United Nations Charter, from 26th June 1945. Article 2, Paragraph 7.

Artigo recebido em: 30/03/2017

Artigo aprovado em: 04/10/2017