Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
UFGD Universidade Federal da Grande Dourados
CAPES
ISSN 2177-7837

A banalização do argumento jusfundamental: os direitos insaciáveis e os deveres fundamentais sob a ótica da hermenêutica crítica

The banalization of the jusfundamental argument: insatiable rights and fundamental duties from the standpoint of critical hermeneutics

Muriel Amaral Jacob
Doutora em Direito (PUC-SP)
Universidade de Rio Verde (UNIRV)
Rio Verde, Goiás, Brasil
E-mail: murieljacob@hotmail.com

Arthur Pinheiro Basan
Doutorando em Direito (UNISINOS)
Universidade de Rio Verde (UNIRV)
Rio Verde, Goiás, Brasil
E-mail: arthurbasan@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho visa verificar o fenômeno da banalização do argumento jusfundamental especialmente em razão da injustificada e excessiva constitucionalização do Direito brasileiro. A partir disso, almeja-se demonstrar o surgimento dos intitulados “direitos insaciáveis” e, consequentemente, o indevido solipsismo jurídico, que acaba por interferir na efetividade e na concretização dos direitos fundamentais. Desse modo, o texto concluiu que o ativismo judicial, na medida em que é praticado no país, acaba hipertrofiando a concepção de direitos fundamentais, ainda mais ao considerar a maneira antidemocrática como são aplicados pelos juízes. Assim, verificou-se a importância de se considerar as noções dos deveres fundamentais, como ferramenta para evitar a utilização indevida do argumento pautado nos direitos fundamentais. O trabalho foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa e, na escrita, utilizou-se o procedimento dedutivo.

Palavras-chave: Normas fundamentais. Banalização. Direitos insaciáveis. Deveres fundamentais. Hermenêutica crítica.

Abstract: The present work aims to verify the phenomenon of banalization of the argument jusfundamental especially by unjustified and excessive reasons of constitutionalization of Brazilian constitution. From this, want to demonstrate the origim "insatiable rights" and, consequently, the unjustified solipism juridic, which ends up interfering in the effectiveness and the realization of fundamental rights. In this way, the text concluded that the law ativism, as it is practiced in the country, ends up being hypertrophied the fundamental rights, especially to consider an anti-democratic way that are applied by the judges. Thus, it was verified the importance of considering as fundamental obrigations notions, as a tool to avoid the misuse of arguments based on fundamental rights. The work was carried out through qualitative bibliographic research and, in writing, used or deductive procedure.

Keywords: Fundamental rules. Banalization. Insatiable rights. Fundamental duties. Critical hermeneutics.

Data de recebimento: 13/04/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Introdução

De um modo geral, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a destacar a queda do regime nazista, o estudo jurídico passou por profundas e consideráveis transformações, em especial, pela reanálise da teoria positivista, isenta de caráter ético na sua formulação estrutural e formalista (KELSEN, 2006)

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Sendo assim, de maneira bem sucinta, o sistema jurídico passou a clamar por uma teoria que, para além do estudo das normas jurídicas como tais, em seu caráter meramente legal, pudesse considerar também a incidência de valores normativos. Neste sentido, o valor da dignidade humana passa a compor o topo da hierarquia normativa, como forma de evitar que as atrocidades ocorridas no contexto das Grandes Guerras fossem novamente admitidas. A partir disso, a ordem jurídica-constitucional de diversos países passou a guiar-se pela teoria dos direitos fundamentais, fundada em dois aspectos, quais sejam: i) o aspecto ético (material), consistente na ideia de limitação de poder e de proteção da dignidade humana; e ii) o aspecto normativo (formal), baseado na institucionalização democrática e na constitucionalização dos direitos (MARMELSTEIN, 2014, p. 18).

No Brasil, apesar de relativamente tardia se comparada à Europa, a teoria dos direitos fundamentais ganhou destaque a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, os direitos fundamentais passaram a ter relevância jurídica especialmente após o fim do período autoritário de ditadura militar. Diante disso, ocorreu uma verdadeira "constitucionalização do direito brasileiro" (BARROSO, 2009), uma vez que, tendo a Constituição a função de guardiã dos direitos fundamentais, todos os outros ramos do direito (tanto "públicos", como "privados") passaram se submeter à cúspide constitucional (BINENBOJM, 1999, p.122). Com isso, apesar de inicialmente esse fator apresentar-se como algo essencial para o sistema jurídico, tem-se pistas de que pode ocasionar uma verdadeira banalização do argumento constitucional, dando indícios de impedir o funcionamento harmônico do sistema jurídico, conforme demonstra a notável crítica hermenêutica (STRECK, 2014)[1], ainda mais a partir da ocorrência do desenfreado ativismo judicial. (TASSINARI, 2013, p. 29)

Em outras palavras, o presente artigo parte dessa questão para suscitar os seguintes problemas: a utilização massiva dos argumentos jusfundamentais nas decisões judiciais, isto é, a defesa da aplicação imediata e indiscriminada dos direitos fundamentais não ocasionaria uma banalização do discurso jusfundamental? De certa forma, o uso excessivo e injustificado dos direitos fundamentais na argumentação judicial, em especial com base nos princípios constitucionais, não acabaria por esvaziar o seu valor normativo, tornando esses direitos "insaciáveis"? Afinal, se todo direito, em última análise, puder ser considerado "direito fundamental", a proteção que se deveria dar a esses direitos, em razão de sua essencialidade, não acabaria por perder a força normativa, para não dizer a sua própria razão de ser, enquanto proteção?

Diante dos problemas expostos é possível levantar uma hipótese como forma de manter a coerência do sistema jurídico na aplicação dos direitos fundamentais, isto é, por meio da devida relevância que deve ser dada aos deveres fundamentais, muitas vezes esquecidos no sistema jurídico pátrio.

Portanto, visando um acerto metodológico, o presente artigo encontra-se dividido em três partes. Primeiramente, será analisado o fenômeno de constitucionalização do Direito no sistema jurídico brasileiro, bem como suas consequências. Logo em seguida, será apresentado o problema da banalização do argumento jusfundamental, em especial pela noção de "direitos insaciáveis". Por fim, expõe-se a importância de se

[1] Neste ponto, destaca-se a defesa, dentro da crítica hermenêutica do autor, a necessidade de uma teoria da decisão judicial estruturada a partir do dever de motivar e fundamentar adequadamente as decisões proferidas.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

considerar as noções dos deveres fundamentais, como forma de frear a utilização indevida do argumento pautado nos direitos fundamentais.

1 A constitucionalização do direito brasileiro

Com advento da Constituição Federal de 1988, a hermenêutica constitucional brasileira sofreu uma relevante alteração, em especial, pelo fenômeno do "neoconstitucionalismo". Neste sentindo Sarmento ensina que:

> A palavra "neoconstitucionalismo" não é empregada no debate constitucional norte-americano nem tampouco no que é travado no Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. (SARMENTO, 2009, p. 271)

Diante disso, Barroso revela alguns aspectos que podem ser destacados como premissas que indicaram essa mudança de hermenêutica jurídica, a saber, os marcos fundamentais histórico, filosófico e teórico. (BARROSO, 2010). Inicialmente, pode-se considerar como marco histórico a superação da ditadura militar da década de 60. Em verdade, afirma o professor Daniel Sarmento que no Brasil só se pode reconhecer o início de um "neoconstitucionalismo" após a promulgação da Constituição de 1988, sendo este fenômeno consequência de uma descrença geral da população em relação à política majoritária e de um descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos, revelando um papel político de suma importância ao Poder Judiciário, qual seja, a concretização dos valores constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 287).

Além desse marco histórico, o marco filosófico da ascensão do "pós-positivismo" deu uma nova forma de interpretar e a aplicar as constituições, de modo a promover uma volta aos valores, isto é, uma reaproximação entre ética e Direito, como verdadeira "virada kantiana" (BARROSO, 2009, p. 214). Esses valores surgem nas Constituições em forma de princípios, com legítima força normativa. Vale lembrar, segundo Alexy, norma é um gênero, sendo espécies as "regras" e os "princípios" (ALEXY, 2008)

Como se sabe, é possível perceber que os princípios constitucionais, antes vistos como meios de integração do Direito, passaram a obter uma verdadeira força vinculante (DWORKIN, 2002). De outro lado, promovem para o sistema jurídico importantes valores humanitários (BRITTO, 2007), como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a solidariedade. Caminhando nesta mesma direção, tem-se pista de que os marcos teóricos de grande relevância foram a consideração da força normativa da Constituição bem como a expansão da jurisdição constitucional, com a formação dos blocos constitucionais (HESSE, 1999).

É importante perceber que a força normativa da Constituição se dá a partir do momento em que a Carta Magna passa a ser um documento jurídico (norma), com aplicação direta, não sendo mais apenas um documento político, uma mera "folha de papel" e nem tampouco um mero plano de Estado (LASSALLE, 2000).[2]

[2] A expressão "Constituição como mera folha de papel" é de Lassalle, autor responsável pelo conceito sociológico de Constituição. Para este autor, as Constituições devem necessariamente prescrever a realidade política do Estado a que se propõem, sob pena de não produzirem efetividade alguma.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Em verdade, a Constituição também se torna fonte de normas, sendo fonte direta quando aplicada às relações jurídicas de direito público e/ou privado, e indireta nas normas fundantes de organização da sociedade e do Estado. Na denominação do professor Ricardo Lorenzetti, a constituição passa a ser um "projeto de vida em comum", uma vez que é considerada o espírito informador de todo o direito, alterando os seus princípios gerais. (LORENZETTI, 2010, p. 83)

Neste ponto, descreve o professor Binenbojm que "o reconhecimento da força normativa da Constituição representou seguramente uma verdadeira revolução copernicana na ciência jurídica moderna, com profundas implicações em todos os ramos do direito" (BINENBOJM, 1999, p. 62). Em outras palavras, a Constituição não é mais considerada apenas um limitador formal de poder, mas também uma verdadeira norma jurídica, capaz de prever direitos e deveres, tanto ao Poder Público quanto aos particulares, haja vista a essência de documento jurídico de maior hierarquia no sistema jurídico.

Assim, é diante desses fatos que se defende um processo de constitucionalização do direito, vértice fundamental para a concepção neoconstitucionalista. Esse processo implica na ideia de que toda a legislação infraconstitucional, considerando o Direito enquanto sistema, deve ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, ou seja, uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica (BINENBOJM, 1999, p. 65). Assim, afirma Barroso que:

> A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (BARROSO, 2009, p. 62).

Isso significa que deve ser realizada na aplicação do Direito, como um todo, a filtragem constitucional, de modo que todos os institutos jurídicos devem ser reinterpretados, visando não só evitar o conflito com a Constituição, mas também, concretizar os objetivos e valores que a Lei Maior prevê (SCHIER, 2019).

De um modo geral, têm-se pistas de que a constitucionalização do Direito, isto é, a imposição de que todas as normas infraconstitucionais se adequem aos valores e princípios esculpidos na Carta Magna é decorrente, especialmente, de uma preocupação cada vez mais nítida com a concretização das normas fundamentais da própria Constituição de 1988.

Por outro lado, como se percebe, tamanha atenção voltada para a Constituição e os direitos fundamentais pode gerar na prática jurídica uma utilização incorreta e injustificada dessas normas. Em verdade, a defesa do neoconstitucionalismo, na medida em que fora desenvolvida pelos autores supracitados ("à brasileira"), permitiu o surgimento do fenômeno denominado pelo professor Streck como "pamprincipiologismo" (STRECK, 2017, p. 27). Dito de outro modo, sob o manto de uma influência constitucional necessária a todos os ramos do Direito, defendeu-se que a aplicação das normas fundamentais deve ser feita por meio de princípios constitucionais, servindo a teoria como base para justificar o indevido voluntarismo judicial, a partir de um critério que ampliou em demasia a liberdade aplicativa do juiz, passando a tratar-se de ferramenta

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

utilizada para justificar decisões totalmente discricionárias e, consequentemente, antidemocráticas, posto que baseadas na visão solipsista de juízes e Tribunais (STRECK, 2014, p. 398).

> Assim, possibilitando essa total abertura ao voluntarismo dos juízes, a defesa da utilização das normas fundamentais em demasia, notadamente por meio do ativismo judicial, contraria a própria existência do ordenamento jurídico, uma vez que este, enquanto sistema que o é, necessita que, além da Constituição como expoente maior da lógica normativa, haja também as leis setoriais, mais próximas das particularidades do caso concreto. A desconsideração das leis infraconstitucionais e seus mandamentos, por meio da aplicação do combatido "pamprincipiologismo", representa uma banalização do uso do argumento jurídico pautado nos direitos fundamentais (DUQUE, 2014, p. 100).

2 A banalização do argumento jusfundamental e os direitos insaciáveis

Diante da constitucionalização do direito brasileiro, com a incidência das normas fundamentais constitucionais em todos os seus ramos é possível perceber que, muitas vezes, o argumento jusfundamental é utilizado em demasia e de maneira injustificada. Marmelstein, ao conceituar o termo "direitos fundamentais", alerta para o uso banalizado da expressão, segundo o qual:

> Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. Há quem considere titular de um direito fundamental andar armado. Há quem defende a existência de um direito de manifestar ideias nazistas. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Aliás, na Alemanha, a Corte Constitucional daquele país já teve que decidir se existiria um direito a fumar maconha e a "ficar doidão". Já houve quem ingressasse com ação judicial para exigir Viagra do Poder Público, alegando que existiria um direito ao sexo! Pelo que se observa, há uma verdadeira banalização do uso da expressão direito fundamental (MARMELSTEIN, 2014, p. 14).

Ademais, Duque, de antemão avisando que esse problema possui pouco destaque na doutrina especializada, tratando essa banalização como uma hipertrofia de direitos fundamentais, alerta que:

> Trata-se do risco de banalização dos direitos fundamentais, por meio de um sentimento de hipertrofia desses direitos que, eventualmente, também pode ser verificado num quadro maior, caracterizado pelo excesso de fontes normativas [...]. [...] Isso é comum em países que passaram por experiências históricas negativas. Às vezes, no afã de evitar que consequências maléficas voltem a ocorrer, acaba-se recaindo em excessos, que em nada contribuem para a regulamentação equilibrada e eficiente da coletividade (DUQUE, 2014, p. 97-98).

Ora, é relevante deixar claro que, ao descrever a banalização do uso do argumento jusfundamental, o presente trabalho pretende fazer uma análise crítica da matéria, não no sentido de manter uma posição desfavorável, mas sim, de propor uma apreciação com maior profundidade e, consequentemente, visando aperfeiçoar e promover a aplicação das normas fundamentais, como complemento às demais abordagens já presentes nos estudos jurídicos.

Dessa forma, pode-se afirmar que nas decisões judiciais deve-se evitar ao máximo a banalização do discurso jusfundamental, que se manifesta, notadamente, pela discricionariedade excessiva dos juízes, a fim exatamente de legitimar a atuação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, é preciso perceber que ao direcionar o estudo dos direitos fundamentais a uma hipertrofia, pelo ativismo judicial, perde-se a precisão e a fundamentação específica para o uso do argumento jusfundamental, fato este que em nada contribui para a efetivação desses direitos na sociedade.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Como se nota, têm-se pistas de que, ao utilizar de maneira infundada o argumento jusfundamental, fazendo com que os direitos fundamentais sejam ilimitados, em verdadeira hipertrofia, corre-se o risco de tornar, de maneira indesejável, esses direitos insaciáveis (PINTORE, 2001, p. 243).

A expressão “direitos insaciáveis” é de Anna Pintore, e advém de um texto em que a autora critica o posicionamento positivista de Luigi Ferrajoli, em especial consoante a ideia de democracia substancial desenvolvida pelo autor italiano. Segundo Pintore não é cabível aceitar que se têm os direitos que existem tão somente porque foram promulgados, consoante apregoa o positivismo jurídico defendido pelo autor. Tal negativa decorre do fato de que no momento em que um direito é confirmado, isto é, no momento em que há a introdução de direitos em um sistema jurídico, o seu conteúdo, que é supostamente válido em virtude da forma legal, tornar-se insaciável.

Ainda assim, afirma Pintore que a tendência entre os teóricos dos direitos insaciáveis como Ferrajoli, ao subestimar o problema formal do manejo dos conteúdos substanciais de direitos é, em si, uma (oculta) resposta para a pergunta sobre a autoridade política, mas uma resposta que repudia o princípio da gestão democrática dos direitos (PINTORE, 2001, p. 246).

Em suma, a crítica de Pintore é quanto o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, ou seja, quanto a democracia substancial desenvolvida por Ferrajoli, alegando que dessa forma se criam direitos insaciáveis porque devoradores da democracia, do espaço público e da própria autonomia moral. Para Pintore, a democracia deve ser tão somente a formal, procedimental, que leva ao Direito, este sim dotado de conteúdo material.

Dessa maneira, segundo a autora, a prevalência da forma e dos métodos específicos do direito moderno, quais sejam o procedimento e a autoridade, acabam por se tornarem supérfluos aos direitos fundamentais, uma vez insaciáveis (PINTORE, 2001, p. 262). Tal fato indica que a autoridade (autoritas) e o procedimento não são o grande problema dos direitos fundamentais, ou seja, não é a concepção de direito fundamental em si que é essencial, mas sim a sua realização e efetividade (verita). Neste mesmo sentido, vale a reflexão de Tessler quanto à banalização dos direitos humanos, segundo a qual:

> É na obra de Carlos Ignacio Massini Correas que se encontra uma ampla abordagem do fenômeno da dispersão de ideias, da tendência inflacionária da contemporaneidade acerca do que afinal são os direitos humanos, destacando o autor a tendência crescente de incrementar o número e qualidade dos direitos que se considera necessário satisfazer, concluindo que tudo isso leva à degradação da ideia, pois a força de querer significar tudo acaba por não significar nada. Na mesma linha a lição do Professor Tércio Ferraz, quando o mestre aborda a trivializarão dos direitos humanos, criticando também essa tendência. Anna Pintore, em “Derechos Insaciables”, critica a ideia corrente de converter os direitos humanos em um instrumento insaciável, “devorador da democracia, do espaço político e da própria autonomia moral da qual derivam”, reportando-se aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli (TESSLER, 1990, p. 54-55).

Com efeito, diretamente relacionada a essa suposta banalização do discurso jusfundamental encontra-se o demasiado expansionismo constitucional brasileiro, por meio do injustificado ativismo judicial, o que toca, em última análise, nos limites da própria jurisdição constitucional. Obviamente, conforme já exposto, que dentro da noção de sistema jurídico, pautado pela democracia e pela proteção dos direitos fundamentais, a Constituição deve se encontrar no topo normativo, com condição de supremacia. Entretanto, é preciso também levar em conta a autonomia dos demais setores do ordenamento jurídico, sob pena de ocorrer um

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

expansionismo constitucional ilegítimo, contrariando a própria competência legislativa prevista pela constituição.

Em outras palavras, a banalização dos direitos fundamentais pode se dar também pela expansão da jurisdição constitucional, a qual, quando elevada a abusos, gera um expansionismo constitucional ilegítimo, aplicando a Constituição sem observar as regras de competência, as quais, devido à setorização, são dotadas de maior especificidade. Neste sentido, Duque descreve que:

> É por isso que há quem sustente que a proteção jurídica se torna tão mais ineficaz quanto maior for a sua pretensão de tentar garantir por escrito a totalidade de situações. Nesse sentindo, os direitos fundamentais devem ficar adstritos aos âmbitos essenciais da natureza humana, esses revelados nas esferas da dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e igualdade, focados, assim, na autoconsciência da pessoa e na liberdade de se auto determinar e de se configurar no mundo em que vive (DUQUE, 2014, p. 98).

Ademais, cabe refletir que:

> A banalização dos direitos fundamentais gera uma espécie de reação em cadeia, pelo fato de que acaba por banalizar institutos que são indispensáveis à implementação desses direitos, como, por exemplo, o próprio recurso constitucional (DUQUE, 2014, p. 100).

Diante de todo o mencionado, é possível perceber que a banalização do argumento jusfundamental nas decisões judiciais mediante a defesa da aplicação imediata e indiscriminada dos direitos fundamentais, por meio especialmente dos princípios constitucionais, acaba por esvaziar o seu valor normativo, tornando esses direitos “insaciáveis”.

Nesse sentido, ganha relevância a reflexão quanto a aplicação não devidamente fundamentada de direitos fundamentais, como forma de justificar decisões que, em última análise, são pautadas tão somente na discricionariedade dos juízes. Conforme afirma Streck:

> Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça-, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles o julgador consegue fazer quase tudo que quiser (STRECK, 2017, p. 55).

Com efeito, partindo dos argumentos expostos, é possível, como hipótese para evitar a supracitada banalização do argumento jusfundamental, reconhecer a importância dos deveres fundamentais, muitas vezes desconsiderados no estudo jurídico, em especial ao se considerar que o Brasil possui uma constituição inserida em uma “modernidade tardia”, com uma política de inclusão social em contradição a uma economia de exclusão (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60).

3 A importância dos deveres fundamentais

Os direitos fundamentais dos cidadãos são aqueles nos quais são protegidas as diversas facetas da pessoa humana, visando a garantia substancial dos direitos básicos e essenciais, ou seja, a garantia de um conteúdo mínimo necessário, que faz parte da estrutura básica da sociedade. Nesse sentido Ricardo Luís Lorenzetti expõe:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> Os direitos fundamentais são espécie de direitos fundantes do ordenamento jurídico, uma vez que possuem um caráter fundante do Estado de Direito e nesse aspecto se relacionam com o paradigma de limite ao poder. Da mesma forma, considere-se que seu fundamento não reside em uma pessoa ou na humanidade, mas no modelo de acordos básicos que originam a sociedade (LORENZETTI, 2010, p. 102-103).

Tendo isso em vista, os direitos fundamentais são direitos essenciais a dignidade da pessoa humana e daí, segundo Lorenzetti, a necessidade de "o direito fundamental ter a garantia de um conteúdo mínimo", visto que trata da pessoa humana (LORENZETTI, 2010, p.103). Assim, a existência de direitos fundamentais pressupõe também a existência de deveres fundamentais, os quais, segundo o professor Martins "deveres fundamentais são aqueles alocados na cúspide do sistema (a Constituição Federal)" (MARTINS, 2014, p. 12).

Os deveres fundamentais, sejam eles dos cidadãos para com o Estado, sejam do Estado para com o cidadão, ainda são objeto de poucas reflexões no meio jurídico e acadêmico, visto que se vive em uma sociedade que valoriza em demasia os direitos, fruto na inserção do Brasil em um contexto de "modernidade tardia".

Com isso, nasce a necessidade de um estudo sobre os deveres, sua origem e sua prevalência ao longo do tempo, para que se possa compreender a necessidade dos deveres fundamentais como hipótese para evitar a banalização da utilização do argumento jusfundamental, evidente no ativismo judicial exercido pelos juízes e Tribunais pátrios.

Assim, para Gilles Lipovetsky, vive-se atualmente em uma sociedade onde não mais se enaltece o dever, mas sim os direitos subjetivos tão somente. Essa crise da cultura do dever é decorrente do individualismo e do neoindividualismo, onde há um culto pelo ego. Nas palavras do autor:

> As ideias de soberania individual e de igualdade civil, parte constitutiva da civilização democrática-individualista exprimem os princípios básicos e inquestionáveis da moral universal, manifestam os imperativos imutáveis da razão moral e do direito natural que não podem ser ab-rogados por nenhuma lei humana. São verdades evidentes por si, e simbolizam o novo valor absoluto dos tempos modernos: o indivíduo humano (LIPOVETSKY, 2005, p. 2).

Nesse sentido, a sociedade vincula-se a ideia de que é o bem estar individual e não a coletividade e respeito aos deveres que são os princípios humanos. Com isso, para o autor vive-se atualmente a construção de uma "ética do vazio", onde se constitui uma nova moral que se distancia da antiga moral, ou seja, agora não mais se enaltece o dever, mas sim os direitos subjetivos (LIPOVETSKY, 2005, p. 2).

Isso é resultado de um senso calculista do dever, que exige diversas leis para defesa de direitos, onde há um minimalismo ético, face a ideia consumerista e a sociedade hedonista que procura a realização do prazer imediato como único fim a ser alcançado, em especial em um contexto de sociedade notadamente consumista.

Com isso, o indivíduo passa a ser o valor soberano da moral, fazendo com que o Direito tenha como foco o indivíduo, o qual passa a ter posição absoluta e preponderante no sistema jurídico. Consequentemente, ocorre uma mudança no papel do dever e, passa-se assim, a uma sociedade "pós-moralista", que segundo Lipovetsky "a retórica sentenciosa do dever não está mais no cerne de nossa cultura [...] ficou extinta a cultura do sacrifício, do dever; entramos no período pós-moralista da democracia (LIPOVETSKY, 2005, p. 26). É nesse pano de fundo que o pós-dever surge, com a valorização extrema dos direitos em detrimento dos deveres, isto é:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> Em nossos dias, o que desperta maior reprovação (e até indignação) não é a norma ideal, mas sim uma eventual reativação do conceito de dever absoluto, a tal ponto que o moralismo ficou sendo equiparado, socialmente falando, ao terrorismo e a barbárie. Na era pós-moralista, o que campeia é uma demanda social por justos limites, um senso calculista do dever, algumas leis especificas para defender os direitos de cada um [...] Pleiteamos, claro, o respeito à ética, contanto que isso não demande a imolação de nós mesmos ou um encargo de execução. Espirito de responsabilidade sim; dever incondicional, não! (LIPOVETSKY, 2005, p. 27)

A lógica que se percebe na sociedade contemporânea é a de uma sociedade que deixa a margem os deveres e que clama apenas por direitos. Daí a importância de se revalorizar os deveres, isto é, nas palavras de Robles "a sociedade que queremos deve combinar sabiamente os dois elementos, equilibrando o sentimento do dever e o sentimento dos direitos" (ROBLES, 2005, p. 50).

Como se nota, os deveres fundamentais ajudam a pensar na coerência do sistema jurídico. Não se tem uma ideia de dever apenas como um acessório dos direitos, mas sim numa relação de dependência entre os mesmos, gerando entre eles uma relação de coordenação. Desse modo, o dever é uma necessária forma de equilíbrio, em especial em um Estado Democrático de Direito (NABAIS, 2007, p. 222).

Com isso, para Nabais, os deveres fundamentais são uma diretriz da relação da vida das pessoas em sociedade, que justifica as instituições e a existência dos próprios direitos fundamentais. (NABAIS, 2007, p. 232). Nesse mesmo sentido, Morin defende que "a democracia faz do indivíduo um cidadão que reconhece deveres e exerce direitos." (MORIN, 2007, p. 149). Tendo isso em vista, o cidadão possui, além de direitos fundamentais, deveres fundamentais, sendo estes essenciais e complementares para o efetivo exercício dos direitos.

Obviamente, os direitos fundamentais pertencem as pessoas e estão positivados no texto constitucional devido seu grau de importância. Esses direitos são aqueles que garantem a máxima efetividade da dignidade da pessoa humana e, por esse motivo, estão fora da disponibilidade dos poderes constituídos (SARLET, 2007, p. 77).[3]

> Os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 46-47).

Conforme se percebe das palavras acima citadas, os direitos fundamentais são essenciais a garantia da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, devem acarretar a existência de deveres do cidadão, visto que o dever tem sentido essencial na composição da relação jurídica formulada entre o titular do direito e o responsável pelo cumprimento do mesmo, qual seja, o sujeito obrigado a concretizar o direito.

Com efeito, dentro da ótica que se pretende com o presente texto, a doutrina trouxe a ideia de dever jurídico como o ajustamento da conduta humana aos preceitos normativos, de modo que o seu descumprimento, ou mesmo a não observação do comportamento legalmente determinado ocasiona o

[3] Explica: "Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)".

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

surgimento das sanções ou indenizações previstas (MARTINS, 2013, p. 258). O dever, portanto, seria reflexivo ao direito e, se não cumprido, pode dar origem a garantias ou sanções.

Ocorre que, na sociedade contemporânea, com a desvinculação da ideia de dever na mentalidade das pessoas, constrói-se uma desmoralização da vida pública e da vida privada, como consequência da perda do sentido de dever. (MARTINS, 2013, p.18). Isso pode levar a hipertrofia dos direitos fundamentais, que ocasionaria a banalização do argumento jusfundamental.

Nesse prisma, Nabais aduz que "somente com uma consideração adequada dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos, poderemos lograr um estado em que as ideias de liberdade e de solidariedade não se excluam, antes se completem" (NABAIS, 2007, p. 219).

Conforme ressalta Nabais, os direitos fundamentais possuem custos e, a banalização dos mesmos ocasiona gastos excessivos que podem, inclusive, prejudicar a efetivação de direitos essenciais, devido a consideração de que qualquer direito se encaixaria na condição de direito fundamental da pessoa humana, tornado estes direitos fundamentais, na prática, insaciáveis. (NABAIS, 2007, p. 123).[4] Tal situação fica ainda mais evidente ao considerar que, muitas vezes, o direito fundamental aplicado, em verdade, não passa de um solipsismo judicial, sem qualquer fundamento jurídico adequado.

Com efeito, Robles aponta que há "a ideia de que entre os dois elementos, direitos e deveres, são esses últimos os que constituem a sociedade. O sentimento do dever é o sentimento básico dentro do grupo. A vida deste depende da fortaleza daquele" (ROBLES, 2005, p. 50). Assim, verifica-se que para que os direitos permaneçam protegidos e garantidos é essencial que haja comprometimento no cumprimento dos deveres. Essa é justamente a justificativa do autor do problema do desprezo dos deveres face aos direitos, isto é:

> Não faz sentido, pretender, como é comum, fundamentar os direitos humanos sem fazê-los corresponder aos deveres e valores morais [...] o que é especifico da teoria dos direitos humanos é que ela proporciona uma resposta que prescinde completamente dos deveres: afasta os direitos de seu contexto natural, o contexto de um sistema de valores; eleva os direitos aos praticamente únicos valores com entidade própria (ROBLES, 2005, p. 17-18)

Vale lembrar que os deveres fundamentais dimensionam limites aos direitos fundamentais, em especial, ao considerar que nenhum ordenamento jurídico pode se manter apenas com base em direitos, já que os deveres são, em determinadas situações, essenciais para assegurar os próprios direitos (DUQUE, 2014, p. 105).

Considerações finais

Por todo o mencionado no presente texto, é possível perceber que a banalização do argumento jusfundamental foi estudada de maneira crítica, não no sentido de desprezar os direitos fundamentais, mas sim

[4] Nesse ponto o autor demonstra a face oculta dos direitos fundamentais que são os custos públicos desses direitos, e nesse ponto, apresenta a necessidade do respeito aos deveres fundamentais decorrentes dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor: "Daí que uma qualquer teoria dos direitos fundamentais, que pretenda naturalmente espelhar a realidade jusfundamental com um mínimo de rigor, não possa prescindir dos deveres e dos custos dos direitos. Assim, parafraseando Ronald Dworkin, tomemos a sério os deveres fundamentais e, por conseguinte, tomemos a sério os custos orçamentais de todos os direitos fundamentais".

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

com a intenção de uma imersão no assunto com vistas a promover a aplicação das normas fundamentais de maneira mais eficiente.

Analisado o panorama da constitucionalização do direito e suas consequências, percebeu-se que a banalização do argumento jusfundamental apresenta-se sob o prisma dos “direitos insaciáveis”. Em outras palavras, na empolgação de que os valores constitucionais expressos nas normas fundamentais fossem irradiados imoderadamente a todos os setores infraconstitucionais do sistema jurídico brasileiro, corre-se o risco de hipertrofiar a proteção desses direitos essenciais, ao considerar que tudo se justifica com base no argumento jusfundamental.

Neste sentindo, com foco na busca por uma verdadeira efetividade desses direitos, é oportuno destacar o ativismo judicial, na medida em que é praticado no país, acaba por não só hipertrofia a concepção de direitos fundamentais como também retirá-los efetividade, ainda mais ao considerar a maneira antidemocrática com que são aplicados.

Ademais, verificou-se a importância de se considerar as noções dos deveres fundamentais, como ferramenta para evitar a utilização indevida do argumento pautado nos direitos fundamentais, como ensina Robles, que ”para lutar pela justiça nada melhor que assumir os próprios deveres e cumpri-los, com a mesma finalidade de alcançar os direitos e a felicidade dos outros” (ROBLES, 2005, p. 61). Vale lembrar, se não houvesse o dever fundamental de pagamento de tributos, por exemplo, o Estado não teria condições de efetivar os direitos fundamentais das pessoas (DUQUE, 2014, p. 105).

Destarte que, para Ferrajoli, o direito e a democracia são evidentemente construções humanas, isto é, dependem da política, da cultura, dos movimentos sociais e a força exercida por estes, e do empenho de cada um dos sujeitos que vivem em sociedade. Em razão disso, não na construção do presente como também na projeção do futuro, conclui o autor, todos nós possuímos parte de responsabilidade (FERRAJOLI, 2010, p. 41).

Nessa ótica, ciente da essencialidade dos direitos fundamentais, sejam nas relações entre as pessoas e o Estado, sejam nas relações entre particulares, é imperioso lembrar que cabe a cada um, para concretização da democracia e desses direitos fundamentais, o uso medido e equilibrado do argumento jusfundamental, iluminado pela contra face sempre presente dos deveres fundamentais, como maneira de se evitar a banalização do argumento jusfundamental.

Por todo o mencionado, é relevante lembrar Humberto Àvila, que ao criticar o uso indiscriminado e banal da constituição pelo fenômeno do “Neoconstitucionalismo”, fator que gera o “não-constitucionalismo”, afirma ser este “um movimento ou uma ideologia barulhenta que proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização (ÁVILA, 2009).

Neste mesmo sentindo, um ideal que proclama a supervalorização irracional e desmedida do argumento jusfundamental, por meio da aplicação desmedida de princípios (pamprincipiologismo), silenciosamente, acaba por promover a sua desvalorização e, consequentemente, retira dos direitos fundamentais qualquer possibilidade de efetividade, tornando estes direitos insaciáveis.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Enfim, têm-se indícios de que o próprio ativismo judicial, decorrência da banalização do uso do argumento jusfundamental, pode e deve ser combatido, em especial destacando o dever de participação política e democrática, como o próprio dever de votar, imposto a todos os cidadãos. Afinal, é dos legisladores, representantes do povo, a legitimidade constitucional para elaborar leis e políticas públicas necessárias para a efetiva concretização dos direitos fundamentais previstos na Magna Carta.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 18 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farley Martins Riccio (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRITTO, Carlos Ayres**. O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhat; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição – Drittwirkung dos direitos fundamentais**: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio. Barueri: Manole, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES. Cláudia Lima; MIRAGEM. Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 94. 2014.

MORIN, Edgard. **O método 6**: ética. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf. Acesso em: 18 mar. 2019.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madri: Trotta, 2001.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In:QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farley Martins Riccio (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 18 mar. 2019.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiro, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermernêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e Relações Privadas**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

TESSLER, Marga Barth. Há um fundamento para os direitos humanos ou como fundamentar os direitos humanos e que direitos humanos fundamentar. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,** n. 1, v. 1. Porto Alegre: O Tribunal, 1990.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.