

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-355-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irreduzível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teórica, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teóricos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

NORMA JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

LEGAL NORM AND FUNDAMENTAL RIGHTS

**Natália Santin Mazaro
Zulmar Antonio Fachin**

Resumo

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais que conferem especial proteção ao cidadão. Mas como a Constituição, sozinha, não conseguia efetivar tais direitos, foi com o desenvolvimento da teoria “Força Normativa da Constituição” que passou a ser percebida e respeitada como documento central dos ordenamentos jurídicos, com papel unificante e também ativo perante a sociedade. A partir disso, então, surgiu a diferenciação “forte” entre regras e princípios e o pós-positivismo, um sistema aberto de normas em que a valorização dos princípios (principais veiculadores de direitos fundamentais) permite afirmá-los como espécie de norma jurídica além das regras.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Força normativa da constituição, Pós-positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

Fundamental rights are constitutional rights which confer special protection to the person. But if the Constitution, by itself, couldn't implement these rights, was the development of the theory "Normative Force of the Constitution" which came to be perceived and respected as the central document of the legal systems, with unifying paper and also active at the society. So, came the "strong" differentiation between rules and principles and postpositivism, an open system of standards in which the value of the principles (main vehicles of fundamental rights) allows consider them as kind of legal standard beyond to the rules.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Normative force of the constitution, Postpositivism

1 INTRODUÇÃO

Viver em sociedade não é fácil, sequer na pluralista, cujos direitos do homem e suas diferenças são reconhecidos e preservados como em nenhuma outra. É certo que a proteção conferida à dignidade humana promove comportamentos mais tolerantes, tanto do Estado para com o cidadão, quanto deste em relação ao seu semelhante. Por outro lado, muitos conflitos são observados justamente por conta da variedade de interesses existentes. É nesse sentido que o Estado, o Direito e, por conseguinte, suas normas, devem operar.

Dessa forma, a noção de regulação do comportamento humano no meio social implica no reconhecimento de normas estatais que sejam deveras capazes disso: as normas jurídicas. Isso porque normas morais, apesar de também direcionarem a conduta do homem, não conseguem discipliná-la suficientemente, de modo a organizar e pacificar a sociedade. Aliás, uma norma jurídica deve, também, ter certo conteúdo moral (na medida em que é composta pelos valores vigentes). Nesse raciocínio, uma norma pode preencher seus requisitos formais e, de fato, estar sendo observada pela sociedade, porém, em nada adianta se não for comprometida com a realização de valores ligados aos fins humanos.

No caso das normas de direitos fundamentais, possuem uma característica peculiar em relação às demais normas jurídicas: a sua fundamentalidade, formal e material, o que lhes faz desempenhar um papel central no sistema jurídico. De acordo com a fundamentalidade formal, tais normas estabelecem conteúdos previstos na Constituição e necessários para o sistema jurídico, vinculando os três Poderes do Estado. A fundamentalidade material, por sua vez, opera de modo que as decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade devam respeitar valores como liberdade e igualdade, permeando todos os ramos do direito. Inclusive, liberdade e igualdade, para muitos, correspondem aos grandes pilares dos direitos em análise, razão pela qual aos direitos fundamentais é atribuída também a denominação sinônima de “liberdades públicas”.

O presente artigo objetiva demonstrar, pelo método teórico, a postura de alguns autores sobre os direitos fundamentais e as contribuições dos mesmos para a normatização de tais direitos, de acordo com os momentos históricos relacionado às suas conquistas. Assim, pela especial importância que tiveram nesse processo, destacam-se, entre outros, principalmente os posicionamentos de Konrad Hesse e Robert Alexy.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO MODERNO E SUA RELAÇÃO COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são inerentes à própria condição humana. Por essa razão, não se ignora a existência de suas violações desde as sociedades arcaicas até o final da Idade Média, seja por parte do Estado, da Igreja ou do próprio homem em face de seu próximo. Porém, o reconhecimento de tais direitos ocorreu vagarosamente, num processo histórico marcado por lutas de classes, relacionadas com o exercício do poder e predominantemente durante as sociedades que permearam o Estado Moderno. Isso porque, mesmo diante de revoltas camponesas locais e da unidade religiosa existente durante o sistema feudal, a falta de centralização do poder dificultava uma união geral do povo em prol de seus direitos. Assim, a presente abordagem se refere à modernidade.

Com a vigência do Estado Absolutista (séculos XVI a XVIII, conforme o local), formado por monarquias nacionais, o poder passou a se concentrar ilimitadamente nas mãos dos reis, sob argumento de ter advindo de Deus. Tal modelo de Estado, defendido por Jean Bodin, Jacques Bossuet, Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, entre outros, era dotado de leis gerais e contava com a força militar, incumbida da imposição e manutenção da ordem e da soberania nacional.

É certo que, já nesse período, alguns autores, a exemplo de Jean Bodin, em “A República”, sustentavam o devido respeito à propriedade privada e a outros direitos naturais do homem. Todavia, a conquista efetiva dos primeiros direitos fundamentais tem raízes no final do século XVII e início do Século XVIII, a partir das ideias antropocêntricas iluministas e liberais (SARMENTO, 2004, pp. 21 e 24). O início de sua grande repercussão se deve a, entre outros, *Bill of Rights*, em 1689, e os impactos gerados pela enciclopédia, em 1751, e pela Revolução Francesa, em 1789.

O pensamento humanista liberal buscava, por meio da implementação de tais direitos, a limitação do poder estatal, cuja arbitrariedade implicava numa sociedade desigual e sufocada por constantes ameaças de sofrimento de sanções ao bel prazer do soberano. O fortalecimento do comércio e a luta da burguesia por espaço e liberdade de produção exigiam uma atuação estatal mínima, incompatível com a realidade em que se encontravam.

Com o surgimento do Estado Liberal, então, emergiu um povo livre. Os direitos relacionados à liberdade, especialmente na sua concepção negativa (em que se exige um dever de abstenção do Estado sobre os particulares), passaram a compor o que se concebe como a primeira dimensão dos direitos fundamentais, com implicações favoráveis nos direitos civis e políticos.

Assim, e também com base no princípio da legalidade, no século XVIII, na França e nos Estados Unidos, iniciou-se a era das Constituições, surgindo as constituições escritas justamente com a finalidade de limitar o poder do Estado, organizando-o, garantindo direitos individuais e consagrando a separação dos poderes, mas ignorando as relações privadas

A tendência constitucionalista (e, conseqüentemente, de contemplação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais) foi perpetuada no século XIX, marcado por, nas palavras de Konrad Hesse (que posteriormente será estudada), uma geral “vontade de Constituição”. Nesse cenário, no início do século XX, quando se agonizavam a Quebra da Bolsa de Nova York (em 1929) e outros episódios de frustração do liberalismo, implementou-se o Estado Socialista.

Neste regime, o Estado voltou a atuar de forma positiva, não só na economia como nas relações sociais e profissionais, que estavam bastante abaladas pelas conseqüências da Revolução Industrial e da exploração capitalista. A Constituição passou a reger a ordem civil, disciplinando a economia e consagrando valores solidarísticos. (SARMENTO, 2004 p. 69) Identifica-se na ocasião, pois, a segunda dimensão de direitos fundamentais, relacionada com a promoção da igualdade, decorrendo dela direitos econômicos, sociais e culturais (FACHIN, 2013, p. 224). De modo diferente na forma, mas parecido na essência, Norberto Bobbio resumiu os direitos conquistados até este momento, em três fases:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais, concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia - tiveram como conseqüência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências - podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através ou por meio* do Estado. (BOBBIO, 1992, pp. 32/33)

Infelizmente, a concretização do ideal de reconhecimento mundial destes direitos do homem em nível constitucional somente ocorreu na segunda metade do século XX, diante do cenário trágico da Alemanha após a II Guerra Mundial. Fortaleceu-se o Estado Democrático de Direito e notou-se uma terceira dimensão dos direitos em análise, vinculando-se à solidariedade e à fraternidade e resultando em preocupação com a paz, o desenvolvimento sustentável, a comunicação, o meio ambiente equilibrado etc. (FACHIN, 2013, p. 225)

A partir da teoria da Força Normativa da Constituição, e da valorização de seus princípios, os diversos ordenamentos jurídicos passaram a ser compreendidos, cada qual, como uma unidade

fundada em suas Leis Maiores. (SARMENTO, 2004, p. 70). Implementando-se uma igualdade em sentido material, no final do referido século, marcado por reivindicações concretas, geradas por injustiças, surgiu a quarta dimensão, ligada ao direito à informação (verdadeira), à democracia e ao pluralismo, conforme sustenta Paulo Bonavides:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2004, p. 571)

No Brasil, particularmente, a Constituição Federal de 1988 (a “Constituição Cidadã”¹) surgiu nesse contexto. Independentemente de contar com bases ideológicas diversas (ora social, ora liberal), consagrando no país um modelo de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), definindo extenso rol de garantias e direitos fundamentais. (SARMENTO, 2004, pp. 33 e 108/110)

Na transição para o século XXI, as atenções se voltaram à paz, e, nas palavras de José Adércio Sampaio, ao “cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos (...)”. (SAMPAIO. 2002. p.302). Identifica-se, então, uma quinta dimensão dos direitos em estudo.

É possível se vislumbrar, ainda, uma sexta dimensão de direitos fundamentais, defendida por Zulmar Fachin. Relaciona-se ao direito do homem de acesso à água potável, desta feita particularizada em relação ao direito ao meio ambiente equilibrado, de terceira dimensão. Isso em razão de sua escassez, má-distribuição, poluição e desperdício (FACHIN, 2013, p. 228).

Esta dimensão reflete o momento atual bastante delicado, tendo o próprio Brasil, abastado em recursos naturais, experimentado situações alarmantes nos últimos tempos. Não mais apenas o paupérrimo sertão Nordeste (há muito tempo carente de investimentos em infraestrutura), como até mesmo boa parte do Estado de São Paulo (o mais rico da federação), tem enfrentado problemas com a seca no Cantareira, seu principal sistema de abastecimento hídrico.

Por fim, registre-se que, como direitos fundamentais representam direitos relativos aos indivíduos, são inesgotáveis e cumulativos. Isso em decorrência da dinâmica de suas necessidades, afinal são reconhecidos conforme estas. Portanto, é possível afirmar que novas

¹ Expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte à época.

dimensões constantemente surgirão, e isso sem que as anteriores se esvaíam, já que também se veda o retrocesso.

3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Como demonstrado, o constitucionalismo representou, no que nos interessa, uma incorporação dos direitos do homem nos planos jurídico, político e social dos Estados. Todavia, nem sempre se conferiu imperatividade aos próprios comandos constitucionais, já que muitos deles dependiam de outras declarações para que produzissem efeitos. Mesmo os direitos fundamentais seguiam essa lógica.

Leciona Daniel Sarmiento que, somente a partir do século XX, sobretudo diante da grande adesão mundial ao controle de constitucionalidade, é que se garantiu a superioridade normativa da Constituição. O Estado de Direito cedeu espaço ao Estado Constitucional, passando a Constituição a veicular direitos sociais e econômicos, bem como metas e objetivos dos Poderes Públicos com vistas a transformar a sociedade.

Continuando, leciona que, num primeiro momento, houve a crise da juridicidade da constituição, pois os mandamentos constitucionais de conteúdo programático eram tidos como desprovidos de aplicabilidade imediata, em face da necessidade de complementação legislativa. Todavia, reação italiana mudou o entendimento mundial, concebendo que até mesmo as normas programáticas geram efeitos jurídicos ponderáveis, destacando-se a adesão por José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso no Brasil. (SARMENTO, 2004, pp. 71/72).

Assim, e a partir da consagração da teoria da Força Normativa da Constituição, de Konrad Hesse, publicada em 1959, o ordenamento Jurídico passou a ser encarado de forma una e vinculante. Conferiu-se, pois, conteúdo constitucional inclusive ao Direito Civil, que até então vivia isolado. Hesse sustentava que “a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade”. (HESSE, 2009, p. 138).

Assim, a teoria concretista em apreço representou uma contraposição às ideias positivistas de Georg Jellinek e, principalmente, às sociológicas de Ferdinand Lassale. Este último, defendendo que as questões constitucionais não pertenciam à ordem jurídica, dispunha que seria impossível com que o legislador fosse completamente livre em relação à “força ativa” e “eficaz”, isto é, os monarcas, aristocratas, burgueses, banqueiros etc., o que denominava de “fatores reais do poder”:

Esse é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição *jurídica*? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se *esses* fatores *reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão *escrita*. A partir deste momento, incorporados a um papel, não são simples fatores *reais do poder*, mas sim verdadeiro *direito* - instituições *jurídicas*. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. (LASSALLE, 1995, p. 37)

Já para Hesse, o Direito Constitucional “não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”. Se assim o fosse, isto é, caso se baseasse numa Constituição real, não poderia ser considerado uma ciência normativa, mas mera ciência do ser, como a Sociologia ou a Ciência Política. (HESSE, 2009, pp. 125/126). Pelo contrário, sua tese reflete justamente uma associação do “ser” com o “dever ser”². Para justificar seu posicionamento, Konrad Hesse, focou-se em responder às seguintes questões:

Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? (HESSE, 2009, p. 126)

Passou a respondê-las, em primeiro lugar, tentando relacionar a Constituição jurídica (dever ser) e a realidade político-social (ser). Dispôs que a essência da norma constitucional diz respeito à sua vigência, ou seja, à sua capacidade de ser concretizada, o que denominou de “pretensão de eficácia”. Para tanto, estimava o complexo de valores de um povo.

Todavia, o autor não compreendia essa pretensão de eficácia como, simplesmente, uma das condições para que a Constituição fosse realizada, mas algo associado a elas. Diferenciou a “força condicionante da realidade” e a “normatividade” da Constituição. Em outras palavras, acreditava numa Constituição influenciada pela realidade social, mas que também a influenciasse: “Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas”. (HESSE, 2009, pp. 128/129)

Num segundo momento, tentou responder àquelas questões levantadas mediante a análise dos limites (natureza das coisas) e possibilidades da Constituição jurídica. Para ele, “‘Constituição Jurídica’ e ‘Constituição Real’ estão em uma relação de coordenação (...) mas não dependem, pura

² No Brasil, a junção do ser com o dever ser foi, ainda, fortalecida pelo culturalismo de Miguel Reale.

e simplesmente, uma da outra”. (HESSE, 2009, p. 129). Então, utilizando-se das lições de Wilhelm Humboldt para desenvolver esta parte de sua teoria e valendo-se da unidade da ordem constitucional já mencionada, dispôs:

Se não quiser permanecer “eternamente estéril, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. (...) se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas, a Constituição carece do imprescindível germe de sua orça vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se. (HESSE, 2009, p. 131)

É possível sustentar que a tese foi denominada de “força” normativa da Constituição porque, ao lado das forças sociais, a norma constitucional corresponderia justamente a uma força ativa da realidade política e social. Tal força vital estaria baseada no momento presente, por meio da “vontade de Constituição”:

Definem-se, ao mesmo tempo, a natureza peculiar e a possível amplitude da força vital e da eficácia da Constituição. (...) assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Mas a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. (...) Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)* mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. (HESSE, 2009, pp. 132/133)

Segundo o doutrinador, a vontade de Constituição se originaria no reconhecimento de que uma ordem normativa deve ser “inquebrantável” (protetora em face de arbítrios), de que essa norma constituída representaria mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, e de que dependeria da vontade humana para produzir efeitos. Isso envolve e responsabiliza o povo para com o Estado, conferindo direitos à sociedade, mas também lhe atribuindo deveres. Sobre isso, o autor assinala que: “quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. (HESSE, 2009, p. 134)

Num terceiro momento, por fim, Hesse se dedicou a expor os “*pressupostos* que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa”. Como primeiro pressuposto, estabeleceu que a força normativa da Constituição mais se desenvolveria quanto mais incorporasse o verdadeiro “estado espiritual de seu tempo” (não meros interesses momentâneos ou individuais),

mas também quanto mais se mostrasse aberta a adaptações decorrentes da mudança dele e dos elementos sociais, políticos e econômicos.

Para isso, além dos dispositivos técnico-organizatórios, esta também deveria prever "alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sociopolítica, mostre-se em condições de ser desenvolvido". Justamente em razão das constantes mudanças político-sociais, para a preservação da eficácia de seus princípios fundamentais - que não podem ser submetidos a revisões constitucionais-, o autor advertia que a Constituição não deveria se basear numa estrutura unilateral³:

(...) deve ela incorporar, mediante meticolosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise -, que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados. (HESSE, 2009, p. 134)

Como segundo pressuposto, estabeleceu a necessidade de que "todos os partícipes da vida constitucional" deveriam partilhar da vontade de Constituição. Isso inclusive quando ela se revelasse "incômoda", nos momentos em que exigiria renúncia a benefícios, como também por alegação de "necessidade política". Sua força não seria medida em momentos de paz, mas justamente em tempos difíceis. Assim, evitar-se-iam as reformas constitucionais, que, de certa forma, representariam uma supervalorização do mundo dos fatos, comprometendo-se a estabilidade e eficácia do universo jurídico.

Pela mesma razão, o autor sustentou que os precedentes configurariam situações perigosas, sem que, com isso, ignorasse a importância da interpretação. Pelo contrário, lecionava que desta é que dependeria o princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Defendendo que este não teria como ser aplicado por meio subsunção e, muito menos, diante da construção de conceitos normativos, acrescentou que:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui

³ Exatamente neste sentido, tem-se a Constituição Federal Brasileira de 1988, elaborada sobre bases liberais e sociais, como já mencionado.

condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente (HESSE, 2009, pp. 134/135)

Assim, porquanto Konrad Hesse tenha atribuído especial importância aos princípios constitucionais, implicou o reconhecimento dos princípios como espécie normativa. Inclusive, ao reconhecer que seria necessária a consagração de certa pluralidade de ideias na Constituição, que esta deveria ser influenciada tanto por circunstâncias fáticas como jurídicas, e que sua ótima concretização seria impassível de subsunção, deu abertura para o desenvolvimento da proporcionalidade.

4 O PÓS-POSITIVISMO E O SISTEMA MISTO DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Contemplando o entendimento de que não só as regras compõem a estrutura da norma jurídica, tendo os princípios conquistado também essa categoria, no momento atual vigora o “Pós-Positivismo”. Este momento de supervalorização dos princípios é compatível com o Estado Constitucional, em que direitos fundamentais permeiam os diversos ordenamentos. Tais direitos são frequentemente dispostos por meio de princípios, porque, como leciona Daniel Sarmiento, os princípios contribuem para uma “leitura moral” da Constituição, conferindo plasticidade a ela. (SARMENTO, 2004, p. 88)

É certo que a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), em seu artigo 4º, atribuiu aos princípios um papel subsidiário, como último elemento integrador do direito, após o uso da analogia e dos costumes. Entretanto, sua recepção pelo ordenamento jurídico vigente implica numa interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, no sentido de que os princípios não correspondem mais a uma mera fonte de preenchimento de lacunas deixadas pelas regras; pelo contrário, ao lado delas informam o ordenamento jurídico.

Necessário ressaltar que, paralelamente aos momentos históricos já estudados, desenvolveram-se os modelos hermenêuticos, com destaque para as escolas jusnaturalista, positivista (modelo fechado de regras) e pós-positivista (modelo aberto de princípios). A Escola do Direito Natural fundava-se na observância de princípios do direito natural, princípios estes de ordem moral, superiores, estáveis e que deveriam reger a sociedade de modo permanente. Destacam-se os pensamentos tomistas, contratualistas e iluministas, precursores dos primeiros direitos fundamentais como universais. O Jusnaturalismo influenciou o modelo puro de princípios,

proposto por Eike Von Hippel, em que as normas de direitos fundamentais ordenariam relações sociais e solucionariam conflitos, com especial peso conferido à liberdade. Este modelo, em que as regras dependeriam sempre de princípios, funcionaria apenas por meio de sopesamentos de interesses no caso concreto. Todavia, a extrema insegurança jurídica o levou ao fracasso.

Em contrapartida, a Escola do Direito Positivo apresentou um modelo calcado em regras jurídicas dotadas do poder de vincular a sociedade, creditando-se a ele a formulação de diversos documentos protetores dos direitos do homem. Deu subsídio a um modelo fechado de regras, em que sequer as normas relativas a estes direitos poderiam ser ponderadas, mas interpretadas segundo seus instrumentos. O positivismo entrou em decadência justamente por reduzir o Direito à subsunção do texto normativo sem que sobrasse qualquer espaço para a argumentação jurídica, excluindo o valor material da justiça, o que poderia legitimar a barbárie. No positivismo clássico, os princípios tinham função meramente supletiva na ordem jurídica, não sendo concebidos como norma jurídica, mas como meio de integração, isto é, normas constitucionais não autoaplicáveis, sem valor jurídico.

Então, no momento presente, contempla-se o pós-positivismo, um modelo aberto-combinado de regras e princípios, campo para “uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2015, p. 85). Nesse aspecto, sustenta-se um duplo caráter das normas de direitos fundamentais, que podem ser veiculados por regras ou por princípios, ou pelos dois ao mesmo tempo. Isso até mesmo porque princípios podem originar regras, aliás, é por meio delas que eles são positivados, numa tentativa de se abandonarem os meros devaneios dos valores revelados nos princípios e concretizá-los. Mediante sua “lei de colisão”, Alexy demonstra que as regras também podem ser utilizadas para apresentarem soluções sobre a aplicação dos próprios princípios, quando estes entram em rota de colisão entre si (ALEXY, 2015, p. 139):

Normalmente, princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo. A partir do momento em que se passam a se relacionar com os limites dos mundos fático e normativo, chega-se, então, a um *sistema diferenciado de regras*. (ALEXY, 2015, p. 108)

Já que se falou em valor, de suma importância é uma breve diferenciação sua em relação aos princípios, antes mesmo que se adentre à distinção entre estes e as regras. Em poucas palavras, os valores compõem aquela ordem moral mencionada no início, enquanto que os princípios integram a ordem jurídica (portanto, apesar de amplos, são imperativos e autorizáveis). Enquanto valores estão ligados ao ser, à essência (de caráter axiológico), os princípios o estão ao dever ser (de cunho deontológico). Assim, o que nos valores é ideal, nos princípios é devido. (ALEXY, 2015, p. 153)

Também se faz oportuno um outro esclarecimento: é impossível se estabelecer (de forma rígida, completa e fechada) uma ordem hierarquizada de valores no âmbito dos direitos fundamentais. Não se tem como cogitar, sequer, a elaboração de um catálogo de todos os valores vigentes no seio social, muito menos aceitos por todos. Então, isso conduz à possibilidade de se pensarem em valores escalonados somente diante de cada situação, isto é, numa ordenação flexível (ALEXY, 2015, pp. 158/163), o que está relacionado com o sopesamento dos princípios.

Destaque-se que este modelo pós-positivista, aberto de princípios e, portanto, com flexibilização de valores em situações pontuais, pode ser protegido da insegurança jurídica que o ronda por meio da atuação do legislador e pela força conferida aos precedentes. (ALEXY, 2015, p. 178) Assim, urge “valorizar a argumentação jurídica e ampliar o controle social sobre a fundamentação das decisões nos *hard cases* constitucionais”. (SARMENTO, 2004, p. 87)

5 DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Como demonstrado, princípios exprimem os valores supremos do sistema jurídico e são mais gerais que as regras. “As *regras*, como registrado, são disposições cujos efeitos já se encontram definidos em seu comando (ao menos basicamente) (...)”. (BARCELLOS, 2011, p. 108). Porém, esta é uma distinção bastante simplista e insuficiente. Mas, afinal, como distinguir as regras dos princípios de modo satisfatório?

Ronald Dworkin e Robert Alexy tiveram grande importância para o reconhecimento dos princípios como outra espécie de norma (além das regras), o que “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2015, p. 85). Tais autores são considerados defensores do que se denomina de *critério forte* de distinção entre as duas espécies de normas de direitos fundamentais, de caráter lógico. Isso em oposição ao *critério fraco*, que normalmente se apega à generalidade e ao grau:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. (...)

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade.(...)

Com base nesses critérios, são possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. (...). A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente *de grau*. (...) A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas

podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. (ALEXY, 2015, pp. 87, 89/90)

Dworkin se concentrou em rebater o positivismo de Herbert Hart e, também, de Joseph Raz, incapaz de apresentar soluções para os casos difíceis (*hard cases*). Para tanto, argumentava que o juiz que se visse sem uma regra para aplicar a determinado caso concreto não seria totalmente discricionário, mas *deveria* decidir a partir de aplicação rigorosa dos princípios jurídicos, que constituem certos padrões:

Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta. Os professores de direito ensinam, os livros de direito os citam e os historiadores do direito os celebram. Mas eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis (...).

Eu poderia resumir minha argumentação da seguinte maneira. Afirmei que é plausível a tese de que existe algum teste para o direito, comumente aceito, se considerarmos apenas as regras jurídicas simples, do tipo das que aparecem nas leis ou são apresentadas em negrito nos manuais de direito. Mas os juristas e os juízes, ao debaterem e decidirem ações judiciais, invocam não somente essas regras em negrito, como também outros tipos de padrões que denominei de princípios jurídicos (...). (DWORKIN, 2002, pp. 46 e 73)

O jurista norte-americano mencionado apresentou dois subcritérios para a distinção entre regras e princípios: um de natureza puramente lógica e outro relacionado à dimensão de peso. Na natureza lógica, referente à validade, as regras seriam aplicadas mediante o critério do “tudo-ou-nada”, enquanto que os princípios não determinariam uma decisão por completo, apenas serviriam contribuição a ela. (DWORKIN, 2002, pp. 39 e 40)

De certa forma, poderiam explicar o critério do tudo-ou-nada de Dworkin as lições de Luís Roberto Barroso, no sentido de que os operadores do direito baseados na tradição romano-germânica aplicam o método subsuntivo. Para este, assim se dá com fundamento em um raciocínio silogístico em que “a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma”. Tal atividade interpretativa baseia-se, ainda, nos elementos tradicionais “gramatical, histórico, sistemático e teleológico”, cabendo ao juiz mera revelação da vontade já contida na referida norma, ficando isento de qualquer atividade criativa do Direito. (BARROSO, 2005, p. 81)

Já quanto à atividade judicial criadora referente à aplicação dos princípios, Barroso esclarece ser produto justamente do reconhecimento dos princípios como uma outra espécie de norma jurídica por meio da teoria dos princípios, derivada da teoria da força normativa da constituição. Para o autor, diferente de Dworkin, princípios também gozam de aplicabilidade direta e imediata, devido a

sua carga axiológica, já que expressam “valores a ser preservados ou fins públicos a serem realizados”. (BARROSO, 2005, p. 82).

Voltando às lições do norte-americano em comento, como segunda forma de se diferenciarem as duas espécies normativas, dispôs que as regras não teriam a *dimensão de peso* dos princípios. Isso representaria o peso relativo de um princípio em relação a outro em caso de colisão, a ser observada no caso concreto, oportunidade em que um princípio cederia em detrimento do outro:

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.

(...)

Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda). Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que a outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior (DWORKIN, 2002, pp. 42 e 43)

Apesar de discordar em alguns poucos pontos, Alexy aperfeiçoou a teoria de Dworkin, apresentando sua distinção forte de caráter qualitativo ao arguir que as regras, salvo exceções, são consideradas “mandamentos definitivos” e os princípios “mandamentos de otimização”. Destarte, enquanto, predominantemente, as regras têm um grau fixo de satisfação, os princípios possuem graus variáveis:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados(...).

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. (...)

Mas com essa identificação como razões *prima facie* e razões definitivas ainda não se disse para quê regras e princípio são razões. Eles podem ser considerados como razões para ações ou razões para normas; enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). O entendimento de que normas são razões para ações é defendido por Raz. Aqui, ao contrário, regras e princípios devem ser considerados como razões para normas. (ALEXY, 2015, pp. 90, 91 e 106/107)

Nesta concepção, as regras devem ser aplicadas mediante subsunção e os princípios por uma relação de precedência *prima facie*, condicionada, em caso de conflitos, pela “lei de colisão”. Assim, destaca que “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras” (ALEXY, 2015, pp. 91 e 106).

A subsunção, por se referir ao âmbito de validade, somente se aplica às regras, afinal, dentro do ordenamento jurídico, regras podem ser declaradas inválidas e os princípios não. Os princípios somente podem ser declarados inválidos se estiverem fora do ordenamento jurídico (aos quais Alexy chama de “princípios extremamente fracos”). Como exemplo, o autor cita o princípio da segregação racial na Alemanha, que contraria seu ordenamento jurídico vigente (portanto, está fora dele) e, então, em nenhum caso poderia ser válido. Assim, para ele, a colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios em jogo (ALEXY, 2015, pp. 109/110), devendo os princípios conflitantes se submeterem a uma dimensão de peso diante do caso concreto, que formulam uma regra de precedência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais correspondem a uma categoria de direitos inatos, inerentes à própria condição humana. São posições jurídicas próprias do homem de tamanha importância que receberam reconhecimento nas Constituições da maioria dos ordenamentos jurídicos, ainda que forma implícita. Por isso, também costumam ser denominados de direitos do homem, pois a pessoa humana não consegue sequer existir, desenvolver-se e participar plenamente da vida sem eles.

A consagração dos diversos direitos que podem ser concebidos como tais foi conquistada aos poucos, conforme o momento político e social vivenciado. Dessa forma, desenvolveram-se as suas funções de defesa ou liberdade, de prestações sociais que lhe beneficiem, de proteção em face de terceiros e de não discriminação.

O processo de revelação de tais direitos envolveu fases em que, mesmo após sua constitucionalização, não eram suficientes para gerarem efeitos concretos na sociedade, afinal a própria Constituição, muitas vezes, dependia de outros documentos legais para ter eficácia. Isso também em razão de sua natureza de cunho altamente axiológico e conseqüente veiculação, normalmente, por meio de princípios, os quais não eram considerados normas jurídicas, mas mera fonte supletiva do Direito.

Então, após a força ativa conferida à Constituição pela aceitação da teoria de Hesse e a vigência do pós-positivismo, foi possível uma melhor diferenciação entre regras e princípios jurídicos, com o reconhecimento destes como espécie de norma jurídica. Assim, os princípios passaram a ser valorizados nos diversos ordenamentos jurídicos, o que implicou na maior concretização dos direitos fundamentais.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direitos Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

DWORKIN, Ronald; BOEIRA, Nelson. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HESSE, Konrad; ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.