

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alexsandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

**THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PERSPECTIVE OF
CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS**

Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior ¹

Resumo

A função primordial da jurisdição constitucional é tutelar e efetivar os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Abordar-se a efetividade dos direitos fundamentais, tratando do tema sob a perspectiva da hermenêutica constitucional e ressaltando a importância da interpretação da Constituição para a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais. Propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal. Utilizou-se a pesquisa teórico-bibliográfica e o procedimento metodológico indutivo. Conclui-se que os direitos fundamentais assumem a função de impedir a hegemonia do poder político sobre o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Eficácia, Interpretação, Direitos fundamentais, Jurisdição constitucional, Hermenêutica constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The primary function of the constitutional jurisdiction is to protect and enforce the fundamental rights guaranteed in the Constitution. It will address the effectiveness of fundamental rights, facing that issue from the perspective of constitutional hermeneutics, emphasizing the importance of interpreting the Constitution for the effectiveness of fundamental rights. It aims to demonstrate the effectiveness of fundamental rights, addressing their guarantee in the Democratic State of Law, discussing their “radiant” and horizontal effectiveness. Theoretical-bibliographic research and inductive methodological procedure were used. It concludes that fundamental rights have the function of preventing the hegemony of political power on the legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Efficiency, Interpretation, Fundamental rights, Constitutional jurisdiction, Constitutional hermeneutics

¹ Mestrando em Direito Constitucional – UFRN. Doutorando em Direito - UBA. Pós-Graduado em Direitos Humanos - UFCG. Assessor Judiciário da Presidência do TJRN. Docente do Curso de Direito da FACEP.

INTRODUÇÃO

O Direito, como elemento de controle social, objetiva, primordialmente, reger os comportamentos humanos em função de valores fundamentais cuja preservação é tida como essencial ao convívio humano na sociedade contemporânea, desempenhando a importante missão de promover a justiça social e construir um sistema jurídico que assegure o integral desenvolvimento dos indivíduos, garantindo os interesses públicos, coletivos e individuais.

Tem-se que, a partir do movimento constitucionalista passou-se a valorizar o indivíduo como ente digno da proteção estatal, visando seu pleno desenvolvimento humano e social e, a partir desse paradigma, criou-se as declarações de direitos humanos para assegurar aos indivíduos o reconhecimento de seus direitos fundamentais. Nesse contexto os direitos fundamentais passaram a exercer uma função democrática impondo o exercício do poder estatal mediante a participação popular e a garantia da igualdade entre todos os cidadãos.

Hodiernamente, os direitos fundamentais vêm sendo tutelados no Estado Democrático pela jurisdição constitucional, de modo a garantir a unidade axiológica do ordenamento jurídico e a obtenção de uma efetiva igualdade material entre os indivíduos, contribuindo para tal objetivo a atuação dos juízes constitucionais e aplicadores do Direito, por meio da hermenêutica principiológica constitucional.

Não se deve tratar a hermenêutica dos direitos fundamentais com os instrumentos da hermenêutica tradicional. Deve-se adequar a teoria jurídica à nova realidade constitucional.

A vontade coletiva deve embasar a noção de direitos humanos fundamentais porque essa racionalidade do todo reconhece a liberdade como autonomia e representa a consciência jurídica dos direitos fundamentais: direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade de ir e vir, dentre outros.

A concretização dos direitos fundamentais constitui missão inafastável do Estado moderno, pois o bem comum diz respeito concretamente a cada indivíduo e não pode contrapor-se aos direitos inalienáveis de cada homem, por isso é que, a jurisdição constitucional e o controle da constitucionalidade tornam-se instituições indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O presente artigo destina-se a investigar a eficácia dos direitos fundamentais sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, tratando dos direitos fundamentais no estado democrático de direito, sua eficácia irradiante e horizontal e, por fim, abordando a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais.

Para a presente investigação científica, utilizou-se a técnica de pesquisa teórico-

bibliográfica e o procedimento metodológico indutivo, conhecendo e analisando as principais contribuições teóricas existentes a temática deste estudo, ao passo que a documentação indireta é empregada no seio da pesquisa bibliográfica utilizada.

Uma vez empreendida a análise proposta, segundo a metodologia empregada para tal, conclui-se, dentre outros pontos, que os direitos fundamentais previstos no Estado Democrático de Direito assumem a importante função de impedir a hegemonia do poder político sobre o ordenamento jurídico, a fim de que o valor maior da justiça se concretize materialmente na sociedade.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em razão do grande debate sobre o tema, inclusive acerca da rotulação “direitos fundamentais”, na presente investigação científica adotar-se-á o instituto como sendo o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2003).

Afinal, a expressão “direitos fundamentais” encontra-se banalizada nos dias atuais. George Marmelstein sintetiza essa vulgarização asseverando que:

Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. Há quem se considere titular de um direito fundamental de andar armado. Há quem defenda 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". (MARMELESTEIN, 2009, p. 17).

Apresentada essa problemática, diferencia-se os direitos fundamentais, estabelecidos no corpo de uma Constituição, dos denominados “direitos humanos”, entendido como direitos do homem disciplinados em instrumentos do direito internacional como os tratados, as convenções e os acordos.

Entretanto, independente da classificação adotada, pode-se estabelecer a premissa de que são conceitos sempre ligados à dignidade da pessoa humana.

Estabelecida essa distinção, sabe-se que a história dos direitos fundamentais está associada ao surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos

fundamentais do homem. Ademais, a história dos direitos fundamentais é, também, a história da limitação do poder.

A construção da teoria dos direitos fundamentais sempre esteve ligada, direta ou indiretamente, à ideia de imposição de limitações ao poder do Estado, que jamais poderia ter poderes ilimitados sobre os seus cidadãos. Aí então surgem os direitos fundamentais como limites principais à atuação do Estado (SARLET, 2003).

Por outro lado, os direitos fundamentais dificilmente se dissociam da democracia, enquanto regime político de cunho popular, o qual, a par da limitação do poder, garante, pela exigência de visibilidade do exercício deste mesmo poder, a eficácia daqueles. Embora prepondere o aspecto jurídico dos direitos fundamentais, devem eles também ser avaliados sob o aspecto político, haja vista a indissociável conexão entre direito e política.

A natureza filosófica dos direitos fundamentais é de direito natural, já que pertencem eles à essência do homem, não representando uma dádiva ou benesse de qualquer Organização Política ou ordenamento jurídico positivo, que apenas os reconhece ou não (DANTAS, 2003).

Nesse contexto, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática dado que o exercício democrático do poder: 1 - significa a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio direito de igualdade e da participação política); 2 - implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático; 3 - envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivo de uma democracia económica, social e cultural. Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia (CANOTILHO, 1995, p.430).

Quanto ao desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, até o seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, destaca-se três etapas, inicialmente uma pré-história, que se estende até o século XVI; após inicia-se uma fase intermediária, que corresponde ao período da elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; e por fim, a fase de constitucionalização, iniciada com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

No âmbito do Brasil, a Constituição de 1824 e a Reforma de 1926 à Constituição de 1891 também assinalam precedentes, embora singelos, no trato dos direitos sociais, que foram incorporados à Constituição a partir de 1934.

Os direitos sociais fizeram nascer à consciência de que, tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, era proteger a instituição e o acentuado desrespeito aos direitos humanos praticados durante a Segunda Guerra Mundial pelo regime nazista e pelos demais regimes totalitários da época levou a uma maior conscientização em torno dos direitos inerentes à pessoa humana.

Nesse contexto, em 1948 elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerada a Carta Mundial dos direitos humanos, com o objetivo de torná-los fundamentais nas esferas internacional e constitucional dos Estados. Através de tal declaração, foram os Estados pressionados, ainda que apenas moral e eticamente, a respeitar e garantir, no âmbito de suas respectivas ordens constitucional, tais direitos fundamentais.

A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. Não se pode falar em concretização dos direitos humanos sem mencionar os dois grandes problemas do nosso tempo, que são as guerras e a miséria, nem abstrairmo-nos do absurdo contraste entre o excesso de potência que criou condições para uma guerra exterminadora e o excesso de impotência que condena grandes massas humanas à fome.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos como qualquer direito, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de maneira gradual, e não todos de uma vez, já que os direitos fundamentais surgem e evoluem segundo o grau de socialização do ser humano (MENDES, 2002).

A partir da modernidade os direitos fundamentais passaram a ser positivados nos textos constitucionais, retratando formidável marco da história da humanidade: o reconhecimento racional de aspectos básicos universalmente considerados necessários à realização do ser humano, dos quais sobressai a dignidade humana.

Têm os direitos fundamentais, portanto, a destacada e importante missão histórica de humanizar e legitimar a globalização política e econômica, colocando o ser humano no cimo de todas as políticas públicas, nacionais e internacionais, e criando laços fecundos de solidariedade na humanidade.

Direito fundamental, na sua dimensão subjetiva, é o direito individual de alguém conferido por uma norma constitucional e caracterizado como fundamental. Por sua vez, a norma que confere tal direito é que se denomina de norma de direito fundamental.

Considerando tal distinção, reserva a expressão eficácia para a norma de direito fundamental, do dever-ser, utilizando para os direitos fundamentais o termo efetividade, que corresponde à eficácia dos mesmos no plano social, do ser.

A efetividade, ou eficácia social, fica restrita à realização prática do postulado normativo no âmbito fático, sendo objeto de avaliação da sociologia jurídica, alheia ao presente estudo. (GALINDO, 2004).

A efetividade tem a ver com a finalidade prevista na norma e o problema da eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica quanto a social. Ambas constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno. Embora situadas em planos diferentes, o do dever-ser e o do ser, mantêm-se a eficácia jurídica e a eficácia social ligadas entre si, na medida em que ambas servem e são indispensáveis à realização integral do Direito.

A vigência é definida como a exigibilidade, imediata ou mediata, das normas regularmente promulgadas e publicadas, de acordo com os procedimentos técnico-legislativos, estabelecidos em determinado tempo e espaço; a eficácia como a aptidão e potencialidade das normas de direitos fundamentais de produzirem seus efeitos práticos, o que significa a possibilidade concreta, real e imediata da norma ser realizada.

Por sua vez, a efetividade é a realização do postulado normativo no âmbito fático, correspondendo então à noção de eficácia social, portanto, a eficácia social da Constituição diz respeito à questão da efetividade das normas constitucionais no plano da realidade material em que estas se destinam a operar.

A busca da eficácia dos direitos fundamentais pressupõe o reconhecimento dos mesmos como normas constitucionais, reconhecendo-lhes o importante papel que desempenham nos sistemas jurídicos contemporâneos. A questão da eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais parte do pressuposto de que a interpretação jurídica e a concretização normativa em um Estado Democrático de direito objetivam a realização daqueles direitos.

Tratando sobre eficácia dos direitos assegurados constitucionalmente, Sarmiento

preleciona:

A eficácia dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição depende do tipo de justiça constitucional praticado em cada país, bem como do redimensionamento do papel dos operadores do Direito. O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Liberal e ao Estado Social, pois nele a interpretação jurídica das normas constitucionais assume a feição criadora de Direito. (SARMENTO, 2003, p 49).

Ademais, o aspecto objetivo dos direitos fundamentais acarreta tanto a sua eficácia irradiante, que serve de diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito, quanto a sua eficácia horizontal, que corresponde à força impositiva desses mesmos direitos no âmbito das relações entre particulares.

As duas mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais são: tanto o reconhecimento da sua eficácia irradiante, que significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, quanto o entendimento de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação em toda a ordem jurídica, inclusive no setor do direito privado, para impor o dever de proteção deles pelo Estado contra agressões não só dos poderes públicos como também de particulares ou de outros Estados.

2. EFICÁCIA IRRADIADORA E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, surgiu a teoria da eficácia horizontal ou do efeito externo dos direitos fundamentais, que, por sua vez, ensejou duas variantes: a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia indireta ou mediata desses direitos, que estudaremos mais adiante.

A eficácia irradiante enseja a humanização da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, e de tantos outros princípios e valores impressos no tecido constitucional. Da eficácia irradiante dos direitos fundamentais deriva o método de interpretação conforme a Constituição, o qual desempenha, concomitantemente, os papéis de princípio hermenêutico e

de mecanismo de controle de constitucionalidade.

Como princípio hermenêutico, a interpretação conforme a Constituição impõe ao operador do direito que, diante da plurissignificatividade de determinada norma, opte ele pela exegese que torne esta norma compatível com a Constituição, ainda que não se trate da interpretação mais evidente do texto normativo.

E, como instrumento de controle de constitucionalidade, hoje expressamente previsto no ordenamento brasileiro, por força do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº. 9.868/99, dita interpretação permite que a Suprema Corte de Justiça, na fiscalização abstrata dos atos normativos, elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades exegéticas de determinada norma, sem alteração formal do texto legal que a consagra.

Portanto, não se atinge nem a vigência, nem a validade nem a eficácia da norma, que apenas recebe uma interpretação mais adequada à sua concretização. A interpretação conforme a Constituição configura um meio valioso para permitir a penetração da axiologia constitucional na legislação ordinária.

Contudo, ao contrário da interpretação conforme a Constituição, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais atua de modo contínuo, e não apenas em momentos de convulsão da ordem jurídica, quando se dá o exercício do controle de constitucionalidade, em abstrato ou em concreto. Ela atua no dia-a-dia do direito, nas suas aplicações mais banais e corriqueiras, e não apenas nos momentos de crise do ordenamento.

Com isso, o ordenamento jurídico ganha, na contemporaneidade, um centro unificador na Constituição, que adquire, a par da sua superioridade formal, uma superioridade material, em razão de condensar, através da enunciação dos direitos fundamentais, os princípios e valores básicos da comunidade política. (BARROSO, 2003).

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, no tocante à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados constantes da legislação infraconstitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao somente admitir recurso extraordinário em casos de violação direta à Constituição, exclui os casos de ofensa reflexa ao texto magno, assumindo uma posição formalista e abandonando o seu papel de guardião da Constituição.

Perde, assim, a Corte Constitucional Brasileira, a oportunidade ímpar de reafirmar a plena eficácia dos direitos fundamentais em temas de relevantes questões infraconstitucionais suscitadas perante os tribunais ordinários, na sua tarefa de interpretar e aplicar a legislação à luz da Lei Maior. Tal circunstância reforça a necessidade da criação do Tribunal Constitucional no Brasil, de modo a ser assegurada uma maior eficácia aos direitos

fundamentais, tanto sob dimensão subjetiva quanto sob a objetiva.

O referido entendimento do STF mostra-se também contrário à plena incidência dos direitos fundamentais, já que implica em afastar do crivo do Pretório Excelso as mais relevantes hipóteses de aplicação da teoria da eficácia irradiante dos mesmos, e que se ligam à necessidade de interpretação das cláusulas gerais do direito infraconstitucional à luz dos valores recepcionados na Constituição. Essa postura da nossa Corte Suprema fragiliza e enfraquece a Justiça Constitucional brasileira.

Segundo Hesse, tratando sobre os direitos fundamentais, tem-se:

Os direitos fundamentais podem ser determinantes para a configuração de relações jurídicas privadas, porém não fundamentam direito subjetivo algum em qualquer dessas relações, endereçado a exigir uma conduta da outra parte que lhes seja conforme. Para a teoria da eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais podem ser diretamente invocados nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação concretizadora por parte do legislador ordinário. (HESSE, 1991, p 81).

A solução proposta pela teoria da eficácia indireta é a de reconhecer que os direitos fundamentais penetram nas relações jurídico-privadas por meio de duas formas distintas: em primeiro lugar, por obra do legislador, que teria a obrigação de, ao disciplinar as relações privadas, orientar-se para o objetivo de proteger e promover estes direitos; e, em segundo lugar, por meio da interpretação das cláusulas gerais constantes na legislação privada, que configurariam as verdadeiras portas de entrada para os direitos fundamentais, através das quais estes teriam como se espraíar para campos em que o Estado não se faz presente.

Por sua vez, a Constituição Federal já soluciona a questão ao estabelecer uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, especialmente quando se tratar de entidade que exerça posições de poder ou autoridade na sociedade.

A concepção de direitos fundamentais deve conformar-se com o perfil axiológico da Constituição, e a brasileira é uma Constituição social, que não agasalha de forma absoluta a autonomia privada e a livre iniciativa, preocupando-se, antes, com o combate à exploração do homem pelo homem, baseando-se no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, incrustado no artigo 1º, inciso III, da Magna Carta.

Importante mensurar que, em uma sociedade injusta e desigual como a brasileira, torna-se necessário o reforço de todos os instrumentos que permitam a proteção dos hipossuficiente, caso em que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais mostra-se superior à da eficácia indireta ou mediata dos mesmos. Tal entendimento vem sendo

sufragado pela jurisprudência pátria, que já admite a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no contexto das relações privadas.

A jurisprudência pátria vem inovando na matéria e indo além dos precedentes do direito comparado para reconhecer a eficácia horizontal até mesmo dos direitos sociais e econômicos. “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se mostra totalmente arredia à possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, considerando-se as peculiaridades de cada caso” (BRANCO, 2002, p. 32).

Deve-se reconhecer que a admissão da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não deve obscurecer a existência de diferenças substanciais entre o modo de vinculação dos poderes públicos e dos particulares em relação aos direitos humanos, motivo pelo qual não se pode perder a perspectiva de que o Estado deve ser limitado e instrumental.

Tratando sobre as entidades privadas tem-se que aos direitos fundamentais acaba implicando em um problema de ponderação, figurando o direito lesado ou ameaçado e, no outro lado a autonomia privada do particular, abrigada sob os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da cláusula geral de liberdade inscrita no caput do art. 5º da Constituição Federal.

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais sustenta também que ditos direitos fundamentais devem ter pronta aplicação em face de entidades privadas que desfrutam de considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fato ou de direito.

Já a teoria da eficácia indireta ou mediata, recusa a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada, pretendendo, com isso, resguardar o princípio da autonomia da vontade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Argumenta que admitir-se tal latitude dos direitos fundamentais implicaria num incremento do poder do Estado, que, assim, ganharia espaço para uma crescente ingerência na vida privada do indivíduo a fim de fiscalizar o cumprimento dos deveres resultantes da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares.

O efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e até mesmo menos enérgico do que o que se verifica nas relações com o Poder Público. Pode-se, portanto, concluir que o reconhecimento dos direitos humanos não deve mais operar apenas verticalmente, na relação entre particulares e Estado, no conflito entre a liberdade dos particulares frente à autoridade do Estado.

Além disso, a eficácia horizontal dos direitos humanos deve ainda mais ser ampliada para o efeito não só de exigir-se dos particulares o respeito aos direitos fundamentais, como

também para cobrar-se deles concurso para a implementação material desses direitos.

Neste sentido, tem-se a preocupação de Daniel Sarmento:

E a outra face da moeda [do uso desmesurado dos princípios] é o lado do decisiocismo e do ‘oba-oba’. 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 os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso de seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdaderas ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser (SARMENTO, 2006, p. 200).

Portanto, a conscientização dos operadores de Direito quanto à normatividade dos princípios constitucionais deve ser realizada com critérios científicos. O magistrado Alexandre Morais da Rosa adverte na observância de se enfrentar a questão das condições de possibilidade das decisões judiciais no contexto brasileiro, tomado pela inautenticidade, a partir das variadas possibilidades ideológicas. (ROSAS, 2014)

3. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pese à doutrina não estabelecer com clareza a distinção dos termos hermenêutica e interpretação, “a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 1979, p. 40). A hermenêutica é a teoria ou ciência da interpretação, o conjunto de preceitos e princípios teóricos acerca da interpretação. Esta, portanto, não é uma ciência como a hermenêutica, mas um ato através do qual é firmado um significado para algo. Este ato específico de dar significado a algo é chamado de interpretação.

A hermenêutica jurídica é, pois, a teoria da interpretação do direito. É um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A hermenêutica é o conjunto de teorias norteadoras da interpretação.

Já a interpretação jurídica é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto, ou seja, visando à sua aplicação. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, que implica na sua concretização pela efetiva incidência do preceito sobre a

realidade de fato.

O significado das normas constitucionais dependerá do processo hermenêutico, que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas nascidos da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. A hermenêutica jurídica clássica valia-se dos elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático. Estes dois últimos compreendem uma das contribuições de Streck para a teoria da interpretação do direito que também entende que esses quatro elementos não significavam métodos isolados de interpretação de livre escolha do intérprete, mas diferentes atividades que têm de atuar em conjunto, a fim de que possa ser concluída a interpretação.

Posteriormente o elemento sociológico veio a ser incluído entre os elementos de interpretação e esse elemento sociológico condiciona a aplicabilidade dos textos normativos de acordo com as necessidades da sociedade, baseando-se no entendimento de que, para interpretar adequadamente o texto da norma, o magistrado necessita de dados sociológicos obtidos a partir da observação e da experiência.

Ainda outros dois elementos, o teleológico e o axiológico passaram a ser considerados importantes para a hermenêutica contemporânea. Contudo, não houve uma substituição daqueles elementos clássicos já referidos pelos modernos, mas a consideração conjunta de todos eles no processo interpretativo.

O elemento teleológico foi concebido sob o entendimento de que não se pode reduzir a interpretação da norma jurídica a uma simples subsunção silogística, igualando o ato interpretativo a mera operação matemática, havendo de se buscar o fim último da norma, que corresponde à finalidade para a qual esta foi editada.

Tal elemento foi introduzido na hermenêutica jurídica por Sampaio para buscar, além da inteligência gramatical, lógica, histórica e sistemática, a finalidade social, visando a alcançar os interesses individuais, coletivos e difusos beneficiados ou prejudicados com determinada interpretação (SAMPAIO, 2003).

Outro elemento de grande valia na interpretação jurídica é o elemento axiológico, intimamente ligado ao teleológico. Para se considerar a finalidade da norma é necessário investigarmos o seu conteúdo axiológico, isto é, quais são os valores que ela consagra a fim de ser feita uma interpretação que atenda à sua finalidade.

Galindo (2004, p. 250) propõe um modelo processual de interpretação que se inicia com uma pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre a norma a interpretar e o estado de coisas que a circundam. Nesse caso, o juiz formularia a sua pré-compreensão sobre dita situação subjacente à norma por meio de pontos de vista dentro de um

conceito ético-tradicional.

Por sua vez, Reale (1999, p. 76) concebeu o seu método hermenêutico estrutural levando em consideração todos os elementos referidos anteriormente e formulando diretrizes fundamentais que impedem que a interpretação jurídica seja tratada por critérios livres ao sabor do intérprete.

Conforme o supracitado autor, as diretrizes da sua interpretação estrutural são:

Unidade do processo hermenêutico; natureza axiológica do ato interpretativo; natureza integrada do ato interpretativo; limites objetivos do processo hermenêutico; natureza histórico-concreta do ato interpretativo; natureza racional do ato interpretativo; problematismo e razoabilidade do processo hermenêutico, natureza econômica do processo hermenêutico, destinação ética do processo interpretativo e globalidade de sentido do processo hermenêutico (REALE, 1999, p.76).

Quando se trata da interpretação constitucional, não deve o intérprete rejeitar a contribuição da hermenêutica jurídica clássica, mesmo seguindo princípios próprios do direito constitucional, nem abandonar os fundamentos básicos e peculiares da interpretação da norma jurídica em geral.

A interpretação constitucional envolve alguns problemas específicos, tais como a repercussão da interpretação constitucional sobre todo o ordenamento jurídico, implicando até mesmo na declaração de inconstitucionalidade das normas inferiores, pela incompatibilidade destas com as disposições constitucionais. Também o forte caráter político-ideológico da constituição torna difícil, senão impossível, estabelecer critérios seguros de interpretação.

As normas constitucionais são dotadas de uma grande plasticidade, que permite possam elas ajustar-se às contínuas mutações sociais próprias da evolução natural da vida, sem que percam o caráter de normas de orientação política do Estado. Assim, as ponderações e avaliações políticas são importantes na interpretação constitucional, adequando-as aos valores políticos insculpidos na Carta Magna.

A partir do Constitucionalismo, que se traduz em um movimento político cujo objetivo básico foi à adoção da Constituição escrita, a interpretação desta não pode deixar de considerar a questão política, o que leva a hermenêutica constitucional a abandonar a neutralidade axiológica, incompatível com as normas constitucionais que não são axiologicamente neutras.

Assim, por força desta necessidade de valoração axiológica da interpretação constitucional surgiu a chamada nova hermenêutica, que busca estabelecer uma interpretação

moderna da Constituição, contrapondo-se ao positivismo lógico-formal que preponderou na hermenêutica constitucional do Estado liberal.

A nova hermenêutica trouxe muitas incertezas e perplexidades, principalmente por afastar-se do formalismo exagerado, buscando a construção de uma hermenêutica material da Constituição, vinculada a uma teoria material desta. A Constituição perdeu a feição de uma vaga idéia geral e abstrata, sem nenhuma força normativa, para transformar-se efetivamente em direito, alcançando a densidade de uma norma jurídica. (STRECK, 2003, p. 93).

De sorte que, da mesma forma como a Constituição, a partir da sua densidade jurídico-normativa, passou a fazer o acoplamento entre a política e o Direito, a hermenêutica constitucional, utilizada pela jurisdição constitucional, assumiu, a partir da nova hermenêutica, a função de sintonizar o Estado Social e Democrático de Direito e os direitos fundamentais assegurados pelas normas constitucionais, garantindo a concretização efetiva destes.

Vale frisar ainda que, a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais não deixa de levar em conta as categorias da interpretação jurídica em geral, inclusive considerando os elementos tradicionais gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Não se deve deslembrar do chamado dever de consistência, expressão desenvolvida por Peter Harbele, ao entender que todo juiz tem o dever de ser consistente, de convencer, de expor as razões de decidir e de dar transparência ao processo decisório, através de uma hermenêutica democrática, plural e aberta (MARMELSTEIN, 2009).

Para Marmelstein o dever de consistência no processo da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais traz algumas implicações:

- a) torna necessária a explicitação de todos os motivos que levaram o magistrado a tomar sua decisão, inclusive os fatores emotivos por trás do caso;
- b) exige a ampliação da possibilidade de participação dos diversos segmentos sociais interessados nos resultados do julgamento (stakeholders), a fim de legitimar e democratizar cada vez mais o processo de concretização constitucional. Afinal, quanto maior a participação de setores da sociedade no processo, maior será a possibilidade de acerto da decisão;
- c) faz que as razões de decidir deixem de ser meramente jurídicas, cabendo ao juiz buscar dados empíricos em outras ciências, inclusive requisitando informações de entidades públicas e privadas, no intuito de decidir a matéria do modo mais correto possível, já que, no desenvolvimento de normas de direitos fundamentais, é insuficiente o emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto;
- d) exige ponderação profunda das vantagens e desvantagens que a decisão trará (princípio da proporcionalidade), já que uma decisão precipitada, sem que sejam verificados todos os interesses em jogo, pode causar a ruína de

outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente relevantes;
e) impõe do dever de coerência, pois, ao se exigir que o magistrado manifeste expressamente quais os argumentos que o convenceram a tomar uma determinada decisão, pressupõe-se que, diante de um caso semelhante, em que os mesmos argumentos podem ser adotados, a solução será semelhante. (MARMELSTEIN, 2009, p. 363/364).

Portanto, partindo desse entendimento, revela-se imprescindível convocar a sociedade civil a participar do processo judicial, seja na fase decisória, seja na fase de implementação da ordem judicial, para legitimar a atuação do Estado-juiz no processo de concretização dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

No constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais servem para embasar axiologicamente a interpretação constitucional, motivo pelo qual, o respeito aos direitos fundamentais legitima o exercício das funções estatais, dentre as quais se destaca a jurisdição constitucional.

Ademais, tem-se que os direitos fundamentais possuem tanto uma eficácia irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, a qual serve de diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito, quanto uma eficácia horizontal que corresponde à força vinculante desses mesmos direitos no âmbito das relações privadas.

Hodiernamente, os direitos fundamentais assumem a função de impedir a hegemonia do poder político sobre o ordenamento jurídico, a fim de que o valor maior da justiça se concretize materialmente na sociedade contemporânea.

Deve-se acrescentar o fato de que todos os Poderes, em razão do efeito irradiante dos direitos fundamentais, devem parametrizar suas atividades com plena observância ao conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos na Constituição Federal.

Verifica-se que é pela concretização constitucional, concebida como método e como ato de aplicação das normas constitucionais, que a jurisdição constitucional, valendo-se da criatividade do intérprete conhecida como ativismo judicial, torna possível a aplicação dos enunciados normativos da Constituição, necessariamente abstratos e gerais, a situações de vida naturalmente particulares e concretas.

Por sua vez, vislumbra-se que a eficácia dos direitos fundamentais proporcionada pela jurisdição constitucional depende da conscientização dos operadores de Direito quanto à normatividade dos princípios constitucionais e à imperiosa feição principiológica que a

interpretação constitucional deve assumir e, em que pese os avanços registrados na tutela dos direitos fundamentais, ainda constituem eles o ponto vulnerável das sociedades contemporâneas, as quais, na atualidade, têm conferido legitimidade à jurisdição constitucional para a importante tarefa de concretizá-los.

Entretanto, deve-se buscar a concretização sem ignorar os métodos e critérios. Assim, em se tratando de concretização de direitos fundamentais, deve existir um dever cauteloso e especial do Estado-juiz em aumentar a carga argumentativa da decisão judicial.

Quatro são as funções dos direitos fundamentais: a função de defesa ou de liberdade; a função de prestação social; a função de proteção perante terceiros e a função de não discriminação. A função de defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado e outros esquemas políticos coativos assume duas perspectivas: uma no plano jurídico objetivo, e outra num plano jurídico subjetivo, no qual implicam eles no poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, a fim de evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.

Ademais, os direitos fundamentais disponíveis aos cidadãos devem ser observados, respeitados e preservados, mesmo que em situações de aparente conflito na sociedade contemporânea.

Ocorre que, em alguns casos não previstos em lei, em que é necessário utilizar o princípio conciliador da proporcionalidade, o julgador precisa ter sensibilidade para no caso posto sob sua análise medir a limitação dos direitos fundamentais que se encontram em conflito, fazendo, pois, uma ponderação entre os bens e direitos juridicamente protegidos.

Avulte-se ainda que nem sempre o interesse público deve estar autorizado a se sobrepor aos interesses particulares, não há uma imposição nesse sentido, e sim, devem ser analisados, meticulosamente os critérios utilizados previstos para aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, por vezes, pode ocorrer que a proteção a um interesse individual seja mais importante ser protegido naquele momento.

Com efeito, o problema é de análise mais aprofundada, pois, para que o cidadão torne-se efetivamente protegido, é imprescindível que o Estado faça valer os fundamentos do Estado Democrático de Direito, previstos no art. 1º da Constituição Federal.

Como síntese desta investigação, conclui-se ainda que a função de prestação social significa o direito de o particular obter algo através do Estado, como saúde, educação, segurança social e que a jurisdição constitucional tem origem no constitucionalismo moderno e tem por função exercer o controle da constitucionalidade das leis com o objetivo de fazer observar-se o princípio da supremacia da Constituição pela legislação infraconstitucional.

Por fim, verifica-se que, para o aperfeiçoamento do processo de concretização dos direitos fundamentais torna-se necessária a criação, no Brasil, do Tribunal Constitucional para desincumbir-se do controle concentrado da constitucionalidade das leis.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

- DANTAS, Ivo. **Constituição e processo: introdução ao direito processual constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.
- GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: M. Fontes, 1995.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROSA, Alexandre Moraes. **Princípio não é “aspirina” e juiz não pode ser bipolar: deve existir coerência**. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-out-11/diario-classe-principio-nao-aspirina-juiz-nao-bipolar. Acesso em 08, abr, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.