

**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](http://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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).



## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO?**

### **FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR NORMATIVE SCOPE: IMMANENT LIMITS OR CONFORMATION?**

**Roberto Berttoni Cidade  
TATIANE de souza**

#### **Resumo**

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. Sua função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa. Isto porque, impossível atribuir-se caráter absoluto à eles. Então, em caso de colisão desenvolveu-se uma racionalidade lógico-sistêmica para dirimir este conflito sem que preveja a exclusão de qualquer dessas garantias do ordenamento, esta a importância do estudo, que fora elaborado com a metodologia hipotética-dedutiva, por meio de estudo bibliográfico qualitativo.

**Palavras-chave:** 1. direito constitucional, 2. direitos fundamentais, 3. neoconstitucionalismo, 4. limitação dos direitos fundamentais, 5. teoria interna e externa dos direitos fundamentais

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

Fundamental Rights come from the historical conquests, containing primordial social values that, positived, gained subjective rights status, inserted in the highest level of the legal system. Their function of guiding and harmonizing the system depends on their normative scope, identified through internal and external theory. Impossible to attribute absolute character to them. Then, in the event of a collision, a logical-systemic rationality was developed to solve this conflict without foreseeing the exclusion of any of these, this is the importance of the study, which was elaborated with the hypothetical-deductive methodology, through study qualitative bibliography.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** 1. constitutional law, 2. fundamental rights, 3. neo-constitutionalism, 4. limitation of fundamental rights, 5. internal and external theories of fundamental rights

## **Introdução.**

Os estudos sobre os Direitos Fundamentais essencialmente, ainda que em caráter sumário, exigem algum levantamento histórico contextualizador para se compreender a origem de suas formulações, desenvolvimento e desdobramento de seus aspectos normativos, que lhes empreendem características sintetizadoras e norteadoras dos ordenamentos jurídicos hodiernos nas sociedades ocidentais modernas.

Coadunando com as teorias neopositivistas (ou pós-positivistas) que vêm se acentuando no atual cenário jurídico, salienta-se que, por mais que se reconheça a força irradiante desses institutos no sistema jurídico, alguma dificuldade se faz presente em estabelecer (ou reconhecer) quais situações do mundo da vida estariam afetos aos seus imperativos, mesmo que se revise extensivamente as suas fontes.

Esse fato ocorre em razão a dinamicidade e progresso das relações sociais, que reclamam adaptações dos preceitos originários de tais direitos e garantias a fim de atender aos anseios públicos e otimizar as relações jurídicas que propiciem uma evolução social.

Isto é, sem adentar efetivamente à ideologias político-sociológicas, e modo geral, esses ajustes tendem a buscar um reconhecimento do pluralismo social globalizado, sem se esquecer do individualismo herdado da inauguração do Estado moderno, com escopo de dar amplitude ótima e maximizada ao valor hierarquicamente superior de toda civilização, a Dignidade da Pessoa Humana.

Dando concretude ao asseverado de necessidade de atualização na especificação dos âmbitos normativos desses valores, entendidos na qualidade de princípios positivados, ou seja verdadeiros Direitos Fundamentais de ordem subjetiva, observa-se que nos últimos anos os atores sociais, em especial os juristas, têm debatido temas como a possibilidade de judicialização das políticas públicas, notadamente no que concerne ao direito prestacional da saúde; ainda, a igualdade material de gênero, aqui suscitada pelo reconhecimento da união civil homoafetiva e seus reflexos no direito de família, havidos pela via da mutação constitucional; e, mais recentemente, ainda em pauta, a definição da abrangência do princípio presunção de inocência.

Enfim, os exemplos acima comprovam que, mesmo positivados, os Direitos Fundamentais, acompanhando o dinamismo da evolução social, vez por outra também devem ser atualizados ou modificados, o que implica em, de igual modo, atualizar e modificar o seu campo de incidência no mundo dos fatos, restando evidenciado a pertinência e a relevância da temática.

Em razão disso, propõe-se no presente trabalho, cunhado pelos pressupostos metodológico da epistemologia neopositivista, pela via dialética, entabular alguns possíveis critérios de atender a tarefa de se estabelecer, em abstrato, o espectro de incidência dos Direitos Fundamentais, especialmente voltando-se à realidade jurídica nacional, sem pretensão alguma de esgotamento integral da matéria.

Para tanto, volta a atenção aos instrumentos denominados *limites imanes e conformação*, identificando a racionalidade cabível no discurso, pautado pelas metanormas da proporcionalidade e razoabilidade, na tentativa de formular uma lógica interna do conhecimento. Esta formulação terá como base a técnica de levantamento bibliográfico qualitativo, empregando-se a metódica hipotético-dedutiva.

## **I – Constitucionalismo e Direitos Fundamentais: breves aspectos da evolução histórica, fundamentalidade formal e material.**

A extensão breve do presente trabalho não permite se dê a profundidade que mereceria os assuntos ora postos em análise. Nem por isso se pode deixar de aos menos indicar os marcos históricos e teóricos acerca dos direitos fundamentais. Em outras palavras, visa dar contornos mais cristalinos à concepção do Estado Democrático de Direito, enquanto fruto da evolução da cultura jurídica à partir do surgimento do Estado Moderno.

Aproveitando-se, aqui, dos ensinamentos de Canotilho, que compreende “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional” (1993, p. 93), isto é, aquele que transcende a ideia de “Estado de Direito”, por exigir a representatividade, essencialmente democrática, com legitimador do poder e seu uso, fundamentado no reconhecimento da soberania popular. Neste sentido, o supra citado autor:

A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do poder dos cidadãos. (CANOTILHO, 1993, p. 98)

Em suma, o caminho que, de modo muito sumário, foi percorrido até esse entendimento perpassa pelos Estados Liberal, Estado Social e por fim o Estado Democrático de Direito, que deita suas raízes, conforme citado, no constitucionalismo.

Sobre este respeito, ensina Barroso, “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*)”

(2009, p. 8). Nesta mesma linha, Tavares explicita que tal movimento assumiu, ao longo do tempo, quatro significados:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. (2012, p. 23)

Verifica-se, pois, se trata de um fenômeno social vivo, inexistindo um “modelo” próprio, cabendo ao estudioso perquirir as suas expressões por meio da dialética entre a idealidade de seus valores (de certa forma, comuns) e efetividade dos mesmos, com foco na organização das competências e jurisdições, para se apreender suas formas de exercício historicamente formulados nas diferentes nações soberanas. Complementando:

O conceito de constitucionalismo, portanto, está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o *ideal de liberdade humana* com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar. (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 31)

Fechando este pensamento, sem se ater genealogia conceitual do termo, a “Constituição” hoje deve ser compreendida como “um sistema assegurador das liberdades” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 67), que “designa o modo de organização do poder político do Estado” (BARROSO, 2009, p. 73-74), por ser ela, “[...] uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político” (CANOTILHO, 1993, p. 12).

Para se chegar à estas preposições vale relembra as teorias que influenciaram o constitucionalismo europeu, à partir dos pensamentos de Jean Bodin (1529-1596), notadamente expostos na obra *os Seis Livros da República* (1576) momento em que se teorizou sobre o poder do soberano, com as características de ser *perpétuo* (irrevogável) e *absoluto* (originário), como comentam Bobbio (2007), Mendes e Brando (2014).

Estas ideias se transformaram na teoria hobbesiana, com expoente no “Leviatã” (1651), onde “o ser humano abdica dessa liberdade inicial e se submete ao poder do Estado (o Leviatã)” (RAMOS, 2014, p. 34), passando assim ser identificado a “origem” do poder através do contratualíssimo, ainda implícito, subsidiado pelo voluntarismo da sociedade

(CANOTILHO, 1993, p. 818); e, ao mesmo tempo, a forma jurídica resolve a situação permanente de beligerância social (BOBBIO, 1997, p. 108).

Mais adiante, a teoria lockeana, da qual sobressai o “Segundo Tratado do Governo Civil” (1690), fortalece a ideia contratualista, com evidentes contornos limitadores do exercício do poder, de cunho jusnaturalista, pois:

Por natureza, todos os homens são “livres, iguais e independentes”, e nenhum homem pode estar “sujeito ao poder político de outro sem seu próprio consentimento”. Qualquer número de homens pode concordar em se juntar para se constituir em um corpo político, sem prejuízo dos outros, pois todos aqueles que não concordarem são meramente deixados de fora “na liberdade do estado da natureza”. (LOCKE, 1994, p. 9)

Com efeito, empreende a possibilidade do cidadão se insurgir contra o exercício do poder arbitrário estatal, conformando-se à ideia do Estado Liberal, fazendo este distanciar-se da visão hobbesiana.

Afrente, Montesquieu (1689-1755), na obra “O Espírito das Leis” (1748), reforça o liberalismo político, definindo a liberdade como a faculdade de “poder fazer o que se deve querer e não ser forçado a fazer o que não se tem direito de querer” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). A fim de dar corpo à este pensamento, propõe a ideia tripartite de “funções” do poder como forma de sua contenção e limitação, assim delineado:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem o direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil. O primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168)

Note-se, há divisão de dois “Executivos” acima, sendo que um deles se aproxima do Poder Judiciário, no qual preconizou o princípio do juiz natural (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Encerrando as teorias clássicas, Rousseau (1712-1778), com a obra “Contrato Social” (1762), completa as fontes primárias do pensamento constitucionalista originário, na medida em que, de modo explícito, estabelece a soberania popular, e conseqüentemente o poder, originários no pacto social. Ao acolhe-lo o indivíduo voluntariamente delega (e não transfere como teorizava Hobbes) parte de suas liberdades (direitos individuais) em favor do Estado,

renunciando ao estado de natureza. Tal relação que é regulada pelo forma jurídica da Lei, geral e abstrata, nos seguintes termos:

Todas essas cláusulas, quando entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade, cada qual se entregando por completo e sendo a condição de igual para todos, a ninguém interessa torna-la onerosa para os outros. (ROUSSEAU, [s.d], p. 24-25)

Com fundamento nesta visão, ele conceitua a *société civile*, e confere o termo adjetivo *civite* a conotação de “civilizado”, conforme comentários de Bobbio:

[...] em Rousseau o significado prevalente de sociedade civil como sociedade civilizada não exclui que esta sociedade seja também, em embrião, uma sociedade política diferente do estado de natureza, embora na forma corrupta do domínio dos fortes sobre os fracos, dos ricos sobre os pobres, dos espertos sobre os ingênuos, numa forma de sociedade política da qual o homem deve sair para instituir a república fundada sobre o contrato social, isto é, sobre o acordo paritário de cada um com todos os demais [...]. (2007, p. 48)

Com sentido semelhante:

A Rousseau competirá o mérito de considerar a lei como instrumento de actuação da igualdade política e daí a consideração da lei como um produto de vontade geral. A lei era geral num duplo sentido: geral, porque é a vontade comum do povo inteiro, e geral porque estatui não apenas para um caso ou homem mas para o corpo de cidadãos. A lei é, pois, geral quanto à sua origem e quanto ao seu objecto: é o produto da vontade geral e estatui abstractamente para os assuntos da comunidade. (CANOTILHO, 1993, p. 818)

Concluindo esse breve levantamento histórico, toda estas teorias foram responsáveis pela transformação no pensamento político-jurídico, culminando na Revolução Francesa (1789) que “derruba a monarquia e a nobreza, castas dominantes até então, para impor uma Constituição escrita, com a preocupação de assegurar amplamente seus ideais de *liberté, égalité e fraternité*” (TAVARES, 2012, p. 34).

Quanto aos marcos jurídicos, no constitucionalismo europeu, tais ideais foram sedimentados e formalizados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), assim como na primeira constituição escrita europeia (1791), a francesa, revelando que “O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 54), situação que se repete na Constituição francesa de 1795.

Paralelamente, também com inspiração no liberalismo lockeano, a separação de poderes de Montesquieu e a força normativa da Constituição pelo *Pacto Social* de Rousseau, seguia-se o curso semelhante o constitucionalismo americano.

Assevera-se, contudo, existiam diferenças estruturais e institucionais do poder como ressalta Barroso, ao afirmar que nas américas já “havia um corpo legislativo eleito pelos cidadãos locais (que preenchessem os requisitos de propriedade), bem como um Judiciário independente” (2009, p. 15), embora o governo ainda estava sujeitos às sanções inglesas (especialmente de caráter tributário), que motivaram *Stamp Act, de 1765*, o Massacre de Boston, em 1770, o *Boston Tea Party*, em 1773, entre outras e outras.

Como resultado, convocou-se o Primeiro Congresso Continental (1774), considerando o marco histórico da insurgência americana contra a Coroa; e, em seguida, o Segundo Congresso Continental, de 1775 a 1788, já em estado de guerra, que perdurou até 1781, quando se ratificou o *Articles of Confederation*, aprovado desde 1778; isso após a independência americana, cujo redator foi Thomas Jefferson, assinada em 4 de julho de 1776.

Posteriormente, tencionando o refinamento do pacto federativo, realizou-se uma convenção na Filadélfia em maio de 1787, sendo de suas deliberações aprovada em 1787 pela Convenção a Constituição Norte-Americana, sendo considerada a primeira Constituição escrita no mundo.

À esse instrumento, posteriormente, foram acrescentados outros institutos também de ideologia de direitos fundamentais, dos quais se destaca o *Bill of Rights* (1791), como observado por Tavares (2012, p. 488) e Barroso, (BARROSO, 2009, p. 18).

Em suma, a supremacia da constituição é fruto de uma visão de desconfiança dos legisladores à época, que poderiam tencionar a sua modificação para compor interesses particulares; por isso se utilizou da lei maior para fixar valores primordiais de liberdades, estabelecendo-se um procedimento mais dificultoso para sua emenda, o que lhe confere caráter de rigidez às suas normas. Assim, “Tudo isso colaborou para que se encontrasse um valor jurídico único na Constituição, como instrumento de submissão dos poderes a limites” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 58).

Acerca de toda essa transformação, interessante anotar também:

No plano das ideias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição

humana, cuja existência e validade independem de outorga por parte do Estado. (BARROSO, 2009, p. 76)

Com tal apanhado histórico europeu e americano tencionou-se a dar significação à evolução do Estado de Direito em Estado Constitucional, reconhecendo a este instrumento a força máxima do sistema normativo, onde estão inseridos, com produtos de todos estes movimentos e lutas, os Direitos Fundamentais, na qualidade de garantias individuais e coletivas.

Prosseguindo, os Direitos Fundamentais, portanto, consolidaram-se como valores inalienáveis e inafastáveis das sociedades, de caráter ideológico orientador e harmonizador da ordem jurídica que, pelo seu reconhecimento formal (positivação) e material (concretização) imprimem necessidade de observância otimizada, tanto do sistema jurídico, como das condições sociais de convivência.

Ou seja, a lei, e os princípios de Direitos Fundamentais com a positivação também ganham esta conotação, encontra espeque na vontade geral, como preconizou o art. 6º da Declaração francesa de 1789:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Estas características são formuladas sobre três colunas (BOBBIO, 1995), a saber: (a) posição da norma positiva no sistema; (b) o modo de confecção; e, (c) forma de aplicação das leis.

Assim, a fundamentalidade dos Direitos Fundamentais, aqui já se utilizando dos pressupostos metodológicos do neopositivismo (ou pós-positivis), pode ser identificada nas teorias Robert Alexy, em consonância a Joaquim José Gomes Canotilho (1993. p. 498), e de inspiração à Ingo Wolfgang Sarlet (2008a. p. 25), e dirige a racionalidade jurídica para que sejam tais institutos voltados à proteção especial da *dignidade da pessoa humana*, devendo, ao mesmo tempo, servir de elementos norteadores das políticas nacionais e de parâmetros limitativos do atos estatais. Neste sentido, faz-se presente a *Fundamentalidade formal e Fundamentalidade material* (CANOTILHO, 1993. p. 499).

O primeiro elemento evidencia-se pela hierarquização desse valores na ordem jurídica; bem como, pela maior dificuldade de sua alteração ou revisão; e, mantém caráter vinculatório imediato à todas as esferas do Estado.



Quanto ao segundo elemento, constitui uma estrutura normativa de caráter aberto, propiciando a sua especificação e adensamento por meio do reconhecimento e distribuição concreta de suas expressões, seja ela de espectro negativa (essencialmente garantias de liberdade) ou prestacional (essencialmente garantias de igualdades). Em outros termos, assevera José Afonso da Silva:

[...] qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata a situação jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; [...] devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (2005, p. 178).

Tudo isso para dar eficácia ao valor maior, a Dignidade da Pessoa Humana, assim considerada:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2008b, p. 7)

Portanto, toda atividade estatal o observa como núcleo de suas atividades. Sobre isso Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma:

Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções. (ROCHA, 1999, p. 7)

Por fim, este mandamento, primordialmente, presta-se:

[...] a impossibilidade de desequiparações fortuitas e injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil e interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colha a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimtos as para os atingidos (MELLO, 2000, p. 18)

Logo, os Direitos Fundamentais, com sucedâneo no princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto supra princípio do qual se deriva todos as demais expressões de direitos (subjetivos) materiais e formais positivados, visa o amplo exercício da cidadania que, em última análise, deve ser compreendida como limitação das ações estatais, dado o seu

caráter garantístico, ao mesmo tempo que as orienta para dar coesão e sistematicidade ao ordenamento jurídico.

## **II - Direitos fundamentais: dimensionamentos, pressupostos hermenêuticos neopositivista e distinção da estrutura normativa entre princípios e regras.**

Do exposto até o presente momento evidenciou a importância das alterações e evoluções do pensamento jurídico, que transformaram os valores ideológicos da sociedade, em especial àqueles oriundos da Revolução Francesa, cujo versa sobre as liberdade, igualdade e fraternidade, integrando-os, via positivação, aos sistemas normativos ocidentais modernos, como forma de nortear, coordenar e harmonizar a ordem jurídica.

Ainda, os Direitos Fundamentais possuem dimensões *negativas* – de liberdades, com afastamento da máquina estatal; e, *positivas* – para dar efetividade às igualdades, exigindo-se atuação direta por considera-los verdadeiros direitos subjetivos. A visão dessa multifuncionalidade teve seu desenvolvimento na teoria de Jellinek, que classifica os direitos fundamentais pelo seu *status*.

Tais formulações são revisitada por Miranda (2008, p. 19 e seguintes) ao identificar os marcos históricos e teóricos dos Direitos Fundamentais; Dimoulis e Martins (2014, p. 23), Sarlet (2012, p. 32), Cunha Junior (2012, p. 615), e, Barroso (2009, p. 176), ao analisarem a diferenciação dentre a terminologia gerações e dimensões, entre outros venham a estudá-los em suas próprias expressões clássicas de primeira à terceira dimensão, a exemplo de Tavares (2012, p. 501), Mendes de Branco, (2014, p. 151), e, Carvalho Ramos (2014, p. 50), havendo inclusive que as concebe até a quinta dimensão, como Bonavides (2004, p. 562), possibilitando uma análise generalizada do dimensionamento histórico dos direitos fundamentais.

Dito isso, observa-se que os Direitos Fundamentais possuem estrutura normativa de caráter aberto (princípios), remanescendo os questionamentos de: Quais seriam os contornos dos Direitos Fundamentais? Qual a racionalidade empreendida para definição de seu âmbito normativo? Há limites? Expressões mínimas? Enfim, como se definir em quais situações da vida (mundo *do ser*) é possível a sua incidência?

A fim de responder todas estas questões, parte-se da premissa de que a norma jurídica, quanto norma geral e abstrata, especialmente quando se trata de princípios (de caráter aberto, contrapondo-se ao sentido de norma com estrutura fechada de regra), se faz imprescindível a sua interpretação, a hermenêutica jurídica.

Ocorre que, a despeito dos métodos clássicos hermenêuticos *literal, gramatical, textual; lógico; histórico; teleológico; e genético* (CANOTILHO, 1993, p. 213), realizados à luz da subsunção (BASTOS, 2002, p. 182); ainda são utilizados na seara constitucional o *método tópico-problemático; método hermenêutico-concretizador; método científico-espiritual; jurídico normativo-estruturante;* refinados por Canotilho (1993, p. 214-215) influenciado a teoria de outros autores como Barroso (2009, p. 278) e Grau (2006, p. 83).

Estas racionalidades metodológicas, valem como elementos instrumentais de descoberta do sentido e significado da norma, que são diretamente impactadas pela concepção jus-filosófica neoconstitucionalista, que tem como pressupostos a observância da *Vontade da Constituição* (Hesse), em contribuição ao reconhecimento *plural da sociedade aberta de interpretes* (Häberle), para que sobrevenha a sua legitimidade.

Esta concepção significa que a *força normativa da Constituição* confere caráter vinculativo e obrigatório às suas disposições, onde “quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (HESSE, 1991, p. 14). Neste sentido:

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. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem 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, 1991, p. 19)

Com efeito, essa “vontade” conforma a interpretação e aplicação do direito constitucional:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a «atualização» normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, 1993, p. 229)

Enfim, “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes

em uma determinada situação” (HESSE, 1991, p. 22); pois, “As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)” (HESSE, 1991, p. 24); logo, “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p. 15).

De outra banda, utiliza-se conjuntamente à este entendimento o definido por Peter Häberle como *Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição* (1975), isto é, tem-se a ideia de que quem vive a norma acaba, mesmo que indiretamente, por interpretá-la ou co-interpretá-la (*Wer die Norm “ledt”, interpretiert sie auch (mit)*). (HÄBERLE, 2002, p. 13), logo, “O processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado como *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 2002, p. 13), ou seja, todo o corpo político-social figura como forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Procktivkräfte*) em *sentido lato*, agindo ao menos como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*), extraíndo-se a pluralidade interpretativa para dar especificidade à norma exercida por *Órgãos do Estado; Participantes das Decisões; Opinião Pública; e, Doutrina*.

Aqui, há de se fazer um importante destaque quanto a conformação normativa, onde a concepção de “povo” é sensivelmente alterada, veja:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão [...]. (HÄBERLE, 2002, p. 37)

Também há de se reconhecer, portanto, a *democracia do cidadão* é entendida, em termos häberleanos, com primazia do acesso aos Direitos Fundamentais, cujo âmbito normativo se pretende ora identificar.

Dando sequência, de igual modo como estrutura essencial a serem identificadas a serem interpretadas, a fim de possibilitar a obtenção das respostas desejadas, há de se destacar que os Direitos Fundamentais, com ênfase nas obras Ronald Dworkin e Robert Alexy, possuem caráter aberto, em forma de princípios.

Suscintamente, Ronald Dworkin ao diferenciar as estruturas normativas entre regras e princípios, o faz como objetivando meios de resolução dos denominados casos difíceis (*hard*

*cases*), atribuindo, pelo ponto de vista lógico, uma dimensão de peso (*dimensiono of weight*) à norma, a saber:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrão apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis da maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão. [...] A distinção lógica entre princípios e regras aparece claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham a regras. [...] Os princípios trazem uma dimensão que as regras não têm – dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] as regras não tem essa importância. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. (DWORKIN, 2002, p. 39, 41, 42 e 43)

Note-se, enquanto a regra opera-se pela compreensão do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*), os princípios, pelo seu caráter aberto, são modulados pela já mencionada dimensão de peso, consubstanciada em metódica de solução de eventual colisão, via ponderação.

De outro turno, Robert Alexy, embora próximo à ideia anterior, pois também faz distinção entre regras e princípios, executa a sua tarefa à luz de seu caráter *qualitativo* e não de graus de peso, o que pode ser constatado na tese dos princípios como *mandamentos de otimização*, a saber:

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios o cualitativa y no de grado toda norma es o bien una regla o un principio.* (ALEXY, 1993, p. 86-87)

A divergência entre os posicionamentos de Dworkin e Alexy se traduz no fato de que, enquanto o primeiro defende que as cláusulas de exceção poderiam ser, ao menos teoricamente, enumeráveis (a utilização das dimensões de peso); para o segundo “*las*

*cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables”* (ALEXY, 1993, p. 100).

De qualquer sorte, uma vez adotada a ideia de que conteúdo normativo dos sistemas atuais são compostos por princípios e regras; e, que os Direitos Fundamentais se expressam essencialmente pelo caráter aberto dos princípios, põe-se em tintas fortes esta estrutura normativa, influenciando na forma de sua interpretação (e conseqüente aplicação), exigindo-se os auspícios da ponderação, que é orientada pela sua força normativa e concepção plural interpretativa, respeitando todas as suas dimensões, sejam elas positivas ou negativas.

### **III - Direitos fundamentais e seu âmbito normativo: limites imanentes ou conformação?**

Tendo por perspectiva todo o pensamento anteriormente esposado, passa-se então a especificamente adentrar às racionalidades teorias desenvolvidas para a identificação do espectro de incidência dos Direitos Fundamentais, ou seja, o seu âmbito normativo, que, em última análise caracterizam-se como os seus próprios limites.

Em outras palavras, em que pese Direitos Fundamentais pretenda a sua efetividade máxima horizontal, uniforme e universalizável, o que importa em adensamento concretizante material, isso significa que não os exime de limites, pois compreendidos com expressão relativa, ou seja, tem-se a premissa não serem absolutos.

Isso tudo porque ao se pensar em Direitos Fundamentais de ordem absoluta, eventual colisão entre os mesmos, logicamente, a situação seria insolúvel.

Não fora isso, o plano de ordem prática, Cass Sunstein e Stephen Holmes, na obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, estabelecem a ótica que o Estado não teria condições materiais de dar eficácia absoluta aos Direitos Fundamentais, dada a apreensível ausência de recursos (de todas as espécies, podendo ser material, humana, estrutura ou mesmo institucional). Desta feita, sugerem um novo conceito de direito subjetivo, no qual a dimensão do custo esteja inserida:

Assim, para dar conta desta realidade instável, não se deve considerar direitos fora da dimensão de tempo e espaço, ou como um dado absoluto. É mais realista e mais produtivo definir direitos como poderes individuais, derivados da pertinência a uma comunidade política, e investimentos seletivos de recursos públicos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e resolver o que é geralmente percebido como problemas comuns e urgentes. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 123 – tradução nossa)

Assim, estabelece-se uma premissa de relativismo dos Direitos Fundamentais que não implica em sua desobrigação, mas somente que há o reconhecimento da impossibilidade de

observação absoluta, inclusive por razões de ordem prática. Portanto, merecem mitigação quando presente confronto do *interesse público* e *interesse social*, assim considerados:

O direito administrativo, ao mesmo tempo em que é concebido como provedor da defesa o indivíduo contra o Estado, apresenta como princípio fundamental o da supremacia do interesse público; e isso ocorre sem que, em regra, seja questionada a dissociação entre interesse público — interesse cujo titular é o Estado — e interesse social — cujo titular é a sociedade.  
[...]

A distinção entre interesse público e interesse social se impõe. O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçada a dicotomia direito público/direito privado. Daí por que se afirmar que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. (GRAU, 2008, p. 170 e 171).

Feitas estas considerações, verifica-se que as expressões filosóficas, econômicas, social, bem como as normativas, ligados à natureza “*do ser*” influenciando o jeito de se compreender (na interpretação) do “*dever ser*”, passando a estabelecer limites dos Direitos Fundamentais, com fundamento nas teorias internas e externa.

A teoria interna, que possui como expoentes Friedrich Klein, referenciado por Alexy (1993, p. 267-271), e Planiol e Ripert, referenciado por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 127-128), defendem que os direitos fundamentais não comportam restrições, até porque sua configuração se daria via determinismo. Ou seja, a expressão (interesse subjetivo) faz parte do direito fundamental, ou a expressão não pode ser considerada direito.

De outra forma, a configuração normativa dos Direitos Fundamentais ocorre em sua formulação conceitual, mas nunca via restrição (daí a utilização do termo configuração do direito); em razão disso o nome de teoria interna, pois os limites do direito estariam em si mesmo.

A racionalidade empreendida é de que *o direito e sua restrição* são duas categorias distintas e sucessivas, originando-se primeiramente a norma, para depois identificar-se as suas restrições. Contudo, a norma se basta nos seus próprios contornos conceituais, inexistente, portanto, o sua *restrição*, restando apenas o *direito*. Ou seja, tudo aquilo estiver fora do conceito normativo, não é direito. A isso foi atribuída a terminologia de “limite imanente”.

Ocorre que, esta teoria não admite conformação normativa, o que implica em reconhecer a impossibilidade de utilização de ponderação em caso de eventual colisão, atribuindo à norma o caráter de *regras*. Com efeito, “impossível distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes” (SILVA, 2014, p. 129).

No mesmo sentido, “Na lógica da *teoria interna* não há restrição, legítima ou ilegítima, de direitos fundamentais, mas a apenas ou violação ou respeito do conteúdo normativo de direito fundamental; restrições identifica-se, ai, como violação do direito” (NOVAIS, 2010, p. 295). Neste contexto:

[...] a diferença entre *os limites imanes* e as *restrições a direitos fundamentais* decorrentes de colisões é facilmente perceptível, e pode ser traduzida pelo binómio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões se *constituem* novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanes o que a interpretação constitucional faz é apenas *declarar* limites previamente existentes. (SILVA, 2014, p. 133)

Ainda, dos comentários de Alexy (2011, p. 300- 306) acerca da teoria do alcance material de Friedrich Müller, assevera-se o âmbito normativo é decisivo para o alcance objetivo de um direito fundamental, cujo limite (imane) são impostos pela qualidade (natureza) jurídica da norma, fazendo-se estender à sua expressão material.

Por isso, estão compreendidas no âmbito normativo ações *específicas*<sup>1</sup>; sendo que o qualitativo específico corresponde a “*Una forma de ejercicio es específica cuando no se puede demostrar que carece de la conexión objetiva con la estructura (que previamente tiene que ser desarrollada dogmáticamente) del ámbito normativo de derecho fundamental*” (MÜLLER, *apud* ALEXY, 1993, p. 302). O que equivale dizer, ausente este qualificativo, não se compreende um direito em seu carácter fundamental.

Conclui-se, portanto, ao se aplicar a teoria interna, ela se concentra na construção conceitual do Direito Fundamental, cujo âmbito normativo válido e determinado é aquele já disposto no próprio conceito, não havendo de se falar em limites, pois, tudo aquilo que exceda este conceito não é direito.

De outra banda, contrapondo-se à teoria interna, tem-se a teoria externa, qual admite influência de outros fatores, inclusive extra jurídicos, como elementos conformadores (limitadores) da norma. Essa teoria é parte integrante das teorias de direitos fundamentais de Gomes Canotilho, Jorge Reis Novais e Robert Alexy, sendo que este último assim a define:

*El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas — el derecho y sus restricciones — entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el derecho en sí, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el*

---

<sup>1</sup> Comportando as modalidades materialmente específicas, constitucionalmente específicas, protegidas ou materialmente pertencentes, mas não aquelas modalidades não específicas de exercício de direitos fundamentais.



*derecho restringido. Esta es la teoría que suele ser llamada - por lo general, con intención crítica - teoría externa.*

[...]

*La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos. (1993, p. 268)*

Enfim, torna-se essencial para esta teoria a distinção de regras e princípios elaborado por ele Alexy, isto porque o reconhecimento *prima facie* da fundamentalidade do direito na forma de princípios (concebidos como mandamentos de otimização) estabelece aos mesmos a característica que possibilita a *ponderação/sopesamento*; que “é exatamente aquilo que liga - e fundamenta - o caráter inicial e *prima facie* de cada princípio com o *dever-ser* definitivo nos casos concretos.” (SILVA, 2014, p. 165). Outrossim, impossível nesta ótica pretender uma *restricção* dos Direitos Fundamentais em abstrato, haja vista a operação de *ponderação/sopesamento* é admissível exclusivamente perante um conflito concreto, permitindo a supradita otimização.

Conclui-se, aqui, ao acolher a metódica da *ponderação/sopesamento* (restricção), afasta a primeira teoria dos *limites imanes* (configuração) – por serem incompatíveis - , para a conformação espaço normativo, como explicita Canotilho:

Esta optimização é possível porque os princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma ponderação de bens jurídico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição. Nota-se, porém: esta ponderação assenta na ideia: (1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex. o «bem da saúde pública» não é superior ao «direito de greve»); (2) de que a ponderação é feita entre «bens constitucionais»; não é uma ponderação de valores extra-constitucionais, pois deve tratar-se de bens constitucionalmente reconhecidos; (3) a optimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer «exercício abusivo», «arbitrário» ou «inespecífico» de um direito fora do respectivo âmbito de protecção, pois o problema dos «limites imanes» é irresolúvel através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, só podendo construir-se como resultado de ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados. Numa palavra: os chamados «limites imanes» são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia. (1993, p. 609)

Em face à isso, admite-se a conformação em dois momentos, o primeiro no reconhecimento da fundamentalidade (formal e material) do direito *prima facie*; e, o segundo *a posteriori*, via *ponderação/sopesamento* é que se estabelece a sua *restricção*, especialmente na aplicação do caso concreto.

A conformação externo, portanto, tem natureza constitutiva, e não declaratório, da qual pode ser considerados toda sorte de fatores de poder, ou seja, tanto legais como extrajurídicos.

Voltando-se para a realidade nacional, verifica-se que a Constituição de 1988 recepcionou a ordem jurídica estruturada em um sistema de regras e princípio, admitindo como cabível a resolução de conflitos dos Direitos Fundamentais pela teoria externa. Em primeiro, porque eles, na maioria das vezes, comportam posições jurídicas *prima facie*; e, em segundo, em razão de ser convencionado que a melhor forma de solução para eventual colisão dos mesmos se daria via ponderação, visto não absolutos.

### **Conclusão.**

Da pesquisa realizada verificou-se que as modificações e alterações do pensamento jurídico desde a inauguração do Estado Moderno, notadamente pelo movimento constitucionalista, diversos valores sociais foram positivados, passando a ser considerados verdadeiros Direitos Fundamentais, com sucedâneo no ideário de liberdade, igualdade e fraternidade, a fim de dar amplitude ótima ao supra princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para dar cientificidade à este conhecimento, buscou-se nos marcos históricos, teóricos e jurídicos as formulações do pensamento clássico, bem como a sua evolução.

Conjuntamente à isso, explicitou-se quais as características essenciais para o reconhecimento da fundamentalidade (formal e material) desses valores, enquanto direitos subjetivos, como instrumento norteadores e sistematizadores da ordem jurídica ocidental hodierna.

Outrossim, explicitou-se a multidimensionalidade dos referidos Direitos Fundamentais, bem como as técnicas hermenêuticas à eles empreendidos para a obtenção de seu sentido e significado, considerando a sua estrutura aberta principiológica, haja vista, vez por outra devem ser revisitados para dar a sua expressão de eficácia ótima, qual é conformado tanto pela sua *vontade*, via *força normativa da Constituição*, bem como pela *Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição* (1975).

Reforça-se, assim, a ideia necessária de distinção da estrutura normativa entre regras e princípios, a fim de possibilitar o juízo de ponderação, como o mais adequado para a resolução de conflitos dessas normas de caráter aberto, dentre os quais se enquadram os Direitos Fundamentais.

Do outro espectro, reitera-se a ideia de inexistência de caráter absoluto dos Direitos Fundamentais, seja pela impropriedade lógica de concretização, sejam pela notória ausência

de condições do Estado (normativas, estruturais, econômicas, institucionais, entre outras) para a sua efetivação material.

Com isso, faz-se necessário a estipulação de limites mais objetivos de seus âmbitos normativos, cuja racionalidade estudada fora a teoria interna (limites imanentes) e teoria externa (conformação/restrrição) dos Direitos Fundamentais.

A primeira, pautada pelo determinismo filosófico, define que não há de se falar em limites, na medida que a operação elaboração conceitual encerra todos os seus espectros, isto é, neste momento já é possível prever as expressões de sua incidência, não havendo de se falar em limitações, pois tratar-se-ia de etapa posterior. Em suma, ou a expressão é considerada direito subjetivo por estar de acordo com o seu núcleo conceitual, ou a expressão não é direito. À isso dá-se o nome de limite imanente.

Diametralmente oposta, a teoria externa (conformação/restrrição) dos direitos fundamentais, prevê a existência de uma elaboração conceitual *prima facie*, de amplo espectro, cuja concretização é modulada e conformada pelos fatores de poder, inclusive os extrajurídicos. Assim, há duas operações distintas, a primeira de definição do direito subjetivo, e a segunda, a depender das possibilidades concretas de efetivação, a sua conformação, aferindo-se aí o seu âmbito normativo, em especial utilizada via ponderação em face ao caso concreto.

Desta feita, considerando que o direito pátrio acolheu a estruturação sistêmica de uma ordem hierarquizada de regra e princípios, sendo os Direitos Fundamentais expressos quase que exclusivamente pela estrutura normativa aberta principiológica, entende-se que adoção da técnica exposta nesta segunda teoria seja a mais adequada, sem, contudo negar a racionalidade da primeira, porém inadequada em nossa realidade.

### **Bibliografia.**

ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª edição revista. Coimbra: Libreria Almedina Coimbra, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 6º ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípios.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre-RS: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre-RS: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da republica federal da Alemanha.** Tradução (20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Tradução João Paulo Monteiro e Maia Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES; BRANCO, P. G. G.. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais - Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

MONTESQUIEU, C.S. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n.4, 1999, p. 23-49, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: e discurso sobre a economia política. Tradução Marcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hermus Editora Limitada, [s.d].

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed, rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, v. 8, p. 55-92, 2008a.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 2008b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>> Acesso em 12 out, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.