

## INTRODUÇÃO

“Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não chegou”<sup>1</sup>. Assim Boaventura de Sousa Santos identificou a contemporaneidade.

Nos dias atuais existem inúmeros discursos que colocam em discussão, na proposição da solução de problemas contemporâneos, a possibilidade de serem mitigadas algumas garantias e direitos fundamentais das pessoas.

Os direitos fundamentais, então, caminham para um novo horizonte. Suas tintas estão sendo raspadas, e resta saber qual é a nova roupagem que tomarão.

O conceito de pós-modernidade, expoente desse horizonte, ainda é bastante complexo e controverso<sup>2</sup>. Seu conceito, e qual a sua extensão, sofre com bastante instabilidade, o que lhe dá, além de outras variáveis, o *status* de ser um termo polissêmico. Há quem diga, neste ponto, haver a possibilidade de existirem diversas versões<sup>3</sup> da pós-modernidade.<sup>4</sup> E há quem diga, naturalmente, não existir uma pós-modernidade<sup>5</sup>.

De qualquer modo, a pós-modernidade (conceito adotado para os propósitos deste texto, mesmo ciente de sua instabilidade<sup>6-7</sup>), neste momento, pode ser vista

---

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 41.

<sup>2</sup> De um lado define um período de novos valores, posteriores aos referenciais da modernidade, caracterizando-se por uma sociedade acompanhada de um contexto de grandes dúvidas e por uma coletividade marcada por novos riscos da era pós-industrial, fruto da queda das grandes narrativas, mas que ainda assim, mesmo que em parte, tem a capacidade de conviver com alguns dos referenciais anteriores. Por uma outra visão mais radical, a pós-modernidade reside, na verdade, no afastamento completo do período anterior, tomando caminho diametralmente oposto a todas as características que vigiam na modernidade, imergindo-se em um profundo estágio de incertezas<sup>2</sup> e em um novo contexto sociológico.

<sup>3</sup> A título de exemplo, foi possível encontrar, no Direito norte americano, o uso do pós-modernismo para definir um novo marco do Direito Constitucional, sobretudo com base na mudança cultural que também afetou a recente jurisprudência. Vide: BALKIN, Jack M. *What is postmodern Constitutionalism?*. Michigan Law Review: Yale Law School. v. 90, p. 1966-1990, 1992.

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 24.

<sup>5</sup> Jurgen Harbermas, por exemplo, rechaça a existência da pós-modernidade. Zygmunt Bauman passou a adotar a expressão modernidade líquida por não antever, propriamente, uma pós-modernidade.

<sup>6</sup> Atualmente, embora presentes as já mencionadas (inevitáveis) divergências, há traços comuns em diversos autores para definir a pós-modernidade como o marco do atual estágio sociológico, precisamente a partir da ideia da perda de referenciais das últimas épocas, das incertezas sobre soluções e da profunda fragilização das relações. Acrescenta-se, ainda que de modo geral, a característica mais importante para os fins do presente trabalho: a perda da identidade, o que significa, em linhas amplas, o desaparecimento de referenciais fortes que sejam próprios de cada pessoa

<sup>7</sup> Nesta perspectiva, Zygmunt Bauman, por exemplo, não se vale em todas as suas obras da expressão pós-modernidade, mas destaca as mesmas características apontadas a partir do que optou por denominar, em quase todos seus escritos, de *modernidade líquida*. Tal exemplo demonstra que a pós-

como expressão que tenta indicar traços individualizantes do estado sociológico contemporâneo, a partir da constatação da fragilização das relações interpessoais, do enfraquecimento das convicções (por vezes dotadas de conteúdo vazio), ampliados por um sentimento de angústia frente aos problemas atuais, cujas origens e soluções são pouco entendidas. A questão também conta com os traços da sociedade de risco, onde a multiplicidade dos fatores cotidianos incrementam os sentimentos mencionados. É marcada, ainda, pelo desaparecimento das fronteiras e pelo protagonismo do individualismo.

O fim das grandes guerras, a queda em décadas posteriores de muitos dos regimes autoritários, e o desaparecimento de muitos dos fatores da geração das grandes esperanças, deram espaço para que o futuro até então idealizado se transformasse, agora, no presente capaz de enfim solucionar as angústias vivenciadas. Era a hora da promessa se transformar em realidade.

Ocorre, entretanto, que os novos tempos apresentaram problemas a serem enfrentados, mas sem a mesma identidade<sup>8</sup> e compreensão do que os marcos passados, especialmente porque a origem das questões que preocupam o corpo coletivo não conta mais com a certeza de quem e o quê seriam responsáveis pelos males. Por isso, a pós-modernidade é marcada (em algumas localidades) pelo traço da descrença coletiva, inclusive no campo das instituições públicas<sup>9</sup>, já que vem a suceder uma era de amplas narrativas que prometiam uma realidade diversa<sup>10</sup>, capaz de aquinhoar de maneira mais efetiva os dramas sociais.

Boaventura de Sousa Santos indica que os novos tempos (que se marcam pela difusão dos riscos) abalaram a confiança que as pessoas podem ter em relação às instituições públicas<sup>11</sup>, já que se mostraram incompetentes para lidar com as novas

---

modernidade, como referencial aqui definido, pode ter conceituação diversa em alguns textos, mas tem sido estudada, a partir das características comuns, por autores diferentes (cada qual com sua contribuição).

<sup>8</sup> Sobre a perda da identidade: HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 9a ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 181-182.

<sup>10</sup> Embora o trabalho mencione períodos ainda mais recentes, a sociologia já indicava a queda de grandes narrativas já no começo da década de 1980, Vide: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 2. ed. Trad. José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 1989

<sup>11</sup> No mesmo sentido: BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina, Revista Sequência n. 57, 2008, p. 135.

angústias.<sup>12</sup> Entretanto, mesmo que também abalada (na perspectiva da confiança), há uma face do Estado que ainda goza de certo prestígio coletivo: a intervenção nas múltiplas liberdades para a aplicação de sanções, destacadamente a sanção penal privativa de liberdade.<sup>13</sup>

Esse movimento interventivo, que conta com ampla aderência no tecido social (em face das incertezas e crises da pós-modernidade), caminha de forma catalisada pelo desejo de maior mitigação dos direitos fundamentais historicamente conquistados. Para muitos, em face das dúvidas e angústias dos correntes dias, o catálogo dos direitos fundamentais (especialmente de primeira dimensão) implica em óbice às demandas de intervenção estatal, especialmente no campo da segurança pública.

Assim, o presente artigo, amparado essencialmente no método teórico, propõe como objetivo uma breve reflexão a respeito dos destinos da força normativa dos direitos fundamentais na atualidade, ao tempo em que propõe, sem pretensão de exaurimento, algumas respostas a esse fenômeno de salutar importância para o direito constitucional contemporâneo.

## **1. “LIBERDADES” E RELATIVIDADE. ATÉ ONDE VAI, NOS DIAS DE HOJE, A PONDERAÇÃO/MITIGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL?**

Vive-se hoje um período de intranquilidade. As grandes narrativas da modernidade mostraram-se, em boa parte, utopias de um tempo que nunca chegou. De outro lado, a sociedade de risco se instalou, a liquidez e a fragilidade dos tempos imergiram as coletividades em um estágio de aprofundadas incertezas.

Essa marca dos novos tempos, derivada de uma predicação único dos dias de hoje, em dadas circunstâncias, pode introduzir novos desafios para a preservação dos

---

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p.181.

<sup>13</sup> Esse reconhecimento não reside propriamente em sua eficácia, notadamente porque é notório, no tecido social, o sentimento de ineficiência do sistema penal, seja por aqueles que clamam por maior punição, seja pelos que apontam objeções a ele.

direitos fundamentais<sup>14</sup>, em especial porque conta, cada dia mais, com o apoio popular pela mitigação de garantias e direitos fundamentais com o propósito de amenizar as expectativas de segurança de uma sociedade com convicções fragilizadas.

Ao se falar em liberdade não se está a apontar um direito fundamental individualizado (v.g a liberdade de ir e vir). Em verdade, o conceito referido liga-se a um extenso catálogo que é fruto do referencial que deu base à consolidação de todos os *diretos e garantias*<sup>15</sup> fundamentais de primeira dimensão<sup>16-17</sup>.

Enfim, tais liberdades, referidas aqui ampliativamente, preservam as características e valores que dão conteúdo a todos os direitos fundamentais, destacando-se, dentre elas, a possibilidade de sofrerem, em tese, *ponderação*<sup>18</sup> quando caracterizado o conflito entre tais direitos essenciais no plano concreto, e desde que essa medida de cotejo seja levada a efeito com o objetivo de assegurar, quando possível, a coexistência de tais direitos essenciais<sup>19</sup> em caso de colisão concreta.

Observa-se que uma das marcas dos direitos fundamentais reside no fato de terem fundo principiológico<sup>20</sup>, o que indica que não se submetem ao mesmo

---

<sup>14</sup> Os desafios constitucionais da pós-modernidade não se esgotam nesse tema. Sobre outras relações da Constituição com a pós-modernidade, notadamente quanto à queda das metanarrativas, Canotilho dedica interessante capítulo em sua obra a respeito do que denominou de “Estado pós-moderno e a Constituição sem sujeito”. Ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 155 e ss.

<sup>15</sup> Boa parte da doutrina reconhece que as expressões *direito* e *garantia* não devem ser confundidas, já que expressam conteúdos distintos (não por outra razão a CF/88 as citou separadamente). O *direito* se materializa em uma declaração que assegura a sua existência. Já *garantia*, de índole instrumental, é a previsão que existe para garantir a existência e a proteção do direito que foi declarado. Cf: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37a ed. São Paulo: Malheiros, p. 422.

<sup>16</sup> Sobre a 1ª dimensão dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46-47.

<sup>17</sup> Sobre as dimensões dos direitos fundamentais: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>18</sup> Sobre a ponderação na hipótese de conflitos entre direitos fundamentais: SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10-19

<sup>19</sup> Vide: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: 1993, p. 87-98.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 48 e ss.

tratamento jurídico das *regras*<sup>21-22</sup>. Enquanto estas, em caso de conflito<sup>23</sup>, são afastadas por inteiro, os princípios – ao nutrirem conteúdo fundamental – não podem ser totalmente sacrificado,<sup>24</sup> mas apenas flexibilizados/mitigados em dadas circunstâncias, desde que por uma questão de proporcionalidade<sup>25</sup>. E para que essa tarefa de ponderação tenha legitimidade, a razoabilidade que a justifica só estará presente quando a mitigação for levada a efeito em nome da tutela/proteção de outro direito fundamental, que apresente no caso concreto igual ou preponderante valor.

Sobre o tema, a doutrina<sup>26</sup> aponta que uma das principais diferenças entre as regras e os princípios, que derivam como espécies do gênero *norma*, está na solução do conflito interno entre essas normas.<sup>27</sup> Os direitos fundamentais, então, não são absolutos por característica. São, na realidade, *relativos*, já que passíveis de

---

<sup>21</sup> “Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas – a teoria normativa-material (*normative-materiale Theorie*) – Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugou as duas modalidades debaixo do conceito de normas. Tanto as regras como os princípios também são normas, escreve ele, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deontológicas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Assevera, em seguida, o insigne jurista que os princípios assim como as regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, embora sejam fundamentos de espécie mui diferentes.” (BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 282-283).

<sup>22</sup> Uma breve crítica a essa distinção pode ser encontrada em: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93.

<sup>23</sup> Ainda sobre o conflito de direitos fundamentais: A proporcionalidade como princípio é, por si, tema bastante complexo, tendo muitas projeções. Dentre outras obras, para compreender o sentido da proporcionalidade, vide: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 71-83

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 233.

<sup>25</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *op. cit.*, p. 71-83.

<sup>26</sup> Dentre outros: BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 46 e ss.

<sup>27</sup> “Onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per se, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzido numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungulting*).” Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem. Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdicar seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. (...). Com isso – afirma Alexy –, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 285-286).

ponderação, desde que em nome da preservação de outros valores igualmente ou preponderantemente essenciais no caso concreto<sup>28</sup>.

Ao ser possível essa ponderação apenas para tutela de valores igualmente importantes, mostra-se logicamente inconcebível, na prática, que alguns dos direitos fundamentais elencados na Constituição encontrem justificativa, em situações concretas, para lastrear a mencionada ponderação, tal qual ocorre com o direito fundamental de não ser torturado<sup>29</sup>.

De qualquer modo, a doutrina é bastante tranquila em afirmar que a possibilidade de ponderação, fruto do caráter da relatividade, é uma marca de substancial parte dos direitos fundamentais. Há *pontuais* entendimentos, inclusive, que defendem que a própria dignidade da pessoa humana (valor jurídico superior e que fundamenta a existência dos direitos fundamentais<sup>30</sup>, que desse valor deriva) seria ponderável caso tal medida for necessária à proteção de igual dignidade de outras pessoas. Calha observar que esse entendimento, bastante individualizado, limita essa ponderação para a hipótese de ser necessária à tutela da dignidade humana de outra pessoa. É o que pensa Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] não podemos deixar de lembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição terminológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isto não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matérias de direitos fundamentais. Com efeito, não há como deixar de reconhecer – acompanhando Kloepfer – que mesmo em se tendo a dignidade com o valor supremo do ordenamento jurídico, daí não segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade.<sup>31</sup>

A característica da relatividade (invocada ilegitimamente em muitos casos para enfraquecer os direitos fundamentais na pós-modernidade) surge, em realidade,

---

<sup>28</sup> ALTOÉ, Bruna Agostinho Barbosa. *Do conflito entre direitos fundamentais e direitos da personalidade: direito à livre-manifestação do pensamento versus direito à imagem, à honra e à privacidade*. Revista Brasileira de Direitos Humanos, Porto Alegre, n.11, p.80-102, dez. 2014.

<sup>29</sup> Em suma, não se concebe hipótese *legítima* em que a tortura pudesse ser praticada, mesmo que em nome da mencionada ponderação, ainda que em teoria pudesse se ventilar da relatividade que atingiria a todos os direitos fundamentais

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86 e ss.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 128.

como uma ideia de efetivação de tais direitos e de uma solução para a coexistência do complexo catálogo fundamental, garantindo-se, por outras palavras, a convivência dos mais essenciais valores em situações concretas, onde podem vir a ser encontradas algumas colisões (inevitáveis)<sup>32</sup>.

Essas breves considerações ilustram, ainda que superficialmente, que a utilização da *relatividade* como mecanismo apto a enfraquecer direitos fundamentais se trata de proibida medida, sobretudo porque tal característica, antes de restringir o alcance dos direitos fundamentais, reforça o âmbito de tutela destes direitos.

E mesmo em se tratando de afirmação que introduz um problema que tecnicamente aponta para fácil solução, em especial porque propostas de tal natureza estarão marcadas por flagrante inconstitucionalidade, essa aparente singeleza não é apta a afastar os reais riscos que o catálogo dos direitos fundamentais pode enfrentar na atualidade. José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar dos destinos atuais do sistema jurídico, reconhece que cada dia mais tem sido defendida, em nome de clamores de justiça, a mitigação das normas constitucionais, de modo que o direito constitucional “passa a ser julgado em nome da *justiça* e, em vez de se falar da Constituição e do seu direito como *reserva de justiça*, procede-se a *diálogos com a justiça* através de teorias de justiça”<sup>33</sup>.

Enfim, é possível constatar na atualidade a existência de propostas que se valem da ideia de relatividade, mas que acabam por introduzir, na verdade, medidas que não correspondem ao fundamento de validade da mitigação: a proteção de outro direito fundamental e a tutela da dignidade humana.

Konrad Hesse, por exemplo, destaca que os direitos fundamentais existem para a tutela das liberdades humanas mais essenciais, além de guiarem os limites de validade do próprio sistema jurídico<sup>34</sup>, o que dá legitimidade ao controle judicial de propostas contrárias a essa finalidade *liberal* necessária à dignidade humana. De tal

---

<sup>32</sup> Sobre a ponderação como convivência de direitos essenciais: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23 e ss.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 187

<sup>34</sup> Sobre a tutela da pessoa humana como fundamento de validade da intervenção do Estado: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 166-167

modo, o desvirtuamento da finalidade do direito fundamental é, em si, um grave ilícito passível de controle.<sup>35</sup>

Veja-se que o rol dos direitos fundamentais é extenso, e sendo fruto do caráter da *historicidade*<sup>36</sup>, ainda sofrerá constantes aprimoramentos conforme cada conjuntura. Não se trata de um projeto acabado, e nunca poderá ser, já que espelha, mesmo que em parte, os valores de cada momento, inclusive reconhecendo o surgimento de novas necessidades essenciais que merecem guarida do Direito no aspecto da fundamentalidade<sup>37</sup>.

Em não sendo um catálogo acabado (não exaurido), e tendo diversas espécies, os direitos fundamentais inevitavelmente encontrarão pontuais conflitos em situações concretas, mormente porque nem o constituinte originário e nem o legislador ordinário podem antever todas as manifestações concretas desses direitos, de moldes que a *relatividade*, ao se concretizar por meio da técnica da ponderação<sup>38-39</sup>, surge como possível solução que busca reforçar a importância de todos os direitos fundamentais, evitando-se que o circunstancial conflito não venha a ser utilizado de fundamento para a completa eliminação de um dos direitos em colisão.

Não há, portanto, qualquer legitimidade na utilização da relatividade como ferramenta de enfraquecimento de direitos fundamentais já conquistados e marcados

---

<sup>35</sup> “Onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzido numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungulting*).” Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem. Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. (...). Com isso – afirma Alexy –, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”. (HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33-34).

<sup>36</sup> Sobre a historicidade: FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 235.

<sup>37</sup> Veja-se, por exemplo, o entendimento de Zulmar Fachin sobre a caracterização, na atualidade, da água potável como um direito fundamental de sexta dimensão, entendimento este que bem ilustra a possibilidade de mutação e aprimoramento do catálogo fundamental. Vide: *Ibidem*, p. 228-229

<sup>38</sup> A técnica de ponderação é utilizada de forma recorrente pela Jurisprudência brasileira com o objetivo de solucionar, em casos concretos, eventuais conflitos entre direitos fundamentais. Vide: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1082878/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 14.10.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>39</sup> Ainda sobre a ponderação: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 113 e ss.



pela proibição do retrocesso<sup>40</sup>, mesmo que sob o argumento de excepcionalidades conjunturais<sup>41</sup>.

No entanto, é exatamente da característica da *relatividade* que se nutrem – de maneira indevida – algumas das tendências<sup>42</sup> que hoje buscam, em nome de uma maior intervenção do Estado na pós-modernidade, a promessa de solução para os problemas atuais de insegurança, o que se faz a partir do manejo de discursos, popularmente aderentes, de mitigação de parte das liberdades essenciais que, supostamente exageradas, seriam óbices à promoção segurança.

Destaque-se, entretanto, que a aplicação adequada da relatividade dos direitos fundamentais surge como uma necessidade de *efetivação* dessas normas no caso concreto, promovendo-se a esperada proteção das liberdades.

Pode-se dizer, por isso, que a relatividade é uma proteção da força que emana dos direitos fundamentais (revestidos de força normativa), já que delimita, em nome da tutela das liberdades, o caminho da mitigação a ser aplicada em casos concretos, assegurando que a eventual colisão não seja utilizada, de maneira conveniente, para a eliminação completa de determinado direito fundamental de seu detentor<sup>43</sup>.

## **2. MESMO AQUELES QUE DISCORDAM QUEREM AS MÚLTIPLAS LIBERDADES? A RESERVA DE LIBERDADE NA PÓS-MODERNIDADE**

Rememore-se, por ser salutar, que o movimento de conflito entre a ampliação e a contenção do Estado é, e possivelmente sempre será, um fenômeno histórico que estará em permanente renovação. Os direitos fundamentais se moldam de acordo com esse caráter e devem, ainda que com a ponderação em cada caso concreto, reafirmar o núcleo de proteção que carregam.

---

<sup>40</sup> Sobre o não retrocesso dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 451 e ss.

<sup>41</sup> Podem ser apontadas como exceção as hipóteses já estabelecidas pelo poder constituinte originário, por meio de cláusulas de exceção que derivam do caráter ilimitado, autônomo e incondicionado do exercício do poder constituinte originário.

<sup>42</sup> Essas propostas podem assumir até mesmo a feição de norma constitucional, o que não impede que sejam passíveis de controle. Sobre normas constitucionais “inconstitucionais” (v.g uma PEC contrária aos direitos fundamentais): BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. São Paulo: Almedina 2009.

<sup>43</sup> Essa análise, aliás, invoca importante imersão a respeito da ideia de que defender liberdades não é uma questão política ou ideológica. É, e sempre foi, matéria de sobrevivência da própria autonomia humana. Mesmo que com intensidades diferentes, ou abordagens diversas, não há qualquer pessoa que entenda ser útil ou saudável a eliminação das liberdades essenciais, ilação esta que se apresenta bastante oportuna em situações de debates ou instabilidades políticas.

Cumpra acentuar que o aumento do Estado, em termos de poder, se nutre continuamente da diminuição de liberdades (o que não significa, adiante-se, ser sempre e, em todo caso, ruim)<sup>44</sup>. Não há, aparentemente, qualquer outra forma capaz de explicar como o Estado pode regular os destinos do corpo coletivo se não for por meio da imposição, mesmo que não aparente, de limitações às autonomias, em formas diferentes.

Não é por outra razão que a doutrina entende que uma das diversas funções dos direitos fundamentais é garantir a irrenunciável *proteção das liberdades*, estabelecendo-se limites não passíveis de retrocesso para que o Estado não promova as restrições mencionadas de forma a lesionar a dignidade humana:

A função de defesa ou de liberdade impõe ao Estado um dever de abstenção. Essa abstenção, segundo José Carlos Viera de Andrade, significa dever de não interferência ou de não intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação; nessa direção, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a função de defesa ou de liberdades dos direitos fundamentais limita o poder estatal (ele não pode editar leis retroativas, por exemplo), mas também atribui dever ao Estado (impõe-se-lhe, por exemplo, o dever de impedir a violação da privacidade)<sup>45</sup>.

O que justificaria, então, a legitimidade das limitações promovidas pelo Estado é, e sempre deve ser, a narrativa de que se tratam de medidas necessárias à promoção de um bem-estar e, ainda, da proteção de outros direitos igualmente essenciais<sup>46</sup>.

Se a ideia de ausência completa e total do Estado parece ser uma utopia (já que sempre necessário um grau mínimo de regulação em uma sociedade complexa e marcada por suas particularidades antagônicas), igualmente utópica é a visão que, no

---

<sup>44</sup> Haverá, então, continuamente a necessidade de se descobrir quando a pontual limitação é ou não justificável para a efetivação de outros direitos fundamentais que se mostrem, nesse episódio, preponderantes. Ao tributar um produto, ao proibir um comportamento, ou mesmo ao estabelecer diversas outras limitações, invariavelmente estará por restringir, ainda que em parte, a mencionada autonomia.

<sup>45</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 259

<sup>46</sup> Quanto menor o grau de liberdade (em suas múltiplas projeções), maior controle o Estado terá quanto às escolhas a serem feitas pelos indivíduos. Seja em graus econômicos – regulando ou não o mercado –, seja no aspecto do Estado intervir ou não em escolhas pessoais (v.g se deve ou não proibir o casamento homoafetivo, ou se deve ou não proibir o consumo de determinados produtos), decorre dessa relação de permissão/proibição o ponto nodal entre visões ideológicas distintas.

exagero do outro polo, acredita que o Estado deve ser o controlador de todas ou de maioria das liberdades em nome de um projeto coletivo.

Ressalta-se, entretanto, que a avaliação sobre as vertentes políticas que surgem a partir dessa relação (alguns entendendo pela necessidade de maior intervenção do Estado, outros pela menor, sempre em variados graus) não constitui o objeto de análise deste trabalho, especialmente por demandar conhecimentos que transbordam os limites dessa pesquisa e que, certamente, merecem análise muito mais profunda.

De qualquer maneira, há algo importante que se constata dentro do tecido social: todos, indistintamente, reconhecem que a liberdade, ainda que figurativamente entendida em sentido amplo, é um valor essencial para a pessoa humana<sup>47-48</sup>, de modo que os conflitos ideológicos mencionados se resumem, via de regra, à dissonância acerca do *grau* ou *natureza* de tal liberdade. Alguns tencionam a entender, mesmo que por outros recursos de linguagem, que haveria justificativa de mitigação de parte das escolhas individuais, em nome de um projeto coletivo de equalização de desigualdades, e outros entendem, sempre em variadas intensidades, que a ampla intervenção Estatal redundaria normalmente na maior verticalização social e, conseqüentemente, no deterioramento do projeto de vida individual com dignidade.

Em outras palavras, há um catálogo mínimo de liberdade que sempre deve ser protegido, independentemente do caminho ideológico e político adotado, já que sem ele esvazia-se, em termos ontológicos e também abstratos, a definição da pessoa humana como um ser revestido de autonomia e dignidade<sup>49</sup>.

Ao se autodeclarar livre, uma pessoa pode compreender essa afirmação de forma completamente distinta de outro sujeito que, nas mesmas condições fáticas e jurídicas, entende não haver para si a mesma liberdade. Essa variação, que é natural

---

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90 e ss.

<sup>48</sup> Ainda sobre o tema: *Idem*. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 28 e ss.

<sup>49</sup> Englobando variações ou mesmo claras violações em alguns países (o que dá conteúdo ao importantíssimo estudo da existência ou não de limites para o *relativismo cultural*), direitos como a intimidade, a integridade física, a liberdade de ir e vir, dentre outros, exemplificam um rol que, mesmo passível de *ponderação* pontual (sempre em nome da preservação de outra liberdade essencial), deveria ser garantido a toda e qualquer pessoa

das pessoas e espelha a complexidade humana, encontra raiz no referencial ideológico de cada um<sup>50</sup>.

No direito norte americano se desenvolveu a distinção entre a liberdade a partir do referencial liberal<sup>51</sup>, em contraposição, à liberdade afirmada pelos comunitaristas. Para a primeira projeção, relacionada a *liberdade dos modernos*, o conceito está intimamente ligado à autonomia privada, evitando-se a ingerência indevida do Estado no espaço da referida autonomia. Em figura de linguagem, essa abordagem preza pelo indivíduo em seu jardim, tendo o direito de não sofrer intervenção do Estado nesse espaço que lhe é próprio<sup>52</sup> (*liberdade no jardim*).

Nessa mesma lógica, a *liberdade dos antigos*, lastreada em referenciais sociais, defende que a liberdade está intimamente relacionada com a possibilidade do cidadão em participar da vida política da comunidade. Diferentemente da visão anterior, a liberdade está na “autonomia pública”. Para isso, devem ser considerados

---

<sup>50</sup> Cabe advertir que a expressão *liberal*, no Brasil, tem sido utilizada para conceituar as vertentes de direita, ainda que por vezes se clamem por políticas de intervenção do Estado. Sobre essa questão, Carlos Henrique Cardim, ao fazer a apresentação da obra de John Rawls, fez a seguinte observação: “O termo liberal não tem nos Estados Unidos a mesma acepção que lhe é atribuída entre nós e na Europa. Os conservadores norte-americanos entendem-no como sinônimo de socialista, o que tampouco faz sentido no Brasil. O socialismo ocidental, embora acalentasse a ilusão da sociedade sem classes e lutasse pela estatização da economia, sempre se ateuve aos limites impostos pelo sistema democrático representativo (ao contrário do socialismo oriental, que aderiu ao totalitarismo e passou a ser conhecido como comunismo, justamente para não confundir-lo com o socialismo). Nos Estados Unidos, nunca houve movimento expressivo em favor da criação de qualquer espécie de Estado empresário. A corrente forte (liberal, em grande medida identificada com o Partido Democrata) caracteriza-se pela adoção de mecanismos oficiais destinados a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo através do mercado (*New Deal* de Roosevelt; *Big Society* de Lyndon Johnson etc.). Assim sendo, ela mais se assemelha à social-democracia europeia, ainda que esta só se tenha oficializado no Congresso de Godsberg (novembro de 1959), do Partido Social-Democrata Alemão, que rompe com o marxismo e renuncia à sociedade sem classes, se bem que sem abdicar de uma certa igualdade de resultados (o compromisso dos liberais é com a igualdade de oportunidades). O liberal americano pode, pois, ser qualificado de social-democrata. Os liberais estadunidenses são chamados de *conservative* ou *new-conservative*, dispendo de grande influência no Partido Republicano. Tampouco poderiam ser identificados com os conservadores, que são também muito atuantes, mas cultivam faixa própria. A digressão precedente vem a propósito deste livro que se denomina Liberalismo político. Seu autor é um autêntico liberal, na acepção acima caracterizada, sendo portanto legítimo caracterizá-lo como social-democrata. John Rawls (nascido em 1921), professor em Harvard, alcançou grande nomeada com a publicação, em 1971, do livro uma teoria da justiça. (...) (“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é de todos os sistemas de pensamento”), a partir do qual seria possível reorganizar a vida social”. (RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2a ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 05-06).

<sup>51</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 259.

<sup>52</sup> Conforme ensina Luis Roberto Barroso: “de forma simplificada, os liberais valorizam a liberdade como autonomia privada (liberdade dos modernos), defendem o mercado como forma de administração da escassez e creem na existência de uma concepção de justiça de caráter uni- versal, que pode ser compartilhada por todos. Os *comunitaristas* rejeitam uma ideia de justiça que seja imparcial, dissociada das circunstâncias sociais e dos interesses dominantes na sociedade e valorizam a liberdade como autonomia pública, isto é, como participação política (liberdade dos antigos). (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92).

aspectos sociais, além de medidas capazes de aquilibrar discrepâncias entre os membros da mesma coletividade, garantindo que todos, igualmente, possam protagonizar o seu papel na vida jurídica e política daquela comunidade. Em figura de linguagem, essa seria a “liberdade na praça”, em que as pessoas estariam em tal espaço público (ambiente coletivo)<sup>53</sup>, igualmente participando da vida política<sup>54</sup>.

A prevalência de uma visão sobre a outra é variável de cada país. Para muitos, entretanto, é a junção das duas liberdades que se mostra efetiva à luz da proteção que se espera do Estado de Direito. Nessa lógica, acolhendo a importância dos dois valores, a Constituição brasileira de 1988 trouxe previsões que asseguram a livre economia de mercado, ao tempo em que também traz previsões sociais. Isso significa que a proteção da autonomia privada no Brasil é *heterogênea*.<sup>55</sup>

As breves considerações até aqui expostas possuem o objetivo de indicar que, na verdade, o tema das *liberdades* sofre com um problema de assimilação. Aparentemente, em termos gerais, quase todos os indivíduos concordam que proteger a própria liberdade é uma atitude essencial para a vida; mas ao tempo que esse (quase) consenso se consolida no campo da oratória, cada dia mais surgem visões ideológicas completamente dissonantes a respeito de políticas públicas e atitudes privadas que, amparadas na encantadora promessa de proteger as liberdades, acabam por trilhar caminhos completamente opostos.

Enfim, para o horizonte dos direitos fundamentais na pós-modernidade é preciso resgatar, por vezes, elementos há muito tempo consolidados. Os direitos fundamentais existem para proteger a pessoa, e não são obstáculos ao bem-estar; são promotores deste. A renúncia do direito fundamental – impossível no plano jurídico, mas cada dia mais plausível e defendida no campo sociológico para terceiros – é a renúncia da própria autonomia humana, inexistindo vertente ideológica ou jurídica que seja capaz de superar esse dado.

---

<sup>53</sup> Para o cumprimento dessa tarefa de equalização pregada pela segunda visão, seriam necessárias políticas públicas para garantir que as pessoas venham a ter condições de exercer verdadeiramente a sua aptidão política, exigindo-se do Estado prestações positivas que tenham por objetivo a proporção da liberdade esperada, criando e efetivando direitos fundamentais.

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173-176.

<sup>55</sup> “[...] se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro lado não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Porém, a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através de variadas fórmulas compromissórias”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 212).

### 3. A FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO. REAFIRMAÇÃO DE SEU PAPEL NA ATUALIDADE

Ferdinand Lassalle desenvolveu uma célebre teoria, ainda hoje de alta aderência acadêmica, que serve para ilustrar as eventuais diferenças entre o texto constitucional (*Constituição formal*) e o a *Constituição real*, traduzida, esta última, nos fatores reais de poder<sup>56</sup> que determinam as escolhas essenciais do destino da sociedade. É o que parte da doutrina chama de *Constituição sociológica*, uma clara antítese, como mais a frente se verá, à constituição normativa.

Lassalle promove a conclusão de que a Constituição deriva da sociedade e de fatores de poder extraídos da realidade, pouco importando o que está escrito no texto constitucional, de modo que sua visão, distinta da conclusão normativa, acaba por ser dissonante, por exemplo, daquela defendida por Konrad Hesse, que critica a ideia da força constitucional ter fundo somente sociológico, mormente por entender que a aplicação prática dessa forma de pensar legitimaria, em todos os casos, a prevalência de interesses de minorias que circundam as instituições do poder.

A ideia de uma Constituição real, puramente sociológica, como se vê, acaba por reconhecer que é uma constante preocupação do constitucionalismo a aproximação de todas as promessas constitucionais com os dados de realidade, mantendo, por essa forma de pensar, a coerência de suas normas com os fatores sociais extraídos do corpo coletivo. Do contrário, distanciando o texto da realidade, conforme palavras do próprio Lassalle, a constituição será uma mera “folha de papel”<sup>57</sup>, sem utilidade<sup>58</sup> e sem aderência ao tecido social.

A constituição escrita, pela visão de Lassalle, terá pouquíssima vida útil se não conseguir readequar-se à *constituição real*, também chamada de constituição *efetiva* (já que mesmo informal, é a que detém a capacidade de produzir efeitos concretos)<sup>59</sup>. Neste viés, a constituição teria fundamento sociológico<sup>60</sup>, pois derivado do poder

---

<sup>56</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 10.

<sup>57</sup> LASSALLE, *op cit*, p. 17-18.

<sup>58</sup> *Idem*. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 68.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

<sup>60</sup> *Ibidem*. p. 78.

extraído da realidade<sup>61-62</sup>, não tendo substrato jurídico próprio, lógica esta que se reforça quando adotado o referencial de que é a Constituição, fruto do poder constituinte originário, que introduz o paradigma jurídico de validades para todas as normas (antes tudo estaria no campo do exercício puramente político).

Conquanto tal tese seja aplicável a toda extensão das normas constitucionais, importa, para os fins do presente trabalho, a invocação da visão de Lassalle, sem se olvidar das críticas que recebe (especialmente oriundas da visão de Hesse), para o cotejo do catálogo dos direitos fundamentais com algumas demandas da atualidade.

Como já afirmado em tópicos pretéritos, os direitos fundamentais encontram-se em risco (normalmente não oficial) no curso da pós-modernidade, onde os clamores próprios da era das incertezas, que são dados de realidade, indicam um distanciamento com o texto constitucional e com as promessas lá estabelecidas.

Embora a Constituição Federal brasileira escrita traga um catálogo de direitos fundamentais bastante extenso, colacionando promessas e garantias constitucionais essenciais às liberdades historicamente conquistadas, aparentemente tem crescido, dentro do tecido social, um movimento apto a cada vez mais distanciar o texto das demandas surgidas no corpo coletivo, notadamente ante períodos de crises.

Se é certo que a visão de Lasalle representa, ainda hoje, uma forma destacadamente peculiar de entender a Constituição (classificando-a, diferentemente da maioria, como um poder de caráter sociológico<sup>63</sup>), suas lições são essenciais para reafirmar que as normas colocadas no texto constitucional, isto é, dentro do plano positivo, ainda que sejam inseridas em um contexto revestido de forte carga teórica que proíba o retrocesso, podem encontrar, no campo da realidade, distanciamento com as vontades das pessoas, e cada vez mais esvaziar a sua força normativa.

Nessa ordem de ideias, uma rápida leitura dessas afirmações poderia indicar, equivocadamente, que essas manifestações sociais – ao terem a suposta soberania da *constituição real* – sempre e, em qualquer circunstância, se sobreporiam ao texto constitucional, inclusive quanto ao catálogo dos direitos fundamentais, que poderia ser mitigado ou suprimido, no todo ou em parte, pela opção dos fatores reais de poder ou pela simples aplicação do princípio *majoritário* (aquele que diz que basta a vontade da maioria para se efetivar a democracia).

---

<sup>61</sup> LASSALLE, Ferdinand. *op cit*, p. 10.

<sup>62</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

<sup>63</sup> LASSALLE, Ferdinand, *A Essência da Constituição*. 6ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 11.

No entanto, é preciso ponderar que a Constituição escrita, quanto aos temas essenciais, deve sempre ser revestida de especial força normativa<sup>64</sup> que seja capaz, inclusive, de modificar eventual realidade conjuntural extraída do corpo coletivo<sup>65</sup>.

É exatamente por serem muitas vezes contrárias às maiorias vigentes que as normas fundamentais devem ter, dentro do sistema jurídico, tamanha carga de proteção, notadamente porque sua essencialidade deve ser protegida mesmo contra a circunstancial vontade de um grupo preponderante. Zelar pela preservação das normas fundamentais de liberdade inseridas na constituição, por essa forma, é um dever jurídico, ainda que essa proteção se concretize contra a vontade geral (o que lhe dá um caráter *contramajoritário*<sup>66</sup>, uma marca da jurisdição constitucional<sup>67</sup>).

Cabe lembrar que os direitos fundamentais se encontram no núcleo mais importante do movimento constitucionalista, e devem ser preservados ainda que frente aos interesses gerais. Comportam, inclusive, proteção quanto ao poder público (que nasce amparado nos direitos fundamentais, e deles é obediente).<sup>68</sup>

Robert Alexy, a exemplo de outros autores, adota conclusão semelhante quando conclui que a carga de importância dos direitos fundamentais é tamanha que sua outorga ou restrição sequer pode ser definida a partir de uma simples maioria parlamentar:

Os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos de uma simples maioria parlamentar. Esta frase é suscetível de múltiplas precisões. Uma delas deve ser realizada de imediato. Se trata aqui dos direitos fundamentais, da lei fundamental, é dizer, de posições que são tão importantes desde o ponto de vista do direito constitucional que sua outorga ou denegação não podem ser

---

<sup>64</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33-34.

<sup>65</sup> Por outro modo de dizer, é possível que sejam colocadas normas no texto constitucional, normalmente ligadas aos valores essenciais das liberdades mínimas, que não tenham em seu nascimento a aderência social tratada por Lassalle, mas se fazem ali presentes exatamente para alterar, mesmo que lentamente, a realidade social, e acabam por se revestir de vontade própria (*vontade da constituição*, e não do poder) para que consiga, inclusive, superar as demandas de realidade.

<sup>66</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 527 p. 205

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.

<sup>68</sup> Sobre esse ponto, vale transcrever as lições de Georges Abboud: “(...) a limitação do poder e a preservação dos direitos fundamentais constituem o principal mote perseguido pela evolução do constitucionalismo. Assim sendo, os direitos fundamentais não podem ser violados pelo Poder Público, porquanto sua preservação é o ponto fundante da legitimidade do próprio poder Público (Estado). (ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353)



deixados à simples maioria parlamentar<sup>69</sup>.

Em termos de categorias, a análise de uma constituição que tenha força normativa própria, contrária à tese de Lassalle, reconhece a existência, então, de uma vontade autônoma da Constituição (que pretende regular o *dever-ser*). É uma resposta à exclusiva *vontade de poder*, que derivaria do puro caráter sociológico já abordado e que legitimaria, caso adotada em caráter exclusivo, a conclusão de que o texto constitucional pode ser apenas uma “folha de papel” se não vier a refletir, de maneira fiel, os fatores reais de poder ou mesmo a vontade de maiorias.

Por isso – e aqui reside uma importante conclusão para o horizonte dos direitos fundamentais na pós-modernidade – a Constituição, mesmo contrária à vontade geral, pode vir a se converter em verdadeira força ativa<sup>70</sup> quanto aos direitos fundamentais, em especial quando conseguir imiscuir, dentro da consciência geral das pessoas e dos atores do poder, a *vontade da constituição*<sup>71</sup>, que se sobreporá às episódicas demandas de maioria que busquem, por meio das tendências punitivas valoradas no pretérito capítulo, o retrocesso parcial do catálogo fundamental das liberdades. Sobre o tema, as palavras de Konrad Hesse:

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 e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a *vontade da Constituição* (*Wille zur Verfassung*).<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Tradução livre do seguinte trecho: “Los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria. Esta frase es susceptible de múltiples precisiones. Una de ellas debe ser realizada de inmediato. Se trata aquí de los derechos fundamentales de la ley Fundamental, es decir, de posiciones que son tan importantes desde el punto de vista del derecho constitucional que su otorgamiento o denegación no pueden quedar librados a la simple mayoría parlamentaria.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: 1993, p. 432).

<sup>70</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123 e ss.

<sup>71</sup> *Idem*. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1991, p. 19.

<sup>72</sup> *Idem*. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

Ainda sobre a característica em estudo, vale colacionar a visão de Ana Paula Barcellos, para quem a vedação do retrocesso faz menção aos direitos fundamentais, embora mereça pontuais objeções quanto ao perigo de engessamento do catálogo para os futuros agentes do poder.<sup>73-74</sup>

Em última análise, em todo e qualquer sistema fundamentado na dignidade da pessoa humana, tal qual ocorre no Brasil e na grande parte das democracias contemporâneas, os direitos fundamentais devem estar revestidos de tamanha força normativa, que seja apta, inclusive, a superar as demandas do próprio tecido social que, impelidas por momentos de crise, acabem por tencionar ao enfraquecimento das liberdades elementares.

Eventual incompatibilidade de legitimidade dessa conclusão, ao argumento de que o povo, pelo próprio texto constitucional, é o detentor do poder (que dele deriva em suas múltiplas faces), é superada<sup>75</sup> pela constatação de que as liberdades fundamentais surgiram, em longo e contínuo fluxo histórico, como garantia de proteção da dignidade da pessoa humana frente aos episódios que, de variadas maneiras, levaram a efeito medidas de verticalização da relação Estado-Indivíduo e, fundamentalmente, que enfraqueceram o núcleo de valores que atribui a dignidade ao ser humano, sem qualquer forma de hierarquia ou categorização.

A democracia pressupõe o respeito à autonomia humana. Não se resume à compreensão do chamado *princípio majoritário*. Os direitos fundamentais são estruturas basilares da democracia, de moldes que o enfraquecimento do catálogo essencial de liberdades é a mais forte corrosão do pacto democrático. Conforme ensina a doutrina:

Democracia não é sinônimo de regra majoritária e a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, sendo os dos mais recentes e famosos a Assembleia Jacobina do período do terror na Revolução Francesa e as maiorias nazistas e fascistas. A democracia

---

<sup>73</sup> Cabe observar que a mencionada autora, com acerto, reconhece que o uso imoderado da cláusula do não retrocesso pode engessar por completo o catálogo dos direitos fundamentais, impedindo a maleabilidade que pode ser necessária com a modificação da própria sociedade. É certo que os direitos fundamentais não devem retroceder na perspectiva da extinção, mas no futuro podem vir a encontrar novos valores como marcas de uma sociedade ainda hoje sequer prevista, de modo que a cláusula do não retrocesso, embora seja importante característica dos direitos fundamentais, não deve servir de base para seu engessamento completo da atualidade (impedindo-se a modificação no futuro). Sobre o tema: BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 87 e ss.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 85-86

<sup>75</sup> Sobre a convivência da jurisdição contramajoritária com a democracia: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. rev. Salvador: Juspodvim, 2010, p. 61.

exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade, como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus principais limites<sup>76</sup>.

Esses traços indicam, de antemão, que a marca da indisponibilidade absoluta dos direitos fundamentais não se dá apenas no plano individual. Tamanha é a força normativa que deve carregar, inclusive contra vontades coletivas de circunstância<sup>77</sup>, que a impossibilidade de sua renúncia completa atinge tanto o indivíduo por si considerado, quanto o plano coletivo.

Nessa lógica, uma das principais funções da jurisdição constitucional é zelar pela Constituição<sup>78</sup>, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais, fornecendo a necessária carga de proteção, em nome de sua força normativa, mesmo contra a vontade de maioria<sup>79</sup>. Relembre-se que o enfraquecimento episódico da Constituição, notadamente quanto aos direitos essenciais, abre precedente para esvaziar, por completo, a força normativa que se espera do texto constitucional. O precedente de hoje, utilizado supostamente em nome de um benefício coletivo, amanhã poderá ser invocado – com descontrole – para ruir, de pouco em pouco, as conquistas fundamentais. Trata-se de um caminho sem volta.

É por isso que a jurisdição constitucional, ao reconhecer que os direitos fundamentais não podem retroceder (nem mesmo frente à vontade geral da população), se reveste de caráter *contramajoritário*<sup>80</sup> que se renovará, cada vez mais, no curso da pós-modernidade.

Há, ainda, um ponto a ser enfrentado: essas ideias aqui apresentadas defendem uma conclusão puramente normativa, isto é, sem base na realidade? Seria possível tamanha abstração, notadamente quanto à Constituição (que espelha a realidade do momento de sua criação)?

---

<sup>76</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 266-267

<sup>77</sup> Sobre o caráter contramajoritário da jurisdição de proteção dos direitos fundamentais: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: 1993, p. 434.

<sup>78</sup> Para maior aprofundamento sobre a jurisdição constitucional: ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>79</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123 e ss.

<sup>80</sup> *Idem*. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998 p. 420.

Em resposta às questões formuladas, é preciso rememorar que a força normativa da constituição deve existir, sem prejuízo de outros objetivos, para adequar a realidade (o campo do *ser*) a um projeto que respeite as liberdades essenciais da pessoa humana, o que aparentemente se tornaria impossível se a legitimidade das normas constitucionais só fosse extraída dos fatores reais de poder. A Constituição, ao se revestir de força normativa própria pode planejar o campo do *dever-ser* com o objetivo de aprimorar a realidade e efetivar os direitos que sejam essenciais.

No entanto, é uma lógica conclusão entender que uma Constituição não pode se alimentar puramente de raízes abstratas, já que acaba por espelhar as circunstâncias históricas e sociais de sua criação. Mais do que isso, seria uma utopia crer na possibilidade de que o texto constitucional não viesse absorver, mesmo que em parte, as demandas que são fruto dos fatores reais do poder.

Konrad Hesse reconhece esse pensar, e faz concluir que sua tese não busca tamanho exagero. Uma Constituição, em realidade, acaba por se nutrir, em parte, dos fatores reais de poder (afinal espelha valores de uma sociedade). Mas isso não impede que a força normativa dos direitos fundamentais seja assegurada. Hesse, na verdade, faz uma antítese à visão de Lassalle a respeito da constituição *puramente* sociológica, ao introduzir a possibilidade de que o texto constitucional, sem prejuízo dos dados de realidade que inevitavelmente o acompanharão, tenha força normativa autônoma.

É evidente, portanto, que nem mesmo a força normativa da constituição pode conseguir superar, por completo, as manifestações e limitações naturais de cada tecido social<sup>81</sup> que vierem a integrar o texto constitucional. Nesta linha de pensar, a Constituição terá inevitavelmente que reconhecer a existência das condicionantes naturais e se adequar a elas para que sua força normativa seja preservada<sup>82</sup>.

A compreensão de que a jurisdição constitucional de tutela dos direitos fundamentais tem, ordinariamente, o caráter contramajoritário, surge como um reflexo de tal forma de pensar. Nada mais é, em linhas gerais, do que a conclusão de

---

<sup>81</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1991, p. 24.

<sup>82</sup> Isso indica, de maneira clara, que a ideia da força normativa da Constituição não tem por intenção ser um projeto de puro *dever-ser* (alimentando-se apenas do abstrato); em sentido contrário, reconhece a existência de dados de realidade; mas acrescenta, como um contraponto, forte conclusão que rechaça a premissa de que a Constituição tenha exclusivamente a fundamentação nos já apontados *fatores reais de poder*, de modo a reconhecer que deve carregar consigo, intrinsecamente, carga normativa própria que seja capaz de moldar a realidade, sobretudo quanto ao campo de preservação dos direitos fundamentais. Hesse, para esse raciocínio, trabalha com a possibilidade de "condicionamento recíproco" existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. (*Ibidem*, p. 13)

que o catálogo fundamental, em termos de sua sobrevivência, deve ter força normativa capaz de superar as próprias demandas coletivas (dados de realidade), indicando sua força normativa.

## CONCLUSÕES

A visão de Lassalle a respeito da Constituição sociológica, em regra, tem por referência o marco de origem da Constituição de cada sociedade. Analisa criticamente as promessas dos textos que já nascem em dissonância dos fatores reais de poder. Ao classificar como mera “folha de papel” a Constituição escrita que não se coaduna com a *Constituição real*, normalmente se analisa a falência da proposta de introdução de um texto que seria capaz de alterar a soberania dos fundamentos sociológicos do poder. Hesse, como visto anteriormente, faz objeção a tal visão por reconhecer que Constituição escrita pode ter força ativa, fruto da *vontade da Constituição*, e que convivendo com os fatores reais de poder acabe por alterar, de pouco em pouco, a realidade na busca de um maior bem-estar e de realização da autonomia humana.

Diante desses marcos, a visão de Konrad Hesse, como um resgate necessário, se apresentará como importante mecanismo para o horizonte dos direitos fundamentais (em risco, frente às demandas crescentes da pós-modernidade).

Mas, além disso, a pós-modernidade, marcada por suas incertezas<sup>83</sup> e pela queda de grandes referenciais<sup>84</sup>, pode gerar um superveniente *descolamento* da realidade com o texto constitucional, o que hoje cria – e amanhã continuará a criar – espaços para demandas de supressão dos direitos fundamentais.

Por meio do mencionado efeito (*descolamento da realidade*), cuja proposta aqui se faz a título de um mecanismo didático de linguagem, é possível que determinado texto constitucional tenha nascido em reprodução às demandas de realidade, e posteriormente passe a se desatar dessa realidade por razões do enfraquecimento dos referenciais das normas constitucionalmente estabelecidas.

A Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, tem em si, no tema dos direitos fundamentais, um amplo espelho das demandas que circundaram a

---

<sup>83</sup> BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina, Revista Sequência n. 57, 2008, p. 135.

<sup>84</sup> LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. 3a ed. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 1988, p. 69-70

assembleia nacional constituinte, notadamente frente às restrições às liberdades no período ditatorial, e acaba por estabelecer forte catálogo de liberdades individuais<sup>85</sup>.

Mas mesmo que hoje não haja, propriamente, uma alteração quanto aos valores e aos fundamentos de origem do texto constitucional, há, no efeito de descolamento da pós-modernidade, apenas o desaparecimento da *assimilação* acerca da importância da norma constitucionalmente estabelecida, ainda que essa importância, por motivos históricos, permaneça intocada.

Veja-se que o *descolamento* da convicção da população a respeito da utilidade dos direitos fundamentais (positivados em sua época com aderência à realidade), demonstra, como característica, a superveniência de tensões coletivas que passam a ilustrar que a vontade popular se distancia, cada dia mais, da previsão textual dos direitos fundamentais<sup>86</sup>.

Esse estágio de *descolamento* da realidade com o texto, aliás, tende a se agravar cada vez mais com o aprofundamento de crises (econômicas, políticas, sociais, etc).

Em assim sendo, se de um lado o afastamento da realidade com o texto da Constituição espelha um dado ontológico, isto é, fruto da realidade, é preciso rememorar que os direitos fundamentais jamais podem se inserir nesse contexto de desate ou desapego, já que irrenunciáveis (na perspectiva absoluta) e essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Não se deve confundir essa análise com as modificações *reais* dos fatores de legitimidade da Constituição. A modificação social, e o surgimento de novos valores, frutos do contínuo aprimoramento da complexidade humana, naturalmente sempre farão das Constituições um projeto inacabado (mas que avança sempre positivamente, conquistando novos direitos fundamentais, nunca restringindo-os). A questão aqui proposta, na realidade, se distancia bastante dessa ilação, pois parte da premissa de que a queda de boa parte dos referenciais, e a fragilidade das convicções, marcadas por outros traços da pós-modernidade (melhores explorados no segundo capítulo), fazem com que parte da população passe a entender os direitos fundamentais não mais como medidas de tutela de sua própria dignidade, mas como impedimentos à efetivação de medidas contundentes que se voltem contra pessoas que, em seu modo de ver, atrapalham o aprimoramento do país e o seu projeto pessoal de vida.

<sup>86</sup> Embora não trate diretamente do tema abordado no presente trabalho, Otto Bachof trabalha com a hipótese de *inconstitucionalidade* resultante da mudança de natureza de normas constitucionais por conta da cessação de vigência sem alteração expressa (sendo fruto apenas da modificação do conteúdo de valor por trás das normas). Vide: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. São Paulo: Almedina 2009, p. 59-61.

<sup>87</sup> Não há, em qualquer circunstância, como entender que essa renúncia espelhe, legitimamente, a realidade do tecido social (notadamente porque a pessoa nunca renuncia aquilo que lhe é elementar, sem o qual se inviabiliza a própria existência), de modo que a questão melhor se encaixa como uma face da pós-modernidade que precisa, como resposta às crises atuais, ser assimilada pela jurisdição constitucional.

Veja-se que o só fato de existir um crescimento de movimentos que tencionem pelo enfraquecimento dos direitos fundamentais indica, como o maior dos exemplos, que a pós-modernidade se marca pela fragilidade das convicções e pelas incertezas<sup>88</sup> que clamam por medidas emergenciais (por vezes inconsequentes).

O Estado de Direito, amparado na baliza dos direitos fundamentais, não pode jamais transacionar com o retrocesso de liberdades essenciais, o que indica que o *descolamento* de algumas das preferências identificáveis no corpo coletivo, quanto ao não retrocesso dos direitos fundamentais (aparentemente abrindo mão dessa cláusula de tutela), se apresenta como um marco novo, que renovará os desafios da jurisdição constitucional, contramajoritária<sup>89</sup>. Haverá de se exigir do poder judiciário, como nunca, o papel de ser o “guardião das promessas”<sup>90</sup>.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales: 1993.

ALTOÉ, Bruna Agostinho Barbosa. *Do conflito entre direitos fundamentais e direitos da personalidade: direito à livre-manifestação do pensamento versus direito à imagem, à honra e à privacidade*. Revista Brasileira de Direitos Humanos, Porto Alegre, n.11, p.80-102, dez. 2014.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. São Paulo: Almedina 2009.

BALKIN, Jack M. *What is postmodern Constitutionalism?*. Michigan Law Review: Yale Law School. v. 90, p. 1966-1990, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

---

<sup>88</sup> BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina, Revista Sequência n. 57, 2008

<sup>89</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. rev. Salvador: Juspodvim, 2010, p. 61

<sup>90</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 489.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina, Revista Sequência n. 57, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. Apelação Cível n. 1082878/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 14.10.2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. rev. Salvador: Juspodvim, 2010.

\_\_\_\_\_. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. rev. Salvador: Juspodvim, 2010.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 9ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Porto alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1991.



\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 2. ed. Trad. José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 1989

\_\_\_\_\_. *O pós-moderno*. 3a ed. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2a ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37a ed. São Paulo: Malheiros.

TASCHNER, Gisela B. *A pós-modernidade e a sociologia*. São Paulo: Revista USP, n. 42, 1999.