

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A TEORIA DA JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E OS LIMITES PARA AS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LAUDENIR FERNANDO PETRONCINI

Itajaí-SC
2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A TEORIA DA JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E OS LIMITES PARA AS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LAUDENIR FERNANDO PETRONCINI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor José Antonio Savaris

Itajaí-SC
2015

AGRADECIMENTO

A minha família

DEDICATÓRIA

Para Edilene

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 30 de junho de 2015.

Laudenir Fernando Petroncini
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS

Direitos do homem: “direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.”¹

Direitos fundamentais: “direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição.”²

Direitos fundamentais em sentido formal: “posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo).”³

Direitos fundamentais em sentido material: “aqueles [direitos] que, apesar de se encontrarem fora do catálogo por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.”⁴

Direitos humanos: “posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram, à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”⁵

Institucionalismo transcendental: “Uma abordagem- iniciada por Thomas Hobbes no século XVII, e seguida, de diferentes modos, por destacados pensadores, como Jean-Jacques Rousseau – [que] concentrou-se na identificação de arranjos institucionais justos para uma sociedade.”⁶

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 44.

² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 9.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição** Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, p. 5-30, jul./set. 1996. p. 9. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176432>>. Acesso em 01/09/2015.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição.** p. 9.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** p. 29.

⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Trad. Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Título original: *The idea of justice*. p. 36.

Mínimo existencial: “prestações materiais destinadas a garantir as condições indispensáveis para uma vida digna (ou para a sobrevivência, segundo alguns), congregando, assim, as frações tidas por essenciais de alguns daqueles direitos.”⁷

Núcleo essencial dos direitos fundamentais: “parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.”⁸

Ponderação: “A *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”.⁹

Pós-positivismo: “marco filosófico do novo direito constitucional” cuja “situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.”¹⁰

Princípios: “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”¹¹

Regras: “enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.”¹²

⁷ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais:** dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.p. 111.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** p. 411.

⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 164.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 29 out. 2015. p. 3.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. 2 tir. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 90.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** p. 6.

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	16
ORIGEM E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.1. DOS DIREITOS NATURAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.2. DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
CAPÍTULO 2	38
NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: ESPÉCIES E INTERPRETAÇÃO.....	38
2.1. FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL	38
2.2. PRINCÍPIOS E REGRAS DE DIREITO FUNDAMENTAL	42
2.3. SOLUÇÃO DE CONFLITOS NORMATIVOS	49
2.4. NORMAS ATRIBUÍDAS DE DIREITO FUNDAMENTAL	56
CAPÍTULO 3	61
RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU NÚCLEO ESSENCIAL	61
3.1. TEORIAS INTERNA E EXTERNA DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	61
3.1.1. Teoria interna	67
3.1.2. Teoria externa	70
3.2. GARANTIA DE EFICÁCIA MÍNIMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O NÚCLEO ESSENCIAL	73
3.2.1. O mínimo existencial	79
CAPÍTULO 4	83
A TEORIA DA JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E AS RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	83
4.1. O MÍNIMO EXISTENCIAL NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.....	83
4.2. OS DIREITOS HUMANOS E O INSTITUCIONALISMO TRANSDENDENTAL...	92
4.3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DA JUSTIÇA DE AMARTYA SEN.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	111

RESUMO

A presente Dissertação de Mestrado tem por objetivo analisar a utilização da teoria da justiça de Amartya Sen como referência para a solução de conflitos entre princípios de direitos fundamentais e para a imposição de limites para sua restrição. Com base na origem e classificação dos direitos fundamentais, analisará a força normativa dos princípios constitucionais que os garantem e a forma de solução de conflitos entre esses princípios. Exporá as teorias relativas às restrições aos direitos fundamentais e sobre os limites a essas restrições. Finalmente, demonstrará a inadequação de teorias transcendentais da justiça como referência para a defesa da concretização mínima dos direitos fundamentais, apontando para a maior adequação de uma concepção de justiça focada em realizações sociais e que possibilite a comparação entre situações reais mais ou menos injustas.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos fundamentais. Princípios. Conteúdo essencial. Mínimo existencial.

ABSTRACT

This Master's degree Dissertation analyzes the use of Amartya Sen's theory of justice as a framework for resolving conflicts between principles of fundamental rights, and imposing limits on their restriction. Based on the origin and classification of fundamental rights, it analyzes the normative force of the constitutional principles that guarantee these fundamental rights, and the form of conflict resolution between these principles. It comments on the theories of restriction of fundamental rights and the limits of these restrictions. Finally, it demonstrates the inadequacy of transcendental theories of justice as a reference for the defense of the minimal implementation of fundamental rights, pointing to a more appropriate concept of justice that is focused on social achievements, and that enables comparison between real situations where there is a greater or lesser degree of justice.

Categories/keywords: Human rights. Fundamental rights. Principles. Essential content. Existential minimum.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca analisar se a teoria da justiça de Amartya Sen pode servir como referência para a avaliação da justiça do resultado de um processo de sopesamento de princípios de direitos fundamentais conflitantes.

Para tanto, utilizou-se como referência o desenvolvimento da teoria realizado pelo autor na obra “A ideia de justiça”, em contraste com o institucionalismo transcendental que caracteriza a teoria da justiça concebida por John Rawls.

Procurou-se analisar os limites às restrições dos direitos fundamentais a partir das bases da teoria política normativa, as quais prescrevem critérios mediante os quais se pode alcançar uma sociedade justa.

Isso porque se compreende que, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, a análise desde a teoria política permite discernir, com mais profundidade, o alcance dos princípios de justiça e das categorias jusfundamentais consagrados nas cartas constitucionais pós Segunda Guerra, como é o caso da Constituição da República de 1988.

Por outro lado, elegeu-se a teoria política normativa de extração liberal igualitária por entender-se a que mais se identifica com o arranjo constitucional brasileiro, o qual parece impor a conciliação, a todo tempo, de princípios fundamentais aparentemente antagônicos, como liberdade e igualdade, propriedade privada e função social da propriedade, livre iniciativa e valorização do trabalho humano, tudo conforme os ditames da justiça social (Constituição de 1988, art. 179, caput).

Mais especificamente, a pauta de análise dos limites para restrição dos direitos fundamentais parte da teoria de justiça rawlsiana, que conta com o mérito de romper com a tradição utilitarista a qual sabidamente polemiza com os direitos

fundamentais¹³, e chega à Amartya Sen, que assimila a importante contribuição de Rawls e dela parte para sua teoria da justiça, mais afeta ao atual contexto social dos países em desenvolvimento.

A obra de Amartya Sen, como é cediço, é bem mais ampla e rica do que sua teoria da justiça. Contudo, outras obras importantes, como “Desenvolvimento como liberdade” e “Sobre ética e economia”, tem seu foco voltado para o campo econômico, e assim não se inserem no escopo do trabalho.

Na estruturação do trabalho, optou-se metodologicamente por realizar, nos três primeiros capítulos, uma exposição acerca do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, sua origem, classificação, força normativa e restringibilidade, para apenas no quarto capítulo confrontar esse quadro com a teoria dos direitos fundamentais de Amartya Sen.

O primeiro capítulo trata da origem e evolução dos direitos fundamentais, com destaque para com a raiz naturalista do Direito e sua original justificação a partir de critérios de justiça, ligação que será resgatada pelas doutrinas pós-positivistas. Na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana é invocado como fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, procura-se estabelecer a linha evolutiva que, partindo da doutrina jusnaturalista dos direitos inalienáveis do homem, passa pelas Declarações de Direitos do século XVIII e finalmente culmina com a constitucionalização dos direitos fundamentais.

Ainda no primeiro capítulo é abordada a classificação dos direitos fundamentais segundo variados critérios doutrinários, tendo em vista que em função de características peculiares a determinadas categorias, destacadamente os denominados direitos positivos ou direitos a prestações, atribuem-se-lhes maior ou menor grau de efetividade.

13 veja-se sobre isso: SAVARIS, José Antonio: **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para a superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito, 2011.

No segundo capítulo trata-se do reconhecimento pós-positivista da força normativa das constituições, sejam suas normas estruturadas na forma de regras ou de princípios. Estabelece-se a distinção entre regras e princípios e suas respectivas cargas normativas, considerado o caráter definitivo das primeiras e a natureza *prima facie* dos comandos contidos nestes últimos. Abordam-se os conflitos entre os conteúdos normativos de regras e princípios e os critérios para sua solução, que é realizada pelo intérprete ao atribuir significado aos enunciados normativos.

O terceiro capítulo dedica-se à exposição das teorias desenvolvidas a respeito das restrições a que se sujeitam os princípios de direito fundamental, consideradas como uma limitação ao seu âmbito material de incidência. Apresentam-se os fundamentos das teorias interna e externa. Para a primeira, os direitos não são restringíveis, embora já nasçam limitados, cabendo ao intérprete apenas descobrir qual sua extensão. Para a teoria externa, as restrições são elementos externos aos direitos.

Ainda nesse capítulo cuida-se da possibilidade de reconhecimento de um limite às restrições aos direitos fundamentais, uma restrição às restrições, identificável com um conteúdo ou núcleo essencial, e em particular se essa limitação possui um caráter absoluto ou relativo. Reconhecendo a carência de critérios materiais de avaliação dessas restrições, aponta-se para o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a defesa de um núcleo de condições materiais indispensáveis para a existência digna do ser humano – o mínimo existencial – imponível como regra, embora baseado em um princípio, como parâmetro fático a limitar as restrições aos direitos fundamentais.

No quarto e último capítulo apresenta-se o mínimo existencial como um pressuposto de equidade e justiça decorrente dos princípios básicos de justiça desenvolvidos por John Rawls, assegurado constitucionalmente e por isso não dependente de intervenção legislativa. Observa-se, contudo, que o modelo proposto por Rawls é de natureza ideal e hipotética, fundado em uma concepção formal de justiça, que não assegura necessariamente a realização da justiça material. Aponta-se, na

sequencia, a reaproximação entre a filosofia e a teoria política – esfera normativa – e as ciências sociais – esfera empírica promovida por Amartya Sen, que combate o fundamentalismo institucional de autores como John Rawls, desenvolvendo uma teoria da justiça centrada na vida humana e no reconhecimento do imperativo ético de que é necessário buscar a concretização dos direitos e liberdades positivados. Sustenta Amartya Sen a necessidade de uma teoria que, não sendo transcendental, ocupe-se da avaliação da justiça presente nas realizações sociais e com os problemas comparativos de situações mais ou menos justas ou injustas, sem a pretensão de desenhar um modelo único e completo de sociedade justa.

CAPÍTULO 1

ORIGEM E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. DOS DIREITOS NATURAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consagração de direitos fundamentais, protegidos por tratados e convenções no plano internacional e albergados pelas constituições dos países, no plano nacional, é o resultado de um longo e gradativo processo político e histórico de afirmação e busca de garantia de efetividade dos direitos do homem, que lança suas raízes no conceito de direito natural.

Michel Villey registra que em Aristóteles e em São Tomás “encontramos explicitada a concepção antiga clássica e por muito tempo predominante do direito atribuído ao particular”¹⁴, concepção segundo a qual o direito é uma espécie de fenômeno natural, decorrente do fato de o homem ser “‘naturalmente’ social, e até ‘político’”, sendo naturais por isso também as sociedades.

A vida em sociedade obedeceria, pois, a uma lei natural¹⁵, ditada pelo critério da justiça, e com a qual o direito se identifica.

Então, o direito em geral significa o justo (*tò díkaion*) – o *id quod justum est*, definem os juristas romanos –, a *res justa*, diz São Tomás, a boa relação entre as coisas e os cidadãos numa *pólis* bem constituída que não se desviou da natureza. Numa filosofia como essa, não há oposição entre lei natural e direito – sendo a lei expressão (que nem sempre possuímos, que não possuímos de antemão), a indicação ou a razão dessa relação justa.¹⁶

¹⁴ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. Notas revistas por Eric Desmons. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *La formation de la pensée juridique moderne*. p. 690.

¹⁵ Nesse aspecto pode-se identificar alguma aproximação dessa noção de “lei natural” com as leis da física, por exemplo. O fenômeno social, como o fenômeno físico, pode ser observado e estudado, daí podendo-se inferir as leis que os governam.

¹⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 690.

Ao indivíduo, segundo essa concepção, não se reconhece o papel de protagonista. Sua posição jurídica se justifica e explica enquanto membro da coletividade, da sociedade que é organizada e se governa pelo critério da justiça.

É com o estoicismo, quando a “natureza do homem” passa a ser perscrutada, que o indivíduo começa a ganhar maior relevância em face da *pólis*.¹⁷

Ao final de um caminho que transita pelo nominalismo de Guilherme de Ockham¹⁸, Michel Villey aponta em Hobbes o ponto de inflexão definitivo, a partir do qual a sociedade passa a ser observada não mais como um conjunto “e sua harmonia intrínseca”, mas tomando em conta os elementos individuais que a compõem, “seus átomos constituintes” e “suas causas geradoras”.¹⁹

Assim, Hobbes desemboca na hipótese do “estado de natureza”, do estado primeiro, originário, o único “natural”, em que os homens estariam separados, desprovidos de qualquer laço social. O homem não é mais social “por natureza”, mas “naturalmente livre”. É o contrário da noção teológica da natureza que Aristóteles professava. Hobbes vai na contramão de Aristóteles, ao mesmo tempo que recupera antigos mitos poéticos individualistas, mas sobretudo o tema estoico, e as velhas ideias cristãs de igualdade e de liberdade fundamentais de todos os homens.²⁰

Para os clássicos, o direito tem sua fonte e razão na lei natural, não escrita, que rege a vida em sociedade, enquanto que para Hobbes, conforme Villey, o direito se funda apenas em uma lei moral que cada indivíduo “encontra em sua consciência pessoal, que essencialmente o obriga (ou inclina) a se preservar, e que o incita a comportar-se conforme sua razão”.²¹

No dizer de Hobbes:

¹⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 692.

¹⁸ “Para o franciscano Guilherme de Ockham, existem tão-somente indivíduos: este mundo é um mundo de pessoas e de coisas singulares; toda ciência se constrói não mais sobre a noção dos conjuntos, mas a partir de coisas singulares, e toda ciência humana, a partir e em torno de indivíduos.” VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 693)

¹⁹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 696.

²⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 696.

²¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 698.

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.²²

No dizer de Villey, “o direito, em Hobbes, é extraído do indivíduo, de um indivíduo separado pela análise científica de toda ordem social preexistente”.²³

Afinal, se o homem se encontra na natureza originalmente como indivíduo, e não como membro de um corpo coletivo, a lei moral individual deve naturalmente ter precedência em relação a uma lei que reja as relações sociais.²⁴

Essa lei, contudo, ainda é uma lei natural. Villey afirma, com efeito, que “todo o sistema de Hobbes exige a existência da lei natural”.²⁵

No entanto, essa lei natural não é uma lei *jurídica*. Embora *funde* a relação que vincula os súditos ao soberano, é impossível extrair dela alguma das relações que deverão ser instituídas entre cidadãos. Dela não se deduz nenhuma regra de direito *objetivo*. Ela é exclusivamente *moral*.²⁶

É o que, com efeito, afirma Hobbes:

Uma *lei de natureza* (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para conservá-la. Porque embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *jus* e *lex*, o *direito* e a *lei*, é necessário distingui-los um do outro. Pois o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria.²⁷

²² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.113.

²³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 699.

²⁴ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 698.

²⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 734.

²⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 735.

²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. p.113.

O direito objetivo, a lei jurídica, surge a partir do momento em que os indivíduos concordam em estabelecer as regras de convívio social, abrindo mão de parcela de seu direito natural. Conclui, portanto, Villey:

É sobre esse direito do indivíduo que está constituído todo o edifício: e, em primeiro lugar, o contrato e o pacto, pois, segundo Hobbes, o contrato é a cessão recíproca de direitos, o pacto, renúncia ao direito próprio, portanto uso, exercício de direito. O pacto deriva do direito subjetivo.²⁸

É, portanto, em razão de serem livres e iguais²⁹ que os homens celebram esse pacto para possibilitar a vida em sociedade, e que servirá de fundamento para a organização do Estado e a produção do Direito (objetivo, positivo).

Portanto, por um salto, a natureza produz seu contrário. Ela faz o homem sair dela mesma, criar por meio do pacto – análogo ao *fiat* divino pelo qual o homem fora criado – um outro universo engendrado pela ação, pelo artifício do homem, uma cópia do verdadeiro universo, fabricação provisória feita para suprir as necessidades do homem na sua atual decadência: o corpo político, Leviatã, cuja lei será a *lei civil*, essa lei civil que será a fonte do direito.³⁰

O fundamento hobbesiano para o edifício do corpo político serve de alicerce também para a edificação do Direito. O Estado justifica-se sem recurso à violência; o exercício do poder não é mais tirania. De outro lado, o Direito, cuja justificação última repousa na lei natural, não pode voltar-se inteiramente contra esta. Há direitos que não podem ser subtraídos aos indivíduos, e ao Estado impõe-se seu reconhecimento e proteção.

Embora raiz natural do direito e sua justificação a partir de critérios de justiça sejam significativamente esmaecidas sob o domínio de doutrinas positivistas, sua relevância é marcante para a afirmação dos direitos humanos e desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais.

²⁸ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 704.

²⁹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 738.

³⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 740.

É, com efeito, com base na defesa de preceitos elementares e invioláveis de direito natural, de leis naturais e universais que tem início o processo gradativo de positivação de posições jurídicas³¹ invioláveis, que devem ser respeitadas como limites ao poder do governante.³²

Os primeiros direitos e liberdades estabelecidos como limites para o exercício do poder monárquico ainda não se identificavam com o que hoje se reconhece como direitos fundamentais, na medida em que lhes faltava força vinculante em relação ao Parlamento, “carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade”³³.

É apenas com a revolução e independência dos Estados Unidos da América – a em seguida com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa – que esses direitos são colocados no ápice do edifício normativo, inseridos na lei fundamental de um ordenamento jurídico, com caráter universal, vinculante e cogente:

³¹ Segundo Martin Borowski, existem três classes de posições jurídicas básicas: os direitos a algo, as liberdades e as competências. Os direitos assumem naturalmente a estrutura das modalidades deonticas fundamentais do comando, da proibição e da permissão, embora as liberdades também o possam quando reconduzidas à estrutura dos direitos a algo. Dificilmente as competências assumem a forma de uma dessas modalidades deonticas, embora também sejam importantes do ponto de vista dos direitos fundamentais, sobretudo quando concernentes aos direitos que constituem competências dos cidadãos. (*in* BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Edição Kindle, posição 115 e ss)

³² Reconhece-se historicamente o ineditismo da imposição de limites ao exercício do poder pelo governante por meio do resguardo de “alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade” à assinatura da Magna Charta Libertatum, imposta ao Rei João Sem-Terra pelos os barões ingleses, em 1215. Seguiram-se a esta outros instrumentos jurídicos também relevantes por consagrarem direitos e garantias que poderiam ser invocados em face do soberano, como registra Ingo Wolfgang Sarlet: “Como próxima etapa impende citar as declarações de direitos inglesas do século XVII, nomeadamente, a Petition of Rights, de 1628, firmada por Carlos I, o Habeas Corpus Act, de 1679, subscrito por Carlos II, e o Bill of Rights, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da assim denominada “Revolução Gloriosa”, de 1688, havendo, ainda, quem faça menção ao Establishment Act, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.” (*in* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 41/42)

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 43.

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. [...] Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.³⁴

O combustível que impulsiona historicamente o processo de evolução dos direitos fundamentais identifica-se com a reivindicação crescente de sua efetividade, desde sua defesa como direito natural até sua positivação e consagração constitucional. Nesse processo, os direitos reconhecidos – e assim passíveis de reivindicação – receberam diferentes denominações, distintas em função da concepção histórica ou filosófica que lhes tenha originado, e que também refletem o estágio de sua afirmação e reconhecimento político e social.

Importa, portanto, estabelecer a distinção entre os diferentes conceitos pertinentes a essa evolução, de modo a evitar confusões e facilitar o seu estudo.

1.2. DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A gênese dos direitos fundamentais pode ser claramente traçada até suas raízes na doutrina jusnaturalista, de inspiração hobbesiana, que prega a existência de direitos humanos inatos, cuja afirmação não se condiciona à existência do Estado, a quem apenas compete seu reconhecimento e proteção.

Observa a respeito Karine da Silva Cordeiro:

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 43.

Na base do Estado Liberal, está a concepção jusnaturalista dos direitos fundamentais, pela qual todos os homens nascem livres e iguais e são titulares de um conjunto de direitos inatos, anteriores à existência do Estado e que existem independentemente dele, competindo ao direito reconhecê-los e protegê-los. Esses direitos são basicamente a liberdade, a propriedade e a segurança. E é desse modo que tais direitos são reconhecidos pelas Declarações de Direitos nascidas com as revoluções americana e francesa do final do século XVIII.³⁵

A esse conjunto de direitos inatos, anteriores e independentes da existência do Estado, de matriz jusnaturalista, dá-se a denominação de direitos do homem, que são “direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”.³⁶

Diz a respeito Ingo Wolfgang Sarlet:

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se mostra necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.³⁷

De outro lado, o mesmo autor reserva a expressão “direitos humanos” para a designação dos direitos consagrados em documentos de direito internacional, na medida em que se refere “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram, à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”³⁸

Dessa forma, Sarlet distingue as categorias de direitos do homem e de direitos humanos pela situação da primeira no plano exclusivo do direito natural,

³⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 22.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 44.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 30.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 29.

independentemente de qualquer reconhecimento formal institucional. Os direitos humanos, de seu turno, representariam aqueles já consagrados em declarações, tratados ou convenções internacionais.

Não há univocidade no emprego dessas categorias, contudo.

Martin Borowski, por exemplo, apresenta um conceito de direitos humanos que parece abrigar a categoria denominada “direitos do homem”. Diz esse autor que os direitos humanos são direitos morais, que “têm validade apenas em razão de sua correção material”, não se condicionando a sua “institucionalização, positividade ou efetividade social”.

Diz ainda o autor a respeito dos direitos humanos:

A característica desses direitos é sua fundamentalidade, propriedade que alude à proteção e à satisfação de interesses e necessidades fundamentais. Por este motivo, os direitos humanos constituem o núcleo das teorias da justiça. Estes direitos têm validade universal, atribuem-se por igual a todos os homens do mundo. Nesta medida, têm prioridade frente ao direito positivo, pois representam uma medida de legitimidade deste último.³⁹

Deve-se destacar dessa definição de direitos humanos por Borowski a afirmação de que estes constituem “o núcleo das teorias da justiça” e verdadeira medida de legitimidade do direito positivo. Com efeito, isso demonstra a relevância das teorias da justiça para a compreensão e estudo da teoria dos direitos fundamentais, na medida em que estes, mais do que acolhidos por normas de direito internacional, identificam-se com o conjunto de direitos humanos positivados internamente em cada país, por meio de sua previsão constitucional.

³⁹ No original, em espanhol: “Lo característico de estos derechos es su fundamentalidad, propiedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Por este motivo, los derechos humanos constituyen el núcleo de las teorías de la justicia. Estos derechos tienen validez universal, se atribuyen por igual a todos los hombres en el mundo. En esta medida, tienen prioridad frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad de este último.” (in BOROWSKI, Martin. **La estrutura de los derechos fundamentales**. posição 176)

Com efeito, Ingo Wolfgang Sarlet, chamando a atenção para a comum utilização das categorias “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos, justifica a distinção entre ambos afirmando que esta última “se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.⁴⁰

No mesmo sentido, Jorge Miranda qualifica os direitos fundamentais como sendo “os direitos ou as posições jurídicas ativas das *personas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição.”⁴¹

Martin Borowski, sustentando que a positivação dos direitos fundamentais representa a intenção de transformar os direitos humanos em direito positivo, denomina direitos fundamentais nacionais aos “direitos individuais que adquirem uma dimensão positiva nas constituições nacionais dos Estados democráticos constitucionais”. De outro norte, chama de direitos fundamentais internacionais ou supranacionais aos “que tenham sido consagrados nos pactos e convenções internacionais para a proteção dos direitos humanos.”⁴²

Por fim, também Gregorio Peces-Barba Martinez atribui à expressão direitos fundamentais “um sentido jurídico-positivo de vigência numa determinada ordem constitucional, para proteger o ser humano nos contextos de vida concreto em que se encontra, diferentemente da inspiração abstrata, universalista e atemporal de termos como “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos inatos” ou “direitos naturais”, ao mesmo tempo em que por si expressariam já “uma moralidade e uma juridicidade básicas”.⁴³

Tais definições são úteis na medida em que permitem a imediata distinção entre os direitos fundamentais e outras categorias jurídicas ou morais, como essas

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 29.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 9.

⁴² BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. posição 176.

⁴³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoria General. Madrid: Eudema, 1991, p. 33/34.

mencionadas por Peces-Barba, ao situar aqueles no plano do direito constitucional positivo de cada país.

Contudo, embora a precisão topológica, ainda não oferecem um conceito adequado de direitos fundamentais, que por isso necessita ainda ser desenvolvido, com ênfase, dado o escopo do presente trabalho, nos direitos fundamentais nacionais, na medida em que, ainda no dizer de Borowski, são esses os que "possuem a máxima hierarquia no sistema jurídico nacional e são exigíveis judicialmente".⁴⁴

Como observa Ana Carolina Lopes Olsen, "na medida em que se faz corresponder a expressão 'direitos fundamentais' aos direitos humanos positivados nas constituições, parece seguro afirmar que a previsão constitucional é o aspecto formal por excelência da fundamentalidade destes direitos".⁴⁵

Tem-se, nesse sentido, um conceito formal de direitos fundamentais, que é assim desenvolvido por Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais em sentido formal podem ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo).⁴⁶

Assim, o critério que distingue os direitos fundamentais, com base nesse conceito formal, é o seu abrigamento, como tal, no texto constitucional de um determinado ordenamento jurídico.

⁴⁴ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 198.

⁴⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p.33.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problemática em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais**. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, p. 5-30, jul./set. 1996. p. 9. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176432>>. Acesso em 01/09/2015.

No mesmo rumo, Canotilho define como direitos fundamentais formalmente constitucionais aqueles "que são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal".⁴⁷

Também Martin Borowski fornece um conceito formal para a delimitação dos direitos fundamentais, qual seja o fato de que um direito pertença "a um determinado catálogo de direitos incluído na Constituição".⁴⁸

De outro lado, apresenta a doutrina o conceito de direitos fundamentais em sentido material, que no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet "são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais".⁴⁹

Essa abertura constitucional à proteção de outras espécies de direitos fundamentais não constantes expressamente do catálogo constitucional o autor identifica também na Constituição portuguesa, bem como no art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A respeito de um conceito material de direitos fundamentais, Ana Carolina Lopes Olsen afirma que sua utilidade não se revela apenas na possibilidade de identificar direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, "mas também para informar o intérprete a respeito de quais valores foram levados em consideração pelo constituinte para a previsão constitucional destes direitos". E prossegue:

A partir desta consciência axiológica, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais assume, necessariamente, outra conotação. Dar efetividade aos direitos fundamentais não é tão-somente cumprir a letra fria da Constituição, mas sim respeitar os valores construídos e difundidos na

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 12 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 403.

⁴⁸ No original, em espanhol: "El primer concepto posible de derecho fundamental es el concepto formal, el cual utiliza un criterio formal para delimitar la categoría de los derechos fundamentales. Éste puede ser la pertenencia de un derecho a un determinado catálogo de derechos incluído en la Constitución." (in BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 205)

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição**. p. 9.

sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou ou pretendeu traçar.⁵⁰

Ingo Wolfgang Sarlet aponta a ausência de correspondência entre os direitos fundamentais positivados e a noção que se tenha de direitos humanos ou direitos do homem. Indica, inclusive, a possibilidade de que o catálogo de direitos fundamentais inseridos em determinada Constituição inclua “direitos que dificilmente poderiam ser qualificados de humanos no sentido de direitos inerentes à natureza humana”, como ocorre no caso brasileiro em relação à inclusão do direito a salário mínimo ou ao terço de férias no rol constitucional de direitos fundamentais.⁵¹

Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.⁵²

Martin Borowski, de seu turno, ao formular um conceito material de direitos fundamentais, reaproxima e resgata a relação entre os direitos fundamentais positivados e os direitos humanos, que são sua inspiração e origem. Seu foco repousa “no fato de que os direitos fundamentais são uma tentativa de transformar os direitos humanos em direito positivo”.⁵³

Afirma Borowski que os conceitos materiais de direitos humanos admitem dois tipos diferentes de relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. O primeiro deles é de natureza definitiva, e afirma que os direitos fundamentais simplesmente são direitos humanos transformados em direito constitucional positivo.

O próprio autor, contudo, rejeita esse primeiro enfoque porque restringe o conteúdo dos direitos fundamentais àquela essência que já formava parte do conteúdo

⁵⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 38.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 31.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 33.

⁵³ BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. posição 184.

dos direitos humanos. Afirma, por isso, ser preferível um segundo tipo de relação, uma relação mais fraca, de natureza “intencional”, entre os direitos fundamentais e os direitos naturais:

De acordo com esta abordagem, os direitos fundamentais são aqueles que foram admitidos na Constituição com a intenção de outorgar caráter positivo aos direitos humanos.⁵⁴

Segundo esta abordagem, eventuais “equívocos que existam quanto ao conteúdo dos direitos humanos não teriam repercussões sobre o caráter de direito fundamental dos direitos transformados”.

Essa segunda concepção do conceito material de direitos fundamentais, de fato, se mostra a mais adequada. De um lado, não condiciona o conteúdo dos direitos fundamentais positivados à pesquisa da substância de um direito material a que deva corresponder o tipo de relação entre os direitos fundamentais. De outro, mantém, ainda, uma conexão, embora tênue, entre ambos.

Essa vinculação, ainda que fraca, retoma a ideia de que os direitos humanos, na condição de elementos nucleares das teorias da justiça, constituem medida de legitimidade do direito positivo. Com vistas à compreensão de como uma teoria da justiça pode auxiliar e servir de referência na afirmação da juridicidade e da efetividade dos direitos fundamentais, cumpre aprofundar o estudo destes, primeiramente a partir de uma breve análise de sua classificação doutrinária.

1.3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um primeiro critério de classificação dos direitos fundamentais os agrupa e divide em gerações, tendo em vista a “progressiva afirmação da respectiva

⁵⁴ Tradução livre do original em espanhol: “De acuerdo con este planteamiento, los derechos fundamentales son aquellos que se han admitido en la Constitución con la intención de otorgarle carácter positivo a los derechos humanos. En esta variante del concepto material de derecho fundamental, las posibles equivocaciones que existan acerca del contenido de los derechos humanos no tendrían repercusiones sobre el carácter de derecho fundamental de los derechos transformados.” (in BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 230)

juridicidade⁵⁵. Essa concepção é tributária “da concepção historicista dos direitos humanos, pois pressupõe contextos e situações sociais, econômicas e políticas que possibilitam o surgimento de sucessivas gerações.”⁵⁶

Segundo essa classificação, os direitos fundamentais “diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhes compõem”⁵⁷. Assim, os direitos da denominada primeira geração impõem ao Estado um “não agir”, enquanto que os direitos da segunda geração têm por objeto uma prestação estatal. Por fim, o elemento caracterizador da terceira geração de direitos fundamentais seria o seu caráter difuso.⁵⁸

Trata-se, portanto, de uma diferença estrutural entre os diversos direitos que, no desenrolar da história, vão-se agregando ao catálogo de direitos fundamentais. O critério de classificação não se vincula exclusivamente, contudo, ao aspecto cronológico de sua incorporação, ao fato de “não serem previstos na geração anterior, mas porque os direitos emergentes trazem, estruturalmente, algum elemento preponderante ausente nos direitos anteriormente classificados”.⁵⁹

Os direitos da primeira geração são os chamados direitos de liberdade. O indivíduo é o seu titular, que os pode opor ao Estado, como uma proteção contra “a

⁵⁵ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 21.

⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte : Del Rey, 2013. p. 569.

⁵⁷ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 22/23.

⁵⁸ Certa doutrina defende já uma quarta e uma quinta levas de direitos fundamentais, tema que contudo não será desenvolvido no presente trabalho. Vale contudo o registro do que diz a esse respeito Ingo Wolfgang Sarlet: “Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direitos internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade, fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 50)

⁵⁹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 23.

intromissão do Estado nas relações privadas, submetendo-se o soberano ao império da lei”⁶⁰. Essa primeira geração é marcada pela necessidade de consagração das liberdades individuais, de proteção do indivíduo em face do Estado, da imposição a este da obrigação de respeito às liberdades individuais.

Os fundamentos do Estado Absolutista começavam, lentamente, a desabar, principalmente diante das pretensões da emergente burguesia urbana, que buscava espaço para crescer economicamente. Com tais influências históricas e políticas, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração. São os direitos de liberdade. Têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado. Trata-se de relação de exclusão, em que o Estado não pode interferir na situação jurídica do indivíduo. Estes direitos, historicamente, caracterizam-se pela forte eficácia negativa, segundo a qual a pretensão maior do cidadão é a limitação dos poderes do Soberano (aí a ligação com o Estado de Direito).⁶¹

Mais do que preservar o indivíduo, cuidava-se de controlar o Estado, impor limites ao exercício do poder:

Nesse contexto, as formas encontradas para controlar o Estado, a fim de bloquear as interferências indevidas àquela esfera de autonomia individual tida por inviolável, foram justamente os direitos fundamentais e a separação dos Poderes, donde surge a primeira geração de direitos fundamentais, isto é, os direitos de defesa, não por outra razão chamados de direitos de liberdade. No âmbito privado, deveriam reinar a autonomia individual e a liberdade contratual para propiciar a aquisição e transferência de riqueza, afinal, partia-se do pressuposto de que os indivíduos eram iguais.⁶²

Na segunda geração identificam-se os direitos econômicos, sociais e culturais, “nos quais o Estado assume indiscutível função promocional, satisfazendo ativamente as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material”.⁶³ Enquanto na primeira geração de direitos se identificava a preponderância do elemento igualdade, nesta segunda geração é o princípio da

⁶⁰ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 23.

⁶¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 31. O autor não adota a classificação exposta. O excerto foi colacionado face a didática do mesmo.

⁶² CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. p. 22/23.

⁶³ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 51/52.

igualdade o seu aspecto marcante. A concretização desse princípio não é alcançada simplesmente por meio de sua positivação; demanda do Estado o abandono de sua postura inerte em prol de um papel ativo na implementação daqueles direitos.

Não tardou a constatação de que os direitos fundamentais de cunho eminentemente negativos, característicos da primeira geração, não se mostravam suficientes para assegurar o bom funcionamento do organismo social.

Os efeitos da Revolução Industrial indicaram a necessidade de regulação da atividade econômica. Sentiu-se ainda a necessidade de criação de redes de proteção estatal para amparo aos desprovidos pela sorte. Surge então a segunda geração de direitos fundamentais, de caráter eminentemente social.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia o seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”.⁶⁴ Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.⁶⁵

Essa nova geração de direitos sociais, portanto, é marcada pela atribuição ao indivíduo do direito de exigir uma ação estatal – em contraste com os direitos da geração anterior, que asseguravam a exigência de uma abstenção. Mais do que a abstenção do Estado para a preservação de liberdades, a intervenção estatal passou a ser reclamada para a correção de desequilíbrios, inspirada agora no princípio da igualdade entre os homens.

⁶⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 127.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 47.

Os direitos fundamentais de segunda geração são, pois, os direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais o Estado assume indiscutível função promocional, satisfazendo ativamente as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material.⁶⁶

A grande inovação introduzida com essa nova geração de direitos fundamentais foi a de atribuir ao Estado um papel ativo na promoção da igualdade social. Contudo, os direitos sociais incorporados ao catálogo de direitos fundamentais não se apresentam com caráter exclusivamente positivo. Há dentre eles também direitos com estrutura semelhante aos direitos de primeira geração, garantias de liberdade, embora agora relacionadas aos novos direitos sociais.

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.⁶⁷

Finalmente há que referir os direitos fundamentais de terceira geração. Versam eles sobre problemas contemporâneos, gerados pelo aumento populacional, alto grau de industrialização, concentração urbana, exploração crescente de recursos naturais, poluição, e que afetam toda a coletividade, e não indivíduos em particular.

Com a evolução da sociedade, a crescente complexidade das relações intersubjetivas, decorrente do pluralismo e das contradições da sociedade contemporânea, revelou a inadequação da teoria tradicional dos direitos fundamentais que tem por paradigma exclusivo a ética individualista, o qual está em colisão com sociedade que exige macroética, na qual as responsabilidades e as relações se revelam essencialmente coletivas.

Ou seja, os direitos e garantias individuais não mais podem ser apreciados a partir de esfera absoluta de titularidade individual, pois as ações da humanidade, bem como suas consequências, estão centradas na esfera do difuso, em que se mostra impossível a determinação específica das titularidades das pretensões: crimes da macrocriminalidade, invasão de

⁶⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 51/52.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 48.

privacidade por meio da Internet, agressões contra o meio ambiente, criminalidade organizada internacional, catástrofes nucleares etc.⁶⁸

Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração voltavam-se à preservação da liberdade do indivíduo, os de segunda geração cuidavam da promoção da igualdade entre os seres humanos, por intermédio do Estado.

Os direitos de terceira geração, por seu turno, fundam-se no princípio da solidariedade humana⁶⁹, tratam de buscar ordenar as relações sociais em uma sociedade complexa e em constante e rápida mutação, por influência de avanços tecnológicos e culturais que se desenvolvem em uma velocidade vertiginosa. Ao mesmo tempo, cuidam da necessidade de prevenção e preservação dos ambientes ocupados pelo homem ou do ambiente natural, na busca de assegurar qualidade de vida para esta ou para futuras gerações.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.⁷⁰

Com o desenvolvimento da terceira geração, presencia-se a consagração de direitos fundamentais de natureza difusa, que têm a coletividade como titular e objetos tão diversos e novos como a proteção ao meio ambiente ou à privacidade no âmbito das redes sociais:

Os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos da solidariedade humana, pois não se destinam a pessoas determinadas ou a grupos de pessoas, mas têm por destinatário toda a coletividade, em sua acepção difusa, como o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade.⁷¹

⁶⁸ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 55/56.

⁶⁹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 56.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 48.

⁷¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 23.

Seriam, portanto, ao menos três grandes etapas no processo gradativo de recepção de direitos fundamentais pelos ordenamentos jurídicos.

Essa classificação é válida enquanto promove a contextualização histórica do desenvolvimento dos direitos fundamentais. Contudo, não é atualmente bem aceita pela doutrina em razão da imprecisão da nomenclatura empregada, que sugere que os direitos de gerações distintas possam suceder-se no tempo, com a substituição de uma geração por outra, e pela insuficiência do método histórico para uma perfeita compreensão do fenômeno jurídico, na medida em que dá mais importância ao momento em que reconhecido o direito do que ao seu conteúdo.⁷²

Nesse sentido manifesta-se Jorge Miranda:

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento de direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades.⁷³

Por esse motivo, parte da doutrina sustenta que o que se denomina gerações de direitos na verdade designa “diferentes dimensões do mesmo fenômeno, cuja magnitude é somente perceptível no seu conjunto.”⁷⁴ É o caso de Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.⁷⁵

⁷² SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos direitos fundamentais*. p. 61/62.

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 30.

⁷⁴ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 61.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 45.

Levando em consideração o conteúdo dos direitos fundamentais, a doutrina propõe sua classificação em duas categorias distintas, independentemente do momento histórico em que tenham sido reconhecidos: os direitos de defesa e os direitos prestacionais, como expõe Jairo Gilberto Schäfer, com base na doutrina de Alexy:

Os direitos de defesa do cidadão frente ao Estado são direitos a ações negativas (omissões) do Estado. Do outro lado da moeda, encontram-se os direitos a ações positivas do Estado, que devem ser incluídos no *status* positivo em sentido estrito. O conceito de direito à prestação é amplo, que engloba todo o direito a algum ato positivo: todo direito que exige a ação do Estado é direito a prestação (positivo).⁷⁶

Os direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado podem assumir a forma de uma pretensão a não ser impedido de fazer algo, à salvaguarda de sua propriedade ou a ter preservados seus direitos ou posições jurídicas⁷⁷.

Os direitos a prestações, de outro lado, dividem-se entre os que “demandam do Estado uma determinada prestação de ordem fática” e os que “demandam uma prestação de ordem normativa, o que corresponderia à proteção e os direitos de participação na organização e no procedimento”.⁷⁸

Também em relação a essa classificação dualista dos direitos fundamentais – direitos de defesa e direitos a prestações – são dirigidas críticas, pois essa compreensão acabaria “por gerar efeitos deletérios no que se refere à efetivação de parte relevante dos direitos do homem”, na medida em que propiciaria uma “hierarquia valorativa entre os dois grupos, criando regimes específicos e princípios somente aplicáveis a determinados direitos e relegando outras posições jurídicas a um segundo plano, no que diz respeito à incorporação dos direitos ao patrimônio jurídico dos cidadãos”.⁷⁹

⁷⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 71.

⁷⁷ Nas palavras de Alexy, “A base da teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘direitos’ em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências. (in **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 193)

⁷⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 56

⁷⁹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 77.

Talvez não conscientemente, essa postura acaba por compreender somente os direitos negativos como direitos subjetivos, transformando os direitos positivos em meras expectativas constitucionais, sem que se faça acompanhar dos necessários instrumentos jurídicos de efetivação, particularmente o acesso aos tribunais.⁸⁰

Em tal cenário a Constituição atinge papel primordial na medida em que positiva e elenca direitos fundamentais. Por se constituir de diversas normas uma Constituição, ela obriga que a compreensão destas considere o contexto e a ligação existente entre elas. Assim, a Constituição deve ser interpretada no seu todo e não isoladamente.

De tal situação e com apoio em Jairo Gilberto Schäfer pode-se concluir que a consequência deste raciocínio é a adoção de um sistema de princípios e regras⁸¹. Demonstra, ainda que a divisão dos direitos fundamentais em gerações é falha pois o ordenamento jurídico é um sistema de acordo com Norberto Bobbio⁸². Este autor entende por “‘sistema’ uma *totalidade ordenada*, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem”.⁸³

Por existir certa ordem num sistema, os direitos fundamentais encontram-se interligados de forma a constituírem unidade coerente. Neste ponto esclarece Jairo Gilberto Schäfer:

Os direitos constitucionais estabelecem entre si uma relação de convivência e de preservação do núcleo essencial, de modo a possibilitar o exercício harmônico e perene das diversas posições jurídicas criadas pela Constituição: o exercício absoluto de um direito não pode levar à anulação do exercício do mesmo ou de outros direitos por outros indivíduos ou pela coletividade, estabelecendo-se entre eles uma interligação institucional e prática (princípio da concordância prática) que reforça a característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais, por traduzir a Constituição um vínculo de essencial unidade e coerência interna.⁸⁴

⁸⁰ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 84.

⁸¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 40.

⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 79.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 79. (itálico no original)

⁸⁴ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 69/70.

Por essa razão, preocupada em dotar os direitos fundamentais de garantias concretas de proteção, independentemente de sua estrutura ou classificação, a doutrina já propõe o reconhecimento de um “regime geral dos direitos fundamentais”, sujeitos a princípios e regras comuns e compondo, assim, um sistema unitário e interdependente.⁸⁵

É o que sustenta Jairo Gilberto Schäfer:

A compreensão principiológica dos direitos fundamentais demonstra ser postura teórica em favor dos direitos fundamentais, no momento em que permite a visualização sistêmica e integral de todos os direitos fundamentais, superando critérios diferenciatórios entre os direitos que, ao final, têm todos como objetivo essencial a proteção da dignidade da pessoa humana, traduzindo comandos de potencialização no que se refere à proteção concreta dos respectivos núcleos essenciais.⁸⁶

Essa unicidade parte do entendimento de que “a diferença entre direitos negativos e direitos positivos é meramente de grau, uma vez que em ambos há expectativas negativas e positivas”⁸⁷. De outro lado, estabelece como pressuposto a abertura do sistema constitucional, em que o conjunto de princípios e regras que o integram, relativos aos direitos fundamentais, deve ser interpretado de forma a evitar contradições e buscando sua máxima eficácia.⁸⁸

O instrumento a ser utilizado para esse fim é o da conciliação ou ponderação⁸⁹ entre valores antagônicos, propondo Schäfer a superação da

⁸⁵ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 78.

⁸⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 85.

⁸⁷ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 92.

⁸⁸ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 92.

⁸⁹ No presente trabalho a categoria “ponderação” é utilizada com o mesmo sentido de “sopesamento”, conforme a associação realizada por Humberto Ávila: “A *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”. (in ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 164.) A respeito da utilização do “sopesamento” como técnica adequada para a solução de conflitos entre princípios, que ocorrem na dimensão de seu peso relativo, como adiante melhor se verá, vale registrar o que diz Robert Alexy: “O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – *tem* maior peso no caso concreto”. (in ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 95)

“diferenciação entre princípios e regras constitucionais” apontado como critério para a solução de conflitos normativos.⁹⁰

Conforme Robert Alexy, os princípios diferenciam-se das regras por serem “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

De qualquer modo, essa compreensão unitária, ao reconhecer um caráter principiológico dos direitos fundamentais, entendidas as disposições constitucionais a eles relativas como mandados de otimização, determinando a busca, no caso concreto, da maior eficácia possível, remete à necessidade de uma melhor compreensão da natureza do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que nesse processo de ponderação devem restar protegidos, e em que medida as teorias da justiça, em particular a de Amartya Sen, pode contribuir para a validação do resultado dessa atividade.

CAPÍTULO 2

NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: ESPÉCIES E INTERPRETAÇÃO

2.1. FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Dada a raiz constitucional dos direitos fundamentais, a determinação da medida em que podem assumir a feição de direitos subjetivos⁹¹, exigíveis, portanto, ou de como sua efetividade pode ser alcançada, é matéria que se relaciona com a defesa da força normativa das Constituições e, em particular, dos princípios constitucionais.

⁹⁰ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 90.

⁹¹ Como diz Martin BOROWSKI, o que caracteriza os direitos subjetivos é que são sempre garantidos por meio de normas vinculantes, do que decorre a possibilidade de que seu titular os faça efetivos perante os tribunais. (in BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 297) No original, em espanhol: “Lo característico de los derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los tribunales. Los derechos subjetivos se garantizan necesariamente mediante normas vinculantes.”

O desenvolvimento, pela doutrina, de um “regime geral de direitos fundamentais”, já é o resultado da constatação da necessidade de um mínimo de eficácia da norma constitucional das normas de direito fundamental, inclusive os que demandem uma atuação positiva estatal, sob pena do esvaziamento do preceito constitucional.

O reconhecimento do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais suscita, de outro lado, o desafio de sua efetivação por meio da superação de “um plexo de obstáculos hermenêuticos que vão desde a reserva do possível fática (falta de recursos financeiros do Estado) até a textura aberta das normas constitucionais”⁹².

Como observa Guilherme Sandoval Góes, a afirmação do caráter jurídico normativo dos princípios constitucionais é produto da “reconstrução neoconstitucionalista do Direito”, a partir dos “pressupostos éticos inseridos na estrutura normativa pós-positivista das normas constitucionais”.⁹³

No dizer de Luís Roberto Barroso, a expressão neoconstitucionalismo⁹⁴ alude a uma “nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica”, criada pelas “ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a

⁹² GÓES, Guilherme Sandoval. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador**. Disponível em: http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_34.pdf. Acesso em 24/10/15. p. 5.

⁹³ GÓES, Guilherme Sandoval. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador**. p. 4.

⁹⁴ Vale registrar a crítica dirigida por Manoel Atienza ao uso da expressão “neoconstitucionalismo”, por não haver sentido em chamar assim uma teoria do Direito “que nunca foi precedida por uma teoria ‘constitucionalista’”. Afirma o autor: “Sou partidário de uma concepção pós-positivista (constitucionalista), próxima a de autores como Dworkin, Alexy, Nino ou MacCormick, que se opõem tanto ao positivismo jurídico (a qualquer tipo de positivismo) quanto ao ‘neoconstitucionalismo’”. A ideia central é que o Direito não pode ser concebido simplesmente como um sistema de normas, mas fundamentalmente, como uma atividade, uma prática social que trata, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema, de satisfazer a uma série de fins e valores que caracterizam essa prática”. ATIENZA RODRIGUEZ, Manoel. **Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos**. 5 de setembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atiENZA-professor-universidade-alicante>. Acesso em 05/11/2015. Entrevista concedida a VALE, André Rufino.

jurisprudência” no pós-guerra europeu – e, posteriormente, no Brasil pós-Constituição de 1988.⁹⁵

Nesse ambiente, em que o positivismo jurídico então dominante restou enfraquecido e desacreditado em razão das barbáries cometidas sob o disfarce da legalidade, houve o desenvolvimento de uma norma doutrina, que resgatou e reaproximou o Direito da ética e de valores. Trata-se do pós-positivismo, “marco filosófico do novo direito constitucional”, no dizer de Barroso, situado na confluência “das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”.⁹⁶

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.⁹⁷

O divórcio positivista entre o Direito e a moral, a desvinculação da norma jurídica de critérios de justiça, esvaziaram os princípios, retirando-lhes o caráter normativo, reconhecido apenas às regras jurídicas, estruturadas na forma de “enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção”.⁹⁸ Aos princípios somente se reconhecia “um caráter puramente axiológico, dentro do campo da ética, sem eficácia jurídica e aplicabilidade imediata.”⁹⁹

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 29 out. 2015. p. 2.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. p. 3.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. p. 3/4.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. p. 6. No mesmo sentido, Dworkin afirma, em seu esquema descritivo dos elementos centrais do positivismo, que para essa o direito constitui-se exclusiva e exhaustivamente do conjunto de regras legais válidas que determinam quais comportamentos devem ser punidos ou impostos pelo poder público, de forma que, se um caso não é claramente coberto por esse regramento, a solução não poderá ser dada pela aplicação da lei. (*in* DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nova Iorque: Bloomsbury Academic, 2013. Edição Kindle. p. 32) No original, em inglês: “The law of a community is a set of

Na esteira do desenvolvimento do pós-positivismo, contudo, o direito deixa de ser identificado como um conjunto puro de regras, em que os princípios constitucionais consistiriam não mais que uma declaração de valores, um “mero protocolo de intenções dirigidas ao legislador para que a positivasse ou a discricionariedade do Administrador na conformação das políticas públicas”.¹⁰⁰ Com efeito, como afirma Barroso, um dos símbolos do pós-positivismo é o reconhecimento da normatividade dos princípios, embora qualitativamente distinto das regras.

A reaproximação dos jusfilósofos pós-positivistas com a ética e os valores, e a consequente reformulação teórica do conceito de Direito, permitiu a inclusão dos princípios dentro da categoria das normas.¹⁰¹

O reconhecimento da força normativa da Constituição e, portanto, “do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições”¹⁰², sejam elas estruturados como regras, sejam como princípios, implica sua capacidade de logo “gerarem direitos subjetivos para o cidadão comum sem dependência de desenvolvimento posterior por parte do poder legislativo ou do poder executivo”.¹⁰³

Não obstante, além dos obstáculos de natureza fática existentes à realização do direito, há que ser superado também o problema de eventuais conflitos entre diferentes direitos fundamentais.

Observa Barroso que no constitucionalismo contemporâneo as colisões entre normas constitucionais são consideradas um fenômeno natural, dado que “as

special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power. [...]The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate “are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law.’”

⁹⁹ LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2503, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14737>>. Acesso em: 28 out. 2015. p. 18.

¹⁰⁰ LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais**. p. 9.

¹⁰¹ LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais**. p. 19.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. p. 4.

¹⁰³ GÓES, Guilherme Sandoval. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador**. p. 4.

Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem”.¹⁰⁴

Mesmo, pois, com o reconhecimento da eficácia normativa das normas de direito fundamental – a partir de sua compreensão principiológica¹⁰⁵ - a efetivação de um direito em particular pode ainda encontrar obstáculo em outro direito de mesma natureza, com ele conflitante.

O conflito há de ser solucionado por meio da ponderação, técnica de solução de conflitos normativos quando em choque dois princípios, e que se distingue da solução com base em critérios de validade, aplicável em relação às regras.

Essencial, portanto, conhecer com mais detalhe as semelhanças e diferenças entre essas duas espécies normativas.

2.2. PRINCÍPIOS E REGRAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Relativamente ao desenvolvimento do suporte filosófico para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo merecem destaque dois autores pós-positivistas, em função de suas contribuições para a formulação da teoria dos princípios.

Lembra Martin Borowski¹⁰⁶ que se deve a Ronald Dworkin a formulação e a Robert Alexy o desenvolvimento da distinção entre as regras e os princípios que, no dizer do próprio Alexy, constitui “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”¹⁰⁷.

No dizer de Ana Carolina Lopes Olsen:

Foi a partir da distinção entre regras e princípios que uma série de problemas da aplicação das normas de direitos fundamentais passaram a encontrar

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. p. 7.

¹⁰⁵ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. p. 85.

¹⁰⁶ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 340.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

uma justificação racional, já que os critérios positivistas de subsunção se mostravam insuficientes para a solução dos casos concretos.¹⁰⁸

Dworkin diz expressamente que sua teoria se volta contra o modelo positivista¹⁰⁹, na medida em que este se constitui em um sistema de regras, quando, de fato, na prática jurídica, os juristas utilizam-se de normas (*standards*) que não funcionam como regras, mas como princípios ou diretrizes políticas (*policies*).¹¹⁰

Para o autor americano, a diferença entre os princípios e as regras é de natureza lógica. Ambos apontam para decisões sobre obrigações legais em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da direção que fornecem.¹¹¹

As regras são aplicáveis em uma forma de “tudo-ou-nada”: se os fatos que elas estipulam se verificam, a solução prevista na regra deve ser necessariamente

¹⁰⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 63.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 32. Nesse sentido, inclusive como referência para a tradução da terminologia utilizada na obra de Dworkin, ver artigo de Néviton Guedes “A importância de Dworkin para a teoria dos princípios”. Sobre o ponto aqui tratado, diz o autor: “Segundo R. Dworkin, quando os juristas discutem sobre direitos e obrigações, sobretudo naquelas situações — os chamados *casos difíceis* — em que as formas e os conceitos jurídicos parecem “agudizar-se” mais intensamente, os profissionais do Direito parecem lançar mão de *standards* (normas) que não operam como regras, mas sim, de forma diferente, como princípios (ou em outros casos como diretrizes políticas). (in GUEDES, Néviton. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>. Acesso em 29/10/2015. p. 2)

¹¹⁰ Embora faça a distinção entre princípios e diretrizes políticas (*principles* e *policies*), Dworkin adverte que em geral emprega a expressão princípio genericamente, para significar todas as espécies de normas (*standards*) diferentes das regras (*rules*). A referência às diretrizes políticas somente é feita quando necessária maior precisão. O autor assim distingue as duas categorias: “Denomino “diretriz” aquele tipo de norma que estabelece um objetivo a alcançar, geralmente a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, na medida em que estipule que um aspecto presente deva ser protegido contra uma alteração desfavorável). Denomino “princípio” a norma que deve ser observada, não porque deva melhorar ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas por ser uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. No original, em inglês: “I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.” (in DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 38)

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 40.

aceita, exceto se afastada a incidência da regra por alguma exceção nela mesma contida ou se não for válida.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser uma regra válida. A decisão quanto a qual delas é válida, e sobre qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo a considerações externas às regras mesmas. Um sistema legal pode regular tais conflitos por meio de outras regras, que deem preferência à regra editada pela autoridade superior, ou à editada mais tarde, ou à regra mais específica, ou algo do gênero.¹¹²

Já os princípios, ainda quando se pareçam com regras, não operam dessa forma, pois não estabelecem consequências legais que se aplicam automaticamente quando verificadas as condições estabelecidas.¹¹³ Um princípio pode estabelecer razões para que uma ação seja adotada num sentido, enquanto outros princípios ou diretrizes apontam para outra direção. Nesse caso, um dos princípios pode não prevalecer, “mas isso não significa que ele não seja um princípio integrante daquele sistema legal, pois no próximo caso, quando as considerações conflitantes não estiverem presentes ou tiverem menos peso, o princípio pode ser decisivo”.¹¹⁴

Dessa primeira diferença entre os princípios e as regras Dworkin extrai uma segunda, qual seja a de que os “princípios têm uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância”. Dessa forma, enquanto a solução de um conflito entre regras se resolve no plano da validade, o conflito entre princípios resolve-se tomando em consideração o peso relativo de cada um deles.¹¹⁵

¹¹² Tradução livre do original em inglês: “If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves. A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule, or something of that sort.” (in DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 32)

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 41.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 42.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 42. Dworkin chama ainda a atenção para o fato de que na maioria das vezes torna-se difícil distinguir a forma como uma norma deve operar, e portanto, se se trata de uma regra ou de um princípio. Pode ocorrer que a diferença seja apenas uma questão de forma, quando a regra ou o princípio possam desempenhar funções similares. Há ainda o caso das normas que logicamente operam como uma regra, mas que substancialmente funcionam como princípios. Estas são as regras que contenham conceitos abertos como “razoável”, “negligente”,

Conquanto a gênese da teoria dos princípios possa ser traçada até a doutrina de Dworkin¹¹⁶, o seu desenvolvimento por Robert Alexy, tendo por referência os direitos fundamentais previstos na Constituição alemã – inserido, portanto, em um sistema de *civil law*, enquanto Dworkin desenvolve seu pensamento no âmbito da *common law norte-americana*¹¹⁷ – constitui uma formulação que “amplia o significado da juridicidade dos princípios e que firma, de uma vez por todas, seu status de norma jurídica”¹¹⁸.

Lastreado na filosofia analítica, Alexy aprimorou a abordagem dada aos princípios, partindo igualmente da premissa de sua carga normativa, distinta, contudo, da portata pelas regras jurídicas. Além do mais, construiu método de ponderação que é criticado pela aproximação que permite entre direito e moral.

Também para Alexy a norma jurídica é gênero que se constitui de duas espécies, distintas no que se refere a sua estrutura: as regras e os princípios jurídicos. Tanto aos princípios quanto as regras são normas expressas por meio de modalidades deônticas. Nas palavras do autor:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹¹⁹

“injusto”, que fazem com que sua aplicação dependa de princípios que se situam fora da própria regra. Mesmo nesses casos, porém, não se trata da transformação de uma regra num princípio, pois haverá ainda assim uma restrição ao tipo de princípio de que a aplicação da regra depende. (in DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 43/44)

¹¹⁶ GUEDES, Néviton. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios**. p. 2.

¹¹⁷ LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais**. p. 26.

¹¹⁸ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 21/09/2006. 153 p. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais das Faculdades de Vitória. Vitória, 21/09/2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 30/10/2015. p. 86.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 87.

O que distingue essas espécies é a expectativa de realização daquilo que cada uma delas prescreve.

Tanto a regra quanto o princípio podem estabelecer obrigações, vedações ou proibições.

Quando a obrigação – ou a permissão ou a proibição – seja estabelecida por meio de uma regra, o comando normativo revela-se definitivo. Não cabe discuti-lo, ponderar quanto à conveniência ou necessidade de sua realização. O comando contido em uma regra deve ser realizado em toda a sua extensão.

Tratando-se, porém, de princípios, embora os comandos normativos assumam igualmente a forma de alguma das modalidades deônticas, o seu cumprimento ou a sua realização somente pode ser exigido na medida em que isso se mostre possível, diante das circunstâncias fáticas ou jurídicas que cerquem o caso concreto. São direitos ou deveres estabelecidos *prima facie*.

Portanto, o que permite classificar uma norma como sendo uma regra ou um princípio é a estrutura do direito ou do dever que por ela seja estabelecido, como observa Virgílio Afonso da Silva:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. [...]

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é

garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.¹²⁰

A definição do que seja uma obrigação *prima facie*, que serve de fundamento para a distinção desenvolvida também por Robert Alexy entre princípios e regras¹²¹, pode ser buscada em W. David Ross, que a desenvolveu a propósito dos deveres morais.

Ross distingue os deveres que chama próprios dos deveres *prima facie* ou deveres condicionais afirmando que estes devem ser cumpridos a não ser que, em determinada situação, sejam conflitantes com um outro dever igualmente significativo do ponto de vista moral.

Sugiro 'dever *prima facie*' ou 'dever condicional' como uma maneira breve de me referir à característica (bastante distinta daquela de ser um dever próprio) que um ato tem, em virtude de ser de um certo tipo (por exemplo, o cumprimento de uma promessa), de ser um ato que seria um dever próprio se não fosse ao mesmo tempo de um outro tipo que é moralmente significativo.^{122 123}

As regras veiculam comandos normativos que não admitem essa comparação substancial com outros comandos conflitantes, não admitem a existência de condições para o seu cumprimento. Como se disse, seus comandos são definitivos – a não ser quando a própria regra acomode uma exceção ou que seja considerada inválida. Se válida e não excepcionada, a regra deve ser cumprida na inteira extensão do comando que veicule.

¹²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45. (itálicos no original)

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 103, nota nº 53.

¹²² ROSS, William David. **The Right and the Good**. Disponível em <<http://www.ditext.com/ross/right2.html>>. Acesso em 30 de junho de 2015.

¹²³ Tradução livre do texto original em inglês: "I suggest '*prima facie* duty' or 'conditional duty' as a brief way of referring to the characteristic (quite distinct from that of being a duty proper) which an act has, in virtue of being of a certain kind (e.g. the keeping of a promise), of being an act which would be a duty proper if it were not at the same time of another kind which is morally significant."

Por natureza, o princípio admite a possibilidade de não ser realizado integralmente quando deva ceder espaço, em determinadas circunstâncias, a um outro princípio considerado, naquela situação particular, mais relevante que o primeiro.

Diz a respeito Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹²⁴

E mais adiante, a propósito das regras:

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹²⁵

As regras válidas veiculam, pois, comandos definitivos, que não admitem satisfação apenas parcial. Cumprimento apenas parcial da regra ainda será descumprimento.

Os princípios veiculam comandos condicionais. São obrigatórios, são igualmente regras de dever-ser, mas, conquanto válidos e exigíveis, admitem satisfação parcial, aquém do alcance total que abstratamente se possa conceber para a obrigação ou direito que veicule. Isso não implica negar sua validade, nem se pode afirmar que se trate necessariamente de seu descumprimento.

O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, princípios são normas que

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90. (itálicos no original)

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 91. (itálicos no original)

exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A finalidade normativa é sua a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis.¹²⁶

Observa-se um princípio, portanto, quando sua realização se tenha dado na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Não se trata de liberdade de cumprir ou não o comando normativo veiculado por um princípio. Ele será sempre obrigatório, embora por vezes se contente com sua satisfação apenas parcial. Sendo obrigatório, deve realizar-se no grau máximo que se mostre possível jurídica ou faticamente.

2.3. SOLUÇÃO DE CONFLITOS NORMATIVOS

Compreendido como espécie de norma jurídica, pode-se vislumbrar a possibilidade de choque de princípios conflitantes aplicáveis a um mesmo caso concreto. Por sua natureza, essa espécie normativa admite que ambos os princípios conflitantes sejam aplicados simultaneamente, embora devam reciprocamente ceder espaço para a aplicação do outro, na maior medida que seja respectivamente possível.

Esses conflitos podem ser verificados também em relação às regras, conquanto a forma de solução nesse caso seja completamente distinta da aplicável aos conflitos entre princípios.

Conflito normativo, no dizer de Virgílio Afonso da Silva “nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas

¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 45. (itálicos no original)

consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis”.¹²⁷

Percebe-se que a existência de mais de uma norma aplicável a um mesmo caso concreto passa a representar um problema quando haja incompatibilidade entre seus comandos ou das consequências jurídicas que prescrevam. A isso se denomina *antinomia*, assim conceituada por Norberto Bobbio:

Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Mas a definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que, embora óbvias, devem ser explicitadas:

- 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. [...]
- 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: *temporal, espacial, pessoal e material*.¹²⁸

O conflito antinômico ocorre, portanto, quando haja contradição entre as prescrições de normas distintas, pertencentes a um mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material.

As normas conflitantes podem ser de uma mesma espécie – conflito entre duas regras ou conflito entre dois princípios – ou de espécies distintas – conflito entre uma regra e um princípio. Para cada um dos casos, aplicam-se diferentes formas de solução do conflito.

Como referido, as regras são normas que exigem sempre sua integral realização. Portanto, se ocorre um choque entre duas regras, ambas com pretensão de serem definitivamente observadas, somente uma delas poderá prevalecer. O conflito

¹²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 47.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Claudio De Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. p. 86/87 (itálicos no original)

soluciona-se, nesse caso, pelo afastamento da incidência de uma das regras, o que pode ocorrer por meio da introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração da invalidade de uma delas, abrindo espaço para a incidência da outra.

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.¹²⁹

A solução de conflito entre regras por meio de uma cláusula de exceção é a mais adequada quando esse conflito seja parcial; quando o conflito ou a incompatibilidade for total, uma das regras necessariamente deverá ser inválida:

No caso de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras será total, quando seus preceitos para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes. Quando isso ocorre, a única solução é a declaração da invalidade de uma delas.¹³⁰

De forma diversa, um princípio não exige a eliminação de outro princípio conflitante, a exclusão deste do ordenamento jurídico, como condição para que o outro, o remanescente, seja aplicado. Ao contrário, mesmo quando conflitantes, ambos os princípios permanecem válidos e poderão ser aplicados simultaneamente ao mesmo caso concreto, salvo naquela parcela de seu âmbito de incidência em que se situe o conflito. Nesse ponto apenas um dos princípios deverá ceder espaço em favor da aplicação do outro.

É o que diz Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que ele nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 92.

¹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 48.

determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.¹³¹

Na conceituação de princípio observou-se tratarem-se de normas que estabelecem obrigações condicionais ou *prima facie*. Sua observância é obrigatória enquanto outro princípio com peso maior não se lhe contraponha. Diante das circunstâncias de cada caso concreto, um ou outro princípio deverá receber um peso maior, e por isso terá precedência em relação ao outro.

O desafio que se apresenta é como determinar qual dos princípios conflitantes deva prevalecer em cada situação concreta que seja analisada.

Segundo Eduardo de Avelar Lamy, a atribuição do peso relativo aos princípios envolvidos numa situação de conflito faz-se por meio da ponderação dos valores que tais princípios representam:

Decorreria, então, da distinção entre regras e princípios um importante reflexo prático na solução do conflito entre determinadas normas: o conflito entre regras se resolveria no âmbito da validade, havendo a preponderância de uma regra sobre a outra; já o conflito entre princípios se resolveria com a ponderação de valores, através dos quais se verificaria, no caso específico, qual dos princípios em conflito possuiria maior peso.¹³²

Bobbio identifica a origem dos conflitos entre princípios – antinomias de princípios – no fato de que um ordenamento jurídico é permeado por valores originários de ideologias por vezes contrapostas:

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93/94.

¹³² LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. p. 143.

liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de *antinomias de princípio*. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis.¹³³

Por isso o resultado da ponderação de princípios conflitantes será sempre relativo. Seu resultado dependerá das condições específicas de um caso concreto e dos valores envolvidos. Tais valores não são universais, mas estão vinculados aos valores de cada sociedade, de sorte que não se podem organizar em uma hierarquia valorativa previamente determinada¹³⁴.

O resultado da ponderação entre dois princípios semelhantes, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, não corresponderá necessariamente ao resultado da mesma atividade levada a efeito em relação a uma outra sociedade, a uma realidade jurídica distinta.

Eros Roberto Grau vai além, observando que os princípios refletem as peculiaridades e os valores de cada ordenamento jurídico, da sociedade no seio da qual um particular ordenamento se origina.

Para Grau, cada sociedade desenvolve práticas e formas jurídicas – a que chama direito pressuposto – anteriores e subjacentes à superestrutura jurídica representada pelo direito positivado¹³⁵.

Assim, o peso relativo que cada princípio jurídico deva receber em face das condições do caso concreto deve ser estabelecido tendo em vista os valores de que se tenham originado presentes no âmbito de cada sociedade em particular:

¹³³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 90. (itálicos no original)

¹³⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. p. 144.

¹³⁵ “Temos, então, que a relação jurídica que reaparece na superestrutura jurídica encontra-se originariamente no nível da relação econômica. A forma jurídica é imanente à infraestrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto posta pelo Estado, como direito positivo”. (in GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 62)

Os *princípios jurídicos*, *princípios de direito*, não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém *descobertos* no seu interior.

Para que possamos conscientemente falar de um *direito* – o direito aplicado em um determinado Estado –, previamente haveremos de nos conscientizar do quanto observei linhas acima: em cada sociedade manifesta-se *um determinado direito*.

Importa observarmos, pois, que os *princípios* que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito. Por isso não reconheço a existência de princípios gerais *do* direito, senão apenas de princípios gerais *de* direito.

Pois bem: os princípios gerais de um determinado direito são encontrados no *direito pressuposto* que a ele corresponda. Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.¹³⁶

A conclusão, em um caso específico, de que um princípio deva prevalecer sobre outro não será necessariamente verdadeira em outras situações. Para Robert Alexy, a solução sempre dependerá das circunstâncias que se apresentem em cada caso, que deverão ser ponderadas, levando à atribuição de pesos relativos a cada um dos princípios envolvidos. É o que se denomina “fixação de relações condicionadas de precedência”:

As colisões entre princípios têm que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de *relações condicionadas de precedência*.¹³⁷

Ao serem estabelecidas as condições mediante as quais deve um princípio ter precedência em relação a outro, o resultado constitui o “suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. A isso Alexy chama “lei de colisão”, segundo a qual:

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 71. (itálicos no original)

¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 50. (itálicos no original)

de um enunciado de preferência acerca de uma relação jurídica condicionada de precedência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente.¹³⁸

Esse sopesamento de princípio à vista de condições particulares pode ser feito antecipadamente, de forma abstrata, pelo próprio legislador. Concluindo a partir disso que um determinado princípio deva prevalecer sobre um outro, independentemente de condições particulares dos casos concretos, o legislador consagra esse entendimento por meio da edição de uma regra de direito positivo, cuja posterior aplicação dispensará nova ponderação entre os princípios, etapa já superada pela atividade legislativa.¹³⁹

Alexy fala, contudo, de uma ponderação realizada em cada caso pelo intérprete, de cuja atividade resultará a norma individual e concreta a reger aquela situação específica. Ou seja, da ponderação entre princípios colidentes resulta uma regra, que de sua parte expressará um comando definitivo.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 99.

¹³⁹ A ponderação que resulta no estabelecimento da regra dispensa o sopesamento de princípios em face de cada caso concreto. Essa regra, como qualquer outra, veicula comandos definitivos, que não admitem descumprimento ou sopesamento. Não obstante, essa regra ainda pode ser contestada por meio do controle de sua constitucionalidade em face do princípio de direito fundamental cuja incidência restou restringida pela regra. A respeito, diz Virgílio Afonso da Silva: “Mas há, de fato, casos em que esse cenário pode se complicar. O primeiro deles – e o mais simples –, é a existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra.” (*in* SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 52) Nesse passo, deve-se considerar a possibilidade da existência, em casos concretos, de conflitos entre a regra estatuída e um princípio, diverso daqueles cujo sopesamento resultou na edição da primeira. Nesse caso, de conflito entre regra e princípio, diz Alexy que “[...] tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. [...] A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional.” (*in* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 140/141).

Como observam Rafael Tomaz de Oliveira e Alexandre Morais da Rosa, a teoria de Alexy resolve a colisão de princípios apenas no plano abstrato. Para a solução de questões práticas, especialmente no que respeita à determinação de uma “resposta judicial aos casos que envolvem direitos fundamentais”, o que realmente importa é a regra, aplicável por subsunção, e que “na tradução para o português, aparece como ‘norma de direito fundamental atribuída’”.¹⁴⁰

Importa, pois, conhecer melhor o que Alexy entende como norma atribuída de direito fundamental, o que se fará no próximo item.

2.4. NORMAS ATRIBUÍDAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Robert Alexy restringe o conceito de normas de direitos fundamentais ao qualificá-las como “aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição alemã (disposições de direitos fundamentais)”.¹⁴¹

O próprio autor trata esse conceito como provisório e estreito¹⁴², uma vez que as normas de direito fundamental – normalmente princípios, mas também regras – em geral se revelam semântica e estruturalmente abertas¹⁴³.

¹⁴⁰ Os autores sustentam por isso a existência de um déficit deontológico na teoria dos princípios alexyana. (in OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>. Acesso em 02/11/2015. p. 6.) Também André Karam Trindade dirige críticas à teoria de Alexy, na medida em que o recurso a juízos de ponderação condiciona-se a uma conexão entre o direito e a moral, de uma aproximação entre as dimensões real e a ideal do direito, que por sua vez depende da “demonstrabilidade argumentativa da pretensão de correção”. Na prática, contudo, “os princípios tornaram-se uma espécie de máscara da subjetividade, na medida em que passaram a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem. Neste contexto, os princípios jurídicos, especialmente a proporcionalidade, exercem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para imposição de todo e qualquer argumento”. (in KARAM TRINDADE, André. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em 30/10/2015. p. 2 e 4.)

¹⁴¹ O autor refere especificamente à Constituição alemã pois é esse o objeto específico de seu trabalho. A definição, contudo, pode ser aplicada, com a adaptação óbvia, aos direitos fundamentais consagrados em outros textos constitucionais. Com o fito de facilitar a compreensão do texto utiliza-se Constituição alemã, Lei Fundamental e Lei Fundamental alemã com o mesmo sentido.

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 69.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 70.

Como exemplo, Robert Alexy menciona um enunciado contido no art. 5º, § 3º, 1, da Lei Fundamental alemã, que estabelece que “(...) a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”. Desse enunciado o autor extrai duas normas, expressas por meio de enunciados deônticos diversos: (a) “é obrigatório que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres” e (b) “a ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres”.¹⁴⁴

Esses enunciados, bem como o enunciado constitucional do qual são extraídos, revelam um elevado índice de indeterminação e necessitam ser interpretadas para que possam ser aplicadas a um caso concreto. Daí a afirmação de que seria estreita a conceituação de norma de direito como aquelas expressas diretamente pelos enunciados constitucionais.

Diz Robert Alexy:

A respeito desses três enunciados é possível afirmar que eles expressam de formas diversas a mesma norma *diretamente* estabelecida pelo texto constitucional. Essa norma é, contudo, extremamente indeterminada. Essa indeterminação é de duas espécies: essa norma é tanto semântica quanto estruturalmente aberta.

Ela é *semanticamente aberta* em razão da indeterminação dos termos “ciência”, “pesquisa” e “ensino”.¹⁴⁵

Esses conceitos podem ser fornecidos por meio da interpretação realizada pelos tribunais. Com efeito, interpretando o dispositivo em questão, o Tribunal Constitucional Federal alemão definiu atividade científica como sendo o “que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade”.¹⁴⁶ Essa definição permite eliminar a indeterminação semântica do termo “ciência”, esclarecendo o que, nesse âmbito, deve ser livre.

Conforme Robert Alexy, é a partir da conjugação do preceito constitucional com a definição de ciência fornecida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 70.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 70. (itálicos no original)

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 70.

se afasta a indeterminação semântica e se chega à norma de direito fundamental, que o autor formula nos seguintes termos: “Aquilo que, por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade deve ser livre”.¹⁴⁷

Afastada a indeterminação semântica, a norma ainda não permite determinar se essa liberdade assegurada à ciência “deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos cientistas que digam respeito à liberdade científica”.¹⁴⁸ Essa a chamada indeterminação estrutural do enunciado normativo constitucional.

Essa indeterminação estrutural também foi afastada por meio de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, que em um caso estabeleceu que o Estado deve promover o exercício da liberdade científica, provendo meios para tantos, e em outro que quem desenvolve atividade científica tem direito a defesa contra interferências no exercício dessa atividade.¹⁴⁹

Somente por meio dessas normas de interpretação dos enunciados constitucionais é que se possibilita a eliminação de sua indeterminação semântica ou estrutural e consequente aplicação prática, a casos concretos:

Elas são necessárias quando a norma expressa pelo texto constitucional tem que ser aplicada a casos concretos. Se normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, de acordo com a norma por ele diretamente expressa). Esse tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto constitucional deve ser denominado “*relação de refinamento*”¹⁵⁰

Esse refinamento normativo se dá por meio da atribuição de significados ao texto normativo, bem como por meio de sua reestruturação para dar-lhe a forma de formulações deônticas, antes não explicitadas no enunciado normativo.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 70.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 71.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 71.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 72. (Itálicos no original)

São significados e estrutura que, nesse processo interpretativo, são atribuídos ao enunciado normativo. Conforme Robert Alexy, normas como as que definem “ciência”, estabelecem a obrigação estatal de promover materialmente o exercício da liberdade científica ou assegura ao cientista proteção contra interferências no exercício da atividade científica “não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, elas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Isso justificaria chamá-las de 'normas atribuídas'”.¹⁵¹

Entre a norma que atribui e a norma que recebe a significação ou estrutura há, além da mencionada relação de refinamento, uma “relação de fundamentação”. A validade da norma atribuída, com efeito, depende de estar ela fundamentada na norma a que atribui conteúdo:¹⁵²

[...] uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.¹⁵³

Para Robert Alexy, a existência dessas relações de refinamento e de fundamentação entre a norma constitucional e a denominada norma atribuída “justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado”.¹⁵⁴

Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais – algo que aqui se pressupõe –, então, ela é uma norma de direito fundamental.¹⁵⁵

Virgílio Afonso da Silva observa a existência de críticas à teoria dos princípios de Robert Alexy, que por propor a solução de conflitos entre princípios por

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 73.

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 72.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 74.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 72.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 102.

meio do respectivo sopesamento, careceria de “critérios racionais de decidibilidade”, já que “todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado”. O autor defende a doutrina alexyana, contudo, sustentando que toda atividade de interpretação ou de aplicação do Direito será sempre marcada por algum grau de subjetividade.¹⁵⁶

Não há como, nessa seara, manter-se fidelidade estrita a um critério puramente racional pré-determinado. A subjetividade, a atribuição de valores pelo próprio intérprete da norma, está sempre em qualquer uma dessas atividades, abordadas ao longo deste trabalho.

A respeito da interpretação do Direito, diz Eros Roberto Grau:

É necessário que se esclareça, a esta altura, que tomo a interpretação como atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; a *interpretação* é o meio de expressão dos *conteúdos normativos* das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, *conquanto disposições*, não dizem nada – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.¹⁵⁷

A atividade do intérprete voltada à atribuição de conteúdo normativo às disposições, ao desvendamento das normas contidas nas disposições, nas palavras de Eros Roberto Grau, desenvolve-se, pois, em vários níveis, com graus de complexidade – e de subjetividade – crescente.

O desvendar a norma contida em determinada disposição ou enunciado normativo por meio de sua versão na forma de uma das modalidades deônticas é apenas um primeiro passo a ser dado pelo intérprete.

Em seguida, especialmente em se tratando de normas de direitos fundamentais, geralmente formuladas na forma de princípios, a ponderação dos princípios envolvidos, atribuindo-se-lhes pesos relativos em face de um caso concreto

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 146.

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 94. (itálicos no original)

para definir qual deles deverá prevalecer, já exige um esforço interpretativo maior e mais complexo.

Finalmente, a interpretação do Direito encontra seu ponto mais alto, em se considerando seu grau de subjetividade, quando o intérprete se dedica a atribuir à norma – particularmente às normas de direito fundamental – o seu próprio conteúdo semântico ou uma estrutura deônticas.

Visto, porém, que a norma de direito fundamental positivo é geralmente estruturada na forma de princípio, é natural que o resultado da ponderação de princípios colidentes, estruturado por sua vez como regra – norma atribuída de direito fundamental –, deva ter uma extensão e um “conteúdo” menor do que aquele que o enunciado normativo desses princípios parecia, *a priori*, sugerir.

É possível dizer, portanto, que nesse processo ocorreu uma restrição do conteúdo do direito fundamental, matéria que será tratada no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU NÚCLEO ESSENCIAL

3.1. TEORIAS INTERNA E EXTERNA DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando veiculado por meio de uma regra jurídica, o direito poderá ser considerado definitivo, exigindo-se sua realização integral. De outro lado, o direito que seja garantido por uma norma estruturada como princípio é passível de realização apenas parcial.

Não se trata de uma limitação contida na norma jurídica, mas da admissão da restrição ou limitação dos efeitos de um princípio diante da colisão com o âmbito de incidência de outro princípio ou regra.

Como destaca Virgílio Afonso da Silva, o princípio não é, em si, limitado, mas tende a sua realização integral. Revela-se assim como um “mandamento de otimização”, que tende à expansão do alcance de seus efeitos. Não veicula, porém, direitos absolutos:

Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito *prima facie* e o direito definitivo.¹⁵⁸

Conquanto reconhecendo as limitações do conceito, Alexy define tais restrições como sendo “normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”.¹⁵⁹

A fonte das restrições aos direitos fundamentais não é uniforme ou única. A própria Constituição que os abriga pode impor-lhes limites, ditos “restrições constitucionais diretas”, no dizer de J. J. Gomes Canotilho¹⁶⁰.

Robert Alexy denomina restrições diretamente constitucionais aquelas impostas por normas que tenham hierarquia constitucional, enquanto as impostas por normas infraconstitucionais, mediante autorização por normas constitucionais, o autor chama restrições indiretamente constitucionais.¹⁶¹

As restrições podem, pois, estar veiculadas em lei infraconstitucional, o que pode estar expressamente autorizado pela Constituição, quando se fala em “reserva de lei restritiva”, ou podem tratar-se de restrições legais não expressamente autorizadas

¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 140.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 281.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 450.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 281.

pela Constituição, ou seja, “restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito sem qualquer autorização constitucional expressa.”¹⁶²

As restrições estabelecidas por lei infraconstitucional, denominadas restrições indiretas fundamentam-se em autorizações constitucionais. Essas autorizações ou reservas podem ser simples ou qualificadas:

As reservas do primeiro grupo distinguem-se por autorizarem o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados [...]. Já as reservas legais qualificadas, têm como traço distintivo o fato de estabelecerem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais [...].¹⁶³

As restrições aos direitos fundamentais sem autorização constitucional, por seu turno, são, como ensina Canotilho, os casos que suscitam maior polêmica, seja em “sede de legitimidade constitucional (justificação) quer no plano da modelação concreta do âmbito de protecção e do conteúdo juridicamente garantido”¹⁶⁴. Não se nega, contudo, que esse tipo de restrição não autorizada é cabível quando necessário e justificável:

De qualquer modo, também aqui podem existir mediações restritivas. Não se compreenderia, por exemplo, que o direito de manifestação (art. 45º, 2), embora consagrado no texto constitucional sem quaisquer restrições constitucionais directas e sem autorização de lei restritiva, não pudesse ser restringido por lei, proibindo-se desde logo, as manifestações violentas e com armas.¹⁶⁵

Trata-se, nesse caso, de “limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais”. Tais hipóteses não são constitucionalmente autorizadas de forma expressa, mas a restrição

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 450.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 401

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 450.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 450.

de tais direitos fundamentais formalmente ilimitados se justifica quando “imprescindível para a garantia de outros direitos fundamentais”¹⁶⁶.

A definição constitucional de um direito fundamental não é suficiente, como observa Jorge Miranda, para a delimitação de seu “conteúdo real ou atual, o conteúdo que assume na vida prática”:

Situado no contexto de ordem constitucional, ele sofre o influxo dos valores que esta prossegue, dos deveres que consagra e dos princípios institucionais que objetiva. E desses deveres e desses princípios podem derivar restrições, ou sejam, amputações ou compressões de faculdades em maior ou menor escala [...].¹⁶⁷

Os direitos fundamentais distinguem-se dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do homem, no dizer de J. J. Gomes Canotilho, a partir de sua positivação, ou seja, de sua incorporação a uma determinada ordem jurídica. Mais que isso, importa que sejam alocados no “lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”, sem o que não perderiam a condição de “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, carentes, contudo, de uma formal proteção jurídica¹⁶⁸.

Nas palavras de Cruz Villalon, os direitos fundamentais são uma categoria dogmática do Direito Constitucional:

Onde não haja Constituição (e terá que ver se qualquer Constituição vale) não haverá direitos fundamentais. Haverá outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; haverá coisas parecidas, talvez igualmente importantes, liberdades públicas francesas, direitos subjetivos públicos alemães; haverá, enfim, coisas distintas, como foros ou privilégios. Mas não haverá direitos fundamentais.¹⁶⁹

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 402.

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 344

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. p. 377.

¹⁶⁹ Tradução livre do original em espanhol: “Allí donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale) no habrá derechos fundamentales. Habrá otras cosas, con seguridad más importantes, derechos humanos, dignidad de la persona; habrá cosas parecidas, acaso igual de importantes, libertades públicas francesas, derechos públicos subjetivos alemanes; habrá, en fin,

A principal consequência da sua consagração constitucional, segundo Canotilho, é a de possibilitar o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos que regulem esses direitos fundamentais, pelo que “os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”¹⁷⁰. Assim entendido, o sistema constitucional de direitos fundamentais estaria assentado, afirma Jorge Miranda, no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷¹.

Não obstante isso, conforme aponta Ana Paula de Barcellos, as disposições constitucionais que tratam dos aspectos materiais do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷², em sua maioria, e especialmente aqueles que se refiram a prestações positivas, assumem a estrutura de princípios constitucionais.¹⁷³

Reconhecida a natureza principiológica das normas de direito fundamental, “parece inescapável aceitar que eles não são absolutos”.¹⁷⁴ Dados eventuais limites ou restrições à sua efetivação que podem decorrer de impossibilidades fáticas ou da necessidade de observância de algum outro princípio com conflitante, é certo que a extensão do direito não corresponderá necessariamente à de seu enunciado normativo.

cosas distintas, como fueros o privilegios. Pero no habrá derechos fundamentales.” (in CRUZ VILLALON, Pedro. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, n. 25, jan./abr. 1989, p. 41)

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 378.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 344.

¹⁷² Para melhor esclarecimento do conceito operacional que se atribui no trabalho à categoria “dignidade da pessoa humana”, convém recorrer à definição oferecida por Ana Paula de Barcellos: “Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias –, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente.” (in BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 125)

¹⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 249.

¹⁷⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 117.

A questão a discutir, portanto, não é necessariamente a possibilidade da imposição de restrições aos direitos fundamentais, mas mais propriamente à legitimidade de tais restrições e a extensão em que podem ser admitidas sem incidir em inconstitucionalidade.

Em geral impostos por meio da ação de agentes públicos, tais intervenções quanto à extensão dos direitos fundamentais podem-se dar “através da edição de leis que buscam densificar seu conteúdo aberto, seja através de atos administrativos que podem limitar o exercício das prerrogativas normativamente previstas pelos seus titulares”.¹⁷⁵

Jairo Gilberto Schäfer define restrição de um direito fundamental como “a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estrito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma visa proteger.”¹⁷⁶

No que diz respeito aos limites, Schäfer, recorrendo à lição de José Carlos Viera de Andrade, lembra a existência de limites internos e externos aos direitos fundamentais:

Para José Carlos Viera de Andrade,¹⁷⁷ além dos denominados “limites internos”, que resultam do conflito normativo entre os valores que representam as diversas conotações da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites “externos”, “pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc.”.¹⁷⁸

¹⁷⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 117.

¹⁷⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**, p. 62.

¹⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 213.

¹⁷⁸ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**, p. 65.

Ingo Wolfgang Sarlet anota que os direitos fundamentais não são protegidos de forma ilimitada pela ordem jurídica. Não são “blindados contra qualquer tipo de restrição”, entendimento já amplamente aceito, conforme observa o autor¹⁷⁹.

Admitido o fato de que os direitos fundamentais consagrados por princípios constitucionais não são ilimitados, não se realizam indiscriminadamente em face da verificação concreta de seu suporte fático¹⁸⁰, divide-se, contudo, a doutrina no que respeita à origem e aos fundamentos dessas limitações. Duas são as teorias – a teoria interna e a teoria externa – que se desenvolveram para explicá-lo, potencialmente distintas quanto aos reflexos dessas limitações, para uma “maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”¹⁸¹.

3.1.1. Teoria interna

Segundo a teoria interna, os direitos fundamentais não estão sujeitos à imposição de limites, mas a contrário, já nascem limitados. Não reconhece a teoria interna a possibilidade de que fatores externos sejam invocados para o fim de restringir a extensão do direito. Este, contudo, não é absoluto, mas encontra limites concretos, que fixam e determinam a extensão de seu conteúdo.¹⁸²

Como observa Alexy, na teoria interna “o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite”, e o que importa não é a determinação da possibilidade de impor restrições ao direito, mas a determinação de seu exato conteúdo.¹⁸³

A adoção dessa teoria, segundo Virgílio Afonso da Silva, implica que a delimitação de um direito não depende de fatores externos, não se sujeitam a colisões

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 396/397.

¹⁸⁰ Suporte fático é, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “o conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência.” (in SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 66)

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 397.

¹⁸² BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 534.

¹⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 277/278.

com outros direitos. A estrutura das normas que os preveem, portanto, será sempre a de uma regra, que não admite ponderação ou sopesamento, com prescrições sempre definitivas, e nunca apenas *prima facie*.¹⁸⁴

Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen:

Existe, no mundo jurídico, apenas um objeto normativo: o direito fundamental com seus limites concretos, os “*limites imanes*”, que não podem ser denominados de restrições. Se a restrição é algo que diminui ou reduz o âmbito de proteção do direito, quando devidamente incorporada na norma, não será restrição, mas sim definição do âmbito normativo do direito. Se esta restrição não estiver incorporada ao direito, então já não se tratará de restrição, mas de verdadeira violação à norma de direito fundamental.¹⁸⁵

No mesmo sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet que, segundo a teoria interna, “um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já ‘nasce’ com seus limites”.

Para Peter Häberle, a fixação, pelo legislador infraconstitucional, de limites para os direitos fundamentais não implica inovação em relação ao conteúdo desse direito. Trata-se, antes, de uma declaração ou simples reconhecimento dos contornos preexistentes desse direito.¹⁸⁶

O legislador não pode criar, por meio de sua atividade normativa, uma “segunda Constituição” - isso iria contra a “lógica interna da Constituição”. O legislador não se pode colocar no lugar da Constituição. A garantia dos direitos fundamentais contra as violações do legislador deve, portanto, ser fundamentada de forma especificamente jurídico-constitucional.¹⁸⁷

¹⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**, p. 129.

¹⁸⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 119.

¹⁸⁶ HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. p. 57.

¹⁸⁷ Tradução livre do original em espanhol: “El legislador no puede crear, a través de su normación, una “segunda Constitución” – ello iría en contra de la “lógica interna de la Constitución”. El legislador no se puede poner en el lugar de la Constitución. La garantía de los derechos fundamentales frente a los quebrantamientos del legislador hay, por tanto, que fundamentarla de modo específicamente jurídico-constitucional.” (in HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Tradução de Joaquín Brage

Esse reconhecimento de que as garantias dispensadas ao direito fundamental podem encontrar uma limitação implica dizer, ainda com Häberle, que o direito em questão se estende apenas até o ponto em que sua aplicação não se traduza em uma lesão ou risco a bens jurídicos de mesmo nível ou superiores a ele. Prossegue o autor dizendo que “com a concretização de seus limites conforme sua essência não se lhes priva [aos direitos fundamentais] de nada que não lhes corresponda “per si”, na medida em que “os direitos fundamentais são garantidos ‘somente’ dentro dos limites a eles imanentes”¹⁸⁸.

Finalmente, conclui Peter Häberle afirmando que esses limites imanentes dos direitos fundamentais são os limites que correspondem ao seu conteúdo essencial ou dele se aproximam.¹⁸⁹

Não obstante aparentemente a teoria interna elimine a questão relativa à restrição aos direitos fundamentais, esse problema, contudo, permanece, pois, “sob o pretexto de configurar ou concretizar os direitos fundamentais, ‘*revelando seus limites imanentes*’ pode, na realidade, modificar o conteúdo destes direitos, reduzindo o alcance das posições jurídicas que eles outorgariam aos seus titulares”.¹⁹⁰

De fato, não é possível determinar os limites dos direitos fundamentais sem o recurso à ponderação¹⁹¹, o que remete aos fundamentos da teoria dos princípios, com a qual parece melhor se alinhar a teoria externa, como adiante se verá.

Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. Título original: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. p. 43)

¹⁸⁸ Tradução livre do original em espanhol: “[...] con la concretización de sus límites conformes a la esencia no se les priva de nada que no les corresponda “per se”. [...] los derechos fundamentales son garantizados “solamente” dentro de los límites a ellos inmanentes.” (in HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. p. 57)

¹⁸⁹ Tradução livre do original em espanhol: “Los límites inmanentes son los límites que se corresponden con el contenido esencial o cercan a éste.” (in HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. p. 58)

¹⁹⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 123.

¹⁹¹ Nesse sentido Peter Häberle, defensor da teoria interna, em tradução livre: “O princípio através do qual deve-se determinar o conteúdo e limites dos direitos fundamentais, e através do qual se solucionam os conflitos que surgem entre os bens jurídico-constitucionais que coexistem uns junto a

A afirmação de limites imanentes dos direitos fundamentais sugere uma configuração estática do conjunto de direitos, considerados como tendo conteúdos predefinidos reciprocamente, sem a dinâmica que sua consideração como princípios cuja realização depende das condições de cada caso concreto, e que mediante condições diversas podem manifestar-se de outra forma.

3.1.2. Teoria externa

De acordo com a teoria externa, o direito deve ser considerado primeiramente tal como previsto inicialmente na norma, ainda sem confronto com qualquer restrição. Somente num segundo momento, quando diante das circunstâncias do caso concreto for possível definir a extensão do direito aplicável ou realizável, após a incidência de restrições ou de seu sopesamento em face de outros direitos fundamentais, restará o direito restringido.

Para os adeptos da denominada “teoria externa”, o estudo dos direitos fundamentais implica, portanto, a necessidade de abordagem de dois objetos distintos: o direito mesmo, considerado em si, e, separado dele, como elementos externos à sua substância mas que afetam sua aplicabilidade, suas restrições.¹⁹²

Nesse sentido, diz Alexy:

Se a relação entre o direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de *teoria externa*.¹⁹³

outros, é o princípio da ponderação de bens”. No original em espanhol: “El principio a través del cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, y a través del cual se solucionan los conflictos que surgen entre los bienes jurídico-constitucionales que coexisten unos junto a otros, es el principio de la ponderación de bienes” (in HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. p. 33)

¹⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. p. 138. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 398.

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 277.

Ressalva Alexy que a teoria interna concebe os direitos fundamentais sem restrições, embora reconheça que sua manifestação é “sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos”. A restrição é, por isso, externa, estranha à substância do direito concebido.

Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.¹⁹⁴

Conforme Sarlet, “tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado”¹⁹⁵.

Por isso, no dizer de Martin Borowski, o exame de um direito fundamental deve ser realizado em duas etapas. Na primeira, indaga-se se a situação se encontra abrigada pelo direito em sua configuração plena, sem qualquer restrição (*prima facie*). Concluindo-se que a consequência jurídica pretendida se encontra inserida no conteúdo do direito, na segunda etapa examina-se a legitimidade da limitação imposta ao direito *prima facie* no caso concreto.¹⁹⁶

É possível identificar os pontos comuns entre a teoria externa e a teoria dos princípios. Afinal, como afirma Ana Carolina Lopes Olsen, é próprio dessa teoria a admissibilidade de restrições aos princípios por meio de sua ponderação face a outros princípios, bens ou valores, ponderação esta que pode ser realizada tanto pelo Judiciário ao decidir situações concretas de colisões de princípios contrapostos, como

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 277.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 398.

¹⁹⁶ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 517. No original, em espanhol: “El examen de un derecho limitado se realiza necesariamente en dos pasos. En el primero se pregunta si la consecuencia jurídica buscada forma parte del contenido del derecho *prima facie*. Si esto es así, en un segundo paso se examina si el derecho *prima facie* ha sido limitado legítimamente en el caso concreto, de tal forma que ya no se tenga un derecho definitivo.”

“pelo próprio legislador, quando ele realiza esta ponderação em um momento anterior à edição da lei infraconstitucional”.¹⁹⁷

Para a autora, é essa teoria que proporciona mecanismos mais adequados para o controle da legitimidade das restrições:

A partir da identificação de uma determinada intervenção estatal, como restrição, ela deverá adequar-se às reservas constitucionais, como a reserva de lei simples ou qualificada, bem como deverá atender à proporcionalidade, de modo que a restrição somente se legitima se for adequada, necessária e proporcional.¹⁹⁸

De fato, a teoria externa harmoniza-se com a teoria dos princípios, especialmente com a formulação de Alexy, em que se encontra o princípio como mandamento de otimização, um direito, portanto, *prima facie*, que se identifica com a ideia de direito ainda não restringido, da teoria externa.

O direito restringido é o resultado da ponderação¹⁹⁹ de um princípio com outros com eles colidentes, ou mesmo com circunstâncias fáticas limitadoras de sua efetividade, que consistem, portanto, em restrições.

A teoria interna pretende que os direitos sejam definitivos, mas para sua determinação ainda necessita recorrer à ponderação, e assim se rende ao principal instrumento da teoria externa.

¹⁹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 125.

¹⁹⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 125.

¹⁹⁹ Ponderação, explica Martin Borowski, é a forma como se aplicam os princípios, distinguindo-se da subsunção por meio da qual se aplicam as regras: “A forma de aplicação dos princípios é a ponderação, enquanto que as regras apenas se subsumem. Os conflitos entre princípios são decididos na dimensão do peso, os conflitos entre regras na dimensão de sua validez. Às regras falta a dimensão do peso, própria dos princípios. As regras são determinações no campo do fática e juridicamente possível. Os princípios, ao contrário, representam um objeto de otimização, que pode ser realizado em um grau máximo, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas”. No original, em espanhol: “La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. A las reglas les hace falta la dimensión de peso, propia de los principios. Las reglas son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. Los principios, en cambio, representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas.” (*in* BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 348)

De qualquer modo, também a teoria externa permite identificar, em cada caso, o âmbito de proteção definitiva de um direito fundamental, “qual seja, aquele que resta da atuação redutora da restrição constitucionalmente legítima”.²⁰⁰

Importa agora, por isso, atentar para os limites a que pode estar submetida a ponderação de princípios, qual o limite máximo a que o âmbito de proteção pode ser reduzido, ou, de outro lado, qual o âmbito de proteção mínimo que deva ser preservado. É o que será tratado no próximo item.

3.2. GARANTIA DE EFICÁCIA MÍNIMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O NÚCLEO ESSENCIAL

Há uma estreita relação entre a restringibilidade dos direitos fundamentais e a teoria dos princípios.²⁰¹ As normas constitucionais de direito fundamental, em geral, possuem natureza principiológica, embora as haja também estruturada sob a forma de regras²⁰², quando as restrições têm desde logo matriz constitucional.

Como princípios, estruturados na forma de mandamentos de otimização, sujeitam-se a restrições que podem ser definidas no âmbito de reservas legais ou “por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador”.²⁰³

Há que se reconhecer, contudo, que há limites também para as restrições que podem ser impostas aos direitos fundamentais.

Sejam impostas no âmbito de reservas legais, sejam decorrentes da ponderação de princípios colidentes, “eventuais limitações dos direitos fundamentais

²⁰⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 125.

²⁰¹ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 624.

²⁰² É o caso, como afirma Ana Carolina Lopes Olsen, das disposições do art. 212 da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelecem uma regra que “instrumentaliza o direito à educação prevendo cotas mínimas de investimento do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. (*in* **Direitos fundamentais sociais**. p. 72)

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 401.

somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição”.²⁰⁴

Por compatibilidade formal com a Constituição entende-se o atendimento de requisitos como a competência do agente estatal de cuja atuação tenha resultado a limitação, bem como se foram observados o procedimento e a forma necessários à validade do ato.

O controle da compatibilidade material da restrição, de seu turno, implica a necessidade de preservação do núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental restringido.²⁰⁵

O núcleo ou conteúdo essencial de um direito fundamental pode ser definido como “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”, identificáveis como “posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais”.²⁰⁶

Como lembra Ana Carolina Lopes Olsen, “a garantia do núcleo essencial surgiu na Alemanha, à época da Constituição de Weimar, como uma forma de proteção dos direitos fundamentais em face da atividade restritiva dos legisladores, que estavam praticamente a aniquilar estes direitos quando da edição de suas leis ‘conformadoras’”.²⁰⁷ Essa proteção está hoje prevista expressamente no art. 19, § 2º,

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 404.

²⁰⁵ Ingo Wolfgang Sarlet inclui dentre os requisitos da constitucionalidade material das restrições aos direitos fundamentais, além da preservação do seu núcleo essencial, “o atendimento das exigências de proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso”. Como observa o autor, os critérios de proporção e de razoabilidade são “vinculadas à própria noção de justiça e equidade”, matéria que será o tema do próximo capítulo, com ênfase à teoria da justiça desenvolvida por Amartya Sen. O foco do presente item, contudo, recai sobre o núcleo essencial dos direitos como possível piso a ser respeitado pelo agente limitador. Por isso, não serão desenvolvidos aqui os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, seja como possíveis limites aos limites, seja no que respeita a sua conexão instrumental com o “método da ponderação” de princípios de direitos fundamentais. (*in* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 404 e 410)

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 411.

²⁰⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 156.

da Lei Fundamental Alemã que estabelece que “os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não afetado o seu conteúdo essencial”.²⁰⁸

Não obstante, sustenta Peter Häberle que essa disposição da Lei Fundamental alemã “é uma norma constitucional de natureza simplesmente declaratória”. E complementa:

A sanção é declaratória, a garantia complementar e supérflua de princípios que já encontraram expressão na Constituição. Sua importância se esgota em compendiar esses princípios de modo específico em uma fórmula. Também sem garantia expressa do conteúdo essencial, o “conteúdo essencial”, a ser determinado em separado para cada direito fundamental, estaria garantido pela Constituição.²⁰⁹

A Constituição brasileira não prevê expressamente a garantia do núcleo essencial, ao contrário das Constituições da Alemanha, da Grécia, de Portugal e da Espanha, o que não tem impedido o seu reconhecimento pela doutrina e jurisprudência, o que reforça a ideia de que uma previsão nesse sentido seria de cunho meramente declaratório.²¹⁰

A respeito, diz Karine da Silva Cordeiro:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 também não proclama, de forma expressa, o direito ao mínimo existencial. Não obstante, o seu preâmbulo anuncia que o Estado democrático então instituído se destina a assegurar, como valores supremos, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; o artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana; o *caput* do art. 170 estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos; e a erradicação da pobreza, segundo o inciso III do artigo 3º, é um dos objetivos fundamentais da República. Isso sem contar o

²⁰⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 149.

²⁰⁹ Tradução livre do original em espanhol: “Es la sanción declarativa, la garantía complementaria y superflua de principios que ya han encontrado expresión en la Constitución. Su importancia se agota en compendiar estos principios de modo específico en una fórmula. También sin garantía expresa del contenido esencial, el “contenido esencial”, a determinar por separado para cada derecho fundamental, estaría garantizado por la Constitución.” (in HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. p. 219)

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 412.

extenso rol de direitos sociais específicos e a previsão de diversos casos de imunidade tributária.²¹¹

Quanto às restrições não autorizadas constitucionalmente, mas que decorrem das colisões entre princípios, sua legitimação encontra limites no peso relativo dos próprios direitos fundamentais colidentes:

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.²¹²

Algumas teorias foram desenvolvidas com o foco na interpretação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou, por outra, com o objetivo comum de “garantia de uma maior proteção dos direitos fundamentais”²¹³

Conforme Alexy, essas teorias podem ser sistematizadas por meio de dois pares conceituais: de um lado as teorias subjetiva e objetiva; de outro a teoria absoluta e a teoria relativa do núcleo essencial.

Sobre o primeiro par conceitual, diz Karine da Silva Cordeiro:

As teorias *objetiva* e *subjetiva* estão ligadas ao objeto da proteção em si, ou seja, se o núcleo essencial visa, respectivamente, a uma proteção objetiva, no sentido de que é o texto constitucional em si que resta protegido (“eficácia de um direito fundamental na sua globalidade”); ou à proteção singular de cada indivíduo em especial (“posição jurídica concreta do particular”).²¹⁴

Segundo a teoria objetiva, portanto, “o conteúdo essencial é definido como norma objetiva, de modo que sempre que permanecer válido para os demais indivíduos, poderá ser totalmente restringido num dado caso concreto”.²¹⁵

²¹¹ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 106/107.

²¹² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 296.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 412.

²¹⁴ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. p. 113.

²¹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 150.

A teoria subjetiva, “mais amplamente defendida na doutrina”²¹⁶, de seu turno, associa a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais a posições individuais:

Neste caso, o direito fundamental é compreendido em relação ao seu titular, de modo que ele se torna a referência para aferição da gravidade da restrição, bem como para a definição do conteúdo essencial do direito.²¹⁷

Dividem-se as teorias subjetivas do conteúdo essencial no segundo par conceitual: as teorias absoluta e relativa.

Robert Alexy afirma que a teoria absoluta que “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma”.²¹⁸

No mesmo sentido afirma Karine da Silva Cordeiro que o núcleo essencial, segundo a teoria absoluta, “deve ser entendido como unidade substancial autônoma, preestabelecida abstratamente”, composta por “um núcleo (conteúdo essencial) e uma parte acessória (não essencial)”.²¹⁹

Alinhando-se com essa teoria, Guilherme Sandoval Góes distingue na estrutura da norma de direito fundamental uma área nuclear, onde contido seu núcleo ou conteúdo essencial, e uma “área de ponderação de valores”, formada pelo conteúdo não essencial do direito:

Em suma, a hodierna dogmática dos direitos fundamentais é calcada em dois grandes espaços normativos, que perfazem o conteúdo total de tais direitos: um círculo interno sob a égide do princípio da proteção do núcleo essencial (conteúdo jurídico mínimo) e um círculo externo sob o pálio do processo de ponderação de valores (zona de ponderabilidade consubstanciada pela possibilidade de colisão de direitos constitucionais de mesma hierarquia).²²⁰

²¹⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 150.

²¹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 150.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 298.

²¹⁹ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. p. 113.

²²⁰ GÓES, Guilherme Sandoval. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador**. p. 8/9.

Martin Borowski questiona, porém, os métodos por meio dos quais a teoria absoluta poderia determinar o conteúdo essencial do direito. Uma das alternativas seria que “o núcleo absoluto seja fixado de maneira autoritária”. Ressalva, porém, que “as fórmulas em que estão redigidas as disposições de direito fundamental em uma constituição”, em geral curtas e indeterminadas, não permitem a identificação de um núcleo absoluto, nem pode este ser buscado “a partir da vontade do constituinte”.²²¹ Por isso, opta o autor pela teoria relativa do conteúdo essencial.

Nesse sentido também se posiciona Robert Alexy, na medida em que o caráter absoluto da proteção a um núcleo indisponível do direito fundamental depende necessariamente da relação entre os princípios, o que remete à teoria relativa:

Quando a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, ela está, em certa medida, correta. No entanto, ela está correta exatamente na medida em que se apoia na teoria relativa.²²²

Para a teoria relativa, “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”, segundo Robert Alexy,²²³ ou de uma “ponderação pela proporcionalidade”, de acordo com Ana Carolina Lopes Olsen, proporcionalidade que deve ser compreendida “como proibição do excesso, na hipótese dos direitos fundamentais de defesa, e proibição da proteção insuficiente, no caso dos direitos fundamentais a prestações”.²²⁴

Em função da ponderação dos princípios em conflito, considerados seus pesos relativos, enquanto “em um determinado caso concreto, o núcleo essencial pode

²²¹ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. posição 843. No original, em espanhol: “La primera remite a que el núcleo absoluto sea fijado de manera autoritativa. [...] Es preciso advertir que a partir de las fórmulas en que están redactadas las disposiciones de derecho fundamental en una constitución, fórmulas por lo general cortas e indeterminadas, no puede determinarse exactamente ningún núcleo absoluto, así como tampoco puede hacerse a partir de la voluntad del constituyente.”

²²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 300.

²²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 300.

²²⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 150.

estar totalmente protegido, em outros, pode sofrer tal mitigação em virtude do peso do outro princípio, que reste praticamente anulado”.²²⁵

Ou seja, segundo a teoria relativa “sempre que a restrição fosse cabível, em medida adequada e proporcional, o núcleo essencial poderia ser atingido”.²²⁶

A teoria é por isso alvo de críticas, pois a restrição ao direito fundamental para além do limite de seu núcleo essencial que implicaria a “anulação do direito fundamental naquele caso concreto”.²²⁷ Além disso, não forneceria “nenhum parâmetro substancial para a proteção do direito fundamental, mas tão-somente de caráter processual argumentativo”.²²⁸

Não obstante, conforme Ana Carolina Lopes Olsen, é justamente “o caráter argumentativo da teoria que garante sua racionalidade e a possibilidade de seu controle”, bem como proporciona a caracterização do núcleo essencial “como uma categoria fruída e maleável”, cuja relativização possibilita ao mesmo tempo a harmonização do sistema constitucional e a proteção dos interesses dos titulares dos direitos fundamentais, pela garantia de um núcleo essencial que “fornece um parâmetro a mais de controle da constitucionalidade”.²²⁹

3.2.1. O mínimo existencial

A teoria relativa – e em certo grau também as demais teorias analisadas, na medida em que dependentes da ponderação ou do sopesamento de princípios – fornece instrumentos adequados à definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Seu caráter processual e argumentativo, que conferem ao núcleo essencial fluidez e maleabilidade, asseguram a possibilidade de que sejam encontradas soluções adequadas às circunstâncias de cada caso concreto.

²²⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 150.

²²⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 151.

²²⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 151.

²²⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 153.

²²⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 152, 153 e 157.

Não fornecem, contudo, conforme uma das críticas que se lhe dirigem, qualquer parâmetro substancial, qualquer critério material de avaliação das respostas oferecidas. Depende da argumentação empregada para a aferição de sua validade e adequação constitucional. Com efeito, explica o que seja, mas não qual deva ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Como se viu, a técnica da ponderação de princípios pode conduzir até mesmo ao comprometimento do núcleo essencial do direito, quando essa restrição se mostrar adequada e proporcional.

Falta, portanto, um parâmetro que permita aferir essa adequação, julgar essa proporcionalidade.

Ana Paula de Barcellos reconhece no princípio da dignidade da pessoa humana o fundamento da conclusão de que há um núcleo de condições materiais cuja existência impõe-se como regra, e não como princípio.²³⁰

Robert Alexy observa, contudo, que “o conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável”, propondo, em seu lugar, o “princípio da igualdade fática”, que afirma “exige uma orientação baseada no nível de vida existente”²³¹.

Num ou noutro caso, vislumbra-se a preocupação com a qualidade do resultado prático do processo de determinação do conteúdo mínimo do direito fundamental, de sua compatibilidade e adequação para a preservação dos valores que fundamentaram a sua constitucionalização,²³² que se volta para o plano fático, para “o que realmente acontece com as pessoas”, preocupação central da teoria da justiça de Amartya Sen, como se verá no próximo capítulo.²³³

²³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 243.

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 428.

²³² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. p. 38.

²³³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Título original: *The idea of justice*. p.p. 422.

A propósito da discussão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a doutrina desenvolve a noção de um parâmetro fático, que pode servir como limite para as restrições ao direito fundamental, visando a preservação de seu núcleo essencial.

Trata-se do denominado mínimo existencial, que não se identifica com o núcleo essencial, “pelo menos não no sentido de que se trata de categorias absolutamente idênticas, o que, todavia, não significa que não haja uma relação entre tais figuras jurídicas”.²³⁴

Também não há uma relação direta entre o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, conforme aponta Ana Paula de Barcellos, este último pode variar, mas qualquer de suas concepções deve estar comprometida com aquele:

Nenhuma delas, todavia, poderá deixar de estar comprometida com essas condições elementares necessárias à existência humana (*mínimo existencial*), sob pena de violação de sua dignidade que, além de fundamento e fim da ordem jurídica, é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia.²³⁵

O mínimo existencial, na definição de Karine da Silva Cordeiro, constitui-se do conjunto de “prestações materiais destinadas a garantir as condições indispensáveis para uma vida digna (ou para a sobrevivência, segundo alguns), congregando, assim, as frações tidas por essenciais de alguns daqueles direitos”.²³⁶

Embora não se identificando com o núcleo essencial dos vários direitos fundamentais, o mínimo existencial estabelece a necessidade de preservação daquela fração que seja essencial para a dignidade da existência humana. Trata-se, pois, de uma “reserva última de eficácia” dos direitos fundamentais, de incidência horizontal, e que assume a “forma de direito fundamental autônomo”, um direito a direitos, um direito

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 413.

²³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 244.

²³⁶ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. p. 111.

à eficácia mínima dos direitos fundamentais.²³⁷ Nessa medida, constitui-se verdadeiramente uma reserva de eficácia do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.²³⁸

Nem todos os direitos fundamentais – ou mais precisamente seus conteúdos essenciais – se mostram indispensáveis à garantia de uma existência digna, o que evidencia que o mínimo existência não se confunda com o núcleo essencial dos direitos fundamentais:

A garantia do mínimo existencial não se confunde com a defesa da plena eficácia do núcleo essencial dos direitos sociais. Se, por exemplo, o acesso à universidade e às demais entidades de ensino superior pode ser considerado um direito fundamental, de inquestionável relevância na construção de uma sociedade de bem-estar – fim do Estado social –, por outro lado é duvidoso que o cumprimento do que se considere o conteúdo essencial de tal direito seja indispensável para assegurar um mínimo para uma existência digna.²³⁹

Assim como ocorre com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a garantia do mínimo existencial não se encontra prevista expressamente na Constituição. Da mesma forma, contudo, pode-se afirmar que uma previsão dessa natureza teria caráter meramente declaratório, na medida em que o direito às prestações necessárias ao mínimo existencial está radicado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Mais que isso, é uma “questão de justiça básica”,²⁴⁰ que se apresenta como um pressuposto da teoria da justiça de John Rawls, como se verá no capítulo seguinte. Essa análise servirá como ponto de conexão entre as teorias relacionadas à restringibilidade dos direitos fundamentais e a análise das possíveis implicações da teoria da justiça de Amartya Sen sobre a questão da eficácia mínima dos direitos fundamentais.

²³⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.167.

²³⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. p. 101.

²³⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. p. 168.

²⁴⁰ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. p. 99.

CAPÍTULO 4

A TEORIA DA JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. O MÍNIMO EXISTENCIAL NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

O estudo dos direitos fundamentais pode se concentrar em sua dogmática, como o faz Alexy, em que assume relevância a distinção entre as espécies de normas consagradoras de direitos fundamentais – regras ou princípios jurídicos – e as diferentes expectativas de realização desses direitos, conforme conferidos por uma ou outra dessas espécies normativas.

Especialmente quando tenham por objeto prestações estatais positivas, as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais em geral assumem a estrutura de princípios²⁴¹, passíveis, portanto, de realização apenas parcial de seu conteúdo.

Conquanto os princípios, como as regras, sejam expressos por meio das modalidades deônticas, sejam prescrições de dever-ser, sua interpretação e a definição do alcance de sua efetividade oferecem desafios muito maiores.

Para que não sejam tomados como meras declarações de direitos²⁴², é necessário buscar seu conteúdo mínimo de eficácia, exigível inclusive pela via judicial²⁴³. A atividade interpretativa desenvolvida com essa finalidade não pode prescindir da consideração dos fundamentos políticos e filosóficos e das origens históricas dos direitos fundamentais, em particular do princípio da dignidade da pessoa

²⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 249.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 378.

²⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 296.

humana, em que estaria assentado, conforme Jorge Miranda, todo o sistema constitucional de direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos aponta para a obviedade do caráter fundamental do princípio da dignidade humana, ressalvando, contudo, que essa sua fundamentalidade também possa encontrar sustentação em diferentes concepções juspolíticas.²⁴⁴

Esse seria o caso de John Rawls, ao tratar “do problema teórico-filosófico que envolve o direito a prestações materiais relacionadas com a dignidade humana”.²⁴⁵

Ao desenvolver sua teoria da justiça a partir de uma situação original hipotética em que todos os indivíduos concordariam com “um conjunto básico de princípios que ordenem a sociedade, de modo a lhe assegurar uma inviolabilidade pessoal mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua personalidade e o máximo de bem estar possível”, Rawls pretenderia o estabelecimento de um procedimento para a obtenção de um resultado justo ou pelo menos não injusto, a partir de uma situação de racionalidade e imparcialidade.²⁴⁶

A autora reconhece que a teoria de Rawls não se ocupa da realização material de sua teoria, restringindo-se ao estabelecimento de um esquema abstrato de justiça. Nesse esquema abstrato, contudo, o mínimo existencial de direitos fundamentais estaria contemplado, como um “pressuposto para que o procedimento decidido pelos indivíduos no estado original seja verdadeiramente equitativo”.²⁴⁷²⁴⁸

²⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 144.

²⁴⁵ Para evidenciar o amplo espectro de aceitação da fundamentalidade da dignidade humana, a autora destaca que essa sustentação pode ser encontrada tanto em concepções juspolíticas liberais quanto nas denominadas comunitaristas. Destaca, nesse sentido, por todos, John Rawls e Michael Walzer, como representantes respectivamente dessas duas linhas de pensamento. (*in* BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 144)

²⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 146.

²⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. p. 146.

²⁴⁸ Ao dispor sobre as “instituições de fundo para a justiça distributiva”, John Rawls afirma que o principal problema da justiça distributiva consiste na estruturação de um sistema social de modo que resulte numa distribuição justa. Tratando do que entende deva ser a estrutura organizacional básica prevista em uma constituição justa, o autor assim se refere à garantia de um mínimo social: “Por último, o Estado garante um mínimo social, seja por intermédio de benefícios familiares e de transferências

Rawls postula “pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses”²⁴⁹, se colocadas em uma “situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social”²⁵⁰, aceitariam submeter-se a dois princípios básicos de justiça, que definiriam as condições fundamentais de sua associação, regeriam todos seus acordos subsequentes e especificaram os “tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir”²⁵¹.

É a essa “maneira de encarar os princípios da justiça” que Rawls denomina justiça como equidade.

Esses princípios de justiça são assim formulados:

Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido.

As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade.²⁵²

Rawls salienta que a concepção de justiça consagrada por esses princípios servirá de guia a orientar todas as etapas seguintes do desenvolvimento e estruturação social, a iniciar pela elaboração de uma constituição, a estruturação de um órgão legislativo responsável pela edição de leis, passando pela organização de instituições adequadas à realização da justiça social, em conformidade com os princípios básicos hipoteticamente acordados inicialmente.

especiais em caso de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como a complementação progressiva da renda (denominado imposto de renda negativo). (in RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Título original: *A theory of justice*. p. 342/343)

²⁴⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 13.

²⁵⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 14.

²⁵¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 14.

²⁵² RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 6.

Como observa Amartya Sen a respeito da teoria rawlsiana, trata-se de um subsequente desdobramento multiestágio da justiça social, em que o primeiro ato consiste na escolha dos dois princípios de justiça, que irão influenciar tudo o que se segue:

A escolha dos princípios básicos da justiça é o primeiro ato no desdobramento multiestágio da justiça social concebido por Rawls. Esse primeiro estágio leva ao seguinte, “constitucional”, no qual as instituições reais são selecionadas de acordo com os princípios de justiça escolhidos, levando em conta as condições particulares de cada sociedade. O funcionamento dessas instituições, por sua vez, leva a novas decisões sociais em estágios posteriores do sistema rawlsiano, por exemplo, através de uma legislação apropriada (o que Rawls chama de “estágio legislativo”). A sequência imaginada avança passo a passo por linhas firmemente especificadas, com um desdobramento elaboradamente caracterizado dos arranjos sociais completamente justos.²⁵³

É num desses estágios subsequentes, especificamente no estágio legislativo, que Rawls situa a realização do segundo princípio da justiça, que trata da regulação das desigualdades sociais e ao qual estariam relacionados, segundo Ana Paula de Barcellos, os “aspectos materiais da dignidade humana”.²⁵⁴

Barcellos afirma que na teoria da justiça de Rawls o mínimo existencial constitui um pressuposto tanto do princípio da diferença – identificado com o segundo princípio da justiça – quanto do primeiro princípio, o princípio da liberdade, dado que a ausência de condições materiais mínimas “inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura”.²⁵⁵

Mais ainda, aponta a autora que a garantia do mínimo existencial se situa, na teoria de Rawls, no mesmo patamar em que as garantias de liberdades consagradas pelo primeiro princípio da justiça.²⁵⁶ Tratar-se-ia de elementos constitucionais essenciais, matéria de natureza constitucional, um “direito constitucionalmente

²⁵³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Título original: *The idea of justice*. p. 86/87.

²⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. p. 147.

²⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. p. 148.

²⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. p. 149.

assegurado, independentemente da intervenção legislativa”.²⁵⁷ Somente as “prestações que representam um *plus* em relação a esse mínimo” ficariam reservadas à atuação posterior do legislador, “a quem caberá promover as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva”.²⁵⁸

De fato, Rawls trata dos “elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica” como uma classe de questões fundamentais que incluem “os direitos e as liberdades fundamentais e iguais da cidadania que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar, tais como o direito de voto e de participação na vida política”.²⁵⁹

Os elementos essenciais dessa categoria “dizem respeito a liberdades e direitos fundamentais que não podem ser especificados senão de uma maneira”²⁶⁰, e incluiriam o “mínimo essencial que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos”, que não se confunde com o denominado “princípio da diferença”²⁶¹. Naquilo que exceda ao mínimo essencial, o princípio deverá ser desenvolvido pelo legislador, não constituindo elemento constitucional essencial.²⁶²

Não obstante Rawls atribua ao mínimo existencial – ou mínimo social, segundo a terminologia do autor – essa natureza essencial e a necessidade de que

²⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. p. 150.

²⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. p. 150.

²⁵⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. p. 268.

²⁶⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. p. 269.

²⁶¹ O princípio da diferença identifica-se com a segunda parte do segundo princípio da justiça de John Rawls. Explicando-o, diz o autor: “A estrutura básica deve permitir desigualdades organizacionais e econômicas, desde que melhorem a situação de todos, inclusive a dos menos privilegiados, e essas desigualdades devem ser compatíveis com a liberdade igual e com a igualdade equitativa de oportunidades. Porque o ponto de partida das partes são quinhões iguais; aqueles que se beneficiam menos (considerando a divisão igual como o referencial) têm, por assim dizer, um poder de veto. E, desse modo, as partes chegam ao princípio da diferença. Aqui, uma divisão igual é aceita como referencial porque isso reflete como as pessoas se situam quando são representadas como pessoas morais livres e iguais. Entre pessoas que se concebem dessa maneira, é preciso que aquelas que ganharam mais do que as outras o tenham feito de modo que a situação daquelas que ganharam menos melhore. Essas considerações intuitivas indicam por que o princípio da diferença é o critério apropriado para regular as desigualdades sociais e econômicas.” (in RAWLS, John. **O liberalismo político**. p. 334.

²⁶² RAWLS, John. **O liberalismo político**. p. 270)

seja contemplada em uma constituição idealmente justa, é preciso ressaltar que o modelo proposto pelo autor não tem a pretensão de refletir o que de fato acontece.

Trata-se da busca de um modelo ideal, inteiramente abstrato, de arranjo social que reflita uma concepção perfeita da própria justiça. Preocupa-se com a natureza do justo, antes de buscar refletir ou regular o que de fato acontece nas sociedades reais.

Diz, com efeito, Rawls a respeito de seus propósitos:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo.²⁶³

Ao formular sua teoria da justiça, Rawls propõe os princípios básicos que, se observados, devem conduzir ao desenvolvimento de uma sociedade justa. Baseia-se, para isso, em hipóteses e suposições que condicionam desde o surgimento do próprio contrato original, cujo objeto são os dois princípios de justiça mencionados, quanto o próprio desenvolvimento e estruturação da sociedade, inclusive no que respeita à fase seguinte à do contrato, que é a da elaboração da constituição em que, como aponta Barcellos, deveria estar assegurado o mínimo social.

Para viabilizar o acordo hipotético de que surgem os princípios de justiça, supõe por exemplo, “que a sociedade é uma associação de pessoas mais ou menos autossuficiente que, em suas relações mútuas, reconhece certas normas de conduta como obrigatórias e que, na maior parte do tempo, se comporta de acordo com elas”.²⁶⁴ Supõe ainda que “essas normas especificam um sistema de cooperação criado para promover o bem dos que dele participam”.²⁶⁵

²⁶³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 13.

²⁶⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 4.

²⁶⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 5.

Não se trata, portanto, do estudo de uma situação real, mas uma “situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça”.

Como reconhece Rawls, contudo, “as sociedades existentes raramente são bem-ordenadas nesse sentido, pois o que é justo e injusto está sempre em discussão”.²⁶⁶

Várias podem ser as concepções de justiça, mas um ponto de convergência deve haver entre elas, no que respeita à avaliação das instituições: estas seriam justas “quando não se fazem distinções arbitrárias entre pessoas na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais e quando as leis definem um equilíbrio apropriado entre as reivindicações das vantagens da vida social que sejam conflitantes entre si”.²⁶⁷

Após observar que os juízos de justiça ou injustiça são aplicáveis não apenas a instituições e sistemas sociais, mas também a atividades, decisões, comportamentos, Rawls ressalta que sua teoria se restringe à busca da justiça social e, especificamente, “a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens correntes da cooperação social”.²⁶⁸

Nesse mister, o autor pressupõe, ainda, que a sociedade hipotética que serve de modelo para seu estudo da justiça seja bem-ordenada e que todas as pessoas se comportem de forma adequada e compatível com os princípios da justiça.²⁶⁹

O comportamento justo das pessoas, segundo Rawls, pode ser estimulado por meio de regras adequadas, que as levem, na defesa de seus próprios interesses, a promover fins sociais desejáveis, ainda que estes não sejam seu objetivo:

²⁶⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 6.

²⁶⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 6.

²⁶⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 8.

²⁶⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 10.

O ideal é que se definam as regras de tal maneira que as pessoas sejam levadas por seus interesses predominantes a agir de modos que promovam fins sociais desejáveis. A conduta dos indivíduos norteada por seus planos racionais deve ser coordenada, tanto quanto possível, para atingir resultados que, embora não pretendidos ou nem previstos por eles, sejam, não obstante, os melhores, do ponto de vista da justiça social.²⁷⁰

Ou seja, nas fases subsequentes à inicial, em que estabelecidos os princípios básicos da justiça, há uma expectativa de que as instituições e as decisões individuais se amoldem àqueles princípios, que o arranjo social resultante e o comportamento das pessoas sejam justos.²⁷¹

Uma vez estabelecida a norma correta, espera-se dela que oriente no sentido da justiça o comportamento das pessoas, e que seja “regularmente observada e devidamente interpretada pelas autoridades”.²⁷² Deverá ser observada de forma imparcial e isonômica, ainda que o resultado possa ser considerado injusto. Trata-se então da opção pela justiça formal, definida como a “administração imparcial e coerente das leis e das instituições, sejam quais forem seus princípios fundamentais”²⁷³, ou ainda como a “adesão ao princípio” ou “obediência ao sistema”²⁷⁴.

Isso porque, segundo Rawls, a realização da justiça substantiva não é assegurada pelo tratamento semelhante de casos semelhantes. A justiça substantiva decorreria da justiça dos princípios básicos sobre os quais as instituições são erigidas dos princípios segundo os quais é moldada a estrutura básica.²⁷⁵

Ainda que admita que a defesa da justiça formal não implica a garantia de justiça substancial, Rawls faz a defesa daquela afirmando ser uma forma de evitar outros tipos importantes de injustiça:

²⁷⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 68.

²⁷¹ Amartya Sen, a respeito, observa que o sistema rawlsiano, embora haja uma preocupação com os resultados no momento da escolha das instituições de justiça, “não existe um procedimento dentro do sistema para verificar se as instituições estão, de fato, gerando os resultados esperados”. (in SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. nota de rodapé, p. 116)

²⁷² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 70.

²⁷³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 70.

²⁷⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 71.

²⁷⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 71.

Não obstante, a justiça formal, ou a justiça no sentido de regularidade, exclui tipos importantes de injustiças, pois, se supomos que as instituições são razoavelmente justas, então é extremamente importante que as autoridades sejam imparciais, e não se submetam à influência de considerações pessoais, financeiras, ou outras considerações irrelevantes ao lidar com determinados casos.²⁷⁶

Nesse aspecto, Rawls qualifica como injustas as decisões que se afastam das leis e de sua interpretação apropriada, pois mesmo quando as leis e as instituições possam ser consideradas injustas, ainda é preferível sua aplicação regular e previsível.²⁷⁷

A teoria da justiça de John Rawls, como se percebe, mantém-se a uma distância calculada da realidade. Desta se aproxima quando considera a necessidade de que o comportamento real dos indivíduos seja justo, mas confia que essa realidade possa derivar dos princípios de justiça originais. Destes depende toda a justiça do edifício social, seja no que respeita à natureza das instituições e das leis, seja como condicionamento dos comportamentos individuais reais.

Supondo-se a justiça dos princípios informadores do desenvolvimento social, confia-se que o atingimento de um resultado justo seja apenas um desdobramento natural dos acontecimentos e com isso se conforma. A partir daí, contenta-se com a realização da justiça formal, ainda que substancialmente os resultados possam se afastar da justiça perfeita almejada pelos princípios originais. Tolerar-se, é dizer, essa “injustiça” decorrente da justiça formal como o preço a pagar para evitar uma injustiça ainda maior.²⁷⁸

A referida defesa de que a constituição ideal preveja a garantia de um mínimo essencial, portanto, não parece constituir um esteio seguro a suportar a defesa da concretização dos direitos fundamentais. Rawls mesmo reconhece, com efeito, a

²⁷⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 71.

²⁷⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 71.

²⁷⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 4.

dificuldade em se atestar a realização dos “objetivos dos princípios que abarcam as desigualdades sociais e econômicas”.²⁷⁹

4.2. OS DIREITOS HUMANOS E O INSTITUCIONALISMO TRANSDENDENTAL

Essa concentração de John Rawls na formulação de uma concepção de justiça puramente ideal, abstrata, sem compromisso com sua viabilidade concreta ou efetividade parece revelar o que Ramón Maiz qualifica como uma alienação entre a filosofia e a teoria política e as ciências sociais.

Afirma Maiz que o desenvolvimento recente dessas disciplinas se caracteriza por uma acrítica separação entre o estudo dos fatos e o dos valores.

Assim, estabeleceu-se uma divisão indiscutível de trabalho pela qual a investigação empírica se dedica aos fatos, enquanto a teoria ou a filosofia política questiona sobre os valores.²⁸⁰

Mais do que desenvolver em separado seus programas de pesquisa, esses campos da investigação científica estariam verdadeiramente a ignorarem-se mutuamente, com consequências lamentáveis e empobrecedoras.²⁸¹

De um lado pesquisadores empíricos incorporam posições normativas *ad hoc*, como opiniões indiscutidas, realizando a seleção de problemas de uma perspectiva internalista ou orientadas pelo método. Os juízos valorativos, implícitos na maioria das vezes, não se apresentam como conjuntos de proposições consistentes e matizadas, mas como opiniões subjetivas, alheias a qualquer padrão de validade argumentativa ou de discussão sistemática. De outra parte, muitos teóricos políticos permanecem totalmente à margem das contribuições ou desenvolvimentos da pesquisa empírica

²⁷⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 271.

²⁸⁰ Tradução livre do original em espanhol: “Así, se ha establecido una indiscutida división del trabajo mediante la que la investigación empírica se dedica a los hechos, mientras la teoría o la filosofía política se interrogan sobre los valores.” (in MAIZ, Ramón. **Teoría política normativa y ciencia política empírica**. p. 1 Disponível em: http://webspersoais.usc.es/export/sites/default/persoais/ramon.maiz/descargas/Capitulo_67.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2014)

²⁸¹ MAIZ, Ramón. **Teoría política normativa y ciencia política empírica**. p. 1

contemporânea, incorporando observações sobre o mundo real ingênuas porque impressionistas, descritivas ou não explicativas.²⁸²

Não obstante, Maiz aponta a obra de Amartya Sen no campo da economia e política do desenvolvimento como um dos poucos exemplos de trabalhos que conciliam as esferas normativa e empírica.

Com efeito, Amartya Sen desenvolve sua própria teoria da justiça contrapondo-se à opção de Rawls pela abstração.

Conquanto declare sua admiração pela obra de John Rawls e reconheça sua importância para o desenvolvimento e compreensão da ideia de justiça, bem como sua influência ainda atual sobre a filosofia política, Amartya Sen afirma que a busca da justiça perfeita, a proposta de arranjos sociais justos, não é necessária ou suficiente se pretendem orientar efetivamente a formulação de políticas ou a estruturação de instituições públicas.²⁸³ Defende, com efeito, o abandono da teoria da justiça de Rawls²⁸⁴, em particular em razão da dificuldade em se justificar uma teoria “que exclui a possibilidade de que nossos melhores esforços ainda podem nos deixar presos a algum engano ou erro, por mais oculto que esteja”²⁸⁵

Ressalta Amartya Sen que Rawls alinha-se com a orientação preconizada por Thomas Hobbes e seguida, dentre outros, por Jean-Jacques Rousseau, cuja

²⁸² Tradução livre do original em espanhol: “Por una parte los investigadores empíricos incorporan posiciones normativas ad hoc, como opiniones indiscutidas, realizando la selección de problemas desde una perspectiva internalista o method-driven. Los juicios evaluativos, implícitos las más de las veces, no se plantean como conjuntos de proposiciones internamente consistentes y matizadas, sino como opiniones subjetivas, ajenas a estándar alguno de validez argumental y discusión sistemática. Por otra parte, muchos teóricos políticos permanecen totalmente al margen de las aportaciones y desarrollos de la investigación empírica contemporánea, incorporando observaciones sobre el mundo real naifs por impresionistas, descriptivas, no explicativas.” (in MAIZ, Ramón. **Teoría política normativa y ciencia política empírica**. p. 2)

²⁸³ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. p. 46.

²⁸⁴ “Minha inclinação é pensar que a teoria original de Rawls desempenhou um papel enorme em nos fazer compreender os vários aspectos da ideia de justiça, e mesmo que essa teoria tenha de ser abandonada — e a favor disso existe, eu diria, um argumento forte —, uma grande parte do esclarecimento feito pela contribuição pioneira de Rawls permanecerá e continuará a enriquecer a filosofia política.” (in SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 89)

²⁸⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 120.

abordagem da justiça concentra-se “na identificação de arranjos institucionais justos para a sociedade”.²⁸⁶

Essa abordagem, denominada “institucionalismo transcendental”, caracteriza-se pela busca de uma justiça perfeita, pela investigação da natureza do justo, sem ocupar-se de aferições relativas de justiça, de critérios que permitam ordenar e comparar várias alternativas concretas por meio de uma gradação de sua justiça ou injustiça. Seu foco são as instituições, consideradas em sua forma ideal, sem compromisso com a análise dos arranjos sociais efetivamente existentes ou que poderiam vir a surgir.²⁸⁷

Essas seriam, para Amartya, características de um “modo ‘contratualista’ de pensar”, que para o autor ter-se-ia iniciado com Thomas Hobbes e sido desenvolvido por autores como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant”.²⁸⁸

Sem prejuízo de sua concentração na formulação de um modelo de instituições ideais, alguns contratualistas dedicaram-se a “análises profundamente esclarecedoras dos imperativos morais e políticos para o comportamento socialmente apropriado”. Em relação a estes, dentre os quais o autor destaca Immanuel Kant e John Rawls, diz Amartya Sen que “suas análises podem ser vistas, de forma mais ampla, como abordagens da justiça focadas em arranjos, em que arranjo se refere tanto ao comportamento certo como às instituições certas”.²⁸⁹

As teorias da justiça modernas e a filosofia política contemporânea são predominantemente influenciadas pelo institucionalismo transcendental²⁹⁰.

Não obstante, a essa orientação contrapõem-se outras teorias da justiça ou da escolha social, em que se destaca a teoria da justiça de Amartya Sen, “que levam

²⁸⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 36.

²⁸⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 36.

²⁸⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 36.

²⁸⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 37.

²⁹⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 38.

bastante em conta os estados sociais que realmente emergem a fim de avaliar a forma como as coisas estão indo, e se os arranjos podem ser vistos como justos”.²⁹¹

Os teóricos do iluminismo igualmente se dedicaram ao desenvolvimento de abordagens comparativas, voltadas à análise das realizações sociais, da influência de instituições reais e de comportamentos reais das pessoas sobre a dinâmica social.²⁹² Cuidaram da análise de sociedades já existentes, antes de especular a respeito do que deva ser considerado uma sociedade perfeitamente justa, tendo como “principal interesse a remoção de injustiças evidentes no mundo que viam”.²⁹³

Mais especificamente, tais teorias afastam-se da busca da formulação de um sistema ideal de justiça perfeita, para se concentrar-se na “exploração dos procedimentos formais de decisões públicas e de suas suposições normativas subjacentes — frequentemente ocultas”.²⁹⁴

Dentre tais teorias destaca Amartya Sen a teoria da escolha social:

Uma das maneiras de adentrar essas questões pode ser encontrada na teoria da escolha social, que, como disciplina sistemática, fez sua primeira aparição na época da Revolução Francesa.

Os pioneiros dessa matéria foram matemáticos franceses que trabalhavam principalmente em Paris no final do século XVIII, como Jean-Charles de Borda e o Marquês de Condorcet, abordando o problema de chegar a avaliações agregadas com base em prioridades individuais e em termos até certo ponto matemáticos. Eles iniciaram a disciplina formal da teoria da escolha social investigando o método de agregação de juízos individuais de um grupo de diferentes pessoas.²⁹⁵

A moderna disciplina da teoria da escolha social desenvolveu-se a partir dos estudos de Kenneth Arrow, que levou à substituição da “abordagem um pouco aleatória de Condorcet, Borda e outros por um reconhecimento da necessidade de declarar

²⁹¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 116.

²⁹² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 37.

²⁹³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 38.

²⁹⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 122.

²⁹⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 122.

explicitamente quais condições devem ser satisfeitas por qualquer procedimento de decisão social para que seja aceitável”.²⁹⁶

Tratando-se ainda de um método de avaliação das escolhas baseadas nas prioridades individuais, a teoria da escolha social se interessa pela “base racional dos juízos sociais e decisões públicas na escolha entre alternativas sociais”:

Os resultados do processo da escolha social assumem a forma de ordenações de diferentes estados de coisas desde um “ponto de vista social”, à luz das avaliações das pessoas envolvidas.²⁹⁷

Nisso essa teoria se diferencia das teorias institucionalistas transcendentais, ao tomar como válidas as várias soluções justas possíveis, assim consideradas de acordo e em função dos interesses sociais específicos envolvidos, em vez de somente admitir a existência de uma única resposta à busca da justiça.

Uma abordagem transcendental não pode, por si só, responder a perguntas sobre como promover a justiça e comparar as propostas alternativas para ter uma sociedade mais justa, a não ser propor utopicamente dar um salto para imaginar um mundo perfeitamente justo.²⁹⁸

Como observa Amartya Sen, isso não implica que outras abordagens, como a teoria da escolha social, não devam dar importância ao papel das instituições no desenvolvimento e na busca de alternativas sociais justas. O que combate o autor é o que denomina uma “visão institucionalmente fundamentalista”, em que se pretendem as instituições como verdadeiras manifestações incorporadas da justiça, em vez de instrumentos voltados simplesmente à sua promoção.²⁹⁹ A concretização da justiça, de qualquer modo, dependerá, além da existência de boas instituições, de um conjunto favorável de circunstâncias sociais, econômicas, políticas e culturais.³⁰⁰

²⁹⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 123.

²⁹⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 126.

²⁹⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 127.

²⁹⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 112.

³⁰⁰ Diz SEN: “Há muitos exemplos dessa concentração em instituições, com a vigorosa defesa de visões institucionais alternativas de uma sociedade justa, variando desde a panaceia do livre mercado e livre-comércio funcionando maravilhosamente até a Shangrilá da propriedade social dos meios de

Além de ocupar-se da estruturação de instituições que sirvam como fatores de promoção da justiça social, uma teoria da justiça deve, ainda segundo Amartya Sen, “atentar para a equidade e a eficácia das oportunidades substantivas que as pessoas podem desfrutar”.³⁰¹

Afirma o autor que existe uma conexão entre a justiça e a democracia, consistente no compartilhamento das mesmas características discursivas, pois é através da argumentação pública, possível apenas num ambiente verdadeiramente democrático, que a realização das exigências de justiça pode ser avaliada. Nessa concepção, além da participação política, são considerados como pontos centrais do regime democrático o diálogo e a interação pública.³⁰²

Haveria ainda uma relação entre a democracia e o desenvolvimento e melhoria do bem-estar social, na medida em que “as liberdades políticas e os direitos democráticos estão entre os ‘componentes constitutivos’ do desenvolvimento”.³⁰³

Amartya Sen destaca a centralidade da vida humana na avaliação do mundo em que vivemos³⁰⁴, em particular em função dos valores e práticas consagrados nas sociedades democráticas. Os elementos constitutivos da prática democrática – como a regra da maioria e a proteção dos direitos das minorias, favorecem a formação de valores elevados. A liberdade de manifestação e imprensa, importantes para a manutenção e desenvolvimento da democracia, mostram-se cruciais também para a busca da justiça, pois “uma ‘justiça sem debate’ pode revelar-se uma ideia opressiva”.³⁰⁵

produção e do planejamento central magicamente eficiente. Há, no entanto, boas razões probatórias para pensar que nenhuma dessas fórmulas institucionais grandiosas geralmente proporciona o que seus defensores visionários esperam e que seu sucesso real na geração de boas realizações sociais é completamente dependente de variadas circunstâncias sociais, econômicas, políticas e culturais.” (*in*

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 113)

³⁰¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 331.

³⁰² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 360.

³⁰³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 381.

³⁰⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 259.

³⁰⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 371.

O autor sustenta, como exemplo dessa relação entre a democracia e a garantia de justiça social, o fato de que em um regime democrático dificilmente seria tolerado a possibilidade de que um elevado número de pessoas pudesse ter suas vidas colocadas em risco pela falta de acesso à alimentação mínima necessária à sua sobrevivência.

Afirmando que “nunca houve uma grande ocorrência de fome coletiva em uma democracia com eleições regulares, partidos de oposição, liberdade básica de expressão e uma imprensa relativamente livre”,³⁰⁶ Amartya Sen defende que a argumentação pública – a possibilidade do debate público livre, assegurada pela democracia – transformaria a ocorrência de uma fome coletiva em um desastre político, que forçaria o governo à ação.³⁰⁷

Dentre as conquistas da democracia, está sua capacidade de fazer com que as pessoas se interessem, através de discussão pública, pelas dificuldades dos demais e tenham uma melhor compreensão das vidas alheias.³⁰⁸

Essa preocupação com os direitos das minorias e, mais especificamente, com os dos mais necessitados, relaciona-se com a temática dos direitos humanos, em geral invocados como fundamento para a defesa da necessidade de ação estatal que assegure condições mínimas ou direitos fundamentais mínimos aos membros da sociedade.

Amartya Sen observa que, ao mesmo tempo em que exercem um grande apelo moral, servindo a causas as mais diversas, como o combate à tortura, à prisão arbitrária e à discriminação racial, a necessidade de combate à fome, à miséria e à falta de assistência médica, os direitos humanos são alvo de questionamento no que concerne à solidez de sua fundamentação conceitual.³⁰⁹

³⁰⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 376.

³⁰⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 378.

³⁰⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 371.

³⁰⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 390.

Tais dúvidas não são novas. Remontam à afirmação da autoevidência de certos direitos do homem, naturais e inalienáveis, na declaração de independência dos Estados Unidos e depois na declaração francesa dos “direitos do homem”.³¹⁰

Não obstante apontados como absurdos retóricos, frágeis e fruto de sentimentalismo, é fato que a defesa dos direitos humanos vem se mostrando eficaz. Seus defensores, despreocupados com esse “ceticismo intelectual”, e como observa Amartya Sen, talvez “mais interessados em mudar o mundo do que em interpretá-lo”³¹¹, logram não obstante alcançar “o uso imediato da ideia de direitos humanos, bastante atraente em si, para lutar contra a opressão intensa ou a grande miséria, sem precisar esperar o esclarecimento da atmosfera teórica”.³¹²

No que respeita à sua fundamentação teórica, porém, deve-se observar, com Amartya Sen, que as proclamações de direitos humanos, são declarações éticas, “comparáveis às declarações, digamos, da ética utilitarista — muito embora os conteúdos essenciais da enunciação dos direitos humanos sejam totalmente diferentes das pretensões utilitaristas”.³¹³

Ainda que declarações éticas, há que se reconhecer sua força como exigência de reconhecimento de certos imperativos morais, um chamado para o reconhecimento de que “é preciso fazer alguma coisa para concretizar essas liberdades reconhecidas e identificadas por meio desses direitos”.³¹⁴

³¹⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 390/391.

³¹¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 391.

³¹² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 392/393.

³¹³ “Os utilitaristas querem que as utilidades sejam consideradas, em última instância, as únicas coisas importantes, e exigem que as políticas sejam baseadas na maximização da soma total das utilidades, ao passo que os defensores dos direitos humanos querem o reconhecimento da importância de certas liberdades e a aceitação de alguns deveres sociais de salvaguardá-las. Apesar de suas divergências sobre o conteúdo exato exigido pela ética, a batalha deles se dá no território geral — e comum — das crenças e pronunciamentos das declarações éticas. E é isso que está em questão ao responder à pergunta: o que são os direitos humanos?” (*in* SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 394/395)

³¹⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 392/393.

Sejam tidos como produto das leis já estabelecidas, exigíveis apenas após sua positivação³¹⁵, sejam vistos como reclamos morais a servir de inspiração ou demandar a edição de leis novas que os protejam, a categoria dos direitos humanos apresenta-se como “motivação para muitas atividades diversas, desde a legislação e a implementação de leis adequadas até a mobilização de outras pessoas e a agitação pública contra violações dos direitos”.³¹⁶ Sua defesa não se deve restringir à via legislativa, até porque há direitos que, embora importantes para o indivíduo, ainda não atingiram relevância social suficiente para se sejam abrigados e protegidos pela lei.

A respeito, afirma Amartya Sen que existe um limiar de relevância social que determinada liberdade individual deve alcançar para assegurar sua posição dentre os direitos humanos que demande atenção por meio de políticas sociais.

É óbvio que podemos debater as maneiras de determinar o limiar de relevância e se uma determinada liberdade transpõe ou não esse limiar. A análise dos limiares, relacionados com a seriedade e a relevância social de liberdades particulares, ocupa um lugar significativo na avaliação dos direitos humanos.³¹⁷

Há um limite que separa uma razão ética para agir no sentido de ajudar a outra pessoa em situação de necessidade “para um dever concreto de empreender essa ação”³¹⁸, e será essa linha de argumentação ética o território próprio para o debate dos direitos humanos.³¹⁹

4.3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DA JUSTIÇA DE AMARTYA SEN

Esclarece Amartya Sen que “o reconhecimento dos direitos humanos não é uma pregação para que todos se ergam e ajudem a impedir qualquer violação de qualquer direito humano em qualquer lugar em que aconteça”, mas antes o

³¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 15.

³¹⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 401.

³¹⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 405.

³¹⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 407.

³¹⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 408.

reconhecimento de um imperativo ou de uma “exigência ética universal” no sentido de que “a pessoa que tem condições de fazer algo efetivo para impedir a violação desse direito tem uma boa razão para agir dessa maneira — razão que deve ser levada em conta ao se decidir o que deve ser feito”.³²⁰

Tratando-se de uma boa razão para agir, não se está necessariamente diante de uma imposição de ação, mas nesse quadro também já não será possível adotar simplesmente uma postura indiferente.

Com efeito, não se deve confundir obrigação vagamente especificada com ausência de qualquer obrigação. As obrigações vagas fazem parte de uma categoria de deveres importante, como dissemos antes, e que Kant chamou de “obrigações imperfeitas”, as quais podem coexistir com outros imperativos, mais plenamente especificados, das “obrigações perfeitas”.³²¹

A partir dessa compreensão da natureza dos direitos humanos, de sua apresentação como, antes e independentemente de sua positivação, um imperativo ético, pode auxiliar no estudo dos limites mínimos dos direitos fundamentais, na definição da parcela do interesse individual ligado ao direito fundamental que ultrapassa aquele limiar de relevância social que lhe assegure a atenção necessária dos formuladores de políticas sociais.

Isso se aplica especialmente a “alguns tipos específicos de pretensões a ser incluídos na categoria dos direitos humanos”, a saber os “chamados ‘direitos sociais e econômicos’, às vezes chamados de ‘direitos de bem-estar’”:

Esses direitos, que seus defensores veem como importantes direitos de “segunda geração”, como um direito comum aos meios de subsistência ou ao atendimento médico, foram em sua maioria acrescentados em data relativamente recente a listagens anteriores de direitos humanos, com isso ampliando muito o campo dos direitos humanos.³²²

³²⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 408.

³²¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 409. É possível vislumbrar nessa distinção entre obrigações perfeitas e imperfeitas um paralelo com as distintas forças normativas reconhecidas às regras e aos princípios. A relação, contudo, não será desenvolvida neste trabalho.

³²² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 414/415.

A proclamação ética desses direitos de segunda geração encontra-se originalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a partir do que “passaram a exercer uma influência significativa sobre a agenda das reformas institucionais, para o cumprimento de obrigações globais “imperfeitas”, que têm sido admitidas de forma explícita ou, mais geralmente, de forma implícita.”³²³

Nesse passo Amartya Sen chama a atenção para as objeções teóricas ou filosóficas que são levantadas contra essa inclusão dos direitos humanos de segunda geração, agrupando-as em “duas linhas específicas de contestação, que chamarei de ‘crítica da institucionalização’ e ‘crítica da exequibilidade’”.³²⁴

A crítica da institucionalização, “que visa em especial aos direitos econômicos e sociais”, concentra-se no fato de que não há uma relação exata entre os direitos de que se cuida com uma precisa formulação de uma obrigação correspondente. Pode haver a identificação do titular do interesse na prestação positiva, mas somente com a institucionalização desse direito é que haveria a imposição da obrigação de satisfazê-lo a um sujeito passivo específico.³²⁵

Amartya Sen responde a essa crítica recorrendo à noção de obrigação imperfeita, afirmando:

Mesmo os direitos clássicos “de primeira geração”, como a liberdade de não ser atacado, podem ser vistos como geradores de obrigações imperfeitas aos outros, como ilustra o exemplo do ataque a Kitty Genovese³²⁶ sob as vistas

³²³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 416.

³²⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 417.

³²⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 417.

³²⁶ Como exemplo de “obrigação imperfeita”, na definição de Kant, Amartya Sen refere um episódio real envolvendo um ataque a pessoa mencionada: “Um exemplo pode ajudar a ilustrar a dupla presença e a distinção entre diferentes espécies de obrigações. Veja-se um caso verídico que aconteceu no Queens, em Nova York, em 1964: uma mulher chamada Catherine (Kitty) Genovese foi agredida repetidamente até a morte, às claras vistas de outras pessoas, que assistiam ao episódio em seus apartamentos, mas os gritos de socorro foram ignorados pelos espectadores. É plausível argumentar que aqui ocorreram três coisas terríveis, distintas, mas mutuamente relacionadas: (1) a liberdade da mulher de não ser atacada foi violada (que aqui, evidentemente, é a questão básica); (2) o dever do atacante de não atacar e assassinar foi violado (uma quebra de uma “obrigação perfeita”); e (3) o dever dos outros de fornecer ajuda razoável a uma pessoa sofrendo ataque e assassinato também foi

públicas em Nova York. Da mesma forma, os direitos sociais e econômicos levam a obrigações perfeitas e imperfeitas.³²⁷

Ainda enquanto imperfeita, portanto, não há por que negar a existência da obrigação – ou do direito correspondente.

No que respeita à “crítica da exequibilidade”, afirma Amartya Sen que se baseia na alegação da ausência de condições materiais para que os direitos sociais e econômicos possam, pela sua amplitude, ser concretizados para todos, ainda que se empreguem nesse sentido os melhores esforços. Diz a respeito:

É uma observação empírica que tem por si mesma um certo interesse, mas foi convertida numa crítica à aceitação desses direitos apregoados tomando como base o pressuposto, em larga medida não fundamentado, de que os direitos humanos, para ser coerentes, têm de ser inteiramente realizáveis para todos. Se se aceitasse esse pressuposto, o efeito imediato seria remover muitos dos ditos direitos sociais e econômicos do campo dos direitos humanos possíveis, sobretudo nas sociedades mais pobres.³²⁸

O autor refuta essa crítica afirmando que é baseada em uma confusão quanto ao que deva ser considerado como conteúdo de um direito que se fundamenta em um imperativo ético.

Recorre, nesse sentido, mais uma vez, à analogia com as postulações da ética utilitarista. Assim como os utilitaristas visam a ampliação ao máximo das utilidades disponíveis, com vistas à maximização da soma da satisfação dos indivíduos, sem que possa infirmar a coerência dessa abordagem pelo fato de que esse somatório ou esse conjunto de utilidades poderá sempre e de forma ilimitada ser ampliado, o mesmo se deve aplicar à defesa, igualmente originada em imperativos éticos, dos direitos humanos, pois também “os defensores dos direitos humanos querem que os direitos humanos reconhecidos sejam realizados ao máximo”.³²⁹

violado (uma transgressão de uma obrigação “imperfeita”). (in SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 409)

³²⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 417.

³²⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 418.

³²⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 419.

É o que ocorre, com efeito, como se viu alhures, especialmente com os direitos fundamentais já institucionalizados, já positivados, quando contemplados por normas que se revistam da natureza de princípios, mandamentos de otimização que podem “ser satisfeitos em graus variados”, a depender da configuração de circunstâncias fáticas e jurídicas favoráveis, na lição de Alexy.³³⁰ Espera-se sua realização máxima, mas a realização aquém dessa expectativa não implica a negação da validade ou vigência dessa norma ou do direito por ela consagrado.

Como afirma Amartya Sen, “um direito não realizado por inteiro ainda continua a ser um direito”, não se transmuda “um direito reivindicado num não direito”. Sua inobservância não o faz desaparecer, mas antes demanda a adoção de medidas voltadas à sua realização.³³¹

Dada a natureza dos direitos humanos, sua fundamentação ética e sua positivação em geral por meio de princípios, seu conteúdo e amplitude não deixarão de ser objeto de intenso debate, por maior que seja a aceitação de sua existência e validade.³³² Amartya Sen chega a afirmar que “a viabilidade das pretensões éticas em forma de uma declaração dos direitos humanos depende, em última análise, do pressuposto de que as pretensões sobrevivem a um debate livre e desimpedido”.³³³

O mesmo se pode dizer da defesa de que uma determinada liberdade seja merecedora de proteção por revestir a natureza de direito humano: ao se fazer tal afirmação, está-se implicitamente sugerindo que “esse juízo se sustentaria sob um exame racional”,³³⁴ ou seja, que a conclusão de que determinada pretensão se subsume ao postulado ético que sustenta a necessidade de proteção dos direitos humano:

³³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 91.

³³¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 419.

³³² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 421.

³³³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 422.

³³⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 420.

Como outras proposições éticas que reivindicam a aceitabilidade sob um exame imparcial, há um pressuposto implícito, nos pronunciamentos sobre os direitos humanos, de que o caráter irrefutável das pretensões éticas subjacentes sobreviveria ao exame aberto e bem informado.³³⁵

Não há, contudo, senão pela "ausência de argumentos fortes em contrário", uma demonstração efetiva dos pressupostos éticos em que se sustentam os direitos humanos. Antes, "as ações são realizadas com base numa crença geral de que, caso ocorresse esse exame imparcial, as alegações se sustentariam".³³⁶ Do contrário, caso se vislumbrasse a possibilidade de que a pretensão de um direito humano não sobrevivesse ao amplo debate público, "a força de uma pretensão a um direito humano seria, de fato, gravemente afetada".³³⁷

Grande parte da força dos direitos humanos deriva do incansável trabalho de seus defensores, seja na divulgação e defesa de suas ideias,³³⁸ seja por meio do monitoramento de suas violações, em particular nos regimes democráticos, onde a liberdade de expressão e de imprensa acabam por possibilitar o constrangimento dos governantes, mediante a divulgação de tais violações como notícias negativas para o governo:

O fato de que o monitoramento das violações dos direitos humanos e o procedimento de "nomear e envergonhar" tenham tanta eficácia (pelo menos para colocar os transgressores na defensiva) é um indicador do alcance da discussão racional pública, quando há informação disponível e os argumentos éticos, em vez de reprimidos, são admitidos.³³⁹

Sustenta Amartya Sen a necessidade dessa discussão racional pública com vistas ao diagnóstico da injustiça e a resistência contra ela, assim como "a necessidade de aceitar a pluralidade de razões que podem caber sensatamente num exercício de avaliação".³⁴⁰

³³⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 420.

³³⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 421.

³³⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 422.

³³⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 420.

³³⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 422.

³⁴⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 429.

A pluralidade de razões que uma teoria da justiça tem de acomodar está ligada não só à diversidade dos objetos de valor que a teoria reconhece como significativos, mas também ao tipo de considerações a que a teoria deve abrir espaço [...].³⁴¹

Essa abertura a considerações diversas, ainda que incongruentes, é característica de uma teoria da justiça como a proposta por Amartya Sen, que não pretende ser fechada em um modelo hermético e que se pretenda acabado e imutável.

Entende o autor, com efeito, que uma teoria da justiça não pode se contentar com a defesa de um modelo único e completo de sociedade justa, mas oferecer critérios para o exercício de avaliações comparativas entre situações mais ou menos justas ou injustas, permitindo a escolha, por meio do debate público e da argumentação racional, da opção mais adequada ao alcance da justiça social.³⁴²

A completude de uma teoria da justiça, portanto, não se condiciona à identificação daquilo que deva ser considerado perfeitamente justo e nem mesmo à necessidade de que ofereça um ranking completo de "cursos decisórios alternativos".³⁴³

Amartya Sen sustenta, enfim, a necessidade de que, em lugar de uma concepção de justiça transcendental, focada na proposta de arranjos institucionais ótimos, mas que dificilmente retratam a realidade, passemos a nos ocupar com a avaliação da justiça presente nas realizações sociais, bem como com os "problemas comparativos relativos à melhoria da justiça".

A importância das comparações valorativas da justiça de diferentes situações, em maior ou menor grau, pode inspirar, com efeito, a atividade hermenêutica relacionada com os direitos fundamentais. Na busca do mínimo caracterizador da essência desses direitos não há como pretender a formulação de uma teoria completa e imutável.

³⁴¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 430.

³⁴² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 436.

³⁴³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. p. 433.

Em primeiro lugar, isso seria incompatível com a própria natureza principiológica da maioria das normas jurídicas positivadoras de direitos fundamentais - embora não seja raro que se pretenda atribuir a todas essas normas alcance irreduzível, dando-se a elas interpretação que somente seria adequada a regras jurídicas.

Ademais, a comparação entre diversas soluções possíveis a partir do sopesamento dos direitos fundamentais que se coloquem em posição de conflito ou de concorrência, por meio de um debate aberto e racional, quando nenhuma delas possa ser qualificada como injusta, tal como propõe Amartya Sen, pode ser o caminho mais adequado socialmente para a construção de uma sociedade justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com o presente trabalho investigar a contribuição que uma teoria da justiça, em particular a desenvolvida por Amartya Sen, pode proporcionar na busca da efetividade dos direitos fundamentais.

Para esse fim se mostra conveniente a lembrança de que as proclamações de direitos humanos, que estão na origem do desenvolvimento e da constitucionalização dos direitos fundamentais, possuem conteúdo marcadamente ético, demandando o reconhecimento de imperativos morais que demandam sua concretização.

O distanciamento entre o Direito e os valores em que se fundou o desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos levou a uma desvinculação da norma jurídica de critérios de justiça, com prejuízo para a carga de normatividade dos princípios jurídicos.

O pós-positivismo promoveu a reaproximação do Direito com a ética e os valores, afirmando a força normativa das normas constitucionais, inclusive daquelas estruturadas na forma de princípios consagradores de direitos fundamentais.

Conquanto aos princípios de direito fundamental seja reconhecido o caráter cogente próprio às normas jurídicas em geral, há que diferenciá-los das regras jurídicas.

Ambas essas espécies normativas expressam-se por meio das modalidades deônticas básicas do dever, da permissão ou da proibição e, quando tenham por conteúdo a proteção de direitos fundamentais, representam limites à atuação do Poder Público ou obrigações a serem por este cumpridas no interesse da realização concreta daqueles direitos.

Diferentemente do que ocorre com as regras, os princípios não asseguram necessariamente a exigibilidade ou a realização integral de seu conteúdo normativo. Traduzem comandos *prima facie*, mandamentos de otimização, cuja realização é exigível na maior medida possível.

Essa possibilidade é condicionada à existência de condições fáticas ou jurídicas favoráveis. O trabalho volta-se, nesse particular, para a consideração dos obstáculos de natureza jurídica, que se manifestam nos conflitos ou colisões entre princípios. Para a solução dessas colisões, é necessário que um dos princípios ceda espaço à realização do outro, sem que nenhum deles perca sua validade ou seja excepcionado. À decisão quanto a qual dos princípios deva ceder frente ao outro chega-se por meio do estabelecimento de uma ordem de precedência entre os princípios envolvidos, consideradas as circunstâncias e condições de cada caso concreto. Há a atribuição de um peso maior a um dos princípios colidentes, com a possibilidade de que esse balanço seja alterado pelas circunstâncias e condições peculiares a outra situação concreta à qual os princípios devam novamente ser aplicados.

Resulta disso uma restrição ao princípio que ceda espaço para a realização do outro, que é legítima, mas que suscita a discussão quanto ao limite que possa atingir, em particular quando à possibilidade de reconhecimento de um conteúdo essencial que deva ser preservado em qualquer caso.

Uma restrição pode ser imposta pelo legislador, no âmbito de uma autorização constitucional. Os limites a que se submete são aqueles traçados pela Constituição.

Há restrições, contudo, que não dependem de autorização constitucional, ocorrendo sempre que o intérprete constitucional deva solucionar uma colisão entre princípios. Nesse caso, a legitimação da restrição encontra limites no peso relativo dos princípios envolvidos, que em um caso concreto pode autorizar até mesmo o atingimento do conteúdo essencial, em virtude do peso maior de outro princípio.

Tais técnicas e processos são adequados para a solução de conflitos entre regras e princípios e para a eventual proteção do conteúdo essencial de um direito fundamental. Contudo, não fornecem um parâmetro que possibilite a aferição da correção dos pesos atribuídos ou dos limites impostos às restrições dos direitos fundamentais em cada caso.

Essa aferição deve tomar em conta os fundamentos políticos e filosóficos dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na teoria da justiça de John Rawls afirma-se a necessidade de combate às desigualdades sociais como forma de preservação de aspectos materiais da dignidade humana, do que resultaria a garantia constitucional de prestações mínimas imunes e independentes da atuação do legislador.

Contudo, o modelo rawlsiano não pretende refletir aquilo que de fato acontece na sociedade e com a busca da solução justa consideradas as em situações particulares. Antes, propõe que a realização da justiça substantiva seja uma decorrência da estruturação das instituições sociais segundo princípios ideais de justiça.

A concepção de justiça de Amartya Sen, de outro lado, busca conciliar os planos normativo e empírico, afirmando a inadequação do “institucionalismo

transcendental”, como se caracteriza a teoria de John Rawls, ocupado apenas com a busca de uma concepção ideal e perfeita de justiça, para a realização de aferições relativas de justiça, considerados os estados sociais que realmente se manifestam.

A afirmação de que princípios devam ser sopesados ou ponderados, com atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, representa apenas uma concepção procedimental de como deva ser buscada a conciliação de direitos fundamentais colidentes. Está para a teoria dos direitos fundamentais como o “institucionalismo transcendental” está para a teoria da justiça.

A teoria da justiça de Amartya Sen, na medida em que admite a existência de variadas concepções valorativas de justiça frente a diferentes situações, sem procurar uma solução perfeita, excludente de outras alternativas, chama a atenção para o fato de que não se pode pretender que o sopesamento dos direitos fundamentais deva conduzir a uma solução única, resultante de um arranjo institucional idealmente justo.

Amartya Sen reconhece a possibilidade de que, para uma mesma situação, possam existir várias soluções justas. Assim também o sopesamento de princípios colidentes não oferece necessariamente uma solução única. Várias alternativas podem-se apresentar, sem que se possa concluir que apenas uma delas seja justa e adequada às exigências constitucionais.

A escolha de uma dessas soluções, em qualquer caso, deve ser realizada em função dos interesses sociais envolvidos, tendo por referência a centralidade da vida humana para a avaliação do mundo e os valores e práticas consagrados nas sociedades democráticas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. 2 tir. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. Título original: *Theorie der Grundrechte*. 669 p.
- ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ATIENZA RODRIGUEZ, Manoel. **Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos**. 5 de setembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em 05/11/2015. Entrevista concedida a VALE, André Rufino.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 215 p.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 378 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 29 out. 2015.
- BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 189 p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Claudio De Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. 184 p.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Edição Kindle.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 21/09/2006. 153 p. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais das Faculdades de Vitória. Vitória, 21/09/2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 30/10/2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 12 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.
- CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 216 p.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nova Iorque: Bloomsbury Academic, 2013. Edição Kindle. 457 p.

CRUZ VILLALON, Pedro. **Formación y evolución de los derechos fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 25, p. 35-62, jan./abr. 1989.

GÓES, Guilherme Sandoval. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador**. Disponível em: http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID_2010_34.pdf. Acesso em 24/10/15.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. 384 p.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. Título original: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. 240 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 127.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Ensaio de Processo Civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 358 p. (Coleção Ensaio de Processo Civil, vol. 1)

LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2503, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14737>>. Acesso em: 28 out. 2015.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, p. 7-15, out/dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1003>>. Acesso em 30/06/2015.

MAIZ, Ramón. **Teoría política normativa y ciencia política empírica**. p. 1 Disponível em: <http://webspersoais.usc.es/export/sites/default/persoais/ramon.maiz/descargas/Capitulo_67.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2014.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 220p. Título original: *Sociology at the Crossroads and other essays*.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 508 p.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>. Acesso em 02/11/2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. 352 p.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoria General. Madrid: Eudema, 1991.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Political liberalism*. 636 p.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Título original: *A theory of justice*. 764 p.

ROSS, William David. **The Right and the Good**. Disponível em: <<http://www.ditext.com/ross/right2.html>>. Acesso em 30 de junho de 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte : Del Rey, 2013. 840 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição**: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 5-30, jul./set. 1996. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176432>>. Acesso em 01/09/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. 504 p.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para a superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito, 2011.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. 111 p.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteções e restrições. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001. 152 p.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Título original: *The idea of justice*. 492 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 280 p.

KARAM TRINDADE, André. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em 30/10/2015.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. Notas revistas por Eric Desmons. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *La formation de la pensée juridique moderne*. 755 p.