

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

GUSTAVO BARBOSA GIUDICELLI

**A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTRIBUIÇÕES
HERMENÊUTICAS E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

MACEIÓ/AL, JULHO 2016

GUSTAVO BARBOSA GIUDICELLI

**A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTRIBUIÇÕES
HERMENÊUTICAS E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Andreas J. Krell.

MACEIÓ/AL, MARÇO 2016

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade

G537d Giudicelli, Gustavo Barbosa.
A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: contribuições hermenêuticas e controle de políticas públicas / Gustavo Barbosa Giudicelli. – 2016.
168 f.

Orientador: Andreas J. Krell.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2016.

Bibliografia: f. 162-168.

1. Direitos fundamentais. 2. Controle judicial. 3. Políticas públicas. I. Título.

CDU: 342.7

Dedicado ao meu Amor (Dany),
e aos frutos vindos e vindouros desse amor.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho como esse exige anos de dedicação e sacrifício, que não são apenas do seu autor, mas também das pessoas que estão à sua volta. Meu agradecimento é dirigido a elas, especialmente minha família, do Rio de Janeiro e de Alagoas, inclusive a família que me acolheu em Arapiraca, através da minha esposa Danyelle, a quem dedico esse trabalho.

Agradeço também aos colegas e amigos da Defensoria Pública de Alagoas, cuja amizade e companheirismo foram essenciais para que esse trabalho pudesse ser feito. Ainda, agradeço aos colegas do Mestrado da UFAL, bem como aos funcionários e professores, aos quais saúdo na figura do meu orientador, Prof. Andreas Krell, cujos conselhos valorosos foram essenciais na feitura do trabalho.

Por fim, minha eterna gratidão ao meu irmão, pelo exemplo, pela ajuda e pelo incentivo. E, principalmente, à minha mãe, que soube ser pai e mãe ao mesmo tempo, e a quem devo tudo que sou. Valeu a pena.

“Duas coisas me enchem a alma de crescente admiração e respeito, quanto mais intensa e frequentemente o pensamento delas se ocupa: o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim”.

Immanuel Kant.

RESUMO

Os direitos fundamentais, para além de sua visão tradicional de direitos subjetivos do cidadão em face do Estado, podem também ser visualizados em sua dimensão objetiva, a partir da ideia de ordem de valores que emerge dos direitos fundamentais sistematicamente considerados. A ideia não é nova, tendo se desenvolvido na Alemanha desde as primeiras décadas do século XX, não tendo ainda sido aprofundada na doutrina pátria, apesar de suas inúmeras referências doutrinárias e jurisprudenciais. Com o presente trabalho, se busca desenvolver algumas potencialidades desse referencial teórico, pretendendo-se a investigar a possibilidade de se buscar respostas constitucionalmente adequadas à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e da ideia de ordem de valores a ela subjacente. Para tanto, pretende-se inserir o tema nas principais teorias dos direitos fundamentais em voga no constitucionalismo contemporâneo, trazendo ao debate ainda problemas de filosofia do Direito e filosofia política acerca da influência dos valores no discurso jurídico, almejando-se investigar a possibilidade de sua utilização racional e legítima, sobretudo em um ambiente de crescente judicialização e pluralismo político-ideológico. Após, pretende-se desenvolver algumas possíveis utilizações práticas desse referencial teórico proposto, notadamente no que se refere à sua influência na hermenêutica constitucional e, mais concretamente, no controle judicial de políticas públicas.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais – dimensão objetiva – valores – hermenêutica – políticas públicas.

ABSTRACT

Fundamental rights, in addition to their traditional view of citizens subjective rights in the face of the state, can also be viewed in its objective dimension, from the idea of order of values emerging from fundamental rights systematically considered. The idea is not new, having been developed in Germany since the early decades of the twentieth century, but has not yet been detailed in the homeland doctrine, despite its many doctrinal and jurisprudential references. With this study, we seek to develop some potential of this theoretical framework, the objective being to investigate the possibility of seeking constitutionally adequate responses in the view of the objective dimension of fundamental rights, and the idea of order of values underlying it. To this end, we intend to put the issue in the main theories of fundamental rights in vogue in contemporary constitutionalism, also bringing to discussion problems of philosophy of law and political philosophy about the influence of values in legal discourse, aiming to investigate the possibility of their rational and lawful use, especially in a growing judicial activism environment with political and ideological pluralism. After, we intend to develop some possible practical applications of this proposed theoretical framework, especially with regard to its influence in the constitutional hermeneutics and, more specifically, the judicial review of public policies.

Key-words: Fundamental rights – objective dimension – values – hermeneutics – public policies

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1 Apresentação.....	10
1.2 Problematização.....	13
1.2.1 Crises de paradigmas do constitucionalismo contemporâneo	13
1.2.2 Efetividade dos direitos fundamentais e controle de políticas públicas	15
1.2.3 O crescimento da jurisdição constitucional e o uso retórico dos valores constitucionais.....	19
1.3 Proposta e Delineamento Metodológico	22
2. PREMISSAS TEÓRICAS.....	25
2.1. Panorama Histórico.....	25
2.1.1 Histórico dos direitos fundamentais: as gerações de direitos fundamentais	26
2.1.2 Do Estado Liberal ao Estado Democrático e Social de Direito: um percurso inacabado.....	29
2.1.3 Evolução do pensamento jurídico: do jusnaturalismo ao pós-positivismo	33
2.1.3.1 Constitucionalismo dirigente.....	37
2.1.3.2 Hermenêutica da valoração (jurisprudência dos valores).....	40
2.1.4 Breve histórico da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	42
2.2 Panorama Teórico	45
2.2.1 Teorias gerais dos direitos fundamentais	46
2.2.1.1 Teoria dos Status de Jellinek	48
2.2.1.2 A proposta de Robert Alexy	50
2.2.1.3 As propostas de Vieira de Andrade e Ingo Sarlet.....	53
2.2.2 Bases jusfilosóficas para uma teoria dos valores adequada à Constituição brasileira.....	58
2.2.2.1 Teoria dos princípios, regras e valores	66
2.2.2.2 As diversas concepções axiológicas contributivas para uma teoria dos valores constitucionalmente adequada	73
2.2.2.2.1 O Liberalismo	74
2.2.2.2.2 Comunitarismo	81
2.2.2.2.3 Proposta crítico-deliberativa.....	84
2.2.2.2.4 Proposta de compreensão de uma teoria dos valores constitucionalmente adequada.....	87
3 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	94
3.1 Considerações Iniciais	94
3.2 A dimensão Objetiva e a Dimensão Subjetiva	97
3.3 Efeitos da Dimensão Objetiva	100

3.3.1 Função hermenêutica.....	102
3.3.2 Deveres de proteção.....	104
3.4 A Dimensão Objetiva na Jurisprudência Pátria.....	107
3.5 Críticas.....	113
4 APLICAÇÕES DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	123
4.1 Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e Hermenêutica.....	123
4.1.1 Substancialismo versus procedimentalismo	123
4.1.2 Teorias da argumentação versus nova hermenêutica	128
4.1.3 Proposta tópica e proposta sistemática	135
4.1.4 Síntese conclusiva	138
4.2 Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas	140
4.2.1 Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional	143
4.2.2 A necessária harmonização de princípios à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como parâmetro para o controle judicial de políticas públicas	148
5 CONCLUSÃO.....	158
REFERÊNCIAS	162

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação

O presente estudo tem como propósito investigar a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entendida esta como a faceta desses direitos que vai além¹ da sua concepção tradicional de direitos de defesa do cidadão e limites da atuação estatal, consagrando o caráter de fundamento axiológico desses direitos com influência em todo o ordenamento jurídico, aptos a traduzir as escolhas valorativas fundantes de uma determinada comunidade jurídica e estabelecer os parâmetros de qualquer processo válido de aplicação do Direito, ou, utilizando-se da expressão de Lênio Streck², qualquer resposta hermenêuticamente adequada à Constituição.

Tal perspectiva não é nova, tendo se desenvolvido na Alemanha já no início do século XX, inclusive com aplicação pelo Tribunal Constitucional daquele país³. Nada obstante, o tema ainda não foi objeto de tratamento mais aprofundado e específico por parte da doutrina pátria⁴, apesar das inúmeras referências da doutrina e jurisprudência, em regra de forma tão somente retórica⁵, sem a preocupação de se estabelecer densificações conceituais, critérios e parâmetros que justifiquem a utilização dos direitos fundamentais enquanto ordem objetiva a ser considerada no processo hermenêutico.

Com efeito, é cada vez mais comum, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, a utilização da ideia de valores como elementos essenciais do processo de aplicação do Direito, o que ganha destaque especial no que se refere aos direitos fundamentais, que trariam em si o âmago da axiologia jurídica de determinado ordenamento jurídico, e cuja efetividade

¹ No sentido de transcender a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, traduzindo uma “mais-valia jurídica”, na feliz expressão de ANDRADE, José Carlos Vieira de (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 134), e não superá-la, vez que, conforme se analisará, será adotado o entendimento de que a dimensão objetiva de tais direitos não suplanta sua dimensão subjetiva, pelo contrário, a reforça.

² STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175-179.

³ Considera-se que o marco inicial dessa ideia no âmbito jurisprudencial se deu no famoso caso Luth. Posteriormente, quando da análise histórica do instituto, o assunto será desenvolvido mais amiúde.

⁴ Como exceção, merece menção o artigo do professor fluminense Daniel Sarmiento intitulado A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In **Revista de direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, 2003, p. 297-332. Todavia, como o próprio título do artigo indica, a proposta do autor foi formular apenas um esboço, sem pretensão monográfica.

⁵ O problema do uso retórico da ideia de pauta de valores objetivos na atividade jurisdicional será um dos temas centrais do presente trabalho, consoante a seguir examinado. Frise-se desde logo, porém, que o termo “retórico” está aqui sendo usado em seu sentido negativo, e não no sentido desenvolvido por autores como PERELMAN, Chaim (**Lógica jurídica: a nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, passim), e no Brasil, por ADEODATO, João Maurício (**Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, passim).

se tornou o principal mote da doutrina brasileira pós Constituição Federal de 1988⁶. Todavia, tal emergência dos valores no discurso jurídico não foi acompanhada, entre nós, de estudos mais aprofundados acerca da ideia de direitos fundamentais enquanto ordem de valores a serem necessariamente levados em conta no processo hermenêutico, bem como acerca do papel, limites e possibilidades de utilização desse referencial teórico.

Quando muito, o estudo do tema em nossa doutrina se limita a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares⁷, o que vem perdendo maiores utilidades práticas, em face da tese da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que vem sendo adotada por nossa doutrina e jurisprudência, com fulcro no art. 5º, §1º, da Constituição Federal⁸.

Por outro lado, autores como Paulo Bonavides⁹, apoiados, sobretudo, na doutrina alemã¹⁰, chegam a elencar dez efeitos jurídicos oriundos do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, merecendo destaque os efeitos irradiantes e vinculativos¹¹, amparados na dimensão axiológica, mediante a qual, nas palavras daquele autor¹²:

(...) os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição.

Não se ignora, porém, a enorme dificuldade de transplantar alguns desses efeitos para a realidade brasileira, seja pelas nossas especificidades sociais, seja pela falta de uma

⁶ Tal se deu especialmente entre os autores que fazem parte da chamada “doutrina da efetividade”, capitaneada pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, além de autores de destaque como Ingo Sarlet, Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcellos. Entre eles, predomina o entendimento de que o retorno dos valores à pauta de consideração dos operadores jurídicos é uma das principais características do pós-positivismo jurídico (neoconstitucionalismo), tema que também merecerá atenção no decorrer do presente trabalho.

⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, passim.

⁸ Ver, por todos, RE 158.215-4/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 07/06/1996.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 588-589. São eles: a) a irradiação dos direitos fundamentais ao Direito Privado; b) a elevação dos direitos fundamentais à categoria de princípios; c) a eficácia irradiante aos três poderes estatais; d) o reconhecimento da aplicabilidade direta e eficácia imediata dos direitos fundamentais; e) o reconhecimento da dimensão axiológica dos direitos fundamentais; f) a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares; g) a aquisição de um duplo caráter dos direitos fundamentais, para além do seu caráter subjetivo; h) a elaboração do conceito de concretização; i) o emprego do princípio da proporcionalidade; j) a introdução do conceito de pré-compreensão. Observe-se, porém, que nem todos esses efeitos podem ser atribuídos de forma direta à concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pelo menos não da forma mais estrita como é aqui desenvolvida, razão pela qual a presente investigação optou por concentrar suas atenções em alguns efeitos mais específicos, elencados notadamente nas alíneas “c”, “e” e “g” da proposta de Paulo Bonavides.

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Los Metodos de ia intetpretación constitucional - Inventario e crítica**, In: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993.

¹¹ Conforme já dito, a doutrina pátria usualmente se utiliza desses efeitos para justificar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. Op. cit. Diversamente, o presente trabalho pretende focar tais efeitos na vinculação do Estado aos direitos fundamentais, influenciando a interpretação constitucional e fornecendo parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas.

¹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 588.

dogmática consolidada sobre o tema. Ainda, não se ignora as inúmeras críticas e desafios que são dirigidas à utilização dos valores como pauta para a tomada de decisões jurídicas, sobretudo em um ambiente de crescente jurisprudência, seja aqui ou alhures¹³.

A pretensão do presente trabalho é justamente abordar toda essa problemática, não na perspectiva de estender a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, mas sim na tentativa de lançar novas luzes sobre a hermenêutica constitucional na ótica dos valores explanados em uma visão sistemático-teleológica¹⁴ dos direitos fundamentais, o que justificaria uma imposição ao Estado do dever não apenas de se abster de violá-los, mas também fomentá-los, promovê-los e desenvolvê-los¹⁵.

Pretende-se, pois, estudar o tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, seus fundamentos, limites e possibilidades, na perspectiva da hermenêutica constitucional, bem como, a partir daí, investigar novos parâmetros para o intrincado tema do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, almejando-se analisar a possibilidade de se buscar respostas constitucionalmente adequadas¹⁶ e vinculantes à atividade administrativa, a partir de uma pauta de valores a serem necessariamente levadas em consideração na análise das escolhas administrativas.

Tal empreitada encontra sua razão de ser nas dificuldades que os operadores jurídicos vêm enfrentando em termos de dogmática jurídica, em um ambiente de profundas crises de paradigmas, crescimento da jurisdição constitucional e falta de efetividade dos direitos, especialmente os direitos fundamentais sociais, mais estritamente relacionados ao tema do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Passa-se, como primeiro passo, portanto, à análise, ainda que sucinta, de toda essa problemática.

¹³ Tal jurisprudência se identifica com o fenômeno da ascensão institucional do Judiciário nos últimos anos, o que se observa não apenas no Brasil, mas também em diversos outros países que adotaram a noção de Estado Constitucional. Nesse sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In NOVELINO, Marcelo *et al* (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Bahia: Jus Podivm, 2013, p. 226.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

¹⁶ Não a única resposta, mas a resposta constitucionalmente adequada, conforme lição de FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. Nesse sentido também STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

1.2 Problematização

1.2.1 Crises de paradigmas do constitucionalismo contemporâneo

O estudo ora desenvolvido tem como uma de suas justificativas a constatação de que o constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em países de *modernidade tardia*¹⁷ como o Brasil, experimenta uma multifacetada crise de paradigmas, fazendo surgir uma gama enorme de questões práticas ainda carentes de soluções doutrinárias e jurisprudenciais consistentes e suficientes para responder às demandas sociais, também em franca expansão.

Trata-se, como dito, de uma crise de paradigmas de diversos matizes, englobando desde o modo de produção do Direito, ainda voltado para a solução de disputas interindividuais (paradigma liberal-individualista)¹⁸, até o seu modo de aplicação, campo no qual diversas teorias hermenêuticas disputam espaço¹⁹, passando ainda pela crise de legitimidade e limites da jurisdição constitucional, e, por fim, pela crise de eficiência na absorção e controle dos conflitos sociais²⁰.

Tais crises atingem seu grau máximo de problematização e relevância no âmbito dos direitos fundamentais, na medida em que estes são cada vez mais visualizados não apenas na sua concepção original de direitos individuais subjetivos em face do Estado, mas também como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, estabelecendo, além dos clássicos direitos de defesa, obrigações positivas para o Poder Público e diretrizes vinculantes para a atuação estatal, bem como para o processo interpretativo de todos os abrangidos pelo sistema constitucional²¹.

Também é justamente neste âmbito que, conforme se analisará a seguir, se verifica a maior distância entre o *dever ser* normativo e o *ser* da nossa realidade social²², trazendo a

¹⁷ Expressão utilizada por Lênio Streck para identificar aqueles países que, recém saídos de regimes autoritários, ainda enfrentam um imenso déficit social. STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23 e seguintes.

¹⁸ Ibid. p. 43.

¹⁹ Diversas dessas teorias serão abordadas em capítulo próprio, pretendendo-se justamente inserir a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais nas variadas perspectivas hermenêuticas em debate na dogmática jurídica contemporânea.

²⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: Para Uma Teoria da Dogmática Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

²¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

²² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.

lume um sentimento de distanciamento constitucional que aprofunda ainda mais as crises paradigmáticas supramencionadas.

Nesse cenário, faz-se necessário o aprofundamento e reforço de uma dogmática constitucional emancipatória e inclusiva²³, almejando-se extrair do texto constitucional o máximo de efetividade dos direitos fundamentais, sem olvidar da dimensão axiológica inerente a estes direitos, atividade para a qual o estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode oferecer importante contributo.

Com efeito, sem que se pretenda aqui solucionar todas as crises paradigmáticas supramencionadas, parte-se da ideia de que o estudo dos direitos fundamentais enquanto ordem de valores a serem necessariamente levados em consideração no processo hermenêutico, bem como no controle judicial das políticas públicas, pode lançar luzes novas sobre algumas das aporias que o constitucionalismo contemporâneo vem enfrentando, especialmente no que se refere à sempre tensa relação entre jurisdição constitucional e democracia.

Cumprir destacar ainda a enorme dificuldade dos operadores jurídicos em lidar com a emergência dos valores no processo hermenêutico, apesar do seu largo reconhecimento pelo chamado neoconstitucionalismo, o que envolve desde complexas questões filosóficas referentes à noção de valor até questões pragmáticas relativas à pertinência ou não da utilização desse referencial teórico para a solução de problemas jurídicos, bem como aos riscos daí advindos, em um ambiente, repita-se, de crescente jurisdição e de críticas ao suposto déficit democrático da jurisdição constitucional.

Também aqui o estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais à luz da realidade social brasileira pode trazer importantes contribuições práticas e teóricas, na medida em que se pretende reconhecer a centralidade desses direitos como parâmetros hermenêuticos aptos a garantir respostas constitucionalmente adequadas, legitimando a jurisdição constitucional e superando algumas dificuldades inerentes à ideia de valores constitucionais, através de uma leitura moral da Constituição²⁴ que não desconsidere, por outro lado, os riscos daí advindos, sendo certo que, nas palavras do autor pernambucano João Maurício Adeodato²⁵, “a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas por intermédio de

²³ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

²⁵ ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 259.

uma ‘moral do Judiciário’ faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo se ampliem a níveis preocupantes no contexto democrático”.

Faz-se necessário, pois, enfrentar essas dificuldades no contexto do constitucionalismo brasileiro, não com a pretensão de superar todas as crises paradigmáticas supramencionadas, mas sim de enfrentá-las a partir de uma dogmática constitucional emancipatória e inclusiva²⁶, que leve em consideração o inegável caráter compromissório e dirigente do nosso texto constitucional, bem como o déficit social que ainda temos na sua concretização.

Antes, porém, cumpre analisar especificamente mais duas dificuldades que o presente trabalho pretende enfrentar.

1.2.2 Efetividade dos direitos fundamentais e controle de políticas públicas

Atualmente, já se tornou truísmo entre nós a afirmação de que a Constituição de 1988, emblematicamente chamada de Constituição Cidadã, finalmente inaugurou no Brasil o chamado Estado Social²⁷ e Democrático de Direito²⁸, reconhecendo-se a supremacia e a força normativa da Constituição²⁹, bem como a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, inclusive os direitos sociais, o que se deu em acompanhamento ao desenvolvimento do direito constitucional, sobretudo na Europa, bem como ao percurso do Estado Liberal ao Estado Social³⁰, especialmente pós 2ª Guerra Mundial³¹.

²⁶ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

²⁷ Parte-se aqui da premissa de que a Constituição Federal de 1988 consagrou a ideia de Estado Social, entendido este como “aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação assegurados a todo cidadão não como caridade, mas como direito político.” STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

²⁸ Já a denominação de Estado Democrático de Direito decorre do próprio texto constitucional (art. 1º, CF/1988), valendo destacar que “o constituinte nacional foi buscá-lo em Constituições produzidas em situações similares à nossa, como é o caso da Constituição portuguesa pós-Revolução dos Cravos e da Constituição espanhola seguinte à derrubada do regime franquista, ou seja, documentos legislativos produzidos no interior de processos de redemocratização.” Ibid., p. 85.

²⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

³⁰ Sobre esse percurso, ver, por todos, BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. – Edição comemorativa 50 anos – 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. O tema será retomado posteriormente.

³¹ Concordando com tal qualificação da nossa República como Estado Social e Democrático de Direito, apesar da Constituição pátria mencionar apenas o termo Democrático de Direito, ver, por todos, SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 62.

De fato, a doutrina pátria é uníssona em destacar o sentido compromissório e dirigente da nossa Carta Magna³², sendo vários os aspectos que explicitam a opção político-social supramencionada, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, destacando-se [1] o extenso catálogo de direitos e garantias consignados, incluindo aí os direitos sociais; [2] a posição topográfica desse rol de direitos, reconhecendo seu caráter de “valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”³³; [3] a especial proteção dada a eles pelo art. 60, §4º, CF, incluindo-os entre as chamadas cláusulas pétreas; [4] a centralidade dada ao princípio da dignidade humana, tido como o epicentro axiológico do ordenamento jurídico³⁴; [5] a imposição, logo no art. 3º da Constituição, de objetivos a serem cumpridos pelo Estado, destacando-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), e a erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais e regionais (inciso III); e [6] o fortalecimento da jurisdição constitucional, com a previsão de diversos novos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, etc.

É nessa perspectiva que, conforme já destacado supra, ganhou destaque entre nós a chamada doutrina da efetividade³⁵, capitaneada pelo hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso, e que recebeu projeção na obra de diversos autores³⁶, podendo-se dizer que a principal pretensão da doutrina constitucional brasileira no decorrer das últimas décadas foi a busca por extrair do texto constitucional o maior nível possível de efetividade de suas normas, inclusive reconhecendo-se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito, e sua aplicação imediata, vinculativa para todo o Estado, com a interpretação a mais extensa possível do art. 5º, §2º, da Constituição Federal³⁷.

Todavia, observa-se que, passados quase trinta anos da promulgação da nossa Constituição, ainda é bastante considerável a distância entre as promessas emancipatórias do texto constitucional e a realidade cotidiana de milhões de brasileiros, relegados a uma condição de vida bem abaixo de qualquer conceito que se tenha de dignidade humana.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 134.

³³ SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 66.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 59.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.

³⁶ Entre eles, destaca-se, entre vários outros, os trabalhos referenciais de SARLET, Ingo W. (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012), e BARCELLOS, Ana Paula de. (**A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana**. – 2ª ed. amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008). Não se pode ignorar, por outro lado, as críticas dirigidas a essa vertente do pensamento jurídico nacional que vêm sendo feitas por parte da doutrina, sob o argumento, entre outros, de que aqueles autores ainda estariam presos à mixagens teóricas importadas de aportes doutrinários estrangeiros. Nesse sentido, STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 286.

³⁷ SARLET, Ingo W. Op. Cit., p. 375.

Nesse cenário, ganha especial relevância a questão do controle judicial das políticas públicas, tema que também vem merecendo ampla discussão doutrinária, com posicionamentos que vão desde a negativa da possibilidade do Poder Judiciário se esmiuçar no chamado mérito administrativo, até posturas que pretendem ver no Judiciário a salvação de todos os males, passando por entendimentos que buscam conciliar os dois opostos.

Pretendendo-se desenvolver justamente uma postura intermediária, entra-se aqui no derradeiro aspecto que merecerá aprofundamento no presente trabalho, qual seja, a consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como parâmetro de controle judicial das políticas públicas, destacando-se que é justamente no âmbito dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional que a perspectiva jurídico-objetiva ganha especial importância, consoante observação de Ingo Sarlet³⁸, na medida em que, embora tal não afete sua fundamentalidade, dependem eles de concretização, sem que se possa falar, *a priori*, de um direito subjetivo individual à correspondente prestação estatal³⁹.

Exsurge evidente, portanto, a íntima relação entre tal perspectiva e o controle judicial das políticas públicas na consecução das obrigações positivas impostas constitucionalmente, na medida em que os direitos fundamentais são considerados também na sua dimensão objetiva, impondo ao Estado deveres de proteção, fomento e promoção dos mesmos, de modo que os direitos fundamentais devem ser promovidos em sem conjunto, para além da dimensão subjetiva-individual, e considerando o aspecto coletivo, fim último da atuação estatal⁴⁰.

No ponto, vale destacar a advertência feita por Andreas Krell no sentido de que é justamente com relação aos direitos sociais, mais diretamente relacionados ao tema do controle judicial das políticas públicas, que os operadores jurídicos ainda encontram maiores dificuldades em interpretar as normas constitucionais e ordinárias à luz dos valores jusfundamentais explanados na Constituição Federal.

Em suas palavras:

Apesar do fato de a doutrina constitucional moderna no Brasil enfatizar que o Estado Social preconizado pela Carta de 1988 exige um novo entendimento das suas normas jurídicas, que seja orientado por *valores*, a maioria dos operadores (juízes, promotores, procuradores, administradores, advogados) ainda não passou a interpretar as normas constitucionais e ordinárias (civis, administrativas) "no espírito" dos Direitos Fundamentais e seus valores subjacentes⁴¹.

³⁸ Ibid., p. 298.

³⁹ Conforme se desenvolverá ao longo do trabalho, tal entendimento merece ressalvas, como deixa claro, inclusive, o próprio autor. Ibid., p. 294-295.

⁴⁰ Sem que daí se adote necessariamente qualquer postura funcionalista (utilitarista) dos direitos fundamentais, consoante será visto no decorrer do presente estudo.

⁴¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 72.

Por outro lado, conforme alertado pelo mesmo autor⁴², vale destacar a necessidade de abordar toda essa temática à luz da nossa realidade constitucional, bem como se levando em conta nossas particularidades sociais, evitando-se cair no erro de se importar acriticamente aportes doutrinários estrangeiros.

Nessa perspectiva, importa abordar o tormentoso tema do suposto fim do constitucionalismo dirigente, que estaria sucumbindo na Europa desde o final do século passado, o que teria ficado ainda mais evidenciado na crise econômica de 2008, bem como em razão do crescente desenvolvimento do chamado neoliberalismo⁴³, fazendo surgir diversas doutrinas que defendem o Estado Mínimo em contraposição ao Estado fomentador de direitos sociais, e enfatizam posturas jurídicas pragmáticas, vinculadas, sobretudo, à chamada Análise Econômica do Direito⁴⁴.

No Brasil, tais doutrinas, apesar de minoritárias, também vêm ganhando muitos adeptos⁴⁵, o que de certa forma enfraquece a força normativa dos direitos fundamentais prestacionais, pretendendo-se superar o Estado Social sem que este sequer tenha sido, de fato, implantado entre nós. Desconsideram, pois, nossa realidade social, almejando-se adentrar na chamada pós-modernidade sem sequer ter sido implementado o projeto de modernidade⁴⁶.

Frise-se ainda o desenvolvimento de diversos trabalhos doutrinários que, muito embora não preguem o fim do Estado Social no Brasil e nem mesmo pretendam enfraquecer a normatividade dos direitos sociais fundamentais, vêm buscando estabelecer parâmetros mais racionais de controle judicial desses direitos, especialmente no que tange aos direitos

⁴² Ibid., p. 54.

⁴³ Como toda locução acompanhada do prefixo “neo”, o conceito de neoliberalismo ainda é algo bastante questionado, sem uma definição clara, sendo possível de utilização apenas a partir de um acordo semântico que especifique o seu significado. No presente trabalho, entende-se por neoliberalismo as doutrinas econômicas que pregam o fim do Estado Social e o retorno das políticas liberais, sobretudo as desenvolvidas pela Escola Econômica de Viena, que tem como principal expoente o economista Ludwig Von Mises, e que foram referendadas no plano internacional através do chamado Consenso de Washington, cujas premissas foram implantadas em diversos países, nem sempre com o sucesso econômico esperado.

⁴⁴ Na doutrina estrangeira, o grande nome desse movimento talvez seja o juiz americano Richard A. Posner (**Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007), valendo destacar que até mesmo naquele país, historicamente liberal, sua teoria não mereceu a mesma receptividade de outras teorias concorrentes, como a teoria da justiça de John Rawls e a leitura moral do Direito de Ronald Dworkin.

⁴⁵ Exemplificadamente, GALDINO, Flávio (**Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), e AMARAL, Gustavo (**Direito, escassez e escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

⁴⁶ “Como se percebe, o projeto de modernidade não se consumou. Por isso não pode ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado Social. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral” (BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 108).

rotineiramente submetidos à tutela jurisdicional face ao seu também rotineiro descumprimento pelo Poder Público, como o direito à saúde⁴⁷.

Nesse sentido, o tema aqui proposto assume especial relevância, pretendendo fornecer parâmetros hermenêuticos aptos a maximizar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidos, sem que, contudo, se recaia em posturas voluntaristas e decisionistas sem amparo constitucional, não olvidando, ainda, do necessário enfrentamento das fragilidades denunciadas por parte da doutrina ao uso desse referencial teórico.

Cumprir enfrentar, pois, como últimos problemas a serem levados em consideração na presente introdução, o intrincado tema do crescimento da jurisdição constitucional, seus limites e possibilidades, e o problema do uso retórico dos valores constitucionais, temas da próxima subseção.

1.2.3 O crescimento da jurisdição constitucional e o uso retórico dos valores constitucionais

Correlato ao desenvolvimento da doutrina da efetividade, consoante destacado supra, observa-se entre nós inegável aumento, sobretudo quantitativo, da Jurisdição Constitucional, com todas as dificuldades, fáticas e jurídicas, daí decorrentes, cabendo destacar, desde logo, o suposto déficit democrático das decisões judiciais em matéria de direitos fundamentais e controle de políticas públicas.

Deveras, na medida em que os juízes não estão submetidos ao processo eleitoral, bem como suas decisões não estão sujeitas ao escrutínio popular, muito se discute a respeito da legitimidade democrática da interferência deste poder nas escolhas dos demais poderes, sobretudo em temas nos quais não há consenso social razoável⁴⁸, como também em temas tradicionalmente imunes à tutela jurisdicional, como é o caso do chamado mérito administrativo, supostamente protegido pelo princípio da separação entre os poderes.

⁴⁷ Nessa perspectiva, vale menção os trabalhos de BARROSO, Luís Roberto (Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 875-904.), e KRELL, Andreas (Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In FEITOSA, Enoque et al (organizadores). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Volume 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. p. 135-180).

⁴⁸ A utilização da Jurisdição Constitucional como subterfúgio para se atingir resultados difíceis de serem obtidos no âmbito do processo legislativo, de certa forma enfraquecendo a democracia deliberativa, é um das críticas usualmente feitas ao crescimento da esfera de atuação do Poder Judiciário.

Reiterem-se também as enormes dificuldades dos tribunais pátrios, acostumados a tratar de disputas transindividuais, lidarem com demandas coletivas, as quais requerem considerações de macrojustiça geralmente fora do âmbito de preocupação dos operadores jurídicos.

Ainda, destaquem-se os limites fáticos da tutela jurisdicional, sobretudo no que se refere ao controle de políticas públicas, em um ambiente de escassez de recursos e necessidade de tomada de escolhas trágicas⁴⁹, provocando o rotineiro conflito entre a noção de mínimo existencial e o princípio da reserva do possível⁵⁰.

Inevitável, portanto, superar posturas doutrinárias meramente legalistas, vez que a complexidade dos problemas hoje carentes de enfrentamento pelo Poder Judiciário demanda soluções hermenêuticas que não se subsumem aos métodos tradicionais de interpretação jurídica, exigindo, pois, posições mais substancialistas, sobretudo no que se refere às normas constitucionais, alçadas ao ápice do ordenamento jurídico pela hermenêutica constitucional contemporânea.

É com esse desiderato que a doutrina jurídica brasileira já de há muito vem importando, muitas vezes de forma acrítica, diversas construções doutrinárias estrangeiras, com destaque para o retorno dos valores à pauta de consideração do Direito, tido como uma das principais conquistas do constitucionalismo contemporâneo, e a distinção entre regras e princípios, com ênfase nos trabalhos seminais de Robert Alexy⁵¹ e Ronald Dworkin⁵².

De fato, prevalece na doutrina pátria o entendimento de que os valores jurídicos, ao incorporarem a moral no direito, integram o conteúdo das normas jurídicas, sendo elemento indissociável destas⁵³, pelo que não há, para muitos, que se falar em interpretação jurídica válida sem a evocação de valores que lhe confirmam legitimidade.

Permanece obscura, porém, a relação entre valores, princípios e regras, nada obstante o muitas vezes já cansativo debate sobre o tema na produção doutrinária nacional. Ainda, observe-se intenso desacordo semântico sobre a matéria, inviabilizando seu uso racional pelos operadores jurídicos. Destaque-se, por fim, o uso abusivo da ideia de princípios jurídicos como mecanismos de abertura do processo interpretativo, favorecendo decisionismos e

⁴⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha** – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁰ Eis mais um dos temas a serem tratados no decurso do presente do trabalho, defendendo-se a ideia de que o estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode trazer importantes contribuições a esse debate.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 450-451.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁵³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116-121.

relativismos que não encontram guarida em um constitucionalismo que se pretenda emancipatório e inclusivo.

É nesse sentido que se defende aqui a necessidade de se combater o uso meramente retórico dos valores constitucionais, desacompanhados de parâmetros hermenêuticos que lhe confirmem controlabilidade e racionalidade, como rotineiramente se observa na jurisprudência pátria.

Com efeito, é comum no dia-a-dia da prática forense vermos decisões que, para além de não respeitarem o dever fundamental de motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, pecam pelo uso abusivo de valores e princípios jurídicos como se estes fossem autorizações para decisões voluntaristas e arbitrárias de magistrados mais preocupados em justificar seus posicionamentos já pré-concebidos do que fundamentar seus provimentos judiciais nos valores e princípios constitucionalmente albergados.

Mais grave ainda, vê-se rotineiramente o descumprimento de garantias fundamentais básicas por aplicação da ideia de ponderação de interesses, funcionalizando os direitos fundamentais a partir de uma relativização dos valores constitucionais que faz pouco caso do texto constitucional, como nos casos em que o Superior Tribunal de Justiça relativizou a proibição da prova ilícita no processo penal, tendo por justificativa a inexistência de direito fundamental absoluto⁵⁴.

Por outro lado, não se ignora o fenômeno da vulgarização dos princípios constitucionais, denominado por Lênio Streck⁵⁵ de panprincipiologismo, o que ao invés de reforçar acaba por banalizar e enfraquecer o discurso dos direitos fundamentais no Brasil, com inegáveis prejuízos para uma dogmática jurídica que se proponha científica e transformadora.

Importa, portanto, desenvolver uma teoria dos valores constitucionalmente adequada à nossa realidade, levando em conta o inegável caráter compromissório e dirigente da nossa Constituição, sem que isso signifique assumir posturas voluntaristas que acabem por vulgarizar a ideia de direitos fundamentais, além do risco sempre latente de relativizar em demasia conquistas sociais e jurídicas tão arduamente conquistadas, transformando a ideia de valores constitucionais em aberturas subjetivistas que desconsideram a normatividade do texto constitucional.

Da confrontação de toda essa problemática, chega-se a conclusão de que, atualmente, não é mais possível simplesmente ignorar a força vinculante dos valores e princípios jurídicos

⁵⁴ HC 200703052501, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 02/08/2010.

⁵⁵ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 535.

que impregnam toda e qualquer concretização dos comandos abstratos da lei, sendo imperioso, por outro lado, aperfeiçoar sua aplicabilidade às situações concretas, campo no qual o estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode oferecer importante contributo.

Sintetizando o entendimento aqui levantado, vale transcrever mais uma vez os ensinamentos de Paulo Bonavides⁵⁶:

Averiguar a existência de valores no ordenamento constitucional ou proclamar a Constituição um sistema e ordem de valores não constitui problema; o problema é estabelecer a hierarquia desses valores, compatibilizá-los na dimensão objetiva, aplica-los a situações concretas, ao caso jurídico, fazê-los, enfim, exequíveis em toda a sua plenitude, solvendo ao mesmo tempo as dificuldades teóricas contidas no binômio jurídico: valor e norma.

Na atual quadra histórica, pois, se mostra bastante questionável negar o substrato axiológico que deve permear toda e qualquer interpretação jurídica, inclusive legitimando o Direito, sendo, por outro lado, muitos os problemas inerentes à utilização desse substrato na solução prática de problemas jurídicos, sobretudo em temas nos quais não há consenso social fácil, como também em temas referentes ao controle de políticas públicas, tradicionalmente imunes ao controle jurisdicional quanto ao seu conteúdo (mérito).

Eis, portanto, os desafios a serem enfrentados na consecução do presente trabalho, segundo proposta e delineamento metodológico a seguir formulados.

1.3 Proposta e Delineamento Metodológico

Como se infere do já exposto, a proposta do presente trabalho é investigar a ideia de direitos fundamentais para além de sua concepção clássica de direitos de defesa, vislumbrando nestes, sistemática e teleologicamente considerados, a ideia de ordem objetiva de valores a serem necessariamente levados em consideração em todo e qualquer processo de aplicação (interpretação) do Direito.

Mais do que isso, pretende-se estudar as possibilidades e limites da utilização da noção de valores como fundamento da hermenêutica jurídica, sobretudo no que se refere ao controle jurisdicional das políticas públicas, almejando-se estudar a possibilidade de se defender a existência de respostas constitucionalmente adequadas na ótica dos direitos fundamentais, vinculantes para todos os intérpretes constitucionais, sobretudo ao Poder Judiciário em sua

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 627.

tarefa de interpretar/aplicar o Direito e à Administração Pública, em sua tarefa de executar as políticas públicas que lhe competem.

Trata-se, como visto, de tema ainda nebuloso na doutrina pátria, sob o qual incidem inúmeras dificuldades práticas e teóricas, especialmente em países que ainda enfrentam um enorme déficit social, sendo que é justamente na questão das políticas públicas que o constitucionalismo brasileiro mais se ressentir de uma teoria dos valores adequada à nossa realidade.

Eis, portanto, a proposta do presente trabalho, qual seja, desenvolver uma proposta de teoria dos valores constitucionalmente adequada, a partir da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, se investigando, repita-se, as possibilidades e limites de utilização desse referencial teórico face aos inúmeros desafios que dele advêm, pretendendo oferecer contributos para seu enfrentamento para além de apelos meramente retóricos à ideia de valores, que favoreceriam voluntarismos e decisionismos judiciais sem amparo em um Estado Democrático de Direito.

Com esse desiderato, o trabalho será dividido em três capítulos, além da presente introdução. No primeiro, serão desenvolvidas as premissas básicas do estudo, partindo de uma análise histórica e teórica dos direitos fundamentais e sua evolução na dogmática jurídica contemporânea, introduzindo-se ainda a ideia de valores constitucionais a ser desenvolvida, investigando suas bases filosóficas e suas mais usuais concepções no plano da filosofia política, em busca de uma teoria dos valores constitucionalmente adequada.

No segundo, se desenvolverá a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui preconizada, discorrendo sobre sua relação com a dimensão subjetiva, suas potencialidades e seu uso pela jurisprudência pátria, sobretudo dos nossos Tribunais Superiores, bem como enfrentando algumas críticas formuladas contra esse referencial teórico.

Por fim, no terceiro capítulo, se pretenderá extrair consequências práticas a partir da proposta teórica desenvolvida, mais especificamente em dois temas correlacionados. No primeiro, que se refere à hermenêutica constitucional, se investigará as diversas teorias hermenêuticas que vêm sendo desenvolvidas pela doutrina nacional e estrangeira ao longo das últimas décadas. Após, como segundo tema diretamente relacionado ao primeiro, se estudará toda essa problemática mais especificamente no que tange ao intrincado tema do controle jurisdicional das políticas públicas, pretendendo-se desenvolver a ideia de máxima vinculação do Estado aos direitos fundamentais, sem olvidar das polêmicas questões oriundas dessa

vinculação, especialmente quanto à legitimidade democrática de uma atuação mais concretista, porém não voluntarista, do Poder Judiciário.

Para tanto, será necessário estudar, em linhas gerais, três panoramas históricos relacionados diretamente ao tema proposto, quais sejam, a evolução da noção de direitos fundamentais em suas diversas dimensões, o correlato desenvolvimento das concepções de Estado, desde o surgimento do Estado Liberal até a consagração do Estado Social, e a evolução do pensamento jurídico do jusnaturalismo ao pós-positivismo, dando ênfase a algumas contribuições teóricas que permeiam o constitucionalismo contemporâneo. Ainda, se fará breve análise histórica da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desde sua utilização pioneira pelo Tribunal Constitucional alemão.

Já no capítulo derradeiro, se dará ênfase, como dito, as aplicações hermenêuticas do referencial teórico proposto, investigando as diversas teorias hermenêuticas que buscam espaço na dogmática contemporânea, enfrentando, sobretudo, o intenso debate entre as chamadas teorias substancialistas e as teorias procedimentais, entre as teorias da argumentação e a chamada nova hermenêutica, e entre a teoria tópica e a teoria sistemática da interpretação jurídica, inserindo nesse contexto a proposta de uma teoria dos valores à luz dos direitos fundamentais enquanto ordem objetiva, almejando-se investigar a possibilidade de se defender ou não a existência de respostas constitucionalmente adequadas orientadas por valores constitucionais.

Por fim, se adentrará no tema do controle jurisdicional das políticas públicas, pretendendo desenvolver possíveis parâmetros para a jurisdição constitucional a partir das respostas encontradas nos estudos precedentes. Ou seja, se utilizará do referencial teórico desenvolvido ao longo do trabalho para enfrentar algumas questões práticas envolvendo o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, sempre a partir da ideia da máxima vinculação do Estado aos direitos fundamentais.

Eis, portanto, o delineamento metodológico do trabalho a ser desenvolvido, pretendendo-se focar no estudo doutrinário de autores nacionais e estrangeiros, sem desconsiderar a realidade prática dos nossos tribunais, o que passa a ser feito.

2. PREMISSAS TEÓRICAS

2.1. Panorama Histórico

A pesquisa em Direito no mais das vezes se ressentir de estudos históricos que se relacionem diretamente com o trabalho proposto, rotineiramente caindo na armadilha teórica de enveredar por aprofundamentos analíticos que acabam por desviar o foco do estudo a ser desenvolvido⁵⁷.

Não é o que se pretende na presente investigação, almejando-se traçar uma análise histórica tão somente com o fito de estudar a evolução teórica de alguns institutos diretamente relacionados com o tema apresentado, sem qualquer pretensão de esgotamento e sem se deter em eventuais polêmicas acadêmicas.

Por outro lado, sabe-se que qualquer análise histórica sempre peca pela parcialidade, na medida em que se admite ser impossível, sobretudo em estudos interdisciplinares, analisar a história em seus diversos pontos de vista. Deste modo, se faz necessário proceder a um recorte metodológico dos panoramas a serem levados em consideração no desenvolvimento do trabalho.

Com esse desiderato, esclareça-se desde logo que a pretensão da análise histórica a ser desenvolvida a seguir é tão somente apresentar, em linhas gerais, o progresso do pensamento jurídico ao longo dos últimos séculos, especificamente no que tange a alguns pontos essenciais para o entendimento dos temas a serem enfrentados no decorrer do estudo.

No ponto, cumpre reiterar, a título de recorte metodológico, que a investigação se deterá na apresentação de três panoramas históricos que, embora partam de enfoques diversos, estão umbilicalmente ligados, relacionando-se diretamente com o tema proposto, quais sejam, a evolução da noção de direitos fundamentais em suas diversas gerações, o correlato desenvolvimento das concepções de Estado, desde o surgimento do Estado Liberal até a consagração do Estado Social, e a evolução do constitucionalismo, sobretudo quanto às diversas doutrinas hermenêuticas que lhe dão suporte, em especial naquilo que interessa ao tema proposto. Por fim, se estudará mais especificamente as origens históricas e o desenvolvimento da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ponto central do trabalho.

⁵⁷ Nesse sentido é a crítica de OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE), v. 13, p. 299-330, 2003.

2.1.1 Histórico dos direitos fundamentais: as gerações de direitos fundamentais

Embora muitos autores destaquem as origens pretéritas dos direitos fundamentais⁵⁸, parte-se aqui do entendimento compartilhado por muitos⁵⁹ no sentido de que tais direitos, da forma como compreendidos hoje em dia, tiveram seu surgimento nas declarações de direitos do final do século XVIII, momento no qual os seus requisitos essenciais se mostraram presentes, quais sejam, as noções de Estado, indivíduo e de um texto normativo regulador da relação entre ambos (Constituição).

Com efeito, foi a partir do surgimento das primeiras constituições enquanto documentos formais que regulam determinada sociedade, dotados de superioridade hierárquica, que os direitos fundamentais adquiriram sua posição de um dos elementos essenciais daquelas, constituindo o seu núcleo material, juntamente com a teoria da separação dos três Poderes, considerados hoje como *conditio sine qua non* da ideia de Estado Constitucional⁶⁰.

Positivou-se, pois, os ideais jusnaturalistas de direitos inerentes ao ser humano, que já vinham povoando o imaginário dos juristas da época há alguns séculos, surgindo a partir daí a concepção de que os Estados Modernos, então em formação e tendo por base constituições escritas⁶¹, só seria legítimo se limitado por direitos individuais irrenunciáveis.

Foi a consagração do Estado Liberal em sua primeira fase, consubstanciado na tríade ideológica da Revolução Francesa, qual seja, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, correspondentes às chamadas gerações dos direitos fundamentais, sucessivas e complementares⁶², ao longo do seu desenvolvimento histórico.

⁵⁸ Ver, por todos, SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 37 e seguintes.

⁵⁹ Nesse sentido, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 10-11.

⁶⁰ SARLET, Ingo W. Op. Cit., p. 58-59. Nesse sentido, nos lembra Bobbio, tratando mais especificamente dos direitos individuais, que “não há nenhuma Constituição democrática que não pressuponha a existência de direitos individuais, ou seja, que não parta da ideia de que primeiro vem a liberdade dos cidadãos singularmente considerados, e só depois o poder do governo, que os cidadãos constituem e controlam através de suas liberdades.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 110).

⁶¹ Observe-se que a presente análise histórica se limita àqueles países que, como o nosso, adotam o sistema jurídico denominado Civil Law, desconsiderando, portanto, a evolução histórica dos países que adotam o sistema do Common Law.

⁶² Justamente em razão dessa complementariedade, critica-se muito na doutrina nacional a utilização do termo “geração”, sendo preferível o termo “dimensão”. Nesse sentido, por todos, WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Editora Medeiros, 2006. Todavia, para fins de se evitar confusões semânticas com os termos “dimensão objetiva/subjetiva”, se utilizará aqui do termo “geração”, de todo já consagrado na doutrina pátria, com as ressalvas supramencionadas.

Nesse sentido, inicialmente se consolidou a chamada primeira geração dos direitos fundamentais, identificada com o ideal da liberdade, no sentido de direito de defesa do particular contra a interferência indevida do Estado em sua autonomia privada, correspondentes, portanto, aos direitos civis e políticos que inauguraram o constitucionalismo do Ocidente⁶³.

Posteriormente, a partir da crise social oriunda da chamada Revolução Industrial⁶⁴ e, no plano teórico, a partir da expansão do Comunismo, começou a ser difundido o pensamento de que o Estado não era o único inimigo das liberdades humanas e que a sua absoluta inércia, permitindo que a sociedade se desenvolvesse pelas “mãos livres do mercado”, também gerava sérios desequilíbrios sociais.

Almejando combater tais distorções do sistema capitalista então em crise, surge a chamada segunda geração dos direitos fundamentais, consubstanciada na ideia de que ao Estado cabia, além dos seus deveres de abstenção, deveres de atuação positiva no fomento dos direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos.

Nas palavras do português José Carlos Vieira de Andrade:

Os direitos a prestações, ao contrário, imporiam ao Estado *o dever de agir*, quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais. Em qualquer dos casos, o direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial ou prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho ou do arrendamento para habitação)⁶⁵.

O Estado deixa, assim, de ser o “maior inimigo” das liberdades individuais, em sua concepção material que vai muito além da liberdade meramente formal, para se tornar o agente fomentador dos direitos sociais, econômicos e culturais, se reconciliando com a Sociedade⁶⁶.

Também o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio traça, embora em uma perspectiva um tanto distinta da desenvolvida por Vieira de Andrade, mas igualmente relevante, um paralelo entre o desenvolvimento dos direitos fundamentais nas suas primeiras fases e as diversas concepções de liberdade dos cidadãos em relação ao Estado ao longo do desenvolvimento das funções estatais.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 59.

⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 168.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 602.

Em suas palavras:⁶⁷

(...) num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação* ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado. (grifos no original)⁶⁸.

Já aqui, a partir da doutrina alemã do início do século XX, e, no plano jurisprudencial daquele país, a partir do caso Luth, cuja importância histórica será mais detalhada em momento posterior, entra em cena a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consagrando valores outros além daqueles próprios do Estado Liberal, aptos à consolidação do Estado Social então em expansão, assim como promovendo a unidade do direito constitucional, até aquele momento carente de sistematização face o surgimento desses novos direitos.

Concluindo nesse mesmo sentido, leciona Paulo Bonavides⁶⁹:

Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passam a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.

Reforçando tal perspectiva coletivista dos direitos fundamentais, surgem posteriormente os chamados direitos fundamentais da terceira geração, completando a tríade ideológica da Revolução Francesa, qual seja, a liberdade, igualdade e fraternidade, e já consagrando a ideia de direitos fundamentais para além de sua perspectiva meramente individual.

A esse respeito, assim ensina Ingo Sarlet⁷⁰:

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

⁶⁸ Mais a frente (Ibid, p. 42-43), o autor traça uma distinção entre “liberdades”, que seriam direitos garantidos quando o Estado não intervém, e “poderes”, que seriam direitos que exigem uma intervenção do Estado para a sua efetivação, chamando a atenção para o fato de que, com frequência, tais direitos não são complementares, como usualmente se pensa, mas sim incompatíveis, surgindo daí o confronto entre duas concepções diversas de direitos humanos, quais sejam, a concepção liberal e a socialista, sendo que o compromisso entre ambos os regimes é o caminho para que a “humanidade evitar o perigo de incorrer em erros trágicos.” Como já destacado supra, e como será desenvolvido no decorrer deste estudo, o caráter compromissório e pluralista da nossa Constituição pretende justamente evitar tais “erros trágicos”, sendo, também nesse aspecto, de extrema relevância levarmos em consideração os valores consagrados no texto constitucional.

⁶⁹ Ibid., p. 568.

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, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Por fim, nas últimas décadas do século XX, muitos autores passaram a falar também em direitos fundamentais de quarta geração, merecendo destaque mais uma vez os ensinamentos de Paulo Bonavides, segundo o qual a essa quarta geração corresponde o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, a partir da concepção de que “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência⁷¹”.

Consagram-se, como dito, os direitos fundamentais para além do seu aspecto subjetivo-individual, conjugando as gerações anteriores e alavancando-os à condição de fundamento axiológico da concepção de Estado Democrático e Social de Direito que veio sendo forjada ao longo do último século, a partir do percurso do Estado Liberal ao Estado Social, tema da próxima seção.

2.1.2 Do Estado Liberal ao Estado Democrático e Social de Direito: um percurso inacabado

Outra perspectiva pela qual a evolução dos direitos fundamentais costuma ser estudada, como já se deixou antever na análise supra, se refere mais especificamente ao modelo de Estado que corresponde a cada geração de direitos fundamentais, ou, nas palavras de Daniel Sarmiento, aos diferentes paradigmas políticos desenvolvidos nos últimos séculos. Como ensina o mencionado autor, “é possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade em duas grandes fases, que correspondem, reciprocamente, ao Estado Liberal e ao Estado Social⁷²”.

A obra mais festejada no Brasil acerca do caminho percorrido pela filosofia política entre essas duas concepções de Estado ao longo dos últimos séculos é, sem dúvida, a obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*⁷³, do jurista paraibano Paulo Bonavides, para quem a trajetória de institucionalização do poder estatal é ainda, e sempre será, manifestação dos

⁷⁰ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 571.

⁷² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 05.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ideais da Revolução Francesa, umbilicalmente ligada, portanto, ao nascedouro dos direitos fundamentais e seu desenvolvimento ao longo dos últimos séculos.

Com efeito, o progresso quantitativo e qualitativo dos direitos fundamentais até sua consagração nas constituições contemporâneas, em suas sucessivas e complementares gerações, veio preencher a tríade ideológica da Revolução Francesa, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade, podendo-se identificar o Estado Liberal com a ideia de liberdade, o Estado Social com a ideia de igualdade e o Estado Social e Democrático de Direito como a síntese de tais concepções, complementada pela ideia de fraternidade.

Partiu-se, portanto, de um conceito meramente formal (negativo) de liberdade, mas logo se viu, porém, que tal liberdade não era suficiente para reduzir muitas das mazelas sociais, que se aprofundaram justamente em razão do progresso econômico dissociado da ideia de igualdade, sendo que esta noção de liberdade então em voga, produto da filosofia hegeliana, conduziu a sociedade, segundo Bonavides, “a graves e irreprimíveis situações de arbítrio⁷⁴”.

Em busca da superação deste estado de coisas, se desenvolveu, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de Estado Social, justamente buscando reconciliar o Estado com a sociedade, a partir da constatação de que o primeiro não seria, necessariamente, o único inimigo das liberdades individuais⁷⁵, podendo, por outro lado, ser um promovedor e fomentador dessas mesmas liberdades, não apenas em sua insuficiente concepção negativa (formal), mas também em sua concepção positiva (material).

Assume o Estado, nesse contexto, a obrigação de não apenas se abster de violar os direitos fundamentais, aqueles da primeira geração, mas também promovê-los, especialmente os direitos fundamentais da segunda geração, então em franca expansão, que marcariam a noção de Estado Social ao longo do século XX, e que foram amplamente implementados principalmente na Europa, onde se pode dizer que atingiram enorme sucesso naquilo que se

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59. Completando, aduz o autor que tal liberdade “expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso, emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar” (Ibid., p. 59).

⁷⁵ Aqui, vale destacar que já no ano de 1859, Stuart Mill, baluarte do liberalismo econômico e político, defendia uma concepção mais ampla de liberdade, alertando que não apenas o poder estatal (político) é capaz de violá-la. Em suas palavras: “a sociedade pode e realmente executa suas próprias determinações; e se emite determinações erradas ao invés de certas, ou determinações sobre coisas nas quais absolutamente não deveria intervir, ela estará praticando uma tirania social mais terrível do que muitos tipos de opressão política, uma vez que, embora não usualmente apoiada por penalidades extremas, ela deixará poucos meios de escape, penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma” (MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006, p. 21).

propunham a fazer, diga-se, no combate à miséria, aos índices intoleráveis de desigualdade social, e na garantia de padrões mínimos de qualidade de vida e dignidade à sua população.

Mas essa concepção de Estado também não passou imune às críticas, sobretudo a partir das crises econômicas das décadas de 60 e 70, das políticas implementadas nos Estados Unidos e na Inglaterra nos anos 1980, especialmente os governos Reagan e Thatcher, e, principalmente, com a chamada globalização, movimento que propugna a realização de um capitalismo global, impulsionado pelo influxo do capital, cada vez mais necessitado do fim das barreiras entre países, com reflexos inclusive nas noções de Nação e Soberania.

Voltou-se a defender, pois, a concepção de Estado Mínimo próprio do Estado Liberal, através do movimento já apelidado de neoliberalismo⁷⁶, que tem como um dos seus principais fundamentos a ideia de que um Estado forte seria um estorvo ao desenvolvimento econômico globalizado, representando um modelo de Estado já superado que não teria mais condições de atender às demandas de um mundo globalizado.

Vale reiterar, porém, o inegável sucesso do Estado Social nos países nos quais o mesmo foi implantado, ao menos naquilo que se propunham a combater, o que não é exatamente o caso de vários outros países, como o Brasil, no qual se pretende implantar a pós-modernidade sem termos ainda vivido a modernidade⁷⁷. Com efeito, embora tenha pretensões mundiais, o movimento neoliberalista é capitaneado por países que, após décadas de Estado Social, já atingiram padrões mínimos de qualidade de vida, bem como já venceram os flagelos da miséria absoluta e da desigualdade social extrema, diferentemente do que ocorre em muitos países nos quais se pretende adotar, muitas vezes de forma pouco democrática, as mesmas políticas neoliberais.

É, portanto, perfeitamente possível defender certa mitigação de algumas características do Estado Social naqueles países em que tal modelo estatal foi de fato implantado⁷⁸, sendo que a viabilidade de tal mitigação nos chamados países de modernidade tardia, sem que isso importe em inaceitável retrocesso em conquistas sociais tão arduamente batalhadas, é, no mínimo, questionável.

⁷⁶ Conferir nota de rodapé nº 42, supra.

⁷⁷ STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

⁷⁸ Ressalte-se que também nesses países é possível falar de “um ponto de não retorno” (Ibid., p. 85.). Isto porque, embora, repita-se, seja possível falar em mitigação de algumas das características do Estado Social nos países mais desenvolvidos, é simplesmente inimaginável retroceder em algumas garantias sociais básicas que já se incorporaram, de maneira definitiva, no patrimônio cultural desses países, o que se coaduna com a ideia de evolução progressiva dos direitos fundamentais. Quanto à evolução progressiva dos direitos fundamentais, ver, por todos, COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

No ponto, é possível relacionar a defesa das bases do Estado Social com a defesa da própria Constituição, documento em que muitas de suas conquistas foram sedimentadas enquanto valores básicos da sociedade. Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Paulo Bonavides, para quem:

A tarefa medular do Estado Social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la, depois de reconhecer-lhe a legitimidade. Constituição carente de legitimidade é Constituição que colide com as exigências e os imperativos da ordem econômica, política e social, Constituição desatualizada com a sociedade, ipso facto Constituição sem “juridicidade”, Constituição do texto e não da realidade, da forma e não do Direito⁷⁹.

Há quem fale também de uma superação da antítese Estado Liberal versus Estado Social a partir da ideia de Estado Democrático de Direito, que seria “um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito⁸⁰” (grifo no original), bem como, no âmbito do Direito Administrativo, em Estado Gerencial como modelo superador da mesma antítese.

Deixando de lado essas novas perspectivas, de todo confirmatórias da evolução dos modelos de Estado de forma correlata à consagração dos direitos fundamentais em todas as suas gerações, é de se vê, como dito, que tal problemática guarda íntima relação com o tema da força normativa da Constituição, vez que foi a partir do progresso do constitucionalismo que muitas conquistas sociais se cristalizaram ao longo do último século, deixando a Constituição de ser encarada como mero programa político de um Estado para ser vista como a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, dotada de normatividade e com propensão para influir decisivamente em todos os ramos do Direito e também na conformação político-social de um país, reconhecendo-se ainda seu caráter de fundamento axiológico do ordenamento jurídico.

Importa, portanto, para os fins do presente trabalho, proceder a breve análise desse percurso entre o nascimento das Constituições modernas e sua consagração no constitucionalismo contemporâneo, notadamente no que se refere ao progresso da hermenêutica constitucional, em especial o desenvolvimento do chamado dirigismo constitucional e o reconhecimento do caráter axiológico das Constituições, temas hoje objeto de acesa controvérsia, e que formam o âmago do chamado neoconstitucionalismo⁸¹, merecendo abordagem em tópico próprio, o que passa a ser feito.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

⁸⁰ STRECK, Lenio. Op. Cit., p. 101.

⁸¹ “O neoconstitucionalismo reclama uma *nova teoria da norma*, que possibilite a conjugação de regras e de princípios, bem como uma *nova teoria da interpretação jurídica* que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam

2.1.3 Evolução do pensamento jurídico: do jusnaturalismo ao pós-positivismo

Como já destacado, o marco inicial dos direitos fundamentais, bem como do constitucionalismo, tais como conhecemos hoje, está nos movimentos revolucionários do final do século XVIII, momento no qual foram positivados os ideais jusnaturalistas de direitos inerentes ao ser humano, próprios da filosofia humanista⁸², então em expansão.

Nascia ali também, portanto, o chamado positivismo jurídico, movimento que pretendia trazer ao Direito os mesmos elementos do positivismo científico/filosófico então em voga. Com efeito, pretendendo superar o jusnaturalismo, considerado metafísico e acientífico⁸³, o positivismo jurídico surgiu com a pretensão de se aplicar às ciências sociais, e mais especificamente ao Direito, o mesmo método científico então em formação⁸⁴.

Era a consagração do racionalismo jurídico, fruto da laicização do poder estatal e do deslocamento do eixo da origem do poder, até então situado na esfera divina, para a razão humana, tendo como pretensão a busca radical pelos ideais da certeza e da segurança nas relações sociais⁸⁵.

Com essa influência, desenvolveu-se o movimento da codificação, que tem sua origem histórica no Código Civil Francês de 1804, e cujo objetivo era consolidar na lei a resposta para todos os conflitos⁸⁶, alavancando os diplomas legislativos emanados pelo Estado, na figura do legislador, ao status de fonte única do Direito.

suportados por um esquema plausível de *argumentação jurídica*” (grifos no original). CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 90).

⁸² É nesse sentido que Ana Paula de Barcellos nos lembra que “as primeiras Cartas ocidentais – a norte-americana se destacando nesse conjunto e as europeias que a seguiram – estavam fundamentadas em um substrato filosófico e ideológico bastante específico: o humanismo”. (In BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais**: princípio da dignidade da pessoa humana. – 2ª ed. amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

⁸³ Segundo Barroso, o apogeu do jusnaturalismo foi também seu fim, sendo que “o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”. (In BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117).

⁸⁴ O grande marco inicial do chamado método científico é a obra clássica de DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Nessa passagem para as ciências sociais, merece menção o pensamento de Augusto Comte, considerado o pai do positivismo. Cf. RIBEIRO JR., João. **Augusto Comte e o Positivismo**. Campinas: Edicamp, 2003.

⁸⁵ CAMARGO, Margarida Maria L. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 62.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 67.

Na síntese de Norberto Bobbio⁸⁷:

As codificações representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de a “positivação do direito natural”. Segundo este movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos “filósofos”, isto é, dos doutos que o legislador deve consultar).

Nesse contexto, imperava certa primazia do Poder Legislativo em face dos outros poderes⁸⁸, enquanto representante do povo responsável pela elaboração das leis (vontade geral⁸⁹), ambiente no qual a lei gozava de mais força inclusive do que a Constituição, considerada mero documento político sem força normativa, totalmente dependente da interpretação e implantação pelo Poder Legislativo⁹⁰.

Porém, o positivismo jurídico só veio a atingir seu apogeu no início do século passado, com o pensamento do autor austríaco Hans Kelsen e sua tentativa de elaborar uma ciência pura do Direito, totalmente apartada de qualquer consideração axiológica proveniente do campo da Moral ou da Política.

Tal “ciência pura”, consagradora do formalismo jurídico no seu mais alto grau, pretendia dotar o Direito, enquanto ciência, da mais restrita autonomia, a partir da coincidência absoluta entre os conceitos de legalidade e validade, afastando do discurso jurídico qualquer tipo de legitimação moral.

Tornava legítimo, portanto, toda e qualquer norma emanada pelo Estado, e só pelo Estado, desde que satisfeitos os seus requisitos formais de produção, independentemente do seu conteúdo, de modo que o Direito seria válido por si só, enquanto ciência pura, apartado de

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 54.

⁸⁸ Tal primazia podia ser sentida no predomínio quase absoluto do método gramatical (literal) de interpretação, cabendo aos juízes tão somente aplicar a letra da lei, sem qualquer liberdade interpretativa. Era o “juiz boca da lei”, na concepção clássica da tripartição dos poderes de MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

⁸⁹ Também a concepção de vontade geral servia de fundamento para a primazia do Poder Legislativo sobre os outros Poderes, meros executores desta vontade explanada nas leis elaboradas pelos primeiros, sob influência do pensamento de ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991, um dos principais teóricos da Revolução Francesa.

⁹⁰ Nesse sentido, ver Ana Paula de Barcellos, que bem destaca a exceção norte-americana que “em função de um contexto histórico inteiramente diverso, alçou a Constituição desde o início do século XIX à posição não apenas de norma jurídica, mas de norma jurídica suprema no âmbito do ordenamento.” (In BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana**. – 2ª ed. amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16.)

qualquer consideração política ou moral que lhe pretendesse legitimar materialmente a partir de análises para além do aspecto formal.

Conforme lições de Paulo Bonavides⁹¹:

O formalismo de Kelsen ao fazer válido todo conteúdo constitucional, desde que devidamente observado o *modus faciendi* legal e respectivo, fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico. Era o colapso do Estado de Direito clássico, dissolvido por essa teorização implacável. Medido por seus cânones lógicos, até o Estado nacional-socialista de Hitler fora Estado de Direito. Nada mais é preciso acrescentar para mostrar a que ponto inadmissível pôde chegar o positivismo jurídico-formal. A juridicidade pura se transformou em ajuricidade total.

Fazendo justiça à Kelsen, porém, cumpre ressaltar que o autor já não desconhecia a existência da Constituição enquanto documento dotado de direitos e liberdades fundamentais que estabelecem limites substanciais à atividade legislativa do Estado⁹². Não desconhecia também a atividade criativa da interpretação jurídica, não totalmente vinculada à letra fria da lei, em oposição ao positivismo primitivo, que acreditava ser possível desta extrair uma única resposta correta para todos os casos submetidos à apreciação judicial (mito da onisciência do legislador)⁹³.

Nada obstante significar, portanto, um avanço considerável com relação ao positivismo primitivo, a teoria kelsiana continuou limitando o Direito tão somente à norma, ainda presa, e levando-os às últimas consequências, aos mitos da objetividade, neutralidade e pureza da lei, bem como aos dogmas da onipotência do legislador e da completude do ordenamento jurídico⁹⁴, que formam as premissas básicas do positivismo jurídico⁹⁵.

Como não poderia deixar de ser, tais premissas foram sendo paulatinamente questionadas pelo chamado movimento crítico do Direito⁹⁶, acompanhando as críticas ao conhecimento científico como um todo e fazendo emergir uma nova forma de se entender e aplicar a ciência jurídica.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 175.

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 312.

⁹³ Nesse sentido, Kelsen já destacava a impossibilidade da norma jurídica oferecer, sempre e em todos os casos, uma única resposta correta (Ibid., p. 473). Outrossim, diferenciava a interpretação como ato de conhecimento e como ato de vontade (Ibid., p. 469).

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 74.

⁹⁵ Vê-se, pois, a estrita preocupação do positivismo jurídico com o ideal da segurança jurídica, ainda que em detrimento do ideal da justiça do caso concreto, tal como pretendido pelas doutrinas jusnaturalistas. Como ensina Perelman, “é o positivismo jurídico que insiste no fato de que a finalidade própria do direito, contrariamente à moral e à política, não é a realização da justiça nem a busca do bem comum, e sim a segurança jurídica, garantida por uma ordem conhecida por todos.” (In. PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 422).

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 110 ss.

Foi o surgimento do chamado pós-positivismo⁹⁷ que, apoiado no plano filosófico pela superação da filosofia da consciência e do mito da certeza científica⁹⁸, trouxe ao debate jurídico a ideia de que o Direito não estava integralmente contido na lei, superando-se a cisão entre validade (lógico-formal) e legitimidade (moral)⁹⁹ e reconhecendo a imprescindibilidade de valorações morais na e pela hermenêutica jurídica.

Supera-se¹⁰⁰, portanto, o positivismo em suas diversas vertentes, trazendo ao Direito temas até então tidos como dissonantes de uma teoria jurídica pura, assim como promovendo o retorno de questões filosóficas e morais à pauta de considerações do operador jurídico, já não preocupado tão somente com a validade da norma jurídica, mas também com sua legitimidade, à luz dos valores básicos da sociedade tais como plasmados nas Constituições contemporâneas, sobretudo através dos direitos fundamentais.

Pode-se dizer, dessa forma, que o pós-positivismo é a superação das premissas do positivismo sem que, no entanto, se retorne a posturas jusnaturalistas sem amparo na noção contemporânea de Estado Democrático de Direito¹⁰¹. Impõe-se, pois, reconhecer a inviabilidade de se estudar o Direito de forma dissociada dos valores morais que lhe conferem legitimidade¹⁰², bem como a necessidade de se pautar tais valores na perspectiva dos direitos constitucionalmente estabelecidos em um determinado ordenamento jurídico, sendo que é justamente no âmbito dos direitos fundamentais que se reconhece estarem positivados os valores essenciais de cada ordenamento.

⁹⁷ Como ensina Barroso, “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais.” (Ibid., p. 120).

⁹⁸ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹⁹ Ibid., p. 62.

¹⁰⁰ Também aqui se compartilha do entendimento de Lênio Streck, segundo o qual: “Portanto, pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementariedade. Pós-positivismo será compreendido, nesse contexto, no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra, que é aquilo que aqui denomino de Constitucionalismo Contemporâneo.” (Ibid., p. 64). A proposta hermenêutica do autor possui, porém, diversas nuances que serão objetos de análise crítica mais a frente.

¹⁰¹ Nesse sentido, ensina Daniel Sarmiento que “ademais, mesmo diante da crise do positivismo, o jusnaturalismo não parece uma saída viável, pois, pelo menos nas suas versões mais extremadas, revela-se francamente incompatível com o ‘desencantamento’ (Max Weber) que caracteriza as sociedades contemporâneas. Nestas, o pluralismo de visões de mundo e de concepções acerca do bem impede a formação de um consenso em torno de uma moral substantiva universal, frustrando as possibilidades de legitimação democrática do Direito”. (In. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 115).

¹⁰² Destaque-se ainda a imprescindibilidade da hermenêutica jurídica buscar garantir não apenas o ideal da segurança jurídica, mas também o ideal da justiça no caso concreto, pelo que os juízos de valor relativos à própria decisão judicial são insuprimíveis do Direito. Nesse sentido, PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupí. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 135. Segundo o autor, essa é uma das bases da sua proposta hermenêutica, que será vista mais amiúde em momento posterior.

Sendo assim, verifica-se a íntima relação entre o retorno aos valores no âmbito jurídico e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, formando ambos o arcabouço teórico no qual se alicerça todo o constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo¹⁰³), dando azo ao surgimento de novas propostas hermenêuticas que, muito mais do que preocupadas com a validade do Direito, buscam dar-lhe legitimidade, fazendo frente aos novos desafios impostos pelas atuais concepções de Estado.

A partir desta perspectiva, chega-se a conclusão de que, atualmente, não é mais possível simplesmente ignorar a força vinculante dos valores e princípios jurídicos que impregnam toda e qualquer concretização dos comandos abstratos da lei, já não mais tida como única fonte do Direito, sendo imperioso, por outro lado, aperfeiçoar sua aplicabilidade às situações concretas, o que deu origem às diversas propostas dogmáticas que foram se desenvolvendo ao longo do século XX.

Duas delas, por se relacionarem diretamente com o tema proposto no presente estudo, merecem ser destacadas desde já em tópico próprio. Vejamos.

2.1.3.1 Constitucionalismo dirigente

Sob uma perspectiva um tanto quanto diversa da análise realizada até aqui, mas também fruto do reconhecimento da normatividade do texto constitucional em todo seu potencial emancipatório, surgiu no início da década de 80, já sob a égide da Constituição portuguesa de 1976¹⁰⁴, a teoria da Constituição dirigente, desenvolvida pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, marco teórico da concepção de constitucionalismo dirigente, tendo influenciado enormemente o trabalho constituinte que deu origem a Constituição brasileira de 1988¹⁰⁵.

¹⁰³ O surgimento, consolidação e críticas ao chamado neoconstitucionalismo é tema que, por si só, mereceria atenção monográfica, fugindo aos propósitos do presente trabalho. Sobre o tema, em especial no que se refere ao constitucionalismo pátrio, ver SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-268.

¹⁰⁴ Como já destacado supra, a Constituição portuguesa de 1976, assim como a Constituição espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, é produto de um processo revolucionário de redemocratização, com inegável proposta de remodelar o Estado e a sociedade após anos de regimes antidemocráticos. Pode-se dizer ainda, consoante ser veraz, que todas essas constituições forjadas a partir da década de 70 tiveram como influência a Lei Fundamental de Bonn, Constituição alemã pós-2ª Guerra e que representa verdadeiro marco no reconhecimento dos direitos fundamentais, notadamente da dignidade humana, e de sua força vinculante para todos os poderes estatais, assim como entre particulares.

¹⁰⁵ Destacando essa influência, vale mencionar o trabalho de CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 22.

Nas palavras do autor, a Constituição dirigente “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretrizes e estatuem imposições.”¹⁰⁶.

Vê-se, portanto, que nessa ótica a Constituição deixa de ser mero estatuto político de um país para ser encarada como ordem jurídica fundamental de uma sociedade, definindo fins e objetivos, com a crença na força normativa, transformadora e vinculante das normas constitucionais.

Acontece que, passados vinte anos do lançamento da obra, Canotilho publicou uma segunda edição, na qual decreta, em seu prefácio, a “morte” do constitucionalismo dirigente¹⁰⁷, o que rapidamente se tornou objeto de intenso debate na doutrina brasileira, com muitos apressadamente aduzindo que o constitucionalista português havia sucumbido à crise do Estado Social em Portugal, o que imporá a necessidade de se rever também o caráter dirigente e compromissório de nossa Constituição de 1988.

Todavia, quem assim interpretou as lições de Canotilho certamente não se atentou para as especificidades da mudança de posicionamento do autor português, como ele mesmo destaca logo no parágrafo seguinte ao qual é decretada a “morte” do constitucionalismo dirigente.

Nas suas palavras¹⁰⁸:

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, Democráticas e Sociais.

Deve-se, pois, guardar as devidas ressalvas quando se defende o fim do constitucionalismo dirigente¹⁰⁹, sobretudo em países que, como o nosso, ainda apresentam um

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 224.

¹⁰⁷ Ibid., p. XXIX.

¹⁰⁸ Ibid., p. XXX.

¹⁰⁹ Há quem diga, por outro lado, que o discurso do fim do constitucionalismo dirigente em uma realidade constitucional como a nossa, cujo texto constitucional está indubitavelmente impregnado de opções axiológicas, revela uma postura meramente ideológica, com pretensões de substituir o dirigismo constitucionalmente estabelecido por um outro tipo de dirigismo, semelhante na essência, porém às avessas, ou, como dito por Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, “constitucionalismo dirigente invertido”. Denunciando tal incongruência, atestam os mencionados autores que “os mesmos críticos da constituição dirigente são os grandes defensores das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais. À imposição, pela via da reforma constitucional e da legislação infraconstitucional, das políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da constituição financeira da constituição econômica, não houve qualquer manifestação de que se estava ‘amarrando’ os futuros governos a uma única política possível, sem qualquer alternativa. Ou seja, a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da ‘ingovernabilidade’. A constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de

enorme déficit no cumprimento do programa constitucional no que se refere às políticas públicas que correspondam ao ideal de Estado de Direito, democrático e social, tal como constitucionalmente estabelecido¹¹⁰.

Em trabalho mais recente¹¹¹, Canotilho voltou a tratar do tema, aprofundando o revisionamento de sua posição original, no sentido da atual inviabilidade de se defender, num quadro pós-Moderno de comunitarismo europeu, um dirigismo constitucional de viés unilateral e com pretensões de transformar, por si só, o mundo¹¹². Permanece, por outro lado, a necessidade de um “constitucionalismo moralmente reflexivo¹¹³”, sendo que, conforme ensina:

Uma constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer *as exigências constitucionais mínimas (constitucional essential*, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica, intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o *dito constitucional* é uma dimensão básica da *legitimidade moral e material*, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e contra a desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações¹¹⁴. (grifos no original)

Deve-se tomar o cuidado, portanto, de entender o fim do dirigismo constitucional nos seus devidos termos, não sendo possível daí extrair, pelo menos não da leitura do próprio Canotilho, qualquer justificativa para a defesa do esvaziamento da força vinculante dos direitos fundamentais¹¹⁵, bem como dos valores morais que lhe dão lastro.

Nesse contexto, permanece em aberto a questão dos valores no âmbito da interpretação constitucional, o que nos remete a outra proposta hermenêutica, anterior àquela,

ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional.” (BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Luis Bolzan; STRECK, Lênio (org.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 133.

¹¹⁰ Buscando justamente esclarecer esses pontos, foi organizado pelo professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em 2002 na cidade de Curitiba-PR, um simpósio, com a participação de diversos juristas brasileiros e portugueses, no qual se debateu o tema, inclusive com a participação, através de videoconferência, do próprio professor Canotilho, dando origem a uma publicação de suma importância para se entender o pensamento do autor português (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005). Na oportunidade, restou esclarecido que o fim do constitucionalismo dirigente não é absoluto, sendo um fenômeno próprio da atual realidade portuguesa que não pode ser simplesmente transplantado para outras realidades, especialmente porque se refere, também, ao problema da inclusão de Portugal na comunidade europeia.

¹¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

¹¹² Ibid., p. 109-110.

¹¹³ Ibid., p. 125.

¹¹⁴ Ibid., p. 126.

¹¹⁵ Nesse sentido, é possível concluir que a morte do constitucionalismo dirigente é relativa, e certamente não se aplica, pelo menos de forma absoluta, à realidades constitucionais periféricas, sendo meramente ideológica a tentativa de alguns de usar a mudança de postura teórica do professor Canotilho para defender, entre nós, o fim da pragmatividade e da vinculação das normas constitucionais, como já destacado supra.

mas que, por sua relação direta com o tema do estudo a ser desenvolvido, será tratada a seguir, qual seja, a denominada Jurisprudência dos Valores, com amplo desenvolvimento na Alemanha durante a primeira metade do século passado. Trata-se do surgimento histórico do marco teórico que fundamenta a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme será visto a seguir.

2.1.3.2 Hermenêutica da valoração (jurisprudência dos valores)

Para além da ideia de dirigismo constitucional, surgida mais recentemente, talvez a principal oposição ao positivismo formalista, que predominou ao menos até a primeira metade do século passado, tenha sido a chamada jurisprudência dos valores, movimento surgido na Alemanha após a 2ª Guerra Mundial que, como ensina Ricardo Lobo Torres¹¹⁶, preconizava o retorno dos valores, supralegais ou pré-positivos, à pauta de consideração do operador jurídico, baseando-se ainda na crítica ao modelo da subsunção¹¹⁷ e na preferência pela justiça do caso concreto e pelas teorias da argumentação.

Nesse contexto, tornou-se célebre o entendimento pioneiro de Gustav Radbruch, idealizador daquilo que ficou conhecido como “fórmula de Radbruch”, e que pode ser sintetizado na seguinte passagem:

O conflito entre a justiça (Gerechtigkeit) e a segurança jurídica (Rechtssicherheit) deve ser resolvido pela preeminência do direito positivo sancionado pelo poder ainda nos casos de conteúdo injusto ou inconveniente, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça tenha alcançado grau tão insuportável que a lei, como “direito injusto” (unrichtiges Recht), deva ceder o lugar à justiça¹¹⁸.

¹¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos Valores. In **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmiento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 504.

¹¹⁷ O método da subsunção, positivista por excelência, é aquele segundo o qual a aplicação da lei ao caso concreto se dá através do chamado silogismo jurídico, no qual a lei é a premissa maior, os fatos a premissa menor e a decisão judicial é a conclusão. Aplicada nos seus estritos termos, tal método hermenêutico dispensaria até mesmo a figura do juiz, podendo ser aplicado, com vantagens, por um computador programado com todas as leis vigentes, no qual se inseriria os fatos e de um processo meramente matemático se retiraria a conclusão. Como já se deixou antever, porém, esse racionalismo lógico extremado, baseado em um silogismo acrítico e pretensamente imune a valorações, é de impossível aplicação no Direito, sobretudo em ordenamentos jurídicos cada vez mais complexos e pluralistas, nos quais nem a premissa maior (lei) está imune aos discursos de fundamentação e nem o enquadramento do fato (premissa menor) à lei está livre de questionamentos, por mais objetivo e neutro que se pretenda ser quanto à qualificação dos fatos a serem considerados em uma decisão judicial. Nesse contexto, importa mencionar a distinção traçada por Perelman entre o raciocínio teórico, baseado numa inferência que tira uma conclusão a partir de premissas demonstráveis, ou seja, baseado numa lógica matemática fundamentada numa lógica de demonstração puramente formal, e o raciocínio prático, não baseado em premissas demonstráveis, mas que pretende justificar, através de técnicas da argumentação, decisões morais, sendo que é este último o raciocínio próprio do discurso judicial. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 278-280).

¹¹⁸ Gustav Radbruch apud TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos Valores. In **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmiento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 505.

Ou seja, volta-se a admitir a existência de um conceito de justiça para além da mera obediência cega às leis positivadas, sendo que em algumas situações, nada obstante a preeminência em tese do direito positivo, tal justiça do caso concreto irá prevalecer em face da letra fria da lei.

Como lastro dessa concepção de justiça, não mais vinculada tão somente à lei positivada, desenvolve-se diversas concepções de valores, com o fito de racionalizar a aplicação da lei ao caso concreto, sem perder de vista o ideal da segurança jurídica, mas sem desconsiderar também a necessidade de legitimar as decisões judiciais em face de valores morais histórico e socialmente estabelecidos¹¹⁹.

Nesse sentido, como ensina a professora fluminense Ana Paula de Barcellos¹²⁰, “voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana”.

É nesse cenário que é promulgada a Constituição alemã em 1949, denominada Lei Fundamental de Bonn, verdadeiro marco para o surgimento do neoconstitucionalismo, na medida em que reconheceu, de forma pioneira, a primazia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, estabelecendo logo em seu artigo primeiro a intangibilidade da dignidade humana e a vinculação jurídica aos direitos fundamentais de todos os poderes estatais.

A partir deste texto constitucional, com forte conteúdo axiológico, passou-se a se difundir, sobretudo na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a ideia de que à Constituição, enquanto documento fundamental de uma comunidade, caberia estabelecer os valores que irão influenciar todo o ordenamento jurídico daquela comunidade, não apenas do ponto de vista estatal, mas da vida social genericamente considerada¹²¹.

¹¹⁹ Consoante já mencionado, essa é uma das ideias centrais da proposta hermenêutica de Chaim Perelman, para quem “O direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador: é preciso torná-lo flexível para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável; é neste sentido que evolui o direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas, nas quais a simples afirmação por parte da autoridade é fortemente contestada”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 229.

¹²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana*. – 2ª ed. amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

¹²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457. É nesse contexto que muitos autores mencionam, dentre os denominados métodos de interpretação constitucional, o método científico espiritual desenvolvido notadamente por Rudolf Smend, segundo o qual a interpretação constitucional deve pretender captar o espírito da Constituição, a partir da consideração do sistema de valores subjacente ao texto constitucional e a realidade concreta da vida. Nesse sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada até a EC nº 56/2007. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 213.

O recurso aos valores no processo hermenêutico, calcado na ideia de direitos fundamentais enquanto síntese axiológica do ordenamento jurídico, constitucionalmente estabelecidos, tornou-se o pano de fundo de relevantes decisões do Tribunal Constitucional alemão desde então, influenciando sobremaneira o constitucionalismo europeu de modo geral, bem como a atividade do nosso Supremo Tribunal Federal, notadamente após a Constituição Federal de 1988¹²².

Foi a gênese histórica da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, senão vejamos.

2.1.4 Breve histórico da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Pelo já exposto, é possível concluir que a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais surgiu da conjugação do (1) processo evolutivo dos direitos fundamentais, desde sua concepção original estritamente liberal até as concepções mais coletivistas da atualidade; do (2) correlato desenvolvimento histórico das funções estatais na sua relação com a sociedade; e do (3) progresso da hermenêutica jurídica desde o jusnaturalismo até o pós-positivismo, fundamentando teorias como a do dirigismo constitucional e as diversas propostas que reconhecem a substância axiológica das constituições.

É nessa perspectiva que, como dito, se desenvolveu na Alemanha a chamada Jurisprudência dos Valores, movimento que predominou na jurisprudência da Corte Constitucional daquele país ao menos até 1985¹²³, e que consagrou a ideia de ordem objetiva de valores, pioneiramente utilizada para fundamentar a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, como se deu no famoso caso Luth, de 1958.

No caso, tratou-se de um boicote liderado pelo presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Luth, contra um filme do cineasta Veit Harlan, que havia apoiado o regime nazista, inclusive produzindo filme de propaganda antisemita encomendado pelo partido nazista.

¹²² A influência da doutrina e jurisprudência alemã sobre nossa Suprema Corte, especialmente após a nova roupagem que lhe foi conferida pela Constituição de 1988, já foi objeto de profundos estudos na doutrina pátria. Sobre o ponto, conferir MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, e KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹²³ Como ensina Robert Alexy, após sua consagração jurisprudencial em 1958, a teoria dos valores começou a ser questionada na jurisprudência da Corte Constitucional alemã apenas em 1985, na esteira das críticas doutrinárias precedentes. ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162-163.

Inconformados, a produtora e a distribuidora do filme ingressaram com ação judicial na Justiça Estadual de Hamburgo, com fulcro no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”, tendo aquele Tribunal julgado procedente a ação.

Após recurso de Reclamação Constitucional proposta por Luth, sob alegação de que a decisão do Tribunal estadual violava seu direito constitucional à liberdade de expressão, a Corte Constitucional alemã entendeu por revogar aquela primeira decisão, julgando procedente a reclamação e entendendo, de forma até então inédita, a necessidade de que o Código Civil alemão fosse lido à luz da Constituição da Alemanha, considerando a ordem de valores lá estabelecida. Nesse sentido, ficou consignado na ementa da decisão que:

Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional¹²⁴.

No julgamento, entendeu-se ainda que:

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito¹²⁵.

Foi a consagração da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, percussora da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e que influenciou sobremaneira a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais de diversos países, com reflexos inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²⁶.

Todavia, antes mesmo deste reconhecimento pela Corte Constitucional alemã, diversos autores já destacavam outros efeitos possíveis do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para além de sua utilização como fundamento para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

¹²⁴ *Apud* DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 249.

¹²⁵ *Apud* MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 336.

¹²⁶ Citando o caso Luth, a primeira vez na qual o STF aplicou expressamente a noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares se deu no caso em que houve a expulsão de um associado de uma sociedade civil sem fins lucrativos, oportunidade em que aquele Tribunal entendeu que também ali se aplica o princípio do devido processo legal, pelo que a violação aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa tornavam nula a expulsão. (STF, Recurso Extraordinário 201.819-8RJ, rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11.10.2005.). Entendeu-se, portanto, pela aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que cada vez mais se consolida como o posicionamento daquela Corte.

Com efeito, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais, para além de direitos subjetivos, enquanto ordem de valores a serem necessariamente levados em consideração na interpretação/aplicação da legislação infraconstitucional, chega-se à conclusão de que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é possível extrair consequências jurídicas que vão muito além da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, justificando, por exemplo, a noção, também acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão, de deveres de proteção do Estado, que teria a obrigação não apenas de não violá-los, como também fomentá-los, protegê-los e promovê-los¹²⁷.

Da mesma forma com relação aos direitos fundamentais sociais, cujo fundamento ético reside, como já se deixou antever, na necessidade de proteger o cidadão não apenas contra o Estado, mas também de outras conjecturas da vida, como o abandono precoce, o analfabetismo, o desemprego, a doença, velhice, etc., assim como contra o abuso do poder econômico praticado por grupos sociais que, muito embora não tenham a mesma força do Estado, são tão ou mais capazes de exercer poderes opressores sobre a população, sendo que também estes direitos podem experimentar relevantes releituras a partir da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

É nesse contexto que se faz possível extrair da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais importantes consequências no âmbito dos direitos fundamentais sociais¹²⁸, em inegável evolução da concepção de dimensão objetiva tal como originalmente formulada pelo Tribunal Constitucional alemão, vinculada especialmente a questão da aplicação horizontal dos direitos fundamentais.

Desta evolução, de todo compatível com a Constituição Federal de 1988, é hodiernamente inquestionável a influência dos valores constitucionais albergados nos direitos fundamentais objetivamente considerados sobre todo o ordenamento jurídico, impondo uma releitura de diversos institutos jurídicos, sendo esta a aplicação da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais que mais interessa ao presente estudo, e justamente a que mais

¹²⁷ No Brasil, tal dever de proteção deflui, dentre outros argumentos que serão desenvolvidos ao longo do presente trabalho, da dicção expressa no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

¹²⁸ Por exemplo, George Marmelstein cita a proteção ao bem de família conferido pela legislação pátria, conforme vem sendo reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, in MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 343. No mesmo sentido são as considerações acerca do direito fundamental à moradia feitas por SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de alguns Exemplos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1019-1049.

suscita dificuldades práticas e teóricas para cujo equacionamento se pretende oferecer contribuições.

Com esse desiderato, defende-se aqui ser possível, de toda a evolução histórica dos direitos fundamentais, conjugada com a evolução das funções estatais, com o progresso da hermenêutica constitucional, e com o desenvolvimento da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais a partir da consagração dos valores no discurso jurídico, fazer emergir novas perspectivas para o enfrentamento de algumas das crises de paradigma da dogmática jurídica contemporânea, já destacadas em momento anterior.

Para tanto, para além da análise histórica que ora se encerra, faz-se necessário estabelecer as premissas teóricas do trabalho, o que passa a ser feito.

2.2 Panorama Teórico

Apresentado o panorama histórico, é hora de deixar desde já consignadas as premissas teóricas que servirão de norte na presente investigação. Aqui, serão abordados dois panoramas que, nada obstante tratados em tópicos separados, guardam íntima relação entre si, tendo como fio condutor a ideia de que os direitos fundamentais, considerando sua evolução histórica, possuem também uma dimensão objetiva, amparada, sobretudo, na noção de ordem de valores que emerge de uma leitura teleológica e sistemática dos direitos fundamentais tal como estabelecidos constitucionalmente.

Pretendendo justificar essa perspectiva, o primeiro panorama a ser abordado se refere às teorias gerais dos direitos fundamentais que serão utilizadas como premissas teóricas do trabalho, destacando-se o estudo de Robert Alexy na Alemanha, a contribuição de Vieira de Andrade em Portugal, notadamente em razão da ênfase dada pelo autor à ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e, no Brasil, a proposta de Ingo Sarlet, merecendo menção ainda a teoria do status de Jellinek, utilizada de uma forma ou de outra pelos demais autores mencionados.

Dando continuidade, o segundo panorama teórico se deterá mais especificamente na questão dos valores constitucionais, suas bases filosóficas e sua distinção das outras categorias jurídicas (princípios e valores), procurando-se demonstrar a viabilidade de se defender uma teoria dos valores constitucionalmente adequada. Para tanto, serão abordadas as principais concepções axiológicas contributivas para a formatação de tal teoria, pretendendo-

se desenvolver uma proposta de compreensão aglutinativa entre elas, considerando o pluralismo ideológico e político inerente ao constitucionalismo contemporâneo.

A partir desses dois panoramas, estarão lançadas as bases da proposta de dimensão objetiva dos direitos fundamentais a ser desenvolvida no capítulo subsequente.

2.2.1 Teorias gerais dos direitos fundamentais

Assim como ocorre com o estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais, a formulação de uma teoria geral dos direitos fundamentais pode partir de diversas perspectivas, dando origem a igualmente diversos enfoques, que terão por objeto uma ou outra abordagem acerca dos direitos fundamentais.

Para a formação de uma teoria geral, portanto, se faz necessário proceder a certo recorte metodológico, especificando quais enfoques serão levados em consideração, bem como delimitando o objeto da teoria. É o que faz Robert Alexy já no início de sua obra, marco dos estudos acerca dos direitos fundamentais, na qual destaca que sua análise diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã, a partir de três atributos, sendo, “em primeiro lugar, uma teoria dos *direitos fundamentais da Constituição alemã*; em segundo lugar, uma teoria *jurídica*; e, por fim, uma teoria *geral*”.¹²⁹ (grifos no original).

Jurídica porque dogmática, a partir das três dimensões da dogmática jurídica¹³⁰. Geral porque se ocupa com problemas relacionados a todos os direitos fundamentais, ou ao menos a todos os direitos fundamentais de uma mesma espécie¹³¹. Por fim, específica dos direitos fundamentais tais como plasmados na Constituição alemã.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

¹³⁰ O autor alemão distingue três dimensões da dogmática jurídica, quais sejam, a dimensão analítica, a dimensão empírica e a dimensão normativa (Ibid., p. 32-33). Segundo ele, a dimensão analítica trata da análise sistemático-conceitual do direito vigente (Ibid., p. 33). A dimensão empírica, naquilo que interessa ao autor, trata da cognição do direito positivo válido (Ibid., p. 34) e, por fim, a dimensão normativa “avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial.” (Ibid., p. 35). Mais a frente, conclui ele que “em face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se como um princípio unificador. Se a ciência jurídica quiser cumprir sua tarefa prática de forma racional, deve ela combinar essas três dimensões. Ela deve ser uma disciplina integradora e multidimensional: combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.” (Ibid., p. 37).

¹³¹ Ibid., p. 38. Aqui, Alexy ressalva que tal teoria geral é um ideal teórico, pretendendo englobar, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões da dogmática jurídica, sendo que “toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal.” (Ibid., p. 39). Nesse ponto, destaca ele que sua teoria pretende ser uma teoria combinada (Ibid., p. 41), de natureza integrativa e estrutural (Ibid., p. 42), tendo um caráter normativo-analítico

Também ressaltando as diversas perspectivas pelas quais os direitos fundamentais podem ser visualizados¹³², o constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade delimita seu estudo aos direitos fundamentais concretamente estabelecidos na Constituição portuguesa de 1976, pelo que o denomina de um estudo de direito constitucional, destacando, por um lado, a autonomia desta perspectiva em relação às demais, e, por outro, a influência das fórmulas de organização do poder político de um determinado Estado sob a interpretação, regulação e aplicação dos direitos fundamentais, merecendo estes serem estudados, portanto, integrados numa Constituição concreta.¹³³

Mencionando expressamente as lições de Vieira de Andrade, destaca-se no Brasil o trabalho de Ingo Sarlet¹³⁴, que também opta por centrar seus estudos na perspectiva estatal dos direitos fundamentais, com ênfase na Constituição Federal de 1988. Muito embora, conforme ressaltado pelo próprio autor, foque sua investigação no problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem constitucional, o subtítulo da obra já sinaliza a proposta de elaborar uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.

Partindo desses três referenciais teóricos, sem prejuízo da colaboração de diversos outros estudos que serão mencionados ao longo do texto, o presente estudo, nada obstante não pretenda desenvolver uma teoria geral dos direitos fundamentais, se utilizará das propostas dos autores supramencionados, no intuito de sedimentar o arcabouço teórico no qual se moverá nas investigações subsequentes.

(Ibid., p. 43). Contrapondo-se às teorias combinadas, haveria, segundo o autor, as chamadas teorias unipolares que, ainda segundo ele, pecariam pela parcialidade e por não oferecerem mais do que hipóteses para a elaboração de uma teoria abrangente. Como exemplo de teorias unipolares, cita a sistematização feita por Böckenförde, que diferencia cinco teorias: teoria liberal ou do Estado de Direito burguês, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrático-funcional e a teoria social-estatal (Ibidem, p. 40). Na esteira da proposta Alexyana, o presente trabalho também pretende desenvolver uma compreensão combinada, de natureza integrativa e estrutural, acerca dos direitos fundamentais e dos valores que lhe dão lastro, levando-se em conta o maior número possível de pontos de vista, mas buscando-se manter, no entanto, sua coerência interna.

¹³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 16. O autor sistematiza tais perspectivas em três grandes blocos, quais sejam, a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, a perspectiva estadual ou constitucional, que é a adotada, e a perspectiva universalista ou internacionalista. A primeira destaca as origens filosóficas e naturais dos direitos fundamentais, inclusive destacando sua anterioridade relativamente ao Estado e à Sociedade (Ibid., p. 19). A perspectiva constitucional parte da consagração constitucional desses direitos (Ibid., p. 22), enquanto que a perspectiva universalista enfoca o estabelecimento de “um certo núcleo fundamental de direitos internacionais do homem”. (Ibid., p. 25).

¹³³ Ibidem., p. 38.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 22.

Antes, porém, cumpre analisar a proposta teórica que, com as ressalvas pertinentes que serão oportunamente sinalizadas, encontra-se contida, explícita ou implicitamente¹³⁵, na proposta teórica dos três autores supramencionados, qual seja, a teoria dos status do publicista alemão Goerg Jellinek.

2.2.1.1 Teoria dos Status de Jellinek

Conforme já assinalado, a teoria dos status de Jellinek, formulada no final do século XIX, ainda hoje serve como referencial teórico para a proposta de diversos autores, sobretudo no que se refere à classificação dos direitos fundamentais, preservando a sua pertinência, apesar da sua necessária complementação, face às novas categorias de direitos fundamentais surgidas ao longo do último século.

Como ensina Alexy¹³⁶, a proposta classificatória de Jellinek continua servindo de base para diversas outras classificações, tendo tido o mérito de sintetizar em quatro categorias as diferentes posições do cidadão em face do Estado, no que denominou de “status”, significando tal conceito a relação entre indivíduo e Estado.

Em outras palavras, e mais uma vez nos servindo das lições de Alexy¹³⁷, o status é uma relação que qualifica o indivíduo, configurando uma *situação* perante o Estado, ou seja, representa um “ser” e, como tal, se diferencia de um direito, identificado com um “ter”. Identifica, portanto, um feixe de diferentes posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas, qualificando a vinculação do cidadão a determinado Estado, a partir de quatro status, quais sejam, o status passivo ou status *subiectionis*, o status negativo ou status *libertatis*, o status positivo ou status *civitatis* e o status ativo ou status da cidadania ativa, todos relativos, portanto, ao aspecto subjetivo dos direitos fundamentais, a partir da noção de direito público subjetivo¹³⁸.

¹³⁵ Vieira de Andrade, por exemplo, não cita expressamente a teoria de Jellinek, mas parece beber nessa fonte quando menciona a complexidade estrutural dos direitos fundamentais (Ob. Cit., p. 162). Já Ingo Sarlet (Ob. Cit., p. 155-157) e, especialmente, Robert Alexy (Ob. Cit., p. 254 ss.) dedicam atenção à teoria dos status de Jellinek, inclusive destacando sua atualidade e sua relevância para o estudo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, merece menção ainda, entre nós, o trabalho de Ricardo Lobo Torres, segundo o qual da teoria dos status é possível extrair importantes consequências para o estudo da efetividade do mínimo existencial, in TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179 ss.)

¹³⁶ Ob. Cit., p. 254.

¹³⁷ Ibidem., p. 255.

¹³⁸ Essa noção admite múltiplos significados, estando no âmago da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, diretamente relacionado a ideia de exigibilidade jurídica de direitos do cidadão em face do Estado. Trata-se, porém, de um dos pontos no qual a teoria de Jellinek mais sofreu críticas, na medida em que este fazia tal exigibilidade depender da concretização legislativa dos direitos fundamentais, o que não mais encontra

O status passivo se refere a uma relação de sujeição do indivíduo em relação ao Estado, identificando o âmbito da esfera de obrigações individuais que o Estado poderia impor aos seus cidadãos. Ou seja, nesse âmbito o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais¹³⁹, tendo o Estado a “competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições¹⁴⁰”.

Em sentido diametralmente oposto, o status negativo identifica a esfera individual de liberdade do cidadão perante o Estado, que estaria imune ao poder de império estatal¹⁴¹. É, portanto, identificado com o direito ao não-embaraço¹⁴², próprio dos direitos fundamentais da primeira geração, que exigem tão somente uma abstenção do Estado, limitado juridicamente que é pelos direitos fundamentais.

Já os direitos fundamentais relacionados ao status positivo exigiriam uma atuação estatal, de modo que ao cidadão fosse assegurada a capacidade jurídica de se utilizar das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas.¹⁴³ Seriam, portanto, o feixe de posições jurídicas relativas aos chamados direitos sociais, próprios da segunda geração dos direitos fundamentais.

Por fim, Jellinek menciona o status ativo, âmbito no qual o cidadão é titular de competências que lhe permitem participar da vontade estatal, identificando-se, portanto, com o direito ao voto e demais mecanismos de exercício da cidadania. Nas palavras de Alexy, “aquilo que o dever e a obrigação impostos ao indivíduo representam para o status passivo, que a faculdade representa para o status negativo e que o direito a algo representa para o status positivo é representado para o status ativo (...) pelo conceito de competência¹⁴⁴”.

respaldo no constitucionalismo contemporâneo, que consagra a eficácia imediata dos direitos fundamentais, independentemente de concretização legislativa, como se extrai, por exemplo, do art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

¹³⁹ É por isso que Dimoulis e Martins falam aqui não em direitos fundamentais, mas sim em deveres. Para eles, a classificação dos direitos fundamentais de Jellinek seria, portanto, tripartida, sendo que, porém, o status passivo “é fundamental para entender a perfeição lógica da classificação que apresenta as quatro possíveis relações entre Estado e indivíduo, duas positivas e duas negativas”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53. Apesar da ressalva, portanto, os autores parecem concordar com a existência do status passivo e sua relevância na classificação dos direitos fundamentais.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 157.

¹⁴¹ Ibid., p. 157.

¹⁴² ALEXY, Robert. Op., Cit., p. 258.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op., Cit., p. 157.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. Op., Cit., p. 267-268.

Tal proposta classificatória, apesar de suas falhas¹⁴⁵ e insuficiências¹⁴⁶, tem, para além de sua importância histórica, o mérito de ter relacionado os direitos fundamentais com o vínculo entre cidadão e Estado, ressaltando o caráter subjetivo dos direitos fundamentais que, por essa ótica, podem ser conceituados como situações juridicamente estabelecidas entre os cidadãos e o poder estatal, nas suas variadas configurações, englobando deveres, direitos, faculdades e competências.

Sedimentou-se, portanto, a ideia de direitos fundamentais enquanto direitos públicos subjetivos do cidadão em face do Estado, a partir de diversas esferas de relacionamento entre o indivíduo e o poder estatal, nas quais se faz possível identificar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que foi sendo paulatinamente ampliada ao longo do século XX, ao ponto de se reconhecer, também, funções dos direitos fundamentais para além do seu aspecto subjetivo, ou seja, funções outras relativas ao reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem que jamais se possa olvidar, contudo, da dimensão subjetiva desses direitos.

É justamente com essa visão que Robert Alexy formulou sua teoria dos direitos fundamentais, a merecer análise mais detida a seguir.

2.2.1.2 A proposta de Robert Alexy

Sem que se vá aqui abordar a obra de Alexy em todos os seus pormenores, importa para o presente trabalho destacar a forma como este autor constrói sua teoria geral dos direitos fundamentais, pretendendo oferecer respostas racionais aos inúmeros problemas práticos que subjazem do estudo desses direitos.

De fato, logo no início de seu livro¹⁴⁷, Alexy destaca a necessidade da ciência dos direitos fundamentais oferecer respostas racionais aos problemas que surgem da interpretação desses direitos, situados no ápice do ordenamento jurídico, e que não podem ser respondidos tão somente a partir das formulações do direito positivo, e nem mesmo a partir do estudo da

¹⁴⁵ Robert Alexy faz um apanhado de diversas críticas que foram formuladas a teoria dos quatro status ao longo do último século e que, segundo ele, podem ser sintetizadas nos seguintes adjetivos: formalismo, abstração, espacialização, indivíduo isolado, obsolescência. Op., Cit., p. 269-272.

¹⁴⁶ Como já dito, a proposta de Jellinek foi formulada em momento anterior ao reconhecimento de novas categorias e funções dos direitos fundamentais e, portanto, peca pela deficiência, razão pela qual foi complementada pela obra de diversos autores, valendo mencionar, por exemplo, o status activus processualis proposto por Peter Häberle, *apud in SARLET*, Ingo Wolfgang. Op., Cit., p. 158.

¹⁴⁷ “Diante dessa situação, a ciência dos direitos fundamentais impõe-se como tarefa dar respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos. A presente teoria dos direitos fundamentais procura colaborar com o cumprimento dessa tarefa.” Op. Cit., p. 28.

jurisprudência dos tribunais constitucionais, pelo que se faz necessário a formulação de uma teoria integrativa e analítica¹⁴⁸ que dê conta de toda a complexidade dos direitos fundamentais.

Além disso, destaca o autor a imprescindibilidade da dogmática jurídica enfrentar, para além do problema da interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas (problema de complementação), o problema da valoração desse material normativo (problema de fundamentação)¹⁴⁹, tarefa para a qual a ciência do Direito também deve revelar seu caráter prático de ciência do dever ser, ou seja, de uma ciência apta a oferecer soluções para casos concretos¹⁵⁰.

Para tanto, formula sua construção tendo por base duas teorias, quais sejam, sua teoria dos princípios e sua teoria das posições jurídicas fundamentais, a partir das quais enfrenta alguns dos principais problemas da dogmática dos direitos fundamentais, tais como os problemas da restrição dos direitos fundamentais, seus efeitos perante terceiros, etc.¹⁵¹.

Quanto à sua teoria dos princípios, pela qual sua obra se tornou célebre, Alexy elabora sua distinção entre regras e princípios, tratando ainda da teoria dos valores, tema diretamente relacionado ao objeto da presente investigação, e que será tratada em tópico próprio posteriormente.

Já quanto à teoria das posições jurídicas fundamentais, Alexy expressamente se inspira na proposta de Jellinek para formular sua teoria, pretendendo reduzir as múltiplas relações de direitos fundamentais a posições e relações mais elementares¹⁵², classificando-as em direitos a algo, liberdades e competências.

Trata-se, assim como em Jellinek, do estudo dos direitos fundamentais a partir da relação entre o cidadão, titular desses direitos, e o Estado, sujeito passivo dessa relação

¹⁴⁸ Como já destacado supra (nota de rodapé nº 129), Alexy defende que, para cumprir sua tarefa, a ciência jurídica deve combinar suas dimensões empíricas, analíticas e normativas de forma integrativa e multidimensional.

¹⁴⁹ Ibid., p. 36.

¹⁵⁰ “(...) A Ciência do Direito, na forma como levada a cabo hoje, é, em primeira instância, uma disciplina prática, porque a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que deve ser. Na Ciência do Direito essa questão é formulada a partir de uma perspectiva que corresponde à perspectiva do juiz. Isso não significa que a Ciência do Direito não possa abranger outras perspectivas, nem que sempre diga respeito diretamente à solução de casos concretos, mas somente que a perspectiva do juiz é a perspectiva típica da Ciência do Direito e que os enunciados e teorias desenvolvidos a partir dela, mesmo quando abstratos, referem-se sempre à fundamentação de juízos concretos de dever-ser”. Ibid., p. 37.

¹⁵¹ Como já dito, não interessa aos propósitos do presente trabalho enfrentar todos esses problemas, mas apenas o problema específico referente ao reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o qual também é tratado por Alexy. De qualquer forma, como ressalta o próprio autor, se a sua proposta teórica for capaz de oferecer respostas corretas a alguns dos problemas tratados, então é possível que seja útil para a solução dos problemas não tratados. Ibid., p. 29.

¹⁵² Ibid., p. 29.

jurídica, emergindo daí a noção de direito subjetivo que, nada obstante sua diversidade e complexidade¹⁵³, pode ser remetida à tríplice classificação supramencionada.

Nesse sentido, os direitos a algo são compreendidos como uma relação triádica, cujos elementos são o portador ou titular do direito, o destinatário do direito, e o objeto do direito¹⁵⁴, que podem fundamentar tanto direitos a ações negativas (direitos de defesa) quanto direitos a ações positivas (fática e normativa), a partir da lógica dos chamados conceitos deônticos básicos, quais sejam, os conceitos de dever, de proibição e de permissão¹⁵⁵.

Com efeito, utilizando-se de complexas fórmulas matemáticas que orientam sua lógica jurídica, o autor apresenta as diversas posições jusfundamentais do cidadão, enquanto titular de direitos fundamentais em sua relação com o Estado, destinatário desses direitos, emergindo daí a noção de direitos públicos subjetivos enquanto fundamento para pretensões jurídicas do cidadão em face do poder estatal.

Da mesma forma no que tange às posições jurídicas relativas aos direitos de liberdade e de competência, também visualizadas na perspectiva subjetiva¹⁵⁶, no sentido de que delas é possível extrair direitos do cidadão juridicamente exigíveis, isto é, direitos públicos do cidadão em face do Estado.

É a partir dessas posições jurídicas fundamentais que Alexy elabora toda sua teoria geral dos direitos fundamentais, ponto de partida para a análise das diversas espécies de direitos fundamentais, como o direito geral de liberdade, o direito geral de igualdade e o direito a ações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo¹⁵⁷), sempre ressaltando o inescapável aspecto subjetivo desses direitos, na medida em que justificam a exigibilidade jurídica dos direitos fundamentais do cidadão em face do Estado, fundamentando pretensões jurídicas jusfundamentais.

De fato, muito embora cada uma dessas categorias de direitos fundamentais possua suas particularidades, todas elas partem, segundo o autor, de posições jusfundamentais elementares que, nada obstante ser possível delas extrair outros efeitos, têm como ponto em comum seu inevitável caráter subjetivo.

¹⁵³ Ibid., p. 190-193. Frise-se que, apesar da plurivocidade e vagueza do conceito de direito subjetivo, destacadas pelo próprio autor, Alexy parece compartilhar do entendimento de que direitos subjetivos são aqueles dos quais se podem extrair pretensões juridicamente exigíveis. Trata-se da noção básica da expressão, que é aqui compartilhada.

¹⁵⁴ Ibid., p. 194.

¹⁵⁵ Ibid., p. 204.

¹⁵⁶ Especificamente com relação aos direitos de competência, Alexy menciona a possibilidade destes serem visualizados apenas em sua dimensão objetiva, o que, porém, não parece contar com a adesão do Autor. Ibidem., p. 245-246.

¹⁵⁷ Que, segundo a classificação do autor, engloba os direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais). Op. Cit., p. 450 ss.

A construção teórica de Alexy, portanto, parte da noção tradicional de direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, conjugada com sua teoria dos princípios e sua teoria da argumentação jurídica¹⁵⁸, para enfrentar as diversas dificuldades relativas à concretização dos direitos fundamentais, o que também é o propósito do presente estudo, todavia sob perspectiva diversa, focada na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem desconsiderar, porém, as construções teóricas a respeito da dimensão subjetiva.

É de se ver que o próprio Alexy não desconhece essa dimensão dos direitos fundamentais que, como será visto, também é ventilada em sua obra, notadamente quando de sua abordagem acerca dos princípios e valores. Plenamente possível, portanto, extrair da teoria geral dos direitos fundamentais do autor alemão elementos dogmáticos para a fundamentação teórica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tanto no que se refere à sua teoria dos princípios que, como dito, será melhor explorada posteriormente, quanto no que se refere à sua teoria das posições jurídicas fundamentais, esta última apta a deixar claras as diferenças entre uma e outra dimensão, bem como evidenciar a necessária proeminência da dimensão subjetiva, que não se pode deixar menosprezar em face da dimensão objetiva, tudo isso levando-se em consideração ainda sua teoria da argumentação jurídica, uma das possíveis propostas hermenêuticas nas quais a perspectiva objetiva pode oferecer contributos.

É a conclusão a que se chega também através das propostas doutrinárias de Vieira de Andrade e Ingo Sarlet, temas do próximo tópico.

2.2.1.3 As propostas de Vieira de Andrade e Ingo Sarlet

Embora partindo de perspectiva diversa, Vieira de Andrade também destaca a ideia de direito subjetivo fundamental, “enquanto categoria jurídica central do sistema”¹⁵⁹.

Segundo o autor, se trata da sua dimensão principal, abrangendo todas as faculdades suscetíveis de referência individual¹⁶⁰. Vê-se, pois, que também ele parte da ideia de posições jurídicas fundamentais do indivíduo como pressuposto básico dos direitos fundamentais,

¹⁵⁸ Merece menção aqui a teoria da argumentação jurídica proposta pelo Autor, mais aprofundada em outra obra (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011), na qual procura oferecer bases racionais para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em situações concretas, e que também será aqui objeto de análise em capítulo próprio.

¹⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 107.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 110.

cujos elementos essenciais são representados por posições jurídicas subjetivas individuais, universais e fundamentais¹⁶¹.

Todavia, como destacado por ele, apesar da localização central e nuclear da posição jurídica subjetiva na matéria dos direitos fundamentais¹⁶², tal noção não é capaz de explicar todas as consequências jurídicas que resultam da consagração dos direitos fundamentais, exsurgindo daí a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, enquanto espécie de mais-valia jurídica¹⁶³, sendo justamente esse o entendimento que norteará a análise dessa faceta dos direitos fundamentais no presente trabalho.

Antes, porém, cumpre destacar a noção de sistema dos direitos fundamentais desenvolvida por Vieira de Andrade¹⁶⁴, de suma importância para entender a ideia de dimensão objetiva, e que influenciou fortemente o estudo dos direitos fundamentais no Brasil, como será visto quando da análise da proposta de Ingo Sarlet.

No ponto, parte o autor da ideia de sentido material dos direitos fundamentais para concluir pela autonomia¹⁶⁵ institucional dos direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional¹⁶⁶, formando, dessa forma, um sistema de direitos fundamentais que ganha unidade de sentido a partir do princípio da dignidade humana¹⁶⁷.

Segundo o autor, é a partir desse princípio unificador que se faz possível averiguar a materialidade de um direito fundamental¹⁶⁸, bem como se faz possível a construção de uma

¹⁶¹ Ibid., p. 114. Ao contrário de Alexy, o autor português não se atém na análise das posições jurídicas fundamentais a partir de estruturas e fórmulas da lógica jurídica, mas tão somente na análise dos conceitos jurídicos básicos que, segundo ele, definem a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Nas suas palavras: “partimos, simplesmente, da ideia comum de que a figura do direito subjetivo implica um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular.” (grifos no original). Ibid., p. 112. É a partir dessa noção elementar que, assim como Alexy, Vieira de Andrade propõe sua classificação dos diferentes tipos de direitos fundamentais, abrangidos, segundo ele, em dois grupos básicos, quais sejam, os direitos, liberdades e garantias de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais de outro. Ibid., p. 172 ss.

¹⁶² Em momento anterior de sua obra, Vieira de Andrade já destaca essa característica nuclear das posições jurídicas fundamentais, denominada por ele de *radical subjetivo*. No ponto, destaca ele que a função dos direitos fundamentais é, em última análise, a proteção e a garantia de determinados bens jurídicos das pessoas e das suas posições ou relações na sociedade. Ibid., p. 79.

¹⁶³ Ibid., p. 134.

¹⁶⁴ Tal noção, embora sob perspectiva diversa e com algumas divergências, se assemelha a noção de interpretação sistemática do Direito, desenvolvida por CANARIS, Claus-Wilhelm (**Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989) e, entre nós, por FREITAS, Juarez (**A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.)

¹⁶⁵ “A autonomia dos direitos fundamentais como instituto jurídico-constitucional é, afinal, o reflexo da *autonomia ética* da pessoa, enquanto ser simultaneamente livre e responsável. E, como esta, é ao mesmo tempo irrecusável e limitada.” (grifos no original). Ibid., p. 80. Tal autonomia, porém, é apenas relativa, por força do princípio da unidade da Constituição. Ibid., p. 90.

¹⁶⁶ Ibid., p. 79.

¹⁶⁷ Ibid., p. 93.

¹⁶⁸ Ibid., p. 96. É nessa perspectiva que Vieira de Andrade admite a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, que não gozariam do mesmo status dos direitos materialmente fundamentais, apesar de manter sua

ordem normativa coerente, concluindo pela “existência de uma unidade de sentido jurídico-constitucionalmente fundada no domínio dos direitos fundamentais¹⁶⁹”.

É essa ordem normativa, dotada de unidade de sentido a partir dos direitos fundamentais, que pode se dar o nome de ordem de valores, o que não implica, segundo o autor, na adesão a uma determinada ordem, hierárquica, abstrata e fechada, mas sim “uma *ordem pluralista e aberta* e, por isso, não hierárquica”¹⁷⁰ (grifos no original).

Trata-se, embora não o diga expressamente o mestre português, da ideia base da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais enquanto ordem de valores, compartilhando-se aqui do entendimento, embora com ressalvas, conforme será visto, que esta ordem de valores deve ser extraída justamente da ideia de direitos fundamentais enquanto sistema fundado em uma ordem normativa coerente dotada de unidade de sentido jurídico-constitucional.

Com o mesmo entendimento, e já destacando uma das ressalvas que se faz ao posicionamento de Vieira de Andrade, Ingo Sarlet vai mais além, aduzindo que a unidade de sentido dos direitos fundamentais enquanto sistema não se deduz exclusivamente do princípio da dignidade humana, vez que nem todas as posições jurídicas relativas a esses direitos possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, podendo ser deduzidos, por exemplo, dos outros princípios fundamentais elencados no art. 1º da Constituição Federal¹⁷¹.

Para chegar até essa conclusão, Ingo Sarlet também se esforça na tentativa de elaborar uma teoria geral dos direitos fundamentais, mais especificamente à luz da nossa Constituição, pretendendo destacar a nota de fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais no contexto constitucional¹⁷².

Formal porque situados no ápice do ordenamento jurídico, possuindo, portanto, natureza supralegal, submetidos ainda aos limites de reforma constitucional e, por fim, porque

pertinência à Constituição material. Ibid., p. 75-77. Contra esse entendimento, menciona-se, por exemplo, Joaquim Gomes Canotilho (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003), acompanhado entre nós por Ingo Sarlet (Op. Cit., p. 81), para quem, embora possam existir direitos apenas formalmente fundamentais, merecem estes o mesmo tratamento, vez que protegidos pelo mesmo regime jurídico, de modo que tal distinção perde maior importância prática. Aqui, compartilha-se desse entendimento. Da mesma forma, não se concorda com a opinião de Vieira de Andrade no sentido de que os direitos sociais, por estarem, segundo o autor, menos diretamente ligados ao princípio da dignidade humana do que os direitos, liberdades e garantias, também mereceriam menor proteção (Ob., Cit., p. 96).

¹⁶⁹ Ibid., p. 100.

¹⁷⁰ Ibid., p. 101.

¹⁷¹ SARLET, Ingo W. Op., Cit., p. 96.

¹⁷² Ibid., p. 74.

diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata às entidades públicas e privadas, por força do art. 5º, §1º da Carta Magna¹⁷³.

Material porque elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade, formando o núcleo essencial das primeiras Constituições escritas, de modo que representam as condições *sine qua non* do Estado Constitucional e democrático, passando a significar, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal¹⁷⁴.

São ainda garantias das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, configurando, além da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia¹⁷⁵. Por fim, são também, para além de sua função original de direitos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, “integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”¹⁷⁶.

Importa considerar, pois, a definição de direitos fundamentais do autor gaúcho, *in verbis*:

(...) Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)¹⁷⁷.

Na esteira das lições de Alexy¹⁷⁸, portanto, e considerando a cláusula de abertura do art. 5º, §2º da Constituição Federal, Sarlet admite a existência de direitos fundamentais fora do catálogo expresso do texto constitucional, reconhecíveis por sua equiparação aos direitos fundamentais expressos, formando com estes o sistema de direitos fundamentais que tem sua unidade de sentido determinada pelos princípios fundamentais constitucionalmente albergados, com destaque para o princípio da dignidade humana.

Partindo desse conceito, Ingo Sarlet reconhece a existência de um sistema dos direitos fundamentais, englobando todos os direitos fundamentais, formais e materiais, expressos e decorrentes, sendo tal sistema não lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas sim

¹⁷³ Ibid., p. 74-75.

¹⁷⁴ Ibid., p. 59.

¹⁷⁵ Ibid., p. 61.

¹⁷⁶ Ibid., p. 60.

¹⁷⁷ Ibid., p. 77

¹⁷⁸ Ibid., p. 66 e ss.

aberto e flexível, “receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”¹⁷⁹.

Ainda segundo o autor, tal sistema dos direitos fundamentais, justamente em razão da sua abertura e flexibilidade, bem como da sua não autonomia e autossuficiência, deve observar também o princípio da unidade da Constituição, resolvendo-se os inevitáveis conflitos através da harmonização dos valores em pauta, pelo que chama a atenção para a interpretação sistemática, tal como preconizada por Juarez Freitas¹⁸⁰, e que também será destacada no presente estudo, quando do estudo das potencialidades hermenêuticas da proposta adotada.

Admite, pois, a possibilidade dos direitos fundamentais serem considerados também enquanto ordem de valores, uma vez que estes, em seu conjunto, para além de instrumentos de defesa da liberdade individual, formam um sistema axiológico com potencialidade para influir em todo o ordenamento jurídico, revelando as decisões fundamentais do Estado e da sociedade, constitucionalmente estabelecidas e dotadas do status de cláusula pétrea.

Mais a frente, Ingo Sarlet conclui que, nessa perspectiva, os direitos fundamentais “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”¹⁸¹. Ainda, aduz que os direitos fundamentais, nessa dimensão objetiva, “transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica”¹⁸².

A partir daí, o autor passa a elencar diversos possíveis efeitos que podem advir do reconhecimento dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme será visto em momento posterior do presente estudo.

Antes, porém, cumpre estabelecer as bases jusfilosóficas para a utilização dos valores no âmbito do direito, base da ideia de dimensão objetiva, procurando investigar a viabilidade de se visualizar uma teoria dos valores adequada à Constituição brasileira, tema do próximo tópico.

¹⁷⁹ Ibid., p. 72. Segundo ele, é a existência de certa unidade de conteúdo (elementos comuns), a sua aplicabilidade imediata e a proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, os elementos identificadores da existência de um sistema dos direitos fundamentais, “caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra.” (Ibid., p. 73).

¹⁸⁰ Ibid., p. 74.

¹⁸¹ Ibid., p. 143.

¹⁸² Ibid., p. 143.

2.2.2 Bases jusfilosóficas para uma teoria dos valores adequada à Constituição brasileira

Na tentativa de se investigar a viabilidade de uma teoria dos valores que seja constitucionalmente adequada, é imperioso, primeiramente, analisar o papel dos valores no âmbito da dogmática jurídica contemporânea, o que de certa forma se relaciona com a permanente polêmica acerca das distinções e/ou equiparações entre o Direito e a Moral, tema que está no âmago dos debates da filosofia do Direito desde o seu nascedouro.

Com efeito, o reconhecimento do papel dos valores no cenário jurídico depende da postura que se assuma quanto à interação do Direito com a Moral, posturas estas que, na história do pensamento jurídico, variam desde entendimentos que negam qualquer possibilidade de conciliação entre ambas as esferas até posturas que postulam inexistir diferenças essenciais entre elas¹⁸³.

Pretendendo assumir uma postura intermediária, faz-se necessário investigar também como e em que medida os valores morais interpenetram o Direito, seja como elemento integrante deste, seja como elemento legitimador e justificador das normas jurídicas, seja, por fim, como pontos de vista corretivos no discurso jurídico (argumentos de correção). Da mesma forma, é importante verificar se e em até que ponto o Direito goza de autonomia frente aos outros ramos, de modo que a dogmática jurídica possa ser considerada uma ciência com objeto próprio, se diferenciando, por exemplo, da política e da ética.

Com esse desiderato, cumpre explicitar desde já o que se entende por valor, termo igualmente envolto em grande confusão semântica e cuja conceituação se mostra extremamente dificultosa. Para tanto, opta-se pela proposta jusfilosófica de Miguel Reale, clássico na doutrina jurídica brasileira, para quem os valores não se confundem nem com os objetos naturais, considerando estes aqueles dados pela natureza e não construídos pelo homem como resultado de uma instauração originária da inteligência e da vontade¹⁸⁴, e nem com os objetos ideais, cuja existência nasce na mente humana sem correspondência no espaço e no tempo¹⁸⁵. Constituem, isto sim, uma terceira esfera fundamental, semelhante aos objetos

¹⁸³ De certa forma, e embora se trate de uma simplificação, pode-se dizer que a primeira postura se identifica com o positivismo jurídico, sobretudo o positivismo normativista de Hans Kelsen que, como já destacado anteriormente, defendia a separação absoluta entre o Direito e a Moral, em nome de uma pretensa autonomia científica do Direito. Por outro lado, certa identidade entre as esferas jurídicas e morais é defendida pelo pensamento jusnaturalista, na medida em que fazia o Direito depender integralmente de uma pauta de valores morais anteriores e superiores à lei (supostas leis da natureza, universais e eternas). Ambas as posturas, levadas ao seu extremo, não encontram receptividade no pensamento jurídico contemporâneo, embora ofereçam importantes pontos de vista para a formação de uma postura intermediária, como a que se tentará elaborar no presente estudo.

¹⁸⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 179.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 183.

ideais, na medida em que também são a-espacial e atemporal, mas se diferenciando em algumas características essenciais¹⁸⁶.

A principal característica diferenciadora, segundo Reale, se refere à relatividade dos valores, posto que estes só existem em função de algo existente, ou seja, relativamente a algum objeto. Em suas palavras, “enquanto os objetos ideais valem, independentemente do que ocorre no espaço e no tempo, os valores só se concebem em função de algo existente, ou seja, das *coisas* valiosas” (grifo no original). Além disso, os valores são incomensuráveis, vez que não admitem numeração ou quantificação, sendo, nas suas lições, “insuscetíveis de serem comparados segundo uma unidade ou denominador comum”¹⁸⁷.

O autor também atribui outras características aos valores, dentre os quais sua bipolaridade, ou seja, a um valor sempre se contrapõe um desvalor, que se conflitam e se implicam em processo dialético,¹⁸⁸ sua implicação, “no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais¹⁸⁹”, e sua referibilidade, vez que “tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no sentido de algo e para alguém¹⁹⁰” (grifo no original).

Dessa última característica, Reale extrai a conclusão de que os valores são entidades vetoriais, uma vez que sempre apontam para um determinado sentido, ou seja, para um ponto reconhecível como fim.

Em suas palavras¹⁹¹:

(...) Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes da conduta. A nossa vida não é espiritualmente senão uma vivência perene de valores. Viver é tomar posição perante valores e integrá-los em nosso “mundo”, aperfeiçoando nossa personalidade na medida em que damos valor às coisas, aos outros homens e a nós mesmos. Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível.

Daí o autor ventila mais duas características próprias dos valores, quais sejam, sua preferibilidade, na medida em que envolve uma orientação, sendo que toda teoria do valor tem como consequência uma teologia ou teoria dos fins, e, por fim, sua possibilidade de ordenação preferencial ou hierárquica, vez que toda sociedade obedece à determinada pauta

¹⁸⁶ Ibid., p. 187.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ibid., p. 189.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibid., p. 190.

¹⁹¹ Ibid., p. 190-191.

de valores, “de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como os seus valores se distribuem ou se ordenam”¹⁹².

A partir dessas características, Reale define valor como aquilo que é porque deve ser, se diferenciando, portanto, dos objetos da ontologia, referentes ao ser, o que corresponde à distinção entre juízos de realidade e juízos de valor, sendo ambos, porém, perspectivas complementares na visão do todo.

Sintetizando a ideia, aduz¹⁹³:

(...) Costumamos a dizer, recorrendo a metáfora, que *ser* e *dever ser* são como que olho esquerdo e olho direito que, em conjunto, nos permitem “ver” a realidade, discriminando-a em suas regiões e estruturas, explicáveis segundo dois princípios fundamentais, que são o de *casualidade* e o de *finalidade*. (grifos no original).

O autor se posiciona, pois, favoravelmente a uma teoria histórico-cultural dos valores que, apesar de suas múltiplas tendências, pode ser unificada, segundo ele, na convicção de que os valores só podem ser compreendidos no âmbito da História, na qual se realizam enquanto projeção do espírito sobre a natureza, “visto dever-se procurar a universalidade do ideal ético com base na experiência histórica e não com abstração dela”¹⁹⁴.

Nessa perspectiva, conclui que¹⁹⁵:

O valor, portanto, não é projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica, no processo dialógico da história que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas. (grifo no original).

Adere ele, portanto, ao que denomina historicismo axiológico, segundo o qual os valores são elementos constitutivos da experiência histórica, havendo entre valor e realidade um nexo de polaridade e implicação, vez que a história não teria sentido sem o valor, enquanto que um valor “que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico”. Destarte, “como realidade e valor se implicam, sem se reduzirem um ao outro, dizemos que o mundo da cultura obedece a um desenvolvimento dialético de complementariedade”¹⁹⁶.

Ainda segundo Reale, tal historicismo axiológico reconhece uma objetividade relativa dos valores, vez que estes não se reduzem às vivências preferenciais deste ou daquele indivíduo, mas sim ao homem que se realiza na História¹⁹⁷, objetivamente considerado, sem

¹⁹² Ibid., p. 191.

¹⁹³ Ibid., p. 188.

¹⁹⁴ Ibid., p. 204.

¹⁹⁵ Ibid., p. 206.

¹⁹⁶ Ibid., p. 207.

¹⁹⁷ Ibid., p. 209.

olvidar, porém, do homem enquanto valor fundamental, que vale por si mesmo¹⁹⁸, constituindo, portanto, o que o autor denomina valor fonte¹⁹⁹.

É com essa ótica que o autor chega ao que denomina invariantes axiológicas, ou constantes axiológicas, que, uma vez reveladas à consciência humana, incorporam-se definitivamente no acervo histórico-cultural do homem, atuando universalmente como se inatos fossem, como, por exemplo, o valor da vida humana e o da ecologia²⁰⁰.

Segundo o autor mineiro André Fellet, citando Angeles García, é justamente por essa via “que se afigura possível ultrapassar o ‘relativismo axiológico’ inerente a qualquer compreensão histórico-cultural dos valores, sem cair no extremo contrário: o ‘dogmatismo absolutista’, próprio do Direito Natural racionalista ou teleológico”²⁰¹.

Miguel Reale reconhece, pois, a imprescindibilidade dos valores nas ciências do dever ser²⁰², seu inegável caráter cultural e histórico e, por isso, relativo, bem como, por fim, a existência de valores invariáveis, incorporados permanentemente ao patrimônio da humanidade, relativos, sobretudo, ao reconhecimento do ser humano enquanto valor fonte²⁰³.

O autor se enquadra, portanto, entre aqueles que encaram os valores como elemento mesmo do Direito, não concebendo este sem aquele, pelo que distingue o Direito da Moral não pela suposta ausência de conteúdo axiológico do primeiro, mas sim por critérios outros quanto à natureza, forma e objeto de cada esfera²⁰⁴, sendo que ambas as esferas se implicam mutuamente.

Também reconhecendo a imprescindibilidade dos juízos de valor na lógica jurídica, pelo que Direito e Moral seriam esferas diferentes mas umbilicalmente ligadas, Perelman nos chama a atenção para a arbitrariedade²⁰⁵ dos valores, pelo que se faz necessária a existência

¹⁹⁸ Ibid., p. 210.

¹⁹⁹ Ibid., p. 211.

²⁰⁰ Ibid., p. 214.

²⁰¹ FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saravaiva, 2014, p. 200.

²⁰² Motivo pelo qual Reale conclui pelo inevitável conteúdo axiológico do Direito. Op. Cit., p. 351 ss.

²⁰³ “No centro de nossa concepção axiológica situa-se, pois, a ideia do homem como ente que, a um só tempo, *é* e *deve ser*, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a ideia de *pessoa*, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.” (grifos no original). Ibid., p. 211.

²⁰⁴ Ibid., p. 711. O autor sintetiza sua proposta diferenciadora a partir desses três critérios, se esforçando em traduzi-los ao longo do seu estudo. Todavia, a complexidade da diferenciação, detalhada em toda sua obra, ultrapassa os propósitos dessa investigação.

²⁰⁵ É justamente nesse aspecto que Perelman traça a distinção entre as ciências naturais (sistema científico) e as ciências axiológicas (sistema normativo), entendendo, à semelhança de Miguel Reale, que esta última não afirma o que é, mas antes determina o que vale. Nas suas palavras: “Mas as coisas são totalmente diferentes num sistema normativo. Os princípios mais gerais de um sistema assim, em vez de afirmarem o que é, determinam o que vale: estabelecem um valor, o valor mais geral, do qual se deduzem as normas, os imperativos, as ordens. Ora, esse valor não tem fundamento nem na lógica, nem na realidade. Como a sua afirmação não resulta de uma necessidade lógica, nem de uma universalidade experimental, o valor não é universal nem necessário; é, lógica e

de regras jurídicas enquanto instância garantidora de certa segurança nas relações sociais, em um ambiente de pluralismo das regras morais²⁰⁶.

De fato, segundo Perelman, faz parte do discurso jurídico, desde sempre, a consideração dos juízos de valor na prática judicial, sendo preocupação constante dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do Direito, buscar conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com o ideal de justiça²⁰⁷, de modo a garantir a aceitabilidade social das decisões judiciais, sem olvidar das garantias da segurança, previsibilidade e coerência do Direito, também estes valores inerentes ao ideal de justiça²⁰⁸.

É justamente com o propósito de conciliar a imprescindibilidade dos juízos de valor, inerentes ao discurso jurídico, com a busca pela racionalidade do Direito, tendo em vista a necessidade de salvaguardar os valores próprios do ideal de justiça, que Perelman desenvolve a chamada Nova Retórica, baseada em sua teoria da argumentação jurídica, pela qual elabora sua ideia de lógica jurídica, identificado com o raciocínio dialético, diferente da lógica formal própria das ciências matemáticas, mas nem por isso irracional²⁰⁹.

Os valores morais são para Perelman, pois, imprescindíveis ao raciocínio jurídico, que deve lidar com o fato dos desacordos morais razoáveis, sendo o Direito justamente a ciência prática que procura solucionar estes antagonismos mediante técnicas jurídicas que possibilitem atingir, na maior medida possível, o fim último do Direito, qual seja, a pacificação social, considerando os diferentes pontos de vista e valores morais pertinentes em

experimentalmente, arbitrário.” PERELMAN, chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 58.

²⁰⁶ Ibid., p. 307. Esse é um dos fatores distintivos entre as regras morais e as regras jurídicas, acompanhado, segundo o autor, do fato das regras jurídicas serem impostas a todos, sob pena de sanção, enquanto que as regras morais não são codificadas (Ibid., p. 306); e do fato de que, na Moral, cada um é livre para recorrer a todos os meios de prova disponíveis para defender seu ponto de vista, ao passo que, no Direito, presunções e questões referentes ao ônus da prova limitam de diversas formas a admissibilidade dos meios de prova (Ibid., p. 207). Em outra obra, o autor também destaca a distinção entre o discurso sobre o real e o discurso sobre os valores, aduzindo que “aquilo que se opõe ao verdadeiro só pode ser falso, e o que é verdadeiro ou falso para alguns deve sê-lo para todos: não se tem de escolher entre o verdadeiro e o falso. Mas aquilo que se opõe a um valor não deixa de ser um valor, mesmo que a importância que lhe concedamos, o apego que lhe testemunhemos não impeçam de sacrificá-lo eventualmente para salvaguardar o primeiro”. PERALMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Puppi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 146-147.

²⁰⁷ PERALMAN, Chaïm. Op. cit., p. 13.

²⁰⁸ Para Perelman, o valor próprio da justiça é justamente “aquele que resulta do fato de sua aplicação satisfazer a uma necessidade racional de coerência e regularidade” (**Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 62-63). Também nesse sentido, Bobbio entende a coerência como condição para a justiça do ordenamento jurídico, sendo duas as exigências fundamentais em que este se inspira, quais sejam, “a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 114.

²⁰⁹ A racionalidade da lógica jurídica advém, segundo Perelman, do uso da argumentação, através da confrontação de ideias (nova retórica), atingindo-se assim a lógica do razoável, em oposição à lógica formal demonstrativa das ciências matemáticas, pelo que os princípios da moral são melhor compreendidos quando aproximados não das ciências exatas ou naturais, mas do Direito e sua aplicação (Op. Cit., p. 293).

busca da aceitabilidade das decisões judiciais, sem olvidar dos valores que são próprios à ideia de justiça²¹⁰.

Há quem entenda, porém, que mais do que elemento integrante do discurso jurídico, os valores morais são da própria essência do Direito, inclusive servindo como justificativa para a superação das normas jurídicas quando estas confrontarem postulados morais. É a ideia de moral enquanto instância corretiva do Direito, defendida, por exemplo, por Gustav Radbruch, segundo o qual direito injusto não é direito, ideia que ficou consagrada na famosa fórmula de Radbruch, já destacada supra.

Ainda segundo o autor alemão²¹¹:

(...) Quando nem sequer se aspira a realizar a justiça, quando na formulação do direito positivo se deixa de lado conscientemente a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, então não estamos diante de uma lei que estabelece um direito defeituoso, mas o que ocorre é que estamos diante de um caso de ausência de direito. Porque não se pode definir o Direito, inclusive o Direito positivo, se não é dizendo que é uma ordem estabelecida com o sentido de servir à justiça.

Com efeito, para Radbruch a ideia de direito não pode ser diferente da ideia de justiça²¹², sendo o direito “a realidade cujo sentido é servir à justiça²¹³”, pelo que o autor nega inclusive as usuais distinções entre a moral e o direito²¹⁴, defendendo, pois, o entrelaçamento entre ambas as esferas, sendo a moral, como dito, instância corretiva do direito, inclusive tornando não direito a aplicação de normas jurídicas que contradigam fortemente valores morais.

No Brasil, adere ao mesmo entendimento Eduardo Bittar, para quem²¹⁵:

E, nesse sentido, só se pode afirmar que o direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que o direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito.

²¹⁰ É importante frisar aqui que, para além dos valores da coerência e regularidade, Perelman adota um conceito formal de justiça, identificado com o valor igualdade, segundo o qual “os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (PERELMAN, Chaïm. Ob. cit., p. 19). Os diversos critérios possíveis para identificar o tratamento específico de cada categoria essencial já é um problema de justiça material, para cuja realização plena o autor adota certo ceticismo, retomando a ideia de arbitrariedade dos valores, a ser solvida através da argumentação jurídica, como já destacado supra.

²¹¹ RADBRUCH, Gustav. **Leis que não são direito e direito acima das leis** - Derecho injusto y derecho nulo, apud in SOUSA, José Pedro Galvão de. GARCIA, Clovis Lema. CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**. São Paulo: T. A. Queiroz, Editor, 1998.

²¹² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 47.

²¹³ Ibid. p. 51.

²¹⁴ Tais distinções, que o autor se empenha em combater, se referem à oposição exterioridade-interioridade, a relação sujeito-fim, aos modos de obrigação, e as fontes de validade (autonomia x heteronomia). Ibid., p. 56 ss.

²¹⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica**: ética geral e profissional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

Sem negar o caráter legitimador da moral no direito, de onde extrai sua legitimidade²¹⁶, alguns autores, porém, discordam da possibilidade dos valores servirem como parâmetro corretivo do direito, defendendo a chamada cooriginariedade do direito e da moral, sendo esta institucionalizada por aquela, através da ética discursiva pela qual “a soberania do povo assume figura jurídica”²¹⁷.

Direito e moral não atuam, nessa visão, em regiões distintas²¹⁸, mas sim se complementam reciprocamente²¹⁹, sendo que aquele, enquanto fundado em instituições jurídicas com elevado grau de racionalidade e poder de coerção, voltado para a ação, compensa as fraquezas da moral, mais voltada para um saber e sem condições de elaborar um catálogo de deveres e nem ao menos uma série de normas hierarquizadas, além de levar a opiniões falíveis no conflito das interpretações²²⁰.

Os valores para Habermas são, portanto, institucionalizados pelo Direito, passando a ser dotados de coercibilidade, quando então se tornam normas jurídicas, não podendo servir, por outro lado, como instância corretiva (argumentos de correção) a posteriori do discurso jurídico num dado caso concreto.

No mesmo diapasão é o entendimento de Lênio Streck que, muito embora discorde de Habermas em diversos pontos, como será visto em momento posterior, concorda com ele quanto à tese da cooriginariedade e complementariedade entre o direito e a moral, entendendo que não há cisão estrutural entre eles²²¹, pelo que não se faz possível a utilização da moral como instância “paramétrico-corretiva” do direito, uma vez que este institucionaliza aquela, a partir do direito gerado democraticamente²²².

Para Streck, a distinção que usualmente se faz entre direito e moral, como se este estivesse acima daquele, com pretensões corretivas, se assemelha à distinção positivista entre validade e legitimidade da norma jurídica, como se o direito pudesse ser válido sem ser

²¹⁶ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 140.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 139. Para compreender melhor a proposta teórica de Habermas se faz necessário o estudo de sua teoria ético-deliberativa que, por representar uma das vertentes ideológicas que influenciaram nosso Poder Constituinte, será analisada, no que pertinente, em tópico subsequente.

²¹⁸ “(...) Além do mais, uma divisão regional entre as competências da moral e do direito de acordo com domínios de ação públicos e privados não faz sentido, uma vez que a formação da vontade do legislador político se estende também aos aspectos morais da matéria a ser regulamentada. Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito.” *Ibid.*, p. 145.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 141.

²²⁰ *Ibid.*, p. 150.

²²¹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228. No mesmo sentido é a opinião, citada por Streck, de João Maurício Adeodato, in **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

²²² *Ob. Cit.*, p. 229.

legítimo, ou pudesse ser direito sem ser moralmente institucionalizado. Em suas próprias palavras²²³:

(...) Ou seja, temos novamente por separado contextos de validade de contextos de legitimação, o que, como venho afirmando, é impossível de ser aceito no nosso contexto atual. Isso porque a colocação do fenômeno jurídico não pode ser realizada fora de um contexto de legitimação democrática. Do mesmo modo, não é possível conceber a possibilidade de uma “correção posterior” da validade jurídica por uma legitimidade externa, uma espécie de moral coletiva. Nesse sentido, penso que a análise correta do fenômeno jurídico implica a construção de um espaço em que validade e legitimidade se dão unitariamente num mesmo acontecimento. Sendo mais simples: *há uma cooriginariedade entre validade e legitimidade, tal qual há entre direito e moral.* (grifos no original).

É nesse sentido que o citado autor gaúcho desenvolve sua proposta hermenêutica, chamada por ele de Nova Hermenêutica, e que também será oportunamente abordada, a partir da qual critica a recepção no Brasil da Jurisprudência dos Valores desenvolvida na Alemanha, também criticada por Habermas, e que, segundo Streck, privilegiaria equivocadas posturas decisionistas baseadas no paradigma da subjetividade, “em que os valores superam o próprio texto, que seria a ponta do iceberg, estando os valores submersos, prontos para serem descobertos pelo intérprete”²²⁴.

Assim como Habermas, portanto, nega a possibilidade dos valores morais servirem como pautas de argumentação a serem utilizadas no raciocínio jurídico, vez que tais valores já se encontram institucionalizados no Direito gerado democraticamente, não podendo respaldar posturas judiciais subjetivistas que pretendam superar as regras jurídicas a partir de concepções axiológicas do intérprete.

Lênio Streck também critica a recepção entre nós de uma teoria dos princípios tal qual preconizada por autores como Robert Alexy, bem como a utilização dos valores como fundamento dos princípios constitucionais²²⁵, acusando tal postura de justificar o fenômeno denominado por ele de “panprincipiologismo”, ou seja, a criação arbitrária e desmedida de princípios jurídicos para a solução dos ditos casos difíceis ou para a correção das incertezas da linguagem²²⁶.

Cabe indagar, porém, se tal panprincipiologismo é efeito necessário da utilização do modelo de regras e princípios, e da subjacente questão dos valores, tal como defendida, entre outros, por Alexy, ou se é possível a utilização desse referencial teórico de forma racional e

²²³ Ibid., p. 473.

²²⁴ Ibid., p. 193.

²²⁵ Essas e outras críticas, provenientes de diversos autores que questionam a viabilidade da utilização racional dos valores no âmbito da hermenêutica jurídica, serão mais profundamente abordadas em tópico próprio, em momento posterior deste trabalho.

²²⁶ Ibid., p. 518.

constitucionalmente adequada sem que, contudo, se recaia em decisionismos e subjetivismos arbitrários, sem respaldo constitucional, sendo esta justamente a grande questão a ser respondida na presente pesquisa²²⁷.

Para tanto, cumpre trazer ao debate a teoria dos princípios de Alexy, assim como a contribuição de outros autores acerca do mesmo tema, assunto do próximo tópico.

2.2.2.1 Teoria dos princípios, regras e valores

O problema do espaço reservado aos valores no âmbito da dogmática contemporânea dos direitos fundamentais guarda estrita relação com o desenvolvimento das diversas teorias dos princípios que foram sendo elaboradas ao longo das últimas décadas do século passado, finalmente reconhecendo força normativa à normas que, outrora, eram consideradas meros postulados de aplicação das demais normas, utilizáveis, quando muito, para a superação das chamadas lacunas do Direito.²²⁸

Tal mudança de perspectiva, um dos frutos do chamado neoconstitucionalismo, como já destacado, tem como principais expoentes, pelo menos em sua recepção no Brasil, os trabalhos do alemão Robert Alexy e do norte-americano Ronald Dworkin, ambos partindo do pressuposto de que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas, dotadas de imperatividade e com força jurídica suficiente para fundamentar direitos e resolver conflitos de interesse no âmbito do ordenamento jurídico.

Com efeito, tanto um quanto o outro se notabilizaram por atribuir aos princípios papel de relevo na dogmática jurídica, distinguindo-os das regras por meio de critérios fortes²²⁹, sendo ambos os institutos espécies do gênero normas, pelo que dotados de aptidão para influir, cada qual ao seu modo, na interpretação/aplicação do Direito.

Para Alexy, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das

²²⁷ É necessário se perguntar também se as outras propostas hermenêuticas hoje em debate, como, por exemplo, a Nova Hermenêutica defendida por Streck, oferecem respostas melhores à mesma questão, bem como se não é possível o desenvolvimento de uma proposta alternativa que leve em consideração as contribuições das demais.

²²⁸ Sobre o percurso dos princípios jurídicos, desde sua concepção de princípios gerais do direito até sua consagração nas constituições contemporâneas, conferir BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 255 e ss.

²²⁹ A doutrina costuma separar os critérios de distinção entre regras e princípios entre os chamados critérios fracos, cuja distinção seria apenas de grau (quantitativa), e os critérios fortes, cuja distinção seria estrutural (qualitativa). Sobre esses critérios, apresentando a proposta de diversos autores, conferir FELLETT, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²³⁰, enquanto que “as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”²³¹.

Os princípios são, portanto, mandamentos de otimização, que devem ser satisfeitos na maior medida do possível, porém em graus variados, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, estas últimas determinadas pelos princípios e regras colidentes²³², enquanto que as regras são mandamentos definitivos que não podem ser simplesmente afastados por existirem razões contrárias, sendo que, no caso de conflito entre duas regras, a colisão se resolve ou com a declaração de invalidade de uma delas, ou com a inclusão de uma cláusula de exceção que elimine o conflito²³³.

Já no caso de conflito entre princípios, admite-se a permanência dos princípios colidentes, sendo que, no caso concreto, um poderá ter maior peso do que o outro e, assim, prevalecer naquela situação específica, o que se verifica através do sopesamento entre os princípios em conflito²³⁴.

Para o autor alemão, pois, os princípios possuem um caráter *prima facie* que se torna definitivo apenas na sua aplicação num caso concreto, servindo como razões que apontam num determinado sentido, mas que podem ceder quanto em confronto com um princípio de maior peso em sentido contrário, ao passo em que as regras, enquanto mandamentos definitivos, já estabelecem *a priori* suas determinações, que não podem ser superadas simplesmente por existir razões contrárias, tendo ao seu lado, inclusive, princípios formais que fortalecem sua determinabilidade.

Em suas palavras:

(...) Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta e regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras²³⁵.

Seguindo o mesmo diapasão, muito embora com algumas distinções pontuais que aqui não nos interessa, Ronald Dworkin compartilha do entendimento de que a distinção entre

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

²³¹ *Ibid.*, p. 91.

²³² *Ibid.*, p. 90.

²³³ *Ibid.*, p. 92.

²³⁴ *Ibid.*, p. 94.

²³⁵ *Ibid.*, p. 105.

regras e princípios é de natureza lógica, ambos apontando para determinado sentido em uma situação específica, mas se distinguindo quanto à natureza da orientação que oferecem. Conforme deixa consignado, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”²³⁶.

Por outro lado, os princípios, para Dworkin, possuem uma dimensão que as regras não têm, qual seja, a dimensão do peso, sendo que, no caso de conflito entre princípios, deve ser levado em conta a força relativa de cada um²³⁷.

Distinguindo-os também do conceito de “política”²³⁸, o autor identifica os princípios como uma exigência de justiça ou equidade²³⁹, pelo que gozam de proeminência, justificando a chamada leitura moral da Constituição²⁴⁰.

Muito embora com diversas críticas e propostas alternativas²⁴¹, as obras desses dois autores tiveram ampla receptividade na doutrina pátria, influenciando toda a dogmática dos direitos fundamentais produzida nas últimas décadas, bem como a prática jurídica dos nossos tribunais, que cada vez mais se utilizam da ideia de princípios e de ponderação de interesses para a solução dos chamados “casos difíceis”, nem sempre com o grau de racionalidade e fundamentação que se espera da atividade jurisdicional.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39.

²³⁷ Ibid., p. 42.

²³⁸ “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece e um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (Ibid., p. 36). Mais a frente, completa: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. (Ibid., p. 129). É nesse sentido que Dworkin defende a prevalência dos princípios sob as políticas, enquanto direitos fundamentais do ser humano, sendo estes a consagração do direito natural de cada um de ser tratado com igual respeito e consideração pelo Estado, inclusive na qualidade de “trunfos contra a maioria”, tal como também defendido por ele em outra obra, em sua luta contra o utilitarismo (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 534 ss.). Essa concepção acerca dos direitos fundamentais serve de norte de toda a proposta do presente estudo, conforme já se deixou antever e conforme ficará mais claro em momento posterior.

²³⁹ “Logo, podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude do seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 281.

²⁴⁰ Dworkin, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

²⁴¹ Dentre várias outras visões críticas, se destaca na doutrina brasileira a proposta de ÁVILA, Humberto (**Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010).

Pretendendo justamente superar o mau uso desse referencial teórico, ao mesmo tempo em que reconhecem a relevância do método ponderativo, assim como a necessidade de dotá-lo de parâmetros de racionalidade e justificação, autores como Ana Paula de Barcellos destacam a inevitabilidade do recurso aos princípios jurídicos para o enfrentamento de conflitos normativos cada vez mais complexos, que não se deixam equacionar pelas técnicas tradicionais de solução de antinomias, vez que cada vez mais se referem a conflitos entre valores e opções jurídicas com igual estatura constitucional²⁴².

Ana Paula de Barcellos destaca ainda a relação entre as regras e os princípios com os dois valores principais e interdependentes de qualquer ordem jurídica, quais sejam, os valores da segurança jurídica (estabilidade, previsibilidade) e da justiça (flexibilidade), sendo as regras mais vocacionadas a promover o valor segurança, enquanto os princípios servem melhor ao valor justiça²⁴³, de modo que “uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema jurídico ideal, no qual haverá segurança e justiça suficientes”²⁴⁴.

Adota, portanto, embora com algumas ressalvas, o modelo de regras e princípios tal como já preconizado por Robert Alexy²⁴⁵. De fato, Alexy aduz que um modelo puro de princípios não levaria a sério a Constituição escrita²⁴⁶, enquanto que um modelo puro de regras, muito embora atraente do ponto de vista da segurança jurídica e da previsibilidade²⁴⁷, fracassa na regulação dos direitos fundamentais, pelo que a combinação dos dois modelos

²⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

²⁴³ Ibid., p. 185 e ss.

²⁴⁴ Ibid., p. 187. É nesse contexto que a autora propõe diversos parâmetros para a solução de antinomias envolvendo regras/regras, regras/princípios e princípios/regras, entendendo, entre outras coisas, que o método ponderativo é mais apropriado ao conflito entre princípios, embora se admita a ponderação de regras em hipóteses excepcionais, e que estas, inclusive, de modo geral prevalecem no conflito com princípios, devido a sua maior carga de determinabilidade, oriunda do processo democrático legítimo. Desenvolve ainda a ideia, importada principalmente da doutrina portuguesa, de que os princípios atuam como dois círculos concêntricos, sendo o primeiro o seu núcleo, com natureza de regra, e o segundo formado pela área não nuclear, sujeito a compressões e preenchimentos através da deliberação democrática (Ibid., p. 179-181). Seria precisamente esse o espaço próprio para a ponderação. Em outra obra, a autora fluminense aprofunda a ideia, destacando diversas modalidades de eficácia jurídica próprias dos princípios (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana**. – 2ª ed. amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008). A complexidade de sua proposta, porém, transborda dos propósitos do presente estudo.

²⁴⁵ “(...) Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras”. Op. Cit., p. 135.

²⁴⁶ Ibid., p. 122.

²⁴⁷ Ibid., p. 123.

seria o mais adequado para dar conta de toda a complexidade inerente aos direitos fundamentais²⁴⁸.

Da mesma forma, Jane Reis Gonçalves Pereira entende que, apesar dos direitos fundamentais se identificarem mais com a noção de princípio, estes se estruturam sob a forma de regras e princípios²⁴⁹, sendo estes últimos os responsáveis por servir como “portas de conexão” entre o Direito e a Moral, o que “implica refutar tanto a tese positivista de separação entre ética e direito como a visão jusnaturalista que os identifica como uma coisa só²⁵⁰”.

Segundo a autora, em entendimento com o qual se concorda inteiramente, é esse modelo de regras e princípios, comum às constituições contemporâneas, que foi adotado pela nossa Constituição Federal de 1988, na qual se faz possível observar dispositivos de direito fundamental com densidade variada, ora sob a estrutura de princípios, ora sob a estrutura de regras²⁵¹, sendo certo que há no texto constitucional direitos fundamentais que, por sua natureza principiológica, admitem o recurso à ponderação²⁵², enquanto há outros que, por se tratarem de comandos definitivos, funcionam como regras, não autorizando a realização de juízos ponderativos pelo aplicador jurídico.

Nesse sentido, a autora nos lembra de decisão do Supremo Tribunal Federal adotando a mesma perspectiva:

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou de forma compatível com essa leitura do sistema constitucional. Em decisão versando sobre a admissibilidade, como prova no processo penal, de gravação sub-reptícia, o Ministro Sepúlveda Pertence registrou que o princípio da proporcionalidade – que pressupõe a realização de uma ponderação de interesses –, não tem aplicação quando a Constituição “haja feito um juízo explícito de prevalência”, como ocorre quanto à vedação de provas ilícitas²⁵³.

²⁴⁸ Cumpre destacar que, assim como Ana Paula de Barcellos, Alexy também afirma a prevalência das regras de direitos fundamentais quando em conflito com os princípios de mesma estatura constitucional, em respeito à vinculação à Constituição (submissão às decisões do legislador constituinte), na medida em que “quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios” (Ibid., p. 140).

²⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89.

²⁵⁰ Ibid., p. 95.

²⁵¹ Ibid., p. 126.

²⁵² É nesse sentido que se tornou corrente na doutrina pátria a afirmação de que nenhum direito fundamental é absoluto, alguns admitindo exceção apenas quanto a proibição da tortura (art. 5º, III, CF), vez que nem mesmo o direito à vida prevalece em todas as hipóteses (segundo a possibilidade da pena de morte em tempo de guerra, na dicção do art. 5º, XLVI, “a”, CF). Tal entendimento, todavia, merece ressalvas, na medida em que, embora todos os direitos fundamentais de fato possam ser relativizados (incluindo a proibição da tortura, tema cada vez mais em voga, sobretudo na Europa, em razão do combate ao terrorismo), tal relativização não pode transbordar do núcleo essencial de cada direito fundamental, seguindo as lições já citadas de Ana Paula de Barcellos, e nem servir como justificativa, conforme será visto em momento posterior, para a relativização do próprio princípio/valor da dignidade humana e para a funcionalização dos direitos fundamentais.

²⁵³ Ibid., p. 127. Essa decisão, de todo elogiável, confronta aquela já citada em momento anterior, na qual o Superior Tribunal de Justiça relativizou a proibição da prova ilícita, que não poderia “servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas” (HC 200703052501, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 02/08/2010). Trata-se, essa última, de inaceitável funcionalização dos direitos fundamentais em razão de uma pretensa ponderação

Tal entendimento se coaduna perfeitamente com a teoria dos princípios de Alexy, bem como com a proposta de Dworkin acerca do papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, não havendo dúvidas, pois, da inserção cada vez maior do constitucionalismo pátrio na esteira daqueles países que, em sua evolução constitucional e civilizatória, reconhecem posição de relevo aos direitos fundamentais, sejam aqueles positivados como regras, sejam aqueles positivados como princípios.

Permanece em aberto, porém, o papel dos valores nesse cenário, tema que também mereceu a atenção de Robert Alexy, segundo o qual os valores se relacionam intimamente com os princípios, sendo possível, da mesma forma que ocorre com estes, falarmos de colisão e sopesamento entre valores, acrescentado ao fato de que, segundo ele, “a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”²⁵⁴.

Para ele, ambos os conceitos se diferenciam em apenas um ponto, qual seja, o caráter deontológico dos princípios em contraste com o caráter axiológico dos valores, pelo que aqueles gozam de vantagem normativa, além de suscitarem menos interpretações equivocadas²⁵⁵.

Diferentemente, há quem entenda entre nós que os valores também possuem natureza normativa, se equiparando aos princípios, sendo que a diferença entre ambos é apenas de grau ou intensidade, porquanto os últimos, na qualidade de encarnações de valores e justificadores do sistema, têm a forma mais concentrada de diretrizes²⁵⁶.

Nessa ótica, segundo Juarez Freitas, os valores também possuem função normativa, atuando, ao lado das regras e dos princípios, como elementos integrantes do conceito de sistema jurídico²⁵⁷. Prevalece, porém, o entendimento de que os valores não constituem uma categoria normativa autônoma, na esteira do entendimento de Alexy, atuando como dimensão axiológica que orienta a interpretação/aplicação das normas jurídicas, ou, nas palavras de Jane

de valores, como se estes pudessem ser relativizados para justificar condutas ilícitas do Estado em sua atividade punitiva, olvidando da razão última dos direitos fundamentais, qual seja, proteger o cidadão em face do poderio arbitrário das forças estatais. Fica claro aqui, pois, a necessidade de se privilegiar a dimensão subjetiva, que não pode ser subjugada pela dimensão objetiva, conforme se defenderá em momento posterior.

²⁵⁴ Op. Cit., p. 144.

²⁵⁵ Ibid., p. 153.

²⁵⁶ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60.

²⁵⁷ “Recapitulando, ter-se-á bem presente, ao longo desta obra, o vitalizante conceito de *sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição*” (grifos no original). Ibid., p. 63.

Reis Gonçalves Pereira, “os valores consubstanciam o conteúdo moral das normas jurídicas, e por essa via integram o processo de interpretação”²⁵⁸.

Isto porque dos valores não se faz possível extrair obrigações jurídicas²⁵⁹, sejam mandamentos definitivos, como se entende próprio das regras, sejam mandamentos de otimização, como se entende próprio dos princípios, apesar do seu caráter orientador e legitimador da interpretação/aplicação de uma e outra espécie normativa.

Partindo dessa perspectiva, conclui-se que os valores, muito embora não possuam natureza deontológica, tal como os princípios e as regras, integram o Direito na medida em que lhe conferem legitimidade, nos termos defendidos por Perelman, conforme análise supra, bem como direcionam o processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas, oferecendo diretrizes que orientam o intérprete à luz dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, e também com base nos entendimentos supramencionados, conclui-se aqui, e esse será o norte do presente trabalho, que as regras são comandos definitivos, mais ligados ao valor segurança jurídica, ao passo em que os princípios são comandos *prima facie*, mais ligados ao valor justiça, enquanto que os valores, muito embora não tenham natureza deontológica, orientam a interpretação/aplicação daquelas espécies normativas, justamente buscando conciliar os dois valores básicos ligados a cada uma delas, bem como outros valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Resta indagar, porém, que valores são esses e o quanto é possível, em termos de justificação e racionalização do discurso jurídico, deixar a cargo do aplicador do Direito a “descoberta” desses valores que estariam por trás das normas jurídicas, valendo menção aqui a crítica de diversos autores quanto ao risco de excessiva subjetivação nesse processo.

Visando responder a esses questionamentos, e antes que se enfrente algumas dessas críticas, cumpre verificar a possibilidade de se estabelecer uma pauta de valores que seja adequada ao nosso texto constitucional, em face do pluralismo ideológico inerente às constituições contemporâneas.

Para tanto, passa-se a análise das conflitantes vertentes ideológicas e políticas que influenciaram o processo constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1988.

²⁵⁸ Op. Cit., p. 121.

²⁵⁹ Nesse sentido também é a conclusão de André Fellet, para quem a falta de estruturação “binada” (suporte fático e consequência jurídica) dos valores impede a caracterização de sua normatividade, estando estes no nível metanormativo, informando a aplicação do Direito, mas apenas “(...) na medida em que encontrem correspondência no respectivo sistema jurídico, como princípios expressos ou implícitos. Ainda nesse caso, deve-se evitar enunciados que conttenham expressões meramente performativas, não conectados ou conectáveis diretamente ao texto constitucional, sob pena de se incentivar o ‘panprincipiologismo’”. Op. Cit., p. 225.

2.2.2.2 As diversas concepções axiológicas contributivas para uma teoria dos valores constitucionalmente adequada

Como já se destacou supra, o pluralismo político e axiológico é algo inerente às constituições contemporâneas, o que foi inegavelmente subscrito pelo nosso poder constituinte de 1987/1988, que fez consignar, de forma expressa, o pluralismo político como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, consoante art. 1º, V, da Constituição Federal.

Ademais, nosso texto constitucional é bastante generoso na consagração de diversos valores políticos e sociais, muitas vezes antagônicos entre si, fruto de um processo constituinte marcado por intensos debates em tempos de abertura democrática, com ampla participação de diversos setores sociais, cada qual pretendendo deixar sua marca no texto final.

Torna-se difícil, pois, enquadrar a Constituição brasileira em um determinado modelo político e ideológico, sendo esta muito mais um amálgama das diversas propostas que foram sendo adotadas ao redor do mundo ao longo de mais de um século de evolução das ciências políticas, o que não impede, todavia, que sejam observadas algumas influências determinantes na formulação da Constituição de 1988.

Analisando precisamente estas influências no processo constituinte que culminou na formatação da nossa atual Carta Magna, o estudo de Gisele Cittadino²⁶⁰ identifica três grandes vertentes do pensamento político contemporâneo, quais sejam, as concepções liberais, comunitárias e crítico-deliberativas, todas elas tendo compromisso com a sociedade democrática liberal, ou seja, todas elas buscando conciliar, cada qual ao seu modo, a lógica liberal da liberdade com a lógica democrática da igualdade²⁶¹.

Tais concepções, além de sua relevância para se verificar a possibilidade de uma teoria dos valores constitucionalmente adequada, interessam ao presente estudo na medida em que

²⁶⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. No mesmo sentido são os ensinamentos de Samantha Chantal Dobrowolski, que identifica três vertentes dos debates políticos contemporâneos, quais sejam, os liberais, os comunitarista e os deliberativo-procedimentais, representados, exemplificativamente, por Rawls, Walzer e Habermas, respectivamente. DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *Uma Teoria da Justiça para os dilemas da Sociedade: Anotações em torno da resposta liberal de John Rawls*. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmiento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 577.

²⁶¹ CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 4-5. É nessa perspectiva que a autora descarta do seu objeto de estudo concepções que, por seu extremismo, não atendam a uma ou outra “lógica”, sejam aquelas identificadas com regimes totalitários (fascismo, comunismo), sejam aquelas situadas no extremo oposto (libertarianismo, anarquismo), sendo certo que nenhuma destas foram albergadas na Constituição Federal de 1988.

lançam as bases filosóficas acerca do papel do Estado na proteção, promoção e desenvolvimentos dos direitos fundamentais, tema central do trabalho.

Importa, pois, analisar cada uma delas em separado, o que passa a ser feito.

2.2.2.2.1 O Liberalismo

Quando da análise histórica feita em momento anterior do presente estudo, já se destacou o surgimento do Estado Liberal como movimento oriundo das Revoluções burguesas do final do século XVIII, sendo que, do ponto de vista filosófico, as origens do liberalismo remontam às ideias de pensadores que se destacaram já no final da Idade Média, como, por exemplo, John Locke, Montesquieu e Kant²⁶², tendo como base a noção de que o homem possui direitos inerentes e anteriores ao próprio Estado, tais como o direito à vida, liberdade e propriedade, cabendo a este tão somente reconhecê-los, se abstendo de violá-los e os protegendo contra agressões externas²⁶³.

Indo mais além, e considerando inclusive as teorias do contrato social próprias dessa corrente do pensamento político, o liberalismo se identifica também com o individualismo, considerando “o Estado como fruto das relações estabelecidas entre indivíduos isoladamente considerados”²⁶⁴, dotados de direitos naturais e que se unem para satisfação dos seus próprios interesses, se insurgindo, portanto, contra as concepções organicistas, que veem o Estado como um organismo formado pelos indivíduos enquanto partes que servem ao todo, sem qualquer autonomia²⁶⁵.

Insurgem-se também contra qualquer tipo de utilitarismo²⁶⁶, na medida em que os direitos do indivíduo, enquanto finalidade última da criação do Estado e do Direito, não podem ter suas garantias inerentes à dignidade humana “suprimidas mesmo que tal medida seja fundamentada na maximização do bem-estar coletivo, sob pena de o Estado ir de encontro ao propósito fundamental que inspirou a sua criação”²⁶⁷.

²⁶² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. – Edição comemorativa 50 anos – 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 45.

²⁶³ Na visão de Rodrigo Brandão, “(...) Os indivíduos possuiriam, assim, direitos pré-políticos à vida, à liberdade e à propriedade, na medida em que tais direitos não apenas seriam anteriores à criação do Estado, como também representariam a sua razão de ser e pautariam o exercício legítimo da potestade pública”. In. *Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional*. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 528.

²⁶⁴ *Ibid.*, 529.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²⁶⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 531.

Ainda, em ponto diretamente relacionado à questão da possibilidade dos valores morais influírem na postura estatal, o pensamento liberal, notadamente em sua visão mais extremada do libertarianismo²⁶⁸, mostra-se totalmente avesso às diversas formas de perfeccionismo moral, entendendo que não há que se privilegiar uma determinada concepção moral em detrimento de outras, nem muito menos se utilizar da coercibilidade estatal para tanto.

Nas palavras de Rodrigo Brandão²⁶⁹:

(...) todo e qualquer indivíduo em pleno gozo de suas capacidades mentais deve ser considerado um agente com o direito e a responsabilidade de tomar decisões morais a respeito de si próprio e dos seus bens; entender-se que as decisões relativas a determinados grupos de indivíduos devem ser tomadas pelo governo significa trata-los paternalisticamente, como se fossem crianças. Na esteira do exposto, devem ser rejeitadas todas as tentativas de imposição, via normas estatais coercitivas, de uma concepção moral majoritária ou destinada ao aperfeiçoamento da natureza humana, bem como de distinções legais arbitrárias entre os indivíduos.

Partindo dessas premissas, com maior ou menor grau de intensidade, distintas propostas liberais foram se desenvolvendo ao longo dos últimos séculos, merecendo destaque, por sua influência no constitucionalismo pátrio, bem como no nosso processo constituinte, os trabalhos de John Rawls e Ronald Dworkin.

O primeiro, tido como um liberal igualitário²⁷⁰, se notabilizou por sua teoria da justiça, na qual se esforça em conciliar as ideias básicas do pensamento liberal com alguma concepção de justiça social, entendida esta como a distribuição equitativa dos chamados bens primários²⁷¹, erigindo daí os dois princípios de justiça formulados pelo autor, quais sejam: (1) cada pessoa deve ter um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, que deve ser compatível com um sistema similar para todos; (2) as

²⁶⁸ Como é óbvio, o liberalismo comporta diversas vertentes, sendo a mais extremada delas o libertarianismo, que leva os princípios liberais às suas últimas consequências, inclusive se auto-intitulando os legítimos representantes da tradição liberal, como ensina Rodrigo Brandão (Ibid., p. 532), tendo em Robert Nozick (**Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011) e Friedrich A. von Hayek (**O Caminho da Servidão**. 2ª ed. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1977), os seus principais expoentes. Como será visto, as ideias de Nozick e Hayek, em oposição ao pensamento de Rawls, não se coadunam com o texto da nossa Constituição e, por isso, serão abordados aqui apenas de passagem. Para uma análise mais completa da visão desses autores, vale conferir, além do trabalho de Rodrigo Brandão, o livro de GARGARELLA, Robert. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁶⁹ Op. Cit., p. 533.

²⁷⁰ GARGARELLA, Roberto. Op., Cit.

²⁷¹ Em obra mais recente à *Teoria da Justiça*, sua obra mais difundida no Brasil, Rawls elenca lista básica de bens primários, que, segundo ele próprio, pode ser ampliada, englobando ao menos direitos e liberdades fundamentais, liberdade de movimento e livre escolha de ocupação, capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica, renda e riqueza, bases sociais do autorrespeito. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampliada. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 213. Segundo Gargarella, “seriam estes aqueles bens básicos indispensáveis para satisfazer qualquer plano de vida”. (GARGARELLA, Roberto. Op., Cit., p. 23).

desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: (a) devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; (b) devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade²⁷².

Vê-se, pois, que os dois princípios procuram conciliar liberdade e igualdade, sendo que, como ensina Fernando Fróes Oliveira²⁷³, a ordem serial dos princípios de justiça, tal como formulado por Rawls, indica a primazia que este autor confere aos direitos relacionados à liberdade, sendo que a distribuição de renda e riqueza deve ser compatível com estes, só podendo haver distribuição desigual dos valores sociais quando tal desigualdade seja fonte de melhoria para todas as pessoas.

Isto porque, apesar de sua preocupação com a igualdade, em especial a igualdade de oportunidades para o desenvolvimento pleno da autonomia²⁷⁴, John Rawls continua sendo, em essência, um pensador liberal²⁷⁵, o que fica ainda mais claro em sua mais recente obra, *O liberalismo político*, na qual procura responder a algumas críticas formuladas contra sua teoria da justiça, buscando, sobretudo, conciliá-la com alguns pressupostos básicos do liberalismo, tais como a autonomia privada e a inevitabilidade dos desacordos morais.

É aqui que Rawls reconhece a existência de desacordos morais razoáveis como algo inerente a uma democracia constitucional, sendo, segundo ele, o liberalismo político a melhor forma de superar tais desacordos, preservando certa estabilidade social, sem que isso signifique desrespeitar as diversas “doutrinas abrangentes razoáveis²⁷⁶”, ainda que incompatíveis entre si, professadas por cada indivíduo ou grupo social.

²⁷² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 64.

²⁷³ OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 110. Nas palavras de Gargarella, trata-se de uma regra de prioridade, segundo a qual “a liberdade não pode ser limitada (em sociedades que alcançaram um nível mínimo de desenvolvimento econômico) a favor da obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, mas apenas no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas” (op. cit., p. 26).

²⁷⁴ Nesse sentido, conforme lições de Gargarella, o pensamento de Rawls é tributário da tradição filosófica kantiana, sendo que “em Rawls, como em todos aqueles que se vinculam a essa linha de pensamento, o ideal defendido é o de que as pessoas possam viver de forma autônoma, ou seja, que possam decidir e levar adiante livremente o plano de vida que consideram mais atraente” GARGARELLA, Roberto. Op., Cit., p. 30).

²⁷⁵ É dessa tentativa de conciliar linhas de pensamento que são, em tese, antagônicas, que faz de Rawls alvo de críticas pelos dois lados do debate, sendo considerado tanto “insuficientemente liberal”, pelos adeptos do libertarianismo na linha de Nozick, como “insuficientemente igualitário”, consoante defendido pelo pensamento comunitarista, como será visto adiante. Nesse sentido são as lições de Gargarella (Ibid., p. XX).

²⁷⁶ Conceito central do pensamento de Rawls, a ideia de doutrina abrangente pode ser definida como visões de mundo, sejam elas religiosas, filosóficas ou morais, que pretendam oferecer respostas a um espectro amplo de perguntas, fundamentando todo um âmbito de escolhas valorativas, como, por exemplo, o cristianismo, o kantismo e o utilitarismo. Tais doutrinas abrangentes, assim como as pessoas que as professam, podem ou não ser razoáveis, só interessando ao liberalismo preservar aquelas que assim o são. Para identificar quais doutrinas abrangentes podem ou não ser consideradas razoáveis, Rawls se utiliza, primeiramente, justamente da ideia de

Para tanto, Rawls desenvolve a ideia de consenso sobreposto²⁷⁷, produto do exercício da razão pública praticada por cidadãos democraticamente ativos²⁷⁸, o que fica mais claro na síntese de Gisele Cittadino²⁷⁹:

Quando os cidadãos endossam a concepção política de justiça, através do consenso justaposto, este acordo mútuo modela a dimensão moral da cultura pública. Da estabilidade desse acordo, decorre a sua legitimidade e esta, por sua vez, define um dever cívico que se impõe aos cidadãos em uma sociedade democrática liberal, na medida em que todos devem ser capazes de atuar segundo princípios aceitos por outros cidadãos razoáveis.

A moralidade pública para Rawls, portanto, depende dos consensos formados a partir do exercício da razão pública por parte dos indivíduos, cabendo ao Estado tão somente proporcionar as condições básicas para tanto, sem endossar qualquer doutrina abrangente específica, vez que não é legítimo, em um ambiente pluralista próprio da democracia, a utilização da coerção estatal para fins de se privilegiar determinado projeto de vida em detrimento dos demais.

Prevalece na visão de Rawls, pois, o ideal da neutralidade moral do Estado²⁸⁰, sem que isso signifique, no entanto, que o aparato estatal deva ser omissivo na promoção das condições para o desenvolvimento da razão pública. Pelo contrário, para o exercício dessa razão pública se faz imprescindível a garantia de certas prestações materiais, tratando-se inclusive de um elemento constitucional elementar a garantia de um mínimo essencial que atenda as

que doutrinas abrangentes razoáveis são aquelas professadas por pessoas razoáveis, entendendo essas como as pessoas que “se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo. Elas veem essas normas como aquelas que é razoável que todos aceitem e, em virtude disso, como justificáveis para todos e se dispõem a discutir os termos equitativos que outros proponham” (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampliada. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 58).

²⁷⁷ Outro conceito central da obra de Rawls, a ideia de consenso sobreposto procura lidar justamente com a questão do pluralismo entre doutrinas abrangentes razoáveis, não se identificando com nenhuma delas em particular, porém podendo ser aceitas por todas elas. Nas palavras de Gargarella, “o consenso sobreposto refere-se a um acordo entre pessoas razoáveis que só aceitam doutrinas abrangentes razoáveis. Nesse sentido, o consenso sobreposto aparece como a única forma de permitir que, em um contexto ‘pluralista’, cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública da justiça: esse consenso só pode ser alcançado uma vez que a concepção pública em questão apareça como razoável, ou mesmo como verdadeira, aos olhos de todos” (GARGARELLA, Roberto. op. cit., p. 231).

²⁷⁸ RAWLS, John. Op. cit., p. 254 e ss.

²⁷⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 104.

²⁸⁰ Vale ressaltar que, para o próprio autor, essa neutralidade não é absoluta. Em suas palavras: “embora o liberalismo político busque um terreno comum e seja neutro em relação ao objetivo, é importante enfatizar que pode afirmar a superioridade de certas formas de caráter moral e encorajar determinadas virtudes morais. Assim, a justiça como equidade inclui uma interpretação de algumas virtudes políticas – as virtudes da cooperação social equitativa, tais como as virtudes da civilidade e da tolerância, da razoabilidade e do senso de justiça. O ponto decisivo é que abrir lugar para essas virtudes em uma concepção política não leva ao Estado perfeccionista que resulta da adoção de uma doutrina abrangente” (ob. cit., p. 229).

necessidades básicas de todos os cidadãos, sem desconsiderar o segundo princípio de justiça acima mencionado, ainda mais amplo do que esse mínimo essencial²⁸¹.

Da mesma forma, tal neutralidade não importa que o Poder Judiciário, sobretudo as cortes supremas, tenham papel meramente defensivo, incumbindo-lhes “também o (papel) de fazer valer a razão pública, de forma apropriada e contínua, ao servir de modelo institucional dessa razão”²⁸².

Com efeito, Rawls entende que o ideal de razão pública também se aplica às autoridades estatais, especialmente os Tribunais Constitucionais, notadamente “porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base no entendimento que têm da Constituição e das leis e precedentes pertinentes”²⁸³, sendo as cortes supremas justamente o “ramo de poder do Estado que serve de caso exemplar de razão pública”²⁸⁴.

Para fundamentar essa concepção, o autor americano expõe o que denomina de cinco princípios do constitucionalismo²⁸⁵, quais sejam: (1) a distinção, já proposta por Locke, entre o poder constituinte do povo e o poder ordinário das autoridades públicas, exercido cotidianamente; (2) a distinção entre a lei mais alta, expressão do poder constituinte originário, e a lei ordinária, expressão do poder ordinário do Parlamento, sendo este último obrigado e guiado pelo primeiro; (3) a ideia de que “uma Constituição democrática é uma expressão fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo se autogovernar de certa maneira. O objetivo da razão pública é articular esse ideal”; (4) a ideia de que, “mediante uma Constituição democraticamente ratificada e que conte com uma Carta de Direitos, o corpo de cidadãos fixa de uma vez por todas certos elementos constitucionais essenciais; (5) a ideia de que, “em um governo constitucional, o poder supremo não pode ser depositado nas mãos da legislatura, nem mesmo de um tribunal supremo, que é somente o intérprete judicial de última instância da Constituição”, sendo, isto sim, uma atividade

²⁸¹ Ibid., p. 270. Interessante que até mesmo o libertarianismo de Nozick parece concordar com Rawls nesse ponto, quando trata da necessidade de correção das injustiças na aquisição da propriedade, como ensina Rodrigo Brandão: “(...) Note-se que, por paradoxal que soe, a aplicação da concepção da justiça na retificação em sociedades marcadas por injustiças históricas na aquisição original da propriedade (nas quais parece se inserir a brasileira) acaba por conduzir a algo muito próximo ao princípio da diferença concebido por Rawls, cujo liberalismo-igualitário, especialmente quando aplicado a países em desenvolvimento, permite a justificação de políticas públicas razoavelmente amplas em favor dos indivíduos mais carentes” (BRANDÃO, Rodrigo. Op. Cit., p. 553). Essa incoerência do pensamento de Nozick também não passou despercebida por Gargarella que, ao tratar do tema, conclui que “o próprio Nozick admite a possível justificabilidade de esquemas de justiça redistributiva como aqueles contra os quais, em suma, parecia estar direcionada sua teoria” (GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 62).

²⁸² RAWLS, John. Op. cit., p. 278.

²⁸³ Ibid., p. 254.

²⁸⁴ Ibid., p. 273.

²⁸⁵ Ibid., p. 273-275.

pertencente aos três poderes, “em uma relação adequadamente especificada entre si, em que cada um deles é responsável perante o povo”.

Rawls adere, portanto, a ideia de supremacia constitucional, bem como de interpretação judicial conforme a Constituição, sendo que tal interpretação tem como base determinados valores políticos que são provenientes da razão pública legitimamente praticada, na medida em que “uma concepção política de justiça abarca as questões fundamentais tratadas pela lei mais alta e articula os valores políticos com base nos quais essas questões podem ser decididas”²⁸⁶.

Nesse sentido, em determinada passagem que, embora longa, merece transcrição literal pela sua pertinência aos propósitos da presente investigação, Rawls conclui que²⁸⁷:

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, valendo-se para isso de seu conhecimento sobre o que a Constituição e os precedentes constitucionais requerem. A esse respeito, a melhor interpretação é a que melhor se ajusta ao corpo pertinente desses materiais constitucionais e aquela que se justifica com base na concepção pública de justiça ou em uma variante razoável dela. Ao fazerem isso, espera-se que os juízes possam recorrer – e que de fato recorram – aos valores políticos da concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque, expressa ou implicitamente, esses valores, como o fazem, por exemplo, em uma Carta de Direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis. (...) É claro que os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade em geral. Isso eles devem considerar irrelevante. Da mesma maneira, não podem invocar suas doutrinas religiosas ou filosóficas, nem as de outros. Tampouco podem citar valores políticos de modo indiscriminado. Mais precisamente, devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública. Estes são os valores nos quais acreditam de boa-fé, como o exige o dever de civilidade, que se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos, como pessoas razoáveis e racionais, subscrevam.

Observa-se no trecho, pois, que Rawls aparenta subscrever a concepção de Constituição enquanto ordem de valores, na medida em que esta estabelece, expressa ou implicitamente, certos valores aos quais a Suprema Corte pode, legitimamente, recorrer quando da realização de suas funções.

Da mesma forma Ronald Dworkin, expressamente adepto do liberalismo baseado na igualdade²⁸⁸, para quem o governo, apesar de não dever impor a moralidade privada, possui uma dimensão econômica além da social, que “requer um sistema econômico no qual nenhum

²⁸⁶ Ibid., p. 277.

²⁸⁷ Ibid., p. 279.

²⁸⁸ Dworkin diferencia o liberalismo baseado na neutralidade que, segundo ele, se baseia num ceticismo moral que o torna “uma teoria negativa para pessoas sem compromisso”, e o liberalismo baseado na igualdade, o qual conta com sua adesão. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305 e ss.

cidadão tenha menos que uma parcela igual de recursos da comunidade apenas para que outros possam ter mais daquilo que lhe falta²⁸⁹.

Assim como Rawls²⁹⁰, Dworkin não admite que as contingências aleatórias da vida possam determinar o sucesso ou insucesso de determinado projeto de vida, sendo certo que há inúmeras situações de desvantagem que tornam irreal a ideia de que as pessoas começam suas vidas em termos iguais, razão pela qual “as distribuições do mercado devem ser corrigidas para que algumas pessoas se aproximem mais da parcela de recursos que teriam tido, não fossem essas várias diferenças iniciais de vantagem, sorte e capacidade inerente”²⁹¹.

É precisamente partindo dessas premissas econômicas e sociais que o jusfilósofo americano desenvolve sua teoria da deferência judicial²⁹², segundo a qual “um homem tem um direito moral contra o Estado, se pudermos mostrar que este comete um erro ao trata-lo de uma determinada maneira, ainda que o faça tendo em vista o interesse geral”²⁹³.

Apesar, portanto, de certa neutralidade estatal, o Estado, para Dworkin, tem obrigações morais para com seus cidadãos, devendo trata-los com igual consideração e respeito²⁹⁴, do que emerge a necessidade de uma leitura moral da Constituição, a ser levado a cabo pelo Poder Judiciário.

Em suas palavras²⁹⁵:

(...) Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

Surge daí também a necessidade de se levar os direitos a sério, exigindo do Estado respostas constitucionalmente corretas²⁹⁶, de modo que a proposta de Dworkin, apesar de algumas divergências, se identifica com a de Rawls no tocante à formulação de um

²⁸⁹ Ibid., p. 306.

²⁹⁰ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 88-89.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 309.

²⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 217.

²⁹³ Ibid., p. 218.

²⁹⁴ Ao longo de sua obra, Dworkin se esforça em apresentar algumas especificações desse direito geral ao igual tratamento e consideração, tais como, por exemplo, os direitos à liberdade de expressão (**Uma questão de princípio**. Op. cit., p. 500), direito de independência moral (Ibid., p. 525), e direito à políticas afirmativas em prol das minorias (Ibid., p. 437).

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Op. cit., p. 231.

²⁹⁶ “(...) Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções”. Ibid., p. 286.

liberalismo político igualitário, cujos valores essenciais se encontram enraizados na tradição constitucional e democrática de diversos países.

De fato, muito embora sob a perspectiva liberal da neutralidade e da proeminência da autonomia individualista, o liberalismo político tal como preconizado por autores como Rawls e Dworkin admite a existência de valores sociais básicos coletivamente compartilhados, valores estes aptos a formar as bases constitucionais de uma democracia constitucional, vinculativas aos poderes estatais, seja o Poder Executivo, que possui deveres positivos de proporcionar as condições materiais para o exercício da razão pública de todos os seus cidadãos e cujas atividades não podem violar tais valores, seja o Poder Legislativo, cuja produção legislativa está vinculada àqueles valores, seja o Poder Judiciário, cuja atividade interpretativa das leis e da Constituição também deve deferência a eles.

Além disso, alguns dos valores básicos desse modelo de liberalismo tiveram receptividade no texto constitucional pátrio, como os da livre iniciativa, da autonomia privada e da tolerância, pelo que se revela inegável a contribuição dessa corrente ideológica para a formatação da pauta de valores insculpida na Constituição de 1988, não havendo dúvidas, portanto, de sua relevância para a formatação de uma teoria dos valores constitucionalmente adequada à nossa realidade constitucional.

Como já se disse, porém, essa não é a única, e talvez nem seja a principal, corrente de pensamento que influenciou nosso poder constituinte, fazendo-se necessário analisarmos também a influência do pensamento comunitarista, tema do próximo tópico.

2.2.2.2.2 Comunitarismo

A principal crítica do chamado comunitarismo, corrente de pensamento surgida na década de 1980²⁹⁷, ao liberalismo se refere ao caráter individualista que caracteriza toda a construção teórica deste último, como se o homem fosse um ser isolado, dotado de direitos que independem de qualquer construção dialógica²⁹⁸.

Na verdade, para os comunitaristas, retomando Aristóteles, o homem é um ser político, sendo que sua identidade só se faz possível levando-se em conta o fato de sempre pertencermos a determinado grupo, vez que estamos, desde o nosso nascimento, inseridos em

²⁹⁷ GARGARELLA, Robert. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 137.

²⁹⁸ Gisele Cittadino identifica a proposta liberal de Rawls como monológica e não-pública, pelo que se difere das concepções dialógicas tanto dos comunitaristas quanto da ética-deliberativa de Habermas. CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 99 e ss.

um determinado contexto social que define quem somos. Como ensina Gargarella, os comunitaristas entendem que “nascemos inseridos em certas comunidades e práticas sem as quais deixaríamos de ser quem somos”²⁹⁹.

Ao contrário do que defendem os liberais, para os comunitaristas o homem não é auto-suficiente individualmente³⁰⁰, sendo que nossa própria identidade, assim como nossos valores morais, são construídos dialogicamente, no convívio com outros indivíduos no seio social, pelo que sequer faz sentido se falar em direitos individuais, valores morais e necessidades³⁰¹ fora da comunidade que vivemos e na qual compartilhamos valores desde que nascemos.

A partir dessa crítica, o pensamento comunitarista recusa ao menos duas das propostas liberais defendidas, ao menos parcialmente, por autores como Rawls e Dworkin, quais sejam, a existência de princípios de justiça universal e, para o que mais interessa aos propósitos do presente estudo, a neutralidade moral do Estado.

Quanto ao primeiro ponto, pertinente é a crítica de Walzer contra a possibilidade de se elaborar fórmulas únicas, universalmente aceitas, como princípios de justiça, tais como os elaborados por Rawls³⁰², entendendo Walzer que, pelo contrário, os critérios de justiça variam conforme as circunstâncias de sociedades distintas, bem como de acordo com as diversas “esferas” em que os bens sociais são distribuídos dentro da comunidade³⁰³.

Já quanto ao segundo ponto, a tese comunitarista segundo a qual os direitos individuais só fazem sentido em uma comunidade importa considerar a existência também de direitos sociais e coletivos, sendo que tais direitos, quando em conflito com os direitos individuais, não necessariamente terão que ceder em todas as hipóteses³⁰⁴.

Cabe ao Estado, portanto, além de tutelar direitos individuais, promover também certos valores socialmente compartilhados, em prol do bem comum, como, por exemplo, os valores da solidariedade e da fraternidade, não devendo se manter moralmente neutro, tal como preconizado por Rawls e Dworkin.

²⁹⁹ GARGARELLA, Robert. Op. Cit., p. 140.

³⁰⁰ Ibid., p. 145.

³⁰¹ “(...) Mas uma de nossas necessidades é a própria comunidade: cultura, religião e política. Somente sob a égide dessas três é que as outras coisas de que precisamos se tornam *necessidades socialmente reconhecidas*, assumem forma histórica e definida. (...) Os seres humanos se reúnem porque não podem viver separados. Mas vivem juntos de diversas maneiras. Sua sobrevivência e, também, seu bem-estar exigem um empenho comum: contra a ira dos deuses, a hostilidade de outros povos, a indiferença e a maldade na natureza (secas, enchentes, incêndios e doenças), o breve trânsito da vida humana” (grifos no original). WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 86.

³⁰² Ibid., p. 106.

³⁰³ Nesse sentido, Walzer se esforça, na obra já citada (Ibid.), em elaborar distintos critérios distributivos para o acesso a cada grupo de bens. Os pormenores da sua proposta, porém, transbordam dos propósitos da presente investigação.

³⁰⁴ GARGARELLA, Robert. Op. Cit., p. 146.

Com efeito, embora não neguem, como já visto, a existência de certos valores morais que vinculam o Estado, tais como os valores constitucionalmente albergados, Rawls e Dworkin mantêm a postura liberal de privilegiar um amplo espaço de autonomia individual, entendendo não caber ao Estado promover determinada concepção de bem comum, sobretudo quando em detrimento da liberdade de escolha individual de cada um, em seus próprios projetos de vida.

Para os comunitaristas, por outro lado, determinados valores comunitários, socialmente compartilhados, merecem sim proteção estatal, podendo o Estado, inclusive, utilizar do seu poder de coerção para fazer valer tais valores, em prol dos interesses da comunidade como um todo³⁰⁵.

Segundo Gisele Cittadino, essa “marca da linguagem comunitária” atravessa todo o nosso texto constitucional³⁰⁶, como fica evidenciado já no preâmbulo da Constituição de 1988, que identifica diversos valores comunitários, pelo que nossa Constituição não se define como um ordenamento axiologicamente neutro, permitindo que “frente a um conflito entre direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos ‘valores supremos’ que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso”³⁰⁷.

Destarte, enquanto os liberais preconizam a neutralidade estatal frente ao pluralismo de visões do mundo dos indivíduos, priorizando a liberdade individual, os comunitaristas priorizam a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, sendo que “ao invés de privilegiar a autonomia privada, os comunitários optam pela defesa da autonomia pública, ancorada nas ideias de atuação e participação”³⁰⁸.

No ponto, valemo-nos mais uma vez da síntese de Cittadino³⁰⁹:

Taylor e Walzer defendem, assim, um consenso ético comunitário que ao invés de um *eu* isolado, orientado pela subjetividade de sua própria visão de mundo, busca a constituição de um *nós*, animado por um sentimento de destino compartilhado. (...) De outra parte, o consenso ético, fundado na ideia de valores compartilhados, mas também de participação, oferece um marco para que as instituições que garantem a liberdade dos indivíduos não os torne alheios ao espaço público, na medida em que sua liberdade se constrói na comunidade política e a ela diz respeito. Da defesa deste consenso ético decorre a crítica comunitária à prioridade conferida pelos liberais aos direitos individuais, pois nem o direito nem a justiça podem ser anteriores a determinadas concepções de bem socialmente constituídas. (grifos no original).

³⁰⁵ É com esse entendimento que vigorou na doutrina jurídica brasileira, por muito tempo e com adesão praticamente unânime, o princípio da supremacia do interesse público. Como será analisado posteriormente, porém, tal entendimento vem sendo objeto de amplo questionamento atualmente, não podendo mais ser aceito, ao menos não em termos absolutos.

³⁰⁶ CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 44.

³⁰⁷ Ibid., p. 47.

³⁰⁸ Ibid., p. 131.

³⁰⁹ Ibid., p. 133.

Acontece que, apesar da inegável influência do pensamento comunitário na elaboração da Constituição Federal de 1988, é certo que os valores liberais também mereceram acolhida no texto constitucional, algum deles também expressamente previstos desde o preâmbulo, pelo que não há que se falar em prevalência simples dos direitos sociais e coletivos em face dos direitos individuais.

No ponto, merece menção a afirmação de Gargarella³¹⁰ no sentido de que o liberalismo igualitário, ao defender que um Estado justo deve respeitar todas as diversas concepções de bem compatíveis com certos princípios básicos de justiça, impõe barreiras contra determinados valores que, nada obstante poderem ser predominantes em determinadas comunidades, são “tão aberrantes como a escravidão ou o sistema de castas, que alguns autores comunitaristas, em defesa do relativismo cultural, se recusaram a classificar de injustos”.

Com o perdão da redundância, também o relativismo cultural, portanto, merece ser relativizado, como preconizado pelo próprio Walzer ao reconhecer a existência de uma moralidade mínima de caráter universal³¹¹, de modo que não se faz possível, ao menos do ponto de vista do texto constitucional em vigor no Brasil, entender pela prevalência pura e simples da visão comunitarista sob a visão liberal.

Aqui, vale ressaltar a visão alternativa de autores como Habermas, já recepcionada por diversos constitucionalistas no Brasil, como será analisado a seguir.

2.2.2.2.3 Proposta crítico-deliberativa

Situando-se numa posição intermediária entre o liberalismo e o comunitarismo³¹², a proposta ético-deliberativa de Habermas concentra suas atenções, especialmente em sua obra *Direito e Democracia*³¹³, na gênese democrática do Direito, que não mais se legitima, segundo ele, em alguma razão transcendente, mas sim no procedimento deliberativo através do discurso, no qual os cidadãos são livres “na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo”³¹⁴.

³¹⁰ GARGARELLA, Roberto. Op. Cit., p. 157.

³¹¹ CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 134.

³¹² OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 165.

³¹³ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I e II, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

³¹⁴ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 190.

Com efeito, como já destacado supra, para Habermas a legitimidade do direito deflui da cooriginariedade entre o Direito e a Moral, sendo este institucionalizado por aquele através de procedimentos deliberativos democráticos, fundados na ética do discurso, que respeitam tanto a autonomia privada quanto a soberania popular.

Se por um lado, portanto, Habermas não adere à perspectiva liberal segundo a qual o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses de agentes individuais³¹⁵, por outro não trabalha com “o conceito de uma totalidade social centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo”³¹⁶.

Enfrentando ambas as perspectivas, Habermas defende um conceito próprio de neutralidade que, apesar de privilegiar o “justo” em relação ao “bom”³¹⁷, não afasta do debate questões éticas que, na visão dos liberais, estariam imunes ao debate público³¹⁸, pelo que a criação legítima do Direito, formado a partir de uma política deliberativa, não exclui do seu âmbito questões pragmáticas, morais e éticas da sociedade³¹⁹.

Portanto, o Direito para Habermas funciona como meio de integração social, pretendendo estabilizar as tensões comunicativas, sem invadir de forma rígida as relações intersubjetivas³²⁰, superando, como já visto, as fraquezas da Moral enquanto fundamento para o convívio social³²¹.

Desta forma, muito embora admita alguns limites à deliberação calcados em direitos fundamentais, como condições para um discurso democrático legítimo³²², Habermas adota um

³¹⁵ Ibid., p. 19.

³¹⁶ Ibid., p. 21.

³¹⁷ “(...) Neutralidade significa, em primeiro lugar, que o justo, fundamentado na lógica da argumentação, tem o primado sobre o bom ou seja, que as questões relativas à vida boa cedem o lugar às questões da justiça”. Ibid., p. 35. Também nesse ponto Habermas discorda dos comunitaristas, sendo certo que, conforme lições de Cittadino, para esses últimos “a dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de *bom* tem primazia sobre o de *dever ser*, na medida em que os princípios expressam os ‘valores fundamentais’ da comunidade” (grifo no original). CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 46.

³¹⁸ Ibid., p. 39. Aqui, o autor se propõe a esclarecer o dilema “assuntos privados vs. Públicos”, concluindo que:“(...) Sem dúvida nenhuma, a esfera íntima tem que ser protegida da curiosidade e dos olhares críticos dos outros; todavia, nem tudo o que é reservado às decisões das pessoas privadas deve ser subtraído à tematização pública, nem protegido da crítica. Todos os assuntos a serem regulados pela política têm que ser discutidos publicamente; porém nem tudo o que merece ser objeto de uma discussão pública é levado para uma regulação política. (E nem toda regulação política toca em competências privadas). Tais distinções permitem entender facilmente que a reserva liberal contra a liberação do leque público de temas não se justifica nos casos em que a integridade pessoal do indivíduo não é atingida. O sistema dos direitos exige a realização simultânea e complementar, tanto da autonomia privada, como da cidadã, pois ambas são co-originárias do ponto de vista normativo, e se completam mutuamente”. Ibid., p. 40.

³¹⁹ Ibid., p. 47.

³²⁰ OLIVEIRA, Fernando Fróes. Op. Cit., p. 174.

³²¹ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 150.

³²² HABERMAS, J. Op. Cit., p. 138.

modelo procedimental³²³ de democracia deliberativa, axiologicamente neutro, não visando, tal como Rawls, aplicar princípios de justiça previamente justificados, mas sim entendendo que a deliberação deve estar aberta quanto aos seus resultados³²⁴.

Segundo Gisele Cittadino³²⁵:

(...) Contra os comunitários, mas também contra Dworkin, Habermas configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas sim em uma “nação de cidadãos”.

Ainda conforme lições de Gisele Cittadino, é dessa perspectiva que o autor alemão procura formular sua concepção de patriotismo constitucional, a partir do qual pretende “identificar nos princípios e no sistema de direitos que integram as Constituições democráticas uma forma solidária de integração social, capaz de assegurar o primado do mundo da vida sobre os subsistemas mercado e poder administrativo”³²⁶.

Tal patriotismo constitucional revela um compromisso com os direitos humanos que, quando constitucionalmente assegurados, “tornam-se normas legítimas de caráter obrigatório e não podem ser vistos, como desejam os comunitários, enquanto valores que, ao contrário das normas, estabelecem relações de preferência”³²⁷.

De fato, conforme já ressaltado, Habermas não aceita a ideia de valores como elementos integrantes do Direito, ao lado das normas, sendo estas a institucionalização daquelas, quando então recebem o atributo da coercibilidade, podendo impor um catálogo de deveres que antes não podiam.

Trata-se, pois, de uma postura filosófica, calcada na ética discursiva que, conciliando e superando as propostas comunitaristas e liberais, enxerga nas constituições o espaço próprio para a delimitação e proteção das possibilidades de uma democracia deliberativa que respeite, ao mesmo tempo, a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Neste cenário, os direitos fundamentais não perdem seu status de conquistas sociais pertinentes na esfera pública³²⁸, ao mesmo tempo em que sua configuração depende de uma

³²³ É nesse sentido que Habermas é identificado como o principal expoente da corrente hermenêutica procedimentalista, em oposição à corrente substancialista, o que será objeto de análise em momento posterior.

³²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 128.

³²⁵ CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 225.

³²⁶ Ibid., p. 180.

³²⁷ Ibid., p. 176.

³²⁸ “(...) De sua parte, a esfera pública precisa contar com uma base social na qual os direitos iguais dos cidadãos conseguiram eficácia social. Para desenvolver-se plenamente, o potencial de um pluralismo cultural sem fronteiras necessita desta base, que brotou por entre barreiras de classe, lançando fora os grilhões milenares da

ética deliberativa entre os próprios cidadãos, produtores e destinatários das normas jurídicas, exigindo, pois, certa neutralidade estatal, pelo que a jurisdição constitucional deve se limitar a garantir as condições para a cooperação na deliberação democrática, sobretudo a liberdade e a igualdade³²⁹.

Consoante conclusão de Gisele Cittadino³³⁰, talvez esta seja a melhor forma de lidar com a dimensão perversa que o pluralismo social assume no Brasil, bem como com a nossa “cidadania de baixa densidade”, pelo que a proposta de Habermas, além de sua consonância com a axiologia constitucional, também revela importante ponto de vista na formulação de uma teoria dos valores que seja adequada ao nosso texto constitucional, levando-se em conta os valores nele albergados, o déficit democrático de nossa história política e os nossos abismos sociais.

Partindo dessa perspectiva, e sem olvidar das propostas liberais e comunitárias já ventiladas, resta agora investigar as possibilidades de se extrair do nosso texto constitucional tal ordem axiológica da qual se faria possível a compreensão de uma teoria dos valores constitucionalmente adequada, o que passa a ser feito.

2.2.2.2.4 Proposta de compreensão de uma teoria dos valores constitucionalmente adequada

Considerando as contribuições das três linhas de pensamento supra apresentadas, é possível concluir que todas elas exerceram forte influência na formação da nossa realidade constitucional, ao passo em que não se faz possível vislumbrar a proeminência de qualquer delas, seja no texto constitucional, seja na sua interpretação jurisdicional, notadamente aquela exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, nossa Corte Constitucional ora atua como guardião da autonomia privada e dos princípios liberais constitucionalmente albergados³³¹, ora subscreve uma postura comunitarista de proteção, inclusive criminal, de determinados valores socialmente

estratificação social e da exploração, e se configurou como um potencial que, apesar de seus inúmeros conflitos, produz formas de vida capazes de gerar novos significados. No entanto, numa sociedade secularizada, que aprendeu a enfrentar conscientemente a sua complexidade, a solução comunicativa *desses* conflitos forma a única fonte possível para uma solidariedade entre estranhos – entre estranhos que renunciaram à violência e que, ao regularem cooperativamente sua convivência, também se reconhecem mutuamente o direito de *permanecer estranhos entre si*” (grifos no original). HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 33.

³²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. Cit., p. 178.

³³⁰ CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 231.

³³¹ AI-ED 839848/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 20/08/2013. No caso, estava em jogo o direito de associação, tendo o STF entendido pela não obrigatoriedade de filiação e contribuição para entidade de classe.

compartilhados³³² e, por fim, ora presta deferência às escolhas democráticas, atuando de forma contida, tal como preconizado por Habermas³³³.

O fato é que essa volatilidade do Supremo Tribunal Federal nada mais faz do que refletir o pluralismo político da nossa Constituição, na qual se encontram expressados, como fundamentos do Estado, dentre outros, a cidadania, a dignidade humana e a livre iniciativa, ao mesmo tempo em que consagra diversos direitos fundamentais, tanto de índole individualista quanto coletivista, sem olvidar ainda de estabelecer diversos mecanismos de participação popular na atividade estatal, reconhecendo a necessidade de atuação harmônica entre os três poderes, cujos poderes emanam do povo, sem que nenhum deles possa se arvorar superior aos demais.

Além disso, há diversos princípios setoriais, tais como os princípios da administração pública (art. 37), da ordem tributária (art. 150) e econômica (art. 170), do meio ambiente (art. 225), etc., que não nos deixa esquecer o caráter principiológico e multifacetado da nossa Carta Magna, que não se limita a traçar um esquema de governo, mas, ao contrário, fornece, na linha do constitucionalismo dirigente ainda vivo de Canotilho, uma dimensão básica da legitimidade moral e material da sociedade³³⁴, estabelecendo valores que se identificam com as mais diversas concepções políticas e ideológicas.

Destarte, se por um lado a Constituição Federal de 1988 consagra valores liberais tais como a livre iniciativa e a liberdade, por outro reconhece a existência de valores socialmente compartilhados também mercedores de proteção estatal, como o da igualdade e da solidariedade³³⁵, ao passo em que procura estabelecer condições mínimas para que o jogo democrático se desenvolva livre da intervenção de um Estado totalizador³³⁶.

³³² HC 104467/RS, Rel. Min. Carmen Lucia, DJ. 08.02.2011. No caso, o STF entendeu pela constitucionalidade do crime de manter casa de prostituição, entendendo que os bens jurídicos protegidos (moralidade sexual e bons costumes), merecem proteção penal, por resguardar valores de elevada importância social. Aqui, merece menção a conhecida crítica liberal a favor da prostituição, sob o argumento de se tratar, via de regra, de uma relação consensual. Questiona-se, porém, até que ponto há, de fato, consentimento e, principalmente, até que ponto é possível se falar em livre negociação quando está em jogo a exploração sexual do próprio corpo.

³³³ ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 06.08.2010. Trata-se da conhecida decisão que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Anistia, tendo o voto relator sublinhado o fato da anistia ter sido produto do processo de abertura lento, gradual e seguro do regime militar ao regime democrático, pelo que, no entendimento do Ministro, a revisão da lei romperia com a boa-fé dos atores sociais envolvidos no debate, devendo, portanto, o Tribunal atuar de forma contida.

³³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 126.

³³⁵ Acerca da solidariedade, Vieira de Andrade atribui a ela um novo tipo de direitos fundamentais, que não podem ser encarados unicamente numa relação entre indivíduo e Estado, incluindo uma “dimensão essencial de verosidade”, como o direito ambiental. Em suas palavras, “são direitos circulares, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva fortíssima, que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, *bens comunitários* que respeitam a todos – e aliás, não só a todos os vivos, mas ainda aos elementos das *gerações futuras*, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da

É possível, porém, extrair do texto constitucional um denominador comum que seja subscrito por todas as vertentes políticas supramencionadas, numa espécie de consenso sobreposto defendido por Rawls, em uma comunidade de princípios, tal qual proposto por Dworkin, qual seja, a ideia de dignidade da pessoa humana.

Com efeito, diversos autores nacionais reconhecem no princípio da dignidade humana o epicentro axiológico do ordenamento jurídico³³⁷, norma jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional³³⁸, configurando o norte a ser seguido em qualquer concepção axiológica do Direito.

Acontece que também o princípio da dignidade humana admite diversas leituras, que variam conforme a concepção política e ideológica que se segue, sendo deveras comum em um dado conflito normativo ambos os lados se utilizarem, legitimamente, de tal princípio como fundamento de suas pretensões³³⁹.

Pretendendo justamente densificar o conceito de dignidade humana do ponto de vista jurídico, Luís Roberto Barroso adere a uma concepção aberta, plástica e plural da noção de dignidade da pessoa humana, identificando nela (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos; (2) a autonomia de cada indivíduo; (3) valores comunitários, aptos a limitar a autonomia através de restrições legítimas em nome de valores sociais ou interesses coletivos³⁴⁰.

Da mesma forma, também reconhecendo a abertura à complexidade e ao pluralismo inerente ao princípio da dignidade humana³⁴¹, bem como a impossibilidade de se reduzir o seu conteúdo a uma fórmula genérica e abstrata³⁴², Ingo Sarlet elabora seu conceito de dignidade

sociedade” (grifos no original). ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 63-64.

³³⁶ Aqui, podem-se criticar determinados mecanismos políticos que acabam sendo utilizados em sentido contrário, como, por exemplo, as extremamente mal utilizadas medidas provisórias.

³³⁷ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 59.

³³⁸ SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 79.

³³⁹ É o que acontece, por exemplo, na polêmica acerca do direito ao aborto, por um lado defendido por aqueles que ressaltam a dignidade humana da mulher, sobretudo sua autonomia sobre o próprio corpo, e, por outro lado, contestado por aqueles que defendem a proeminência do direito à vida do nascituro, ambos os lados apoiados no princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 72.

³⁴¹ “(...) Com efeito, justamente em função da sua condição (também) principiológica e de sua consequente abertura à complexidade e ao pluralismo, a dignidade da pessoa humana permite a substituição de padrões normativos absolutos e estritos por referenciais normativos flexíveis e compatíveis com a salvaguarda da identidade na diferença, numa ambiência comunicativa e relacional”. SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 174.

³⁴² SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 70.

humana levando-se em conta suas múltiplas funções, sem olvidar sua dimensão individual e comunitária³⁴³.

Sem que se vá aqui, dado os limites do trabalho, se aprofundar no tema da qualificação jurídica da dignidade humana, é possível concluir, portanto, na esteira das lições de Luís Roberto Barroso³⁴⁴, que constitui ela um valor fundamental³⁴⁵ (sendo também um princípio jurídico com status constitucional), subjacente tanto aos princípios quanto às regras, pelo que funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.

Sendo assim, muito embora dela não se possa extrair direitos autônomos³⁴⁶, a dignidade humana funciona como critério hermenêutico para a concretização dos direitos fundamentais, bem como para a legitimação de eventuais restrições a esses direitos, e para a harmonização entre eles em caso de conflito.

Sendo, pois, a dignidade humana o elemento aglutinador das diversas concepções político-axiológicas que permeiam o texto constitucional, e considerando que também ela possui textura aberta e flexível, nada obstante servir de critério para a fixação do conteúdo dos demais direitos fundamentais, permanece em aberto a dúvida de como conciliar, na prática, tais concepções político-axiológicas conflitantes, levando-se em conta o respeito à vontade da maioria como ideal democrático e comunitário, e o respeito à autonomia individual de todos, inclusive das minorias, como ideal liberal inerente à ideia de dignidade humana e razão de ser dos direitos fundamentais.

Nessa temática, importa indagar também os limites da atuação estatal para a promoção deste ou daquele direito fundamental de cunho prestacional, o que inegavelmente interfere nos

³⁴³ “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida*”. (grifos no original). SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 73.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 64.

³⁴⁵ No ponto, cumpre retomar as lições filosóficas de Miguel Reale acerca dos valores, para quem estes, apesar de seu relativismo e do seu caráter histórico-cultural (historicismo axiológico), considerado o homem que se realiza na História (na linha comunitarista), não desconsidera o homem enquanto valor fundamental, que vale por si mesmo, valor fonte e exemplo maior das denominadas invariantes axiológicas, que, uma vez incorporadas no patrimônio histórico-cultural do homem, atuam universalmente, conferindo certa objetividade aos valores, embora sem absolutismos.

³⁴⁶ No mesmo sentido Ingo Sarlet, para quem inexiste um direito fundamental à dignidade, como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária, o que não impede que da dignidade humana se possa extrair, sem a necessidade de qualquer referência direta a outro direito fundamental, posições jurídico-subjetivas fundamentais, na qualidade de princípio. Op. Cit., p. 123.

direitos fundamentais dos demais³⁴⁷, notadamente no âmbito tributário³⁴⁸, trazendo à luz relevantes questionamentos acerca do papel do Estado na promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Em todas essas questões, o que parece prevalecer em uma leitura dos direitos fundamentais guiada pelos valores constitucionalmente albergados, em especial o da dignidade da pessoa humana, é a necessidade de que todos sejam tratados como livres e iguais, merecedores de igual respeito e consideração por parte do Estado, sem olvidar da participação efetiva deste para a satisfação da vontade das maiorias com o respeito aos direitos das minorias, promovendo um ambiente de convivência pacífica e ativa dos indivíduos, orientado pela solidariedade e pela promoção da igualdade com respeito às diferenças.

Destarte, não há como prevalecer determinadas concepções político-axiológicas em detrimento de outras, devendo, isto sim, existir mecanismos que garantam a convivência pacífica entre diferentes “doutrinas morais razoáveis”, na expressão de Rawls, aptos a permitir que cada um desenvolva seu próprio projeto de vida, com o respeito e tolerância dos demais, e todos com possibilidade efetiva de influir no destino da comunidade socialmente compartilhada.

Nesse contexto, importa conciliar, pois, os valores liberais com os valores comunitários, privilegiando uma ética discursiva-deliberativa, não exatamente nos moldes propostos por Habermas, contrário a ideia de valores no Direito, mas que também abarque as preocupações desse autor a favor de certa neutralidade estatal, na medida em que se reconhece inexistir uma verdade moral objetiva merecedora de maior proteção estatal³⁴⁹.

Isto não significa, no entanto, que o Estado, seja na realização de políticas públicas seja na interpretação/aplicação das leis num caso concreto através do Poder Judiciário, esteja

³⁴⁷ Por exemplo, as ações afirmativas de cotas nas Universidades públicas, independentemente da opinião que se tenha acerca de sua justeza ou não, inegavelmente interferem no direito dos demais candidatos não beneficiários desta política.

³⁴⁸ Aqui, importa considerar que já de há muito foi derrubada a falácia de que apenas os direitos fundamentais sociais geram custos, pelo que seriam estes necessariamente injustos, vez que demandariam “tirar de uns para dar para outros”. Na verdade, todos os direitos, até mesmo os direitos liberais mais clássicos, demandam atuação estatal dispendiosa, sendo meramente ideológica a tentativa de distinção entre direitos fundamentais com base nesse critério. O que se pode discutir, legitimamente, são os limites de gastos do dinheiro público para a promoção deste ou daquele direito fundamental. O ponto será retomado mais adiante.

³⁴⁹ “(...) Portanto, sempre existirão desacordos morais, no sentido de que em muitas situações não há uma verdade moral objetiva. Apesar das suas diferentes visões, os cidadãos devem coexistir e cooperar, unidos por uma estrutura básica de direitos e liberdades. O papel do Estado ao interpretar os valores comunitários é acolher aqueles que são mais genuinamente compartilhados pelas pessoas e evitar, sempre que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas. Uma boa razão para essa abstenção é que permitir que um grupo imponha suas concepções morais sobre outros representa uma afronta ao ideal segundo o qual todos os indivíduos são livres e iguais”. BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit., p. 97.

imune à pauta de valores estabelecida constitucionalmente, cabendo-lhe, pelo contrário, justamente promover tais valores, tanto aqueles de índole liberal quanto aqueles de cunho comunitário, conforme inclusive reconhecido por Rawls e Dworkin.

No ponto, como ensina Giselle Cittadino³⁵⁰, liberais e comunitários convergem no sentido da necessidade de uma leitura substancial da democracia constitucional, se distanciando, como será visto, da proposta procedimental de Habermas, vez que reconhecem a existência de valores e/ou princípios configuradores da atuação estatal.

Conclui-se, portanto, ser possível extrair dos direitos fundamentais, orientado, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana³⁵¹, uma pauta de valores constitucionalmente adequada, que não privilegie esta ou aquela concepção de vida, mas sim que garanta a convivência pacífica e harmoniosa entre os indivíduos, protegidos por uma atuação estatal que, para além de não violar direitos fundamentais, invadindo a esfera de autonomia privada dos cidadãos, seja capaz de fomentar a vida comunitária, tratando os indivíduos com igual respeito e consideração, sem olvidar da proteção às diferenças.

Tal pauta de valores deve necessariamente ser flexível e aberta, jamais imune aos influxos da sociedade, sem desconsiderar, contudo, garantias mínimas de estabilidade, inclusive em defesa do próprio jogo democrático que, a despeito de se fundar na vontade da maioria, não pode sobrepujar direitos mínimos que garantam a sobrevivência das minorias, de suas diferenças³⁵², e do direito de serem tratados com igual respeito e consideração por parte do Estado.

Impõe-se reconhecer ainda que tal pauta de valores não pode ser preenchida pela convicção subjetiva de cada intérprete, como se estivesse escondida no texto constitucional para ser achada subjetivamente, mas deve, isto sim, emergir da análise sistemática e teleológica dos direitos fundamentais em seu conjunto, orientado pelo valor da dignidade humana, seja em sua vertente liberal de proteção de um âmbito de autonomia privada

³⁵⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 219-221.

³⁵¹ “É nesse sentido que podemos dizer que a ordem dos direitos fundamentais é pluralista e aberta. A unidade é conseguida e construída dialecticamente, em referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que aqui atua como princípio regulativo e não como princípio unicitário de uma ordem hierárquica e fechada”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 103.

³⁵² Destaque-se aqui a relação entre igualdade material e respeito às diferenças, que pode ser sintetizada na formulação de Boaventura de Sousa Santos, para quem: “Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56).

inacessível ao Estado, seja em sua vertente comunitária de garantia de igual respeito e consideração por parte deste mesmo Estado.

É nesse sentido que, conforme ensina Vieira de Andrade, a harmonização entre valores antagônicos não se dá abstratamente, sendo “um problema que tem que ser resolvido em concreto e de modo a respeitar, no máximo possível, todos os valores em jogo”³⁵³.

Por outro lado, reitera-se que não se deve confundir valores com regras e princípios, sendo estes dotados de normatividade enquanto que os primeiros, apesar de conferirem legitimidade e orientarem a interpretação/aplicação dos últimos, não podem servir como fato gerador para pretensões juridicamente exigíveis, mas sim como parâmetros hermenêuticos para a correta compreensão do ordenamento jurídico, na busca por respostas constitucionalmente adequadas.

Nesse contexto, reconhece-se o papel ativo do Estado para a proteção e promoção dos direitos fundamentais, sobretudo do Poder Judiciário, a quem cabe o papel de dar a última palavra sobre a interpretação jurídica.

Nesse sentido também é a conclusão de Cittadino, para quem³⁵⁴:

(...) todas as forças políticas da comunidade devem utilizar os mecanismos processuais assegurados pelo ordenamento constitucional, procurando, através desta participação político-jurídica, garantir os ideais da igualdade e da dignidade humanas. Ao mesmo tempo, a concretização destes ideais também depende necessariamente do Poder Judiciário que, na qualidade de último intérprete da Constituição, deve estar vinculado à eticidade substantiva da comunidade. Daí a ideia de que a jurisdição constitucional tem a função primordial de guardião dos valores que conformam o “sentimento constitucional” da comunidade.

Partindo dessas conclusões, se faz possível antever a importância do estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, construção teórica que procura justamente aplicar a noção de ordem de valores constitucionalmente adequada para a solução de questões hermenêuticas e para o controle de políticas públicas, como será visto a seguir.

³⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit., p. 103.

³⁵⁴ CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 228.

3 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Considerações Iniciais

Estabelecidas as premissas acima, já se faz possível visualizar a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais que será aqui desenvolvida, e que pode ser sintetizada na “capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam”³⁵⁵.

Com efeito, a partir do momento em que se entende ser possível identificar no texto constitucional uma ordem de valores expressa no conjunto dos direitos fundamentais e, mais precisamente, no valor da dignidade da pessoa humana, se faz possível, por consequência, extrair desses direitos efeitos outros além daqueles de que são tradicionalmente revestidos, relativos à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Como já visto, os direitos fundamentais tradicionalmente funcionam como substrato de posições (status) subjetivas do cidadão face ao Estado, o que, todavia, foi se revelando insuficiente para abarcar todas as potencialidades dos direitos fundamentais, sobretudo com o incremento das funções estatais oriundas do Estado Social, acompanhado do desenvolvimento da dogmática jurídica e das Constituições, hoje abarcando direitos que não se limitam à noção de regras, englobando também princípios e valores.

A dimensão objetiva significa, portanto, uma “dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito”³⁵⁶, indo além da noção de direitos fundamentais tão somente enquanto direitos subjetivos, servindo também objetivamente, enquanto critérios de controle da ação estatal e de convivência comunitária dos cidadãos, a partir dos valores constitucionalmente albergados, que preencheriam o âmago dos direitos fundamentais em seu conjunto.

Também como já destacado, tal noção decorre da ideia de Constituição enquanto ordem de integração da comunidade, doutrina segundo a qual a interpretação jurídica deve levar em conta a captação do sentido e da realidade do *espírito* constitucional, nos termos do método de interpretação científico-espiritual desenvolvido por Smend, que pode ser sintetizado, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, na necessidade do intérprete “levar em consideração o sistema de valores que é subjacente ao texto constitucional e a realidade

³⁵⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 328.

³⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 111.

concreta da vida”³⁵⁷, tendo sido essa a base da chamada Jurisprudência dos Valores, que predominou na Alemanha durante boa parte do século XX, influenciando a jurisprudência de diversos outros países.

De fato, como ensina Daniel Sarmento³⁵⁸, a teoria da Constituição como integração desenvolvida por Smend é o antecedente teórico mais próximo da concepção axiológica que está na base da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Segundo ela, ainda segundo Daniel Sarmento, “a função essencial da Constituição é promover a integração na comunidade, o que só é possível a partir da tutela de valores, que sejam vividos e socialmente compartilhados”.

Nessa toada, pode-se dizer que a noção de ordem de valores significa o compromisso axiológico que é firmado a partir do texto constitucional, erigindo verdadeiro contrato social que, para além de cláusulas formais, estabelecem também os valores sociais básicos que irão guiar a vida em sociedade, notadamente através da previsão de direitos fundamentais que, sistemática e teleologicamente considerados, configuram a atividade estatal, não mais apenas de forma negativa, mas também de forma positiva, devendo o Estado protegê-los e promovê-los, enquanto finalidade última do ordenamento jurídico como um todo.

Compartilha do mesmo entendimento, na doutrina espanhola, Perez Luno, para quem o significado axiológico-objetivo dos direitos fundamentais “representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados ao logro de metas comunes”, pelo que tais direitos, nessa ótica, atuam “como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista”³⁵⁹.

Nessa perspectiva objetivista, os direitos fundamentais se equiparam, portanto, aos valores que, retomando mais uma vez as lições de Reale, possuem uma objetividade relativa, ou seja, não são individuais (subjetivos), na medida em que não são projeção da consciência individual³⁶⁰, mas sim do homem que se realiza na História³⁶¹, o que não pode implicar, todavia, na desconsideração das individualidades do ser humano, tido como valor fonte³⁶², e nem na desconsideração da perspectiva deontológica dos direitos fundamentais, para além do seu aspecto axiológico.

³⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada até a EC nº 56/2007. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 213.

³⁵⁸ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 303.

³⁵⁹ PEREZ LUNO. Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 21.

³⁶⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 206.

³⁶¹ Ibid., p. 209.

³⁶² Ibid., p. 211.

Por outro lado, essa consagração de valores no texto constitucional, valores estes muitas vezes antagônicos entre si, revela a dificuldade de se estabelecer tal “ordem de valores”, pelo que os direitos fundamentais, conjuntamente considerados em sua dimensão objetiva, unificados materialmente no valor dignidade humana, servem como norte para a identificação de uma ordem de valores constitucionalmente adequada, flexível e aberta, mas não necessariamente sujeita a subjetivismos do intérprete.

Ocorre também que os direitos fundamentais, muito embora consagrem valores, não se limitam a essa perspectiva, possuindo, antes de tudo, o caráter deontológico que faltam àqueles, atuando muito mais como regras e princípios dos quais decorrem posições subjetivas juridicamente exigíveis.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é, portanto, uma “mais-valia jurídica”³⁶³, indo além da noção básica de direitos fundamentais enquanto regras e princípios, impondo o reconhecimento do caráter axiológico desses direitos, enquanto elemento de legitimação do ordenamento jurídico, fincado no valor dignidade humana, e com propensão de influir em todo o processo de interpretação e aplicação do Direito, sem olvidar do caráter deontológico destes direitos que subjaz de sua dimensão subjetiva.

Trata-se do reconhecimento da materialidade substancial dos direitos fundamentais em seu conjunto, na medida em que estes, como já ressaltado, constituem elemento essencial da ideia de Constituição material, que não se limita a ser mero esqueleto do Estado, mas sim contém as decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, sendo, pois, componentes estruturais básicos da ordem jurídica³⁶⁴, o que não se revela tão somente no reconhecimento de direitos do cidadão, mas também no reconhecimento de deveres objetivos do Estado, independentemente de sua correspondência com posições subjetivas individuais, seja no âmbito da realização de políticas públicas, seja no âmbito da regulamentação social através de leis elaboradas pelo Poder Legislativo, seja, por fim, no âmbito da interpretação e aplicação dessas leis pelo Poder Judiciário.

³⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 134.

³⁶⁴ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 143. Ensina ainda o autor que “os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir de forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”. Ibid., p. 61.

Nas palavras de Daniel Sarmiento³⁶⁵:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado convertendo-se em norte da sua atuação.

A partir dessa construção teórica é possível distinguir, portanto, diversos efeitos jurídicos próprios da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que não se confundem com aqueles tradicionalmente atribuídos aos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva, embora sirvam também como reforço de sua normatividade, trazendo à luz novas perspectivas acerca do papel do Estado na promoção desses direitos.

Antes, porém, de nos ocuparmos do estudo de alguns desses efeitos, é relevante tratarmos da correlação entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, procurando investigar em que termos ambas podem se convergir em uma visão global e sistemática dos direitos fundamentais.

3.2 A dimensão Objetiva e a Dimensão Subjetiva

Sendo, como dito, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais uma espécie de plus normativo em relação à dimensão subjetiva, importa destacar a correlação entre ambas as perspectivas, de modo a deixar sedimentada a total impossibilidade da primeira se sobrepor à segunda, princípio e fim da ideia de direitos fundamentais.

De fato, consoante já mencionado anteriormente, os direitos fundamentais nasceram da ideia de proteção do homem em face do poder estatal, justificando posições subjetivas do indivíduo em suas diversas situações (status) com relação ao Estado. Com a evolução dos direitos fundamentais, em suas sucessivas gerações, surgiu a concepção de direitos fundamentais também entre particulares, de modo a reforçar a insuprimível natureza subjetiva destes direitos, não apenas contra o Estado como também contra todos os seus potenciais violadores.

Da mesma forma com relação à ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também nascida da evolução destes direitos e do reconhecimento de novas funções a eles atribuídas no constitucionalismo contemporâneo, sem jamais menosprezar suas funções originais.

³⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 299.

Nesse sentido, conforme lições de um dos primeiros teóricos da noção de dimensão objetiva³⁶⁶, há uma relação de complemento e fortalecimento recíproco entre as dimensões subjetiva e objetiva, não sendo possível “separar o significado dos direitos fundamentais, como princípios objetivos, do seu significado primitivo e fundamental, como direitos do homem e do cidadão”.

Indo mais além, Robert Alexy, citando decisão da Suprema Corte alemã³⁶⁷, advoga uma espécie de presunção a favor da dimensão subjetiva, na medida em que os direitos fundamentais são, em primeiro lugar, direitos individuais que não devem sucumbir, a priori³⁶⁸, frente às concepções coletivistas que podem emergir da ideia de dimensão objetiva, concluindo que “o argumento da coletividade não pode, portanto, afetar a tese segundo a qual o indivíduo, quando protegido pelos direitos fundamentais, não é protegido, em princípio, por meras normas objetivas, mas por direitos subjetivos”³⁶⁹.

Embora merecendo ressalvas, vez que adota visão mais restritiva acerca da eficácia dos direitos fundamentais³⁷⁰, Vieira de Andrade concorda com Alexy quanto à existência de um “predomínio natural do direito subjetivo na matéria dos direitos fundamentais”³⁷¹, o que também é sublinhado por Daniel Sarmiento, para quem o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não autoriza “a funcionalização dos direitos fundamentais em prol de interesses da coletividade, numa postura organicista e anti-liberal”³⁷².

Também é nesse sentido a posição de Canotilho, para quem os direitos fundamentais são, prioritariamente, direitos individuais, daí resultando que “se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efetua-se sob a forma de *direito subjetivo*”³⁷³ (grifos no original).

Acontece que um dos efeitos atribuídos à dimensão objetiva dos direitos fundamentais é justamente legitimar restrições aos direitos subjetivos individuais em prol de valores comunitários, pelo que a relação dimensão objetiva versus dimensão subjetiva pode se

³⁶⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 239.

³⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 496.

³⁶⁸ Pela teoria dos princípios de Alexy, a prevalência dessa perspectiva coletivista pode até se dar, porém no caso concreto, após a utilização do mecanismo da ponderação entre os princípios antagônicos, levando-se em contra o peso relativo de cada um.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 498.

³⁷⁰ O autor português defende uma linha mais conservadora acerca da eficácia dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, que não merece acolhida, conforme já se destacou.

³⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 145.

³⁷² SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 300.

³⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. (13ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 1257.

revelar, na prática, muito mais problemática, impondo a adesão à determinada pauta de valores constitucionalmente adequada, ainda que flexível e aberta.

Consoante conclusões supramencionadas, em nosso texto constitucional tal pauta de valores deve ser conduzida à luz do valor da dignidade humana, devendo restar preservado ao menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais individuais que estejam em jogo³⁷⁴, protegendo-se o inescapável âmbito de autonomia individual imune a considerações coletivistas de qualquer tipo.

Nesse contexto, conclui-se pela prevalência, ainda que não absoluta, da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais frente à dimensão objetiva, que deve funcionar prioritariamente como um reforço à normatividade das posições subjetivas, extraindo-se dos direitos fundamentais diversos novos efeitos que potencializam as possibilidades desses direitos em seu conjunto, sem olvidar de sua eventual limitação em razão da necessidade de respeito também aos direitos fundamentais de todos os demais indivíduos.

Ressalte-se, por fim, que a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui proposta não significa, na expressão de Ingo Sarlet³⁷⁵, o “reverso da medalha” da dimensão subjetiva, no sentido de que a toda posição jurídica subjetiva há um preceito de direito objetivo, mas sim uma categoria autônoma, com efeitos próprios que não se limitam a subsidiar a perspectiva subjetiva, embora a reforcem em vários aspectos, consoante já destacado.

Por outro lado, ser uma categoria autônoma não significa dizer que haja normas de direito fundamental das quais não se possam extrair, a priori, pretensões subjetivas, sob o fundamento de que devam ser visualizadas apenas objetivamente. Também aqui há uma presunção em favor da dimensão subjetiva, de modo que “quem afirma que uma norma de direito fundamental tem um caráter meramente objetivo suporta, para isso, a carga argumentativa”³⁷⁶.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui, portanto, uma categoria autônoma que, além de servir de reforço à normatividade da dimensão subjetiva, e não para suplantá-la, engendra efeitos jurídicos que ultrapassam aquele primeiro aspecto, e que merecem desenvolvimento dogmático específico.

³⁷⁴ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 146.

³⁷⁵ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 144.

³⁷⁶ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**. Estudos para a filosofia do direito. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 210.

3.3 Efeitos da Dimensão Objetiva

Inúmeros são os efeitos que a doutrina vem concedendo à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides³⁷⁷, por exemplo, enumera, com base na doutrina alemã, dez efeitos oriundos dessa construção teórica. Sem que se vá aqui analisar todos eles, importa destacar da lista apresentada pelo autor a: (a) irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; (b) a eficácia vinculante aos três Poderes; (c) “a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição”.

Já Ingo Sarlet aponta como desdobramentos dessa perspectiva acerca dos direitos fundamentais: (a) o reconhecimento da eficácia irradiante desses direitos, fornecendo impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional³⁷⁸; (b) o desenvolvimento da noção de garantias institucionais³⁷⁹; (c) o reconhecimento dos deveres de proteção; (d) “a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento”³⁸⁰, atuando sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais como auxílio na efetivação da proteção aos direitos fundamentais.

Daniel Sarmento, por sua vez, destaca os novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos humanos que advém da ideia de dimensão objetiva, como o reconhecimento de novos deveres para o Estado, exigindo que eles atuem ativamente na proteção contra agressões de terceiros, bem como que assegurem “no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs”³⁸¹.

³⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 588-589.

³⁷⁸ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 147.

³⁷⁹ Ibid., p. 148. O autor entende as garantias institucionais “no sentido de que existem determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador”. É nesse sentido que Ingo Sarlet reconhece o status de garantia institucional ao Ministério Público (Ibid., p. 182), em entendimento que pode ser estendido a diversas outras instituições, tais como a Defensoria Pública. Sobre o enquadramento da Defensoria Pública enquanto direito fundamental institucional, conferir o nosso **A Defensoria Pública enquanto direito fundamental institucional: releitura do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro**, disponível em <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17278>.

³⁸⁰ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 150.

³⁸¹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 299.

Além disso, a dimensão objetiva, para o autor fluminense, catapulta os direitos fundamentais para o âmbito privado³⁸², bem como permite a atribuição de efeitos concretos àqueles direitos que, pela sua natureza, carecem de integração legislativa para a criação de direitos subjetivos. Em seu entendimento, tal dimensão objetiva produz efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do ordenamento, bem como vinculam o legislador futuro, além de servirem de parâmetro para a não recepção das normas legais anteriores à Constituição e para a decretação da inconstitucionalidade das normas supervenientes³⁸³.

Na doutrina portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade também chama a atenção, como consequência da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para (i) a consagração das chamadas garantias institucionais³⁸⁴, (ii) a eficácia entre particulares e o dever estatal de proteção³⁸⁵, (iii) e o surgimento dos direitos fundamentais procedimentais e organizacionais³⁸⁶.

Há ainda quem enxergue na dimensão objetiva dos direitos fundamentais a capacidade de legitimar “até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos”³⁸⁷.

Trata-se, porém, de posição polêmica, havendo quem, por outro lado, negue a possibilidade do Estado assumir uma postura paternalista, que pretende conhecer o interesse do indivíduo melhor do que ele mesmo, afirmando ainda a impossibilidade de limitações aos direitos fundamentais sob o pretexto de tutelar o próprio titular do direito³⁸⁸.

Sem que se vá aqui se aprofundar nessa questão, importa consignar a inegável dimensão comunitarista da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que justifica sim a limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais inclusive como proteção dos seus próprios titulares, considerando a indisponibilidade desses direitos, que não podem ficar à livre disposição do cidadão, sobretudo quando se leva em conta outros

³⁸² Ibidem.

³⁸³ Ibid., p. 300.

³⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit., p. 134.

³⁸⁵ Ibid., p. 137.

³⁸⁶ Ibid., p. 141.

³⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

³⁸⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 113-114.

interesses constitucionalmente relevantes³⁸⁹, o que não significa, contudo, desconsiderar a dimensão individual igualmente relevante.

De qualquer forma, vê-se, pois, os diversos desdobramentos advindos do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo que tal perspectiva vem servindo como pano de fundo para várias construções teóricas que foram se desenvolvendo nas últimas décadas, tais como o reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais para além dos direitos públicos subjetivos, inclusive impondo uma releitura do ordenamento jurídico como um todo, a conseqüente constitucionalização do Direito, a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, o surgimento de novas obrigações estatais no âmbito da proteção e promoção desses direitos, etc.

Para os propósitos do presente estudo, importa nos concentrarmos em dois desses desdobramentos, quais sejam, a influência dos direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva, na hermenêutica constitucional, e as novas perspectivas acerca do papel do Estado nessa seara, o que passa a ser feito.

3.3.1 Função hermenêutica

Consoante já se verificou quando de sua análise histórica, a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais surgiu da ideia de que estes direitos incorporam uma ordem axiológica objetiva, influenciando todos os demais ramos do Direito, enquanto decisão constitucional fundamental, servindo de parâmetro para o controle de toda a atividade estatal, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Foi, como visto, a consagração da Jurisprudência dos Valores, que predominou na Alemanha em meados do século passado, a partir da ideia de que à Constituição, enquanto documento fundamental de uma comunidade, caberia estabelecer os valores que irão influenciar todo o ordenamento jurídico daquela comunidade, notadamente através dos direitos fundamentais enquanto síntese dos valores constitucionais calcados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo entendimento de Daniel Sarmiento³⁹⁰:

³⁸⁹ É nesse sentido que não se admite a auto submissão à situações degradantes, bem como se reconhece legítima a imposição de determinados deveres, como o uso de cinto de segurança no trânsito. Trata-se, no entanto, de tema deveras polêmico, cuja discussão foge aos propósitos do presente estudo. Sobre o tema, vale conferir a discussão acerca do caso do “lançamento de anão”, abordada no Brasil especialmente por Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 91).

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.

Frise que, mesmo para aqueles que desvinculam a noção de dimensão objetiva da ideia de valores, tal como Konrad Hesse, os direitos fundamentais, enquanto elementos da ordem estatal-jurídica, determinam o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-social³⁹¹.

Além disso, os direitos fundamentais enquanto ordem objetiva servem, nessa perspectiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, bem como para a correta exegese dessas normas e também das próprias normas constitucionais, considerando o princípio da unidade da Constituição³⁹², de forma semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição, aqui traduzida na ideia de interpretação conforme aos direitos fundamentais³⁹³.

É nesse sentido que se fala em constitucionalização do Direito, através do fenômeno da filtragem constitucional³⁹⁴, pelo que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, considerando inclusive a pauta de valores subjacentes ao texto constitucional, na busca por respostas constitucionalmente adequadas também no âmbito da interpretação/aplicação da legislação ordinária.

Igualmente nessa toada que se reconhece a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, vez que tal eficácia irradiante oriunda da dimensão objetiva importa no reconhecimento da incidência desses direitos inclusive nas relações privadas, haja vista que também os particulares, sobretudo os detentores de maior poder social (mídia, grandes grupos econômicos, etc.), estão vinculados aos direitos fundamentais e à sua influência na interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

Todavia, é possível ir além, reconhecendo-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais mais do que parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e sua

³⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 312.

³⁹¹ HESSE, Konrad. Op. Cit., p. 243-244.

³⁹² Segundo esse princípio de interpretação constitucional, as normas constitucionais devem ser interpretadas como um todo, harmônico e coerente, de modo a constituir uma unidade de sentido, o que exclui a possibilidade de existir normas constitucionais inconstitucionais, conforme inclusive já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 815/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10/05/1996.

³⁹³ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 147.

³⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 313.

filtragem constitucional, bem como para sua aplicação entre particulares, mas também a qualidade de postulados hermenêuticos aptos a influenciar todo e qualquer processo de interpretação e aplicação válida do Direito, na busca pelas chamadas respostas constitucionalmente adequadas, que levem em consideração certa ordem objetiva de valores albergada no texto constitucional.

Haveria aí verdadeira vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, existindo para este uma obrigação positiva “no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”³⁹⁵.

Antes de entrarmos nessa seara, porém, cumpre analisar outra ordem de consequências advindas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que interessam diretamente ao propósito do presente estudo.

3.3.2 Deveres de proteção

Muito embora possa ser tido como o “reverso da moeda” do direito subjetivo à proteção estatal, o chamado dever de proteção costuma ser visualizado como desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais³⁹⁶, inclusive tendo sido nesse sentido usualmente reconhecido pela jurisprudência alemã³⁹⁷.

Nessa perspectiva objetiva, o dever de proteção pode ser definido como a incumbência atribuída ao Estado de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra violações provenientes do próprio poder estatal, de particulares ou até mesmo de outros Estados, como decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais que cabe ao Estado³⁹⁸.

Como ensina Vieira de Andrade³⁹⁹, o surgimento do Estado-prestador, associado aos direitos sociais, “abriu caminho para a conceção do Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efetiva”. Além disso, a partir do

³⁹⁵ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 381.

³⁹⁶ Na definição de Alexy, “os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação”. In **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 450-451.

³⁹⁷ Como destaca o próprio Alexy (Op. Cit., p. 452), apesar dele defender a proeminência da dimensão subjetiva nesta seara (Ibid., p. 455). No Brasil, adota esse entendimento DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 119.

³⁹⁸ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 190.

³⁹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 138-139.

momento em que o Estado avocou para si o monopólio do uso da força, eliminando diversas possibilidades de autodefesa dos cidadãos, criou para si o correlato dever de proteger esses cidadãos contra violações de terceiros aos seus direitos fundamentais⁴⁰⁰, impondo a si mesmo a obrigação não apenas de se abster de violar tais direitos, como também protege-los e efetivá-los na maior abrangência possível.

Também aqui se faz possível identificar a vinculação dos três Poderes estatais aos direitos fundamentais objetivamente considerados, cabendo ao legislador editar leis que os protejam adequadamente⁴⁰¹, à Administração agir materialmente no sentido de prevenir e reparar lesões a estes, e ao Judiciário exercer sua prestação jurisdicional atentando-se à sua defesa e promoção⁴⁰².

Trata-se, portanto, de um desdobramento do postulado da máxima vinculação do Estado aos direitos fundamentais⁴⁰³, consequência direta do desenvolvimento desses direitos em suas sucessivas gerações, do modelo de Estado Social adotado em diversos países e da perspectiva objetiva desses direitos aqui investigada.

No Brasil, tal dever de proteção, além de estar relacionado, como já dito, ao dever geral de tutela dos direitos fundamentais, encontra fundamento expresso em diversos dispositivos constitucionais, tais como a cláusula geral do art. 5º, inciso XLI, a determinação de proteção ao consumidor estabelecida no art. 5º, inciso XXXII, o dever de proteção ao meio ambiente previsto no art. 225, etc.

Indubitável, portanto, a plena aplicabilidade da teoria dos deveres de proteção no Brasil, como consequência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, inclusive em observância aos objetivos fundamentais que a Constituição de 1988 incumbiu ao Estado, consoante seu art. 3º.

Mais difícil, por outro lado, é determinar o âmbito de ação exigido pela Constituição na atividade estatal⁴⁰⁴. Isto porque o Poder Executivo em sua atividade administrativa e, mais ainda, o Poder Legislativo em sua atividade criadora do Direito, possuem e devem possuir ampla margem de liberdade para concretizar os direitos fundamentais, sobretudo quando tal

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 460.

⁴⁰¹ Uma das primeiras e mais polêmicas decisões que aplicou a ideia dos deveres de proteção se referiu justamente ao dever de legislação para proteção de direitos fundamentais, proferida pela Corte Constitucional da Alemanha. No caso, reconheceu-se a inconstitucionalidade de uma lei que descriminalizava o aborto, tendo a Corte alemã entendido que o direito à vida do feto merecia proteção estatal, tendo o legislador a obrigação de legislar em proteção a esse direito. Para mais detalhes dessa e outras decisões acerca do tema, inclusive no âmbito da jurisdição internacional, conferir SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 324 ss.

⁴⁰² SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 323.

⁴⁰³ SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 381.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 191.

tarefa envolve ponderar interesses individuais antagônicos igualmente relevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais, não havendo que se falar, em tese, em um dever específico de agir por parte do Estado⁴⁰⁵.

Ademais, não se pode ignorar o problema dos limites de racionalidade da dogmática jurídica para o estabelecimento de parâmetros de aferição do cumprimento dos deveres de proteção estatal⁴⁰⁶, problemática que, no entanto, pode ser enfrentada através de recursos argumentativos como os institutos da proibição do excesso e proibição da insuficiência, corolários do princípio da proporcionalidade que, se não oferecem respostas definitivas, ao menos podem oferecer importantes pontos de vista para a racionalização de tal controle⁴⁰⁷.

De qualquer forma, trata-se de importante construção dogmática, diretamente relacionada com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que pode servir como referencial teórico para uma releitura de diversos institutos do Direito Administrativo, mais especificamente quanto ao tema do controle de políticas públicas, à luz dos direitos fundamentais e dos valores que lhe dão lastro.

Destarte, o reconhecimento da ideia de deveres de proteção do Estado a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, somada a influência hermenêutica desses direitos conforme preconizado por essa mesma perspectiva, configuram os dois pilares sobre os quais serão tratados os dois temas mais específicos a serem enfrentados na parte final do presente estudo, quais sejam, o papel da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na busca por respostas hermenêuticas constitucionalmente adequadas e no controle judicial de políticas públicas.

Antes, porém, cumpre tecer breves apontamentos sobre como o tema vem sendo recebido, ainda que de forma bastante incipiente, pela jurisprudência pátria, tema do próximo tópico, bem como proceder à análise das principais críticas a esse referencial teórico, no tópico subsequente.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 193. Seguindo essa orientação, em outra decisão relevante acerca dos deveres de proteção, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que não cabia a ele determinar os passos a serem dados pelo governo na sua obrigação de proteger a vida. No caso, um industrial havia sido sequestrado e os sequestradores exigiam a liberação pelo Estado de onze presos para libertá-lo. O governo alemão se recusou a atender as exigências dos sequestradores e o filho do industrial interpôs queixa constitucional ao Tribunal, o que foi rejeitado (*apud in* SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 325-326). Essa também é a opinião de Gustavo Binembojm, para quem “o dever de agir do Estado não se configura como um dever de agir *específico*, o qual será definido pela lei ou pela própria Administração”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 75.

⁴⁰⁶ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Op. Cit., p. 119 ss.

⁴⁰⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 50 e ss.

3.4 A Dimensão Objetiva na Jurisprudência Pátria

Em raríssimas ocasiões os Tribunais pátrios se referem à ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais em seus julgados. Nada obstante, há quem identifique a aplicação da teoria em decisões envolvendo a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tal como se deu no julgamento em que se reconheceu a incidência do direito à ampla defesa do cooperado, em processo de expulsão promovido pela cooperativa⁴⁰⁸.

Todavia, como se observa na ementa do julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais entre particulares, pelo que se torna despicando o recurso à ideia de dimensão objetiva aqui desenvolvida, valendo destacar que tema não chegou a ser ventilado expressamente naquela oportunidade.

Com relação à questão dos valores como elementos da Constituição, integrando o chamado bloco de constitucionalidade, enquanto parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, merece menção a decisão prolatada na ADI 595-ES⁴⁰⁹, que menciona os valores que dão sentido à Constituição como elementos informadores da atividade estatal e da correta interpretação do direito, na esteira da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais aqui preconizada, embora também nessa oportunidade não se tenha feito menção a ela expressamente.

Nessa mesma toada, diversas decisões dos nossos Tribunais Superiores mencionam a influência dos direitos fundamentais para a correta leitura das leis infraconstitucionais, como no caso em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o direito fundamental à liberdade de expressão afastava, naquela hipótese, a tipificação do crime de ato obsceno prevista no art. 233 do Código Penal⁴¹⁰ em nome da liberdade de expressão, e no caso em que o Superior Tribunal de Justiça estendeu o conceito de bem de família previsto na Lei 8.009/90 para abranger o direito fundamental à moradia ao indivíduo que reside sozinho⁴¹¹, tendo inclusive tal orientação sido sumulada⁴¹².

⁴⁰⁸ RE 158.215-4/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 07/06/1996.

⁴⁰⁹ ADI 595-ES, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 26/02/2002. Vale transcrever trecho do voto do relator: “(...) cabe ter presente que a construção do significado da Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado”. *Apud in* SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 309.

⁴¹⁰ HC 83.996-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/08/2004.

⁴¹¹ Embargos de Divergência em RESP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 06/02/2002.

⁴¹² Súmula 364/STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Ambas as decisões se coadunam perfeitamente com a proposta aqui desenvolvida, na medida em que vinculam a exegese da legislação infraconstitucional aos direitos fundamentais, seja restringindo tipos penais em nome da liberdade de expressão, seja redimensionando um benefício legal para proteger pessoas igualmente merecedoras de tal proteção, para além da interpretação literal da lei.

De forma expressa, e já se utilizando de um dos efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que foi destacada supra, merece menção o voto do Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADIN 3.510/DF⁴¹³, na qual se discutia a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05, referente à pesquisa científica com utilização das chamadas células tronco. Naquela oportunidade, o Ministro expressamente menciona a teoria, deixando consignado que:

(...) Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). (...) É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

O Ministro subscreveu a aplicação entre nós, portanto, da ideia de deveres de proteção, como corolário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, manifestando sua concordância com a maximização dos efeitos possíveis desses direitos, para além de seu aspecto subjetivo, e para além do reconhecimento de sua aplicabilidade entre particulares.

Ademais, a decisão segue o mesmo caminho das diretrizes aqui desenvolvidas na medida em que, de um lado, se vale de efeitos específicos do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, de outro, se fundamenta em uma determinada ordem de valores que emerge do texto constitucional, privilegiando o direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar em detrimento de determinadas concepções religiosas.

Com efeito, na linha do pensamento de Rawls destacado supra, não se faz possível, considerando os valores do pluralismo e da tolerância, que os dogmas de uma determinada doutrina moral sirvam como impeditivo para o desenvolvimento das demais. No caso, não havia que se falar em violação do direito à vida, pois o que estava em jogo era a utilização de células embrionárias inviáveis biologicamente, de modo que a resistência à utilização de

⁴¹³ ADIN 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Brito, DJ 29/05/2008.

células-tronco em pesquisas científicas se baseava tão somente em questões religiosas, que não merecem prosperar em um ambiente de laicidade estatal, tolerância e solidariedade.

Nesse sentido, restou consignado na ementa da decisão:

(...) Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

Todavia, a decisão que mais se coaduna com a proposta do presente estudo, e que por isso merecerá especial atenção, é, sem dúvida, a que resultou no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADIN 4.277/DF⁴¹⁴, reconhecendo a união estável homoafetiva, nos mesmos moldes das uniões estáveis heteroafetivas.

Muito embora o voto do Relator, Ministro Ayres Brito, tenha se utilizado de outros argumentos para reconhecer a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, impondo uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, o voto do Ministro Luiz Fux faz menção expressa à teoria dos deveres de proteção, aduzindo ser ela “relevante consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”.

Indo além, o Ministro Luiz Fux realiza em seu voto um apanhado histórico e doutrinário acerca da teoria da dimensão objetiva, argumentando pela vinculação ampla do Estado aos direitos fundamentais, gerando direitos de proteção oponíveis ao Estado pelos indivíduos, bem como a existência de direitos fundamentais à proteção através da organização e do procedimento, pelo que chega a conclusão de que “o processo jurisdicional é, por excelência, o locus da proteção dos direitos fundamentais”.

Em verdade, o Ministro se utiliza desse referencial teórico para afastar a preliminar de ilegitimidade do Governador do Rio de Janeiro, autor da ADPF 132/RJ, concluindo pela sua legitimidade e pela pertinência temática do tema com as suas atribuições enquanto chefe do Poder Executivo estadual, igualmente vinculado aos direitos fundamentais, portanto. Todavia, muito embora não tenha feito expressamente, o mesmo raciocínio poderia ter sido utilizado, e implicitamente o foi, no próprio mérito da questão, afastando interpretações dissonantes dos direitos fundamentais relativos à igualdade, personalidade e dignidade humana dos homossexuais.

Deveras, como destacado pelo Ministro em seu voto, uma leitura sistemática dos direitos fundamentais à luz dos valores constitucionais impõe o reconhecimento da proibição

⁴¹⁴ ADPF 132/RJ e ADIN 4.277/DF, Min. Ayres Brito, DJ. 14/10/2011.

de qualquer conduta discriminatória aos casais homoafetivos, tornando imperiosa uma interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil.

Ainda, como mencionado pelo relator Ministro Ayres Brito em seu voto⁴¹⁵, o próprio art. 226, §3º, da Constituição Federal merece interpretação compatível tanto com o *caput* do mesmo artigo, quanto com os direitos fundamentais que orientam a interpretação também da própria Constituição, em nome inclusive da unidade do texto constitucional, já estando sedimentada entre nós a tese da impossibilidade de existir normas constitucionais originárias tidas por inconstitucionais⁴¹⁶.

O fato é que existem duas interpretações possíveis do art. 226, §3º, da Constituição Federal. A primeira, mais literal, enxerga no texto constitucional a impossibilidade, a contrario sensu, do reconhecimento da união estável homossexual, vez que a Constituição só teria contemplado a relação entre o homem e a mulher. A segunda, sistemática e teleológica, aduz que o termo “homem e mulher” é meramente exemplificativo, sedimentando no texto constitucional uma conquista da sociedade com o reconhecimento da união estável, não podendo significar, de forma contraditória, a exclusão da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o reconhecimento da união estável na Constituição Federal veio em consolidação à necessidade de amparo jurídico às situações afetivas de fato anteriormente não contempladas juridicamente, de modo a garantir aos indivíduos nessa situação os mesmos direitos das pessoas casadas, inclusive em nome da especial proteção dada à família pelo *caput* do art. 226 da Constituição.

Constitui, portanto, um avanço, que não pode ser interpretado no sentido contrário ao *caput*, bem como em desrespeito a uma interpretação sistemática do texto constitucional que leve em consideração a proibição do tratamento discriminatório em razão do sexo, ao direito à autodeterminação e a proteção à dignidade da pessoa humana dos homossexuais⁴¹⁷, entre outros direitos fundamentais que foram fartamente abordados durante o julgamento ora em comento.

⁴¹⁵ Segue trecho do voto: “... Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...;”.

⁴¹⁶ Conforme já ressaltado anteriormente, a possibilidade de existir normas constitucionais inconstitucionais chegou a ser levantada por uma parcela da doutrina constitucional alemã, não tendo, todavia, recebido grande receptividade naquele país, e muito menos entre nós, o que ficou sedimentado no âmbito jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na ADIN 815/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10/05/1996.

⁴¹⁷ Nesse sentido, na doutrina, inclusive discorrendo sobre as interpretações possíveis ao art. 226, §3º, da Constituição, é o magistério de Daniel Sarmento (in SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 151-154).

Pode-se ainda acrescentar o argumento liberal no sentido de que não cabe ao Estado definir o conceito de família, cujos contornos são pré-estatais e devem ser protegidos enquanto tal, o que reforça a ideia de que o art. 226, §3º, da Constituição Federal veio para proteger as relações familiares de fato existentes na sociedade, outrora desprovidas de reconhecimento legal, e não para fins justamente de discriminar determinados tipos de relações familiares de fato, o que se revelaria absolutamente incoerente.

Destarte, a decisão do Supremo Tribunal Federal se mostra irretocável à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tal como aqui desenvolvida, no sentido de que os direitos fundamentais em seu conjunto, bem como os valores constitucionais que lhe subjazem, devem influenciar de forma determinante não apenas a interpretação das normas infraconstitucionais, mas também da própria Constituição, evitando incoerências no texto constitucional e privilegiando uma leitura harmônica da Constituição em seu todo, considerando o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, e considerando a vinculação de todos os abrangidos pela Lei Fundamental a esses direitos, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Veja bem. Não se trata de desprezar o texto do art. 226, §3º, da Carta Magna, e nem muito menos de tê-lo por inconstitucional, mas tão somente de dotá-lo da única interpretação possível considerando a Constituição Federal em seu todo, bem como a influência dos direitos fundamentais na sua correta exegese que, embora não seja, à primeira vista, aquela que exsurge evidente da literalidade do dispositivo, não contradiz frontalmente o seu teor.

Situação diversa, e que por isso merece ser criticada, é aquela já mencionada anteriormente, na qual o Superior Tribunal de Justiça relativizou a proibição da prova ilícita no processo penal, tendo por justificativa a inexistência de direito fundamental absoluto⁴¹⁸.

⁴¹⁸ HC 200703052501, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 02/08/2010. Segue a ementa: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E CORRUPÇÃO PASSIVA. NULIDADE PROCESSUAL. ILICITUDE DE PROVAS ORIUNDAS DA INTERCEPTAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. SIGILO ABSOLUTO. DIREITO FUNDAMENTAL. PONDERAÇÃO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS. COEXISTÊNCIA ENTRE OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, contemplados na dimensão objetiva, consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepor à arbitrariedade estatal. 2. O Estado tem o dever de proteção dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares. 3. Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático. 4. Os direitos e garantias fundamentais, por possuírem característica essencial no Estado Democrático, não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas, razão por que não vislumbro constrangimento ilegal na captação de provas por meio da quebra do sigilo de

Ora, muito embora com fundamentação compatível com o que aqui se propõe, a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais nessa hipótese foi utilizada para afastar a aplicação de um direito fundamental expresso, inclusive funcionalizando-o em nome de um suposto melhor interesse da sociedade. Aqui, vale reiterar a impossibilidade da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais ser utilizada para suplantar a dimensão subjetiva em prol de interesses coletivistas, podendo, quando muito, limitá-los em razão da necessidade de respeito também aos direitos fundamentais de todos os demais indivíduos.

No caso, não há direitos subjetivos antagônicos que devem se limitar mutuamente, mas sim a menção de forma abstrata de um interesse coletivo contra a impunidade, pelo que a utilização da técnica da ponderação se mostra bastante duvidosa. Ademais, observe-se que o art. 5º, XII, da Constituição Federal está estruturado sob a forma de regra, não admitindo o recurso à ponderação, uma vez que o poder constituinte originário já fez, na hipótese, um juízo explícito de prevalência⁴¹⁹.

De fato, o mencionado direito fundamental é bastante claro na proibição de produção de prova ilícita no processo penal, inclusive explicitando as hipóteses em que se admite a utilização desse meio de prova, não cabendo ao intérprete, sob a alegação de estar ponderando direitos fundamentais antagônicos, simplesmente desconsiderar o texto constitucional, violando inclusive o núcleo essencial do direito em jogo.

Destarte, muito embora se concorde que não há que se falar em direito fundamental absoluto, o certo é que os direitos fundamentais, sobretudo quando estruturados sob a forma de regra e quando estiver em jogo seu núcleo essencial, não podem ser relativizados em nome de um suposto interesse coletivo, não sendo possível se utilizar da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais com esse desiderato.

Conclui-se, portanto, que a noção de dimensão objetiva já vem encontrando, ainda que de forma incipiente, receptividade na jurisprudência nacional, seja de forma positiva, seja de forma negativa, reconhecendo-se o papel decisivo dos direitos fundamentais na hermenêutica constitucional, pelo que se revela a importância do estudo dessa influência à luz das diversas propostas interpretativas que permeiam o constitucionalismo contemporâneo, problemática que se pretende enfrentar no próximo capítulo, após análise das principais críticas a esse referencial teórico.

correspondência, direito assegurado no art. 5º, XII, da CF, mas que não detém, por certo, natureza absoluta. 5. Ordem denegada”.

⁴¹⁹ Nesse sentido, conforme também já destacado anteriormente, é a orientação do Supremo Tribunal Federal, contrastando com a posição do Superior Tribunal de Justiça ora em comento, o que restou consignado no HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ. 14/12/2001.

3.5 Críticas

As críticas dirigidas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais podem ser reportadas, quase sempre, à noção de ordem de valores que a ela subjaz. Com efeito, muito embora haja quem desvincule um fenômeno do outro, o fato é que a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem inegável fundamento em uma visão axiológica desses direitos, pelo que depende de certa teoria dos valores em sua base, não sendo surpreendente que as principais críticas a esse referencial teórico advenham dessa relação.

Nesse contexto, além das já mencionadas críticas ao uso dos valores na interpretação jurídica, provenientes de autores que negam essa possibilidade, tal como Habermas e Lênio Streck, diversos outros autores foram levantando sérios questionamentos acerca da utilização de uma teoria dos valores no Direito.

Robert Alexy classificou esses questionamentos em três grupos de objeções, a saber: as objeções filosóficas, as metodológicas e as dogmáticas⁴²⁰. Quanto à questão filosófica, Alexy concentra sua atenção nas críticas que são dirigidas contra o conceito de objetividade da teoria dos valores, concluindo ele que tais objeções fundamentam a rejeição de teorias valorativas específicas, e não das teorias valorativas em geral, pelo que admite que uma teoria valorativa menos vulnerável pode ser obtida quando se pressupõe que valores são critérios de valoração, válidos ou não, verificáveis não através de critérios de evidência, mas sim através de critérios de fundamentação, como de forma geral também se dá com relação às regras e princípios⁴²¹, cujas pretensões de objetividade absoluta já de há muito foram ultrapassadas na dogmática jurídica.

Mas se pode ir mais além com relação às objeções filosóficas, questionando-se o próprio conceito de valor no Direito. Nesse campo, merece destaque a posição do filósofo alemão Carl Schmitt, que em sua obra, *La tiranía de los valores*⁴²², crítica a utilização de argumentos axiológicos no discurso jurídico, partindo da ideia de valor como uma categoria essencialmente econômica⁴²³, no sentido de significar aquilo que pode ser valorado, ou seja, os valores nada mais são do que a adjetivação de algo que possa ser valorado, na concepção estritamente econômica do termo, sem possibilidade de utilização racional para além desse âmbito.

⁴²⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 155.

⁴²¹ Ibid., p. 157.

⁴²² SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores**. Prólogo de Jorge Dotti. Trad. Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2009.

⁴²³ Ibid., p. 98.

Nessa perspectiva, a utilização dos valores fora do âmbito econômico significa, para Schmitt, sempre a referência ao não-valor, no sentido de algo que não pertence ao âmbito dos valores⁴²⁴. Para ele, o estabelecimento do valor e do não-valor, dada a sua arbitrariedade e subjetividade, importará sempre na tiraria dos valores, inclusive justificando o aniquilamento do não-valor⁴²⁵.

É nesse sentido que uma teoria dos valores sempre importaria, para Schmitt, na possibilidade de se justificar o aniquilamento dos valores antagônicos, tidos como não-valor e, portanto, passíveis de serem destruídos. Seria esse a base filosófica para as chamadas “guerras justas”, seja em nome de valores ideológicos ou religiosos, e que, segundo o próprio Schmitt, teria servido como fundamento para o “aniquilamento da vida carente de valor” promovida pelo nazismo⁴²⁶.

Destarte, conclui Schmitt que a lógica do valor se distorce tão logo abandona sua esfera de pertinência, qual seja, a economia, de modo que, para ele, as doutrinas axiológicas são incapazes de fundamentar qualquer legitimidade, sendo, portanto, imprestáveis para o Direito⁴²⁷, além de sua tendência à tiranização.

Acontece que se faz possível a adoção de um conceito muito mais rico e complexo de valor, como se verifica na proposta de Miguel Reale, já mencionada anteriormente e que serve como referencial teórico do presente estudo. Por outro lado, as possibilidades de utilização dos valores no Direito foram se consolidando justamente em resposta às atrocidades do nazismo e outros regimes semelhantes, sobretudo através da revitalização da moral kantiana que tem a dignidade humana como seu valor fonte, de modo que os valores, apesar de sua inerente subjetividade, gozam também de uma “objetividade relativa”⁴²⁸.

Nesse sentido, como propõe Fellet, os valores jurídicos, especialmente aqueles relacionados à dignidade humana, constituem o sustentáculo da ideia de direitos fundamentais em processo de objetivação, vez que são cada vez mais positivados nos diversos sistemas

⁴²⁴ Ibid., p. 112. Em outro trecho, completa: “*Nadie puede valorar sin desvalorizar, valorizar o poner en valor. Quien pone valores ya confronta con los no-valores. La ilimitada tolerancia y neutralidad de posiciones y puntos de vista arbitrariamente intercambiables se convierte al punto en su contrario, en enemistad, tan pronto como las cosas se ponen seriamente concretas con el imponer y el hacer valer. El impulso hacia la validez del valor es irresistible y la contienda de quienes valoran, desvalorizan y ponen en valor, inevitable*”. Ibid., p. 138.

⁴²⁵ Ibid., p. 141.

⁴²⁶ Ibid., p. 145. André Fellet também chama a atenção para a utilização de uma teoria dos valores pelo Direito alemão durante o nazismo, destacando os evidentes riscos no uso desse referencial teórico, que não podem ser ignorados por quem pretenda utilizá-los hodiernamente. FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153 ss.

⁴²⁷ Ibid., p. 110.

⁴²⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 209.

jurídicos internos, bem como na denominada humanização do Direito internacional⁴²⁹, pelo que a concepção filosófica de Schmitt acerca do papel dos valores no Direito não encontra guarida no constitucionalismo contemporâneo, tornando suas críticas ao menos exageradas, nada obstante o risco sempre latente de uma tiranização do Judiciário através do recurso retórico aos valores para a tomada de decisões sem amparo no texto constitucional, tornando necessário o reforço dogmático da perspectiva axiológica no discurso jurídico, sobretudo na ótica dos direitos fundamentais aqui preconizada.

De fato, uma vez que se parte dessa perspectiva acerca do papel dos valores no raciocínio jurídico, oriunda de sua consagração nas constituições pós-Segunda Guerra, os direitos fundamentais passam a gozar de ainda mais proteção, evitando o risco de sua tiranização e, pelo contrário, ampliando sua força normativa, considerando o processo de objetivação supramencionado.

Já quanto à questão metodológica, há quem defenda a impossibilidade de utilização racional dos valores no Direito, crítica que, segundo Alexy⁴³⁰, dirige-se tanto contra a concepção de ordem de valores como ordem hierarquizada, quanto contra a ideia de sopesamento, inerente à teoria principiológica alexyana.

Com relação à primeira ordem de questionamentos, Alexy ressalta que a impossibilidade de uma ordem rigidamente hierarquizada de valores não implica a impossibilidade de uma ordenação flexível⁴³¹, tal como aquela que é aqui defendida, considerando a pauta de valores, aberta e flexível, que decorre de uma leitura sistemática e teleológica dos direitos fundamentais, conforme preconizado anteriormente.

Com relação à ideia de sopesamento, trata-se de um problema específico que Alexy enfrenta nos termos de sua teoria principiológica⁴³², não sendo algo inerente ao reconhecimento do papel dos valores no raciocínio jurídico, até porque se refere muito mais à aplicabilidade dos princípios do que dos valores, nos termos da diferenciação entre ambas as categorias procedida em momento anterior deste estudo.

Mais uma vez deixando um pouco de lado a proposta daquele autor alemão, importa considerar, no contexto metodológico, as críticas de Friedrich Müller, para quem a doutrina dos valores é irracional e leva a decisões baseadas em pré-conceitos pessoais do juiz, além de, segundo ele, ignorar que nas atuais sociedades pluralistas os valores são extremamente

⁴²⁹ FELLET, André. Op. Cit., p. 179.

⁴³⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 158.

⁴³¹ Ibid., p. 162-163.

⁴³² Trata-se, portanto, de um problema de metodologia do Direito de modo geral, englobando, inclusive, a aplicação das regras que, para alguns, também estaria sujeita ao sopesamento. Tal debate, porém, foge aos propósitos do presente estudo.

controvertidos. Ainda segundo Müller, é por isso que os direitos fundamentais não são meros valores, mas sim normas, de modo que quem deseja rotulá-los como valores acaba por desvalorizá-los⁴³³.

Acontece que uma leitura mais atenta da teoria estruturante de Müller revela que ele não se insurge propriamente contra a utilização de argumentos axiológicos na interpretação jurídica, mas sim contra a possibilidade de se partir da concepção de um sistema de direitos fundamentais logicamente fechado, pretensamente sem falhas, bem como contra a possibilidade “de uma hierarquia de valores absolutos que é determinada, dada de antemão de um modo superpositivo ou, então, possuidora de natureza extra-histórica”⁴³⁴.

Com efeito, a teoria estruturante formulada por Müller tem como mérito a busca pela racionalização na concretização do Direito a partir da estrutura da norma, que não se resume aos textos normativos, significando, isto sim, um conceito complexo que se constrói no caso concreto, considerando seu âmbito normativo e seu âmbito fático⁴³⁵, ou seja, partindo do texto, mas não se limitando a ele.

Nesse processo de construção da norma jurídica no caso concreto, isto é, na verificação de sua estrutura conteudística, o autor alemão expressamente admite que o âmbito normativo englobe valores.

Nesse sentido, aduz que⁴³⁶:

A análise do âmbito normativo também precisa, nesse processo, se ater aos “valores”, no sentido de concepções axiológicas socialmente eficazes, bem como às suas estruturas, que constituem a expressão de determinadas noções axiológicas. Em geral, a estrutura material do âmbito normativo transcreve, entre outras coisas, também o “valor” a ser concretizado, que, porém, pode ser assim melhor racionalizado, em vez de ser executado de modo especulativo ou nos moldes de postulados. A legitimidade jurídico-constitucional das concepções axiológicas pode, dessa maneira, ser inserida na concretização da norma de um modo mais passível de comprovação do que a partir de uma compreensão não metódica da norma, que não trata a disposição legal nem como algo idêntico a seu texto literal e/ou como algo categoricamente separado do “fato”.

Além disso, Müller reconhece que “uma ciência jurídica sem valoração e decisão não seria nem prática nem real. A exigência de objetividade não diz respeito à eliminação, mas à revelação de valorações necessárias”⁴³⁷. Entende, dessa forma, ser tarefa contínua da metódica jurídica, por meio da análise estrutural normativamente guiada, buscar objetividade

⁴³³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 289-291.

⁴³⁴ Ibid., p. 280.

⁴³⁵ Ibid., p. 291.

⁴³⁶ Ibid., p. 241.

⁴³⁷ Ibid., p. 91. Em trecho anterior, já havia consignado que “a necessidade de racionalidade ‘máxima’ da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade integral; supor esta significaria desconhecer o caráter decisório e valorativo, coconstitutivo do direito”. Ibid., p. 87.

e racionalidade também considerando argumentos valorativos ou argumentos codeterminados por valores, “fazendo de tudo isso o fundamento de um possível consenso da comunidade jurídica”⁴³⁸.

Destarte, conclui-se que, muito embora Müller repute ser dispensável a utilização do polissêmico termo “valor”⁴³⁹, bem como critique sua utilização irracional a partir de uma ordem de valores fechada e absoluta, ele não recusa, mas pelo contrário, reforça a tese da pertinência dos valores no processo de interpretação do Direito, na medida em que estes fazem parte da estrutura material da Constituição⁴⁴⁰.

Nesse cenário, importa consignar, por fim, que Müller expressamente adere à ideia de que uma norma de direito fundamental não se limita ao raciocínio individualizante limitado ao caso, sendo sempre também um princípio fundamental objetivo, coconstituente da ordem constitucional⁴⁴¹, pelo que a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais sobrevive às críticas daquele autor alemão, podendo-se concluir que suas objeções se dirigem a uma determinada concepção do papel dos valores no raciocínio jurídico, de todo já ultrapassada, e não propriamente contra a utilização dos valores no Direito.

Quanto à questão dogmática, Alexy chama a atenção para as objeções contra uma pretensa tendência da ideia de ordem objetiva de valores para a destruição da liberdade constitucional em sua concepção liberal, para as objeções relacionadas à vinculação à Constituição, e para as objeções ligadas a questão da segurança jurídica⁴⁴².

Acontece que, conforme ressaltado pelo próprio Alexy, e conforme análise supra, liberdade e valor não são conceitos antagônicos, sendo a liberdade, isto sim, um valor dentre outros, inclusive um dos mais, senão o mais relevante no contexto dos direitos fundamentais. Reitere-se aqui a necessidade da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais conciliar, em uma visão sistemática e à luz da dignidade humana, valores liberais, comunitários e ético-deliberativos, pelo que o recurso à ideia de ordem objetiva não importa na desconsideração do valor liberdade, mas, pelo contrário, no seu reforço⁴⁴³.

⁴³⁸ Ibid., p. 139.

⁴³⁹ Ibid., p. 281.

⁴⁴⁰ Ibidem.

⁴⁴¹ Ibid., p. 76.

⁴⁴² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 176-179.

⁴⁴³ No ponto, importa consignar que não se entende viável uma visão libertária radical, que muitas vezes parece defender uma noção de liberdade sem limites. No convívio social, parece óbvio que a liberdade não pode ser ilimitada, pela imperiosa necessidade de regras de convivência. Não se admite, por exemplo, o livre exercício de condutas que possam colocar em risco a integridade física de terceiros, como a prática de corrida de automóveis em vias públicas (racha). Nesse sentido, valores comunitários, e até mesmo outros valores liberais, certamente importam na limitação do valor liberdade, sem que daí se possa concluir que tais valores conduzem a uma destruição da liberdade constitucional.

Da mesma forma no que se refere ao valor segurança jurídica, também ele um valor constitucional de natureza fundamental e que, portanto, faz parte da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Tal perspectiva não significa, pois, não levar a sério a vinculação à Constituição, em prejuízo da segurança jurídica, mas sim, pelo contrário, levar a sério a Constituição em todos os seus elementos, devendo o valor segurança jurídica ser sempre relacionado com outros valores de igual índole constitucional, na busca por respostas constitucionalmente adequadas, ou seja, vinculadas ao texto constitucional.

Importa considerar, nesse contexto, o paradoxo da teoria dos valores destacado por Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁴⁴, no sentido de que se os valores a serem tutelados pelo Direito são aqueles identificados pelas majorias comunitárias, quem seria legítimo para dizer quais são esses valores compartilhados? Como impor tais valores comunitários contra os próprios valores declarados pela maioria da comunidade?

Pela proposta aqui defendida, a resposta está nas considerações supra acerca da busca por uma teoria dos valores constitucionalmente adequada, levando-se em consideração as diversas contribuições axiológicas que encontram na Constituição seu fundamento de validade, ancorados em suas concepções liberais, comunitárias e ético-deliberativas, tendo na dignidade humana e seus desdobramentos seu ponto de partida.

Permanece bastante questionável, porém, o papel e a legitimidade do Poder Judiciário nesse cenário. Aqui, merece menção as contundentes críticas de Ingeborg Maus⁴⁴⁵, para quem a apropriação dos discursos morais por parte das Cortes Constitucionais altera o próprio conceito de Constituição, que deixa de ser um documento de institucionalização de processos e de garantias fundamentais para se transformar em “um texto fundamental do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”, entendendo a autora que, nesse viés, a atividade dos Tribunais Constitucionais muitas vezes se transforma em teologia constitucional⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 68.

⁴⁴⁵ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fnovosestudios.uol.com.br%2Fv1%2Ffiles%2Fuploads%2Fcontents%2F92%2F20080627_judiciario_como_superego.pdf. Acesso em 23/03/2015.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 10.

Por essa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário se torna, segundo a autora, ilimitada e imune a qualquer vinculação às regras constitucionais⁴⁴⁷, ao tempo em que amplia voluntaristicamente as competências judiciais em detrimento da autonomia individual, erigindo o Judiciário a um paternalismo que funcionaliza o direito, fazendo desaparecer os espaços jurídicos autônomos⁴⁴⁸. Ainda segundo a autora, essa perspectiva paternalista do Judiciário foi amplamente utilizada pelo nazismo, com as consequências terríveis de todos conhecidas⁴⁴⁹.

Como se observa, tais críticas se inserem no mesmo viés filosófico das críticas de Schmitt, ignorando o avanço da dogmática jurídica das últimas décadas e parecendo apostar num modelo formalista de aplicação do Direito que não mais subsiste em face dos novos paradigmas impostos pelo pós-positivismo.

Em verdade, repita-se, as constituições pós Segunda Guerra apostaram em documentos com forte carga axiológica justamente em resposta às atrocidades do nazismo e demais regimes semelhantes, focalizando na dignidade humana e nos valores correlatos como o norte para a atuação estatal e a vida em sociedade, o que não necessariamente significa que o Poder Judiciário deva assumir qualquer função paternalista em uma sociedade órfã, mas sim que cabe a ele, como também aos demais poderes estatais, proteger determinados valores fundamentais de modo a viabilizar uma convivência pacífica e duradoura de indivíduos com visões de mundo diferentes, em uma sociedade cada vez mais complexa e pluralista.

Os limites da atuação do Estado, e, mais especificamente, do Poder Judiciário neste cenário é algo que precisa ser construído argumentativamente, exigindo-se a máxima vinculação aos direitos fundamentais, norteados pela consideração de sua dimensão objetiva à luz de uma ordem de valores que tem na dignidade humana o seu epicentro, e que deve ser construída discursivamente no seio social.

Mais uma vez, importa harmonizar os valores liberais, comunitários e ético-deliberativos constitucionalmente albergados, fixando os limites hermenêuticos da atividade jurisdicional, bem como impondo ao Poder Judiciário o dever de motivação das decisões judiciais, na busca por respostas hermenêuticas constitucionalmente adequadas,

⁴⁴⁷ Ibid., p. 09

⁴⁴⁸ Ibid., p. 20-21. Ao final, a autora conclui que “a usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual outrora as estruturas jurídicas formais compunham uma barreira. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece consistir tanto na única proteção contra sua perversão como também em obstáculo para a unidimensionalidade funcionalista”. Ibid., p. 22.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 16.

dogmaticamente controláveis e sujeitas a críticas que importem na paulatina evolução jurisprudencial na proteção dos direitos fundamentais.

Voltando ao tema da desvinculação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais da noção de ordem de valores, vale destacar a advertência de Daniel Sarmiento, no sentido de que as discussões sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser desdobrada em dois níveis distintos, um mais abstrato, de filosofia constitucional, relativo à compreensão da Constituição como ordem de valores, e outro mais concreto e pragmático, relativo aos efeitos adicionais para a tutela dos direitos fundamentais oriundos do reconhecimento de sua dimensão objetiva⁴⁵⁰.

Quanto ao primeiro nível, Sarmiento faz um inventário de críticas semelhante às mencionadas até aqui, concluindo que “a compreensão da Constituição apenas como uma ordem de valores, com abstração da sua função deontológica, pode significar um admissível rebaixamento de sua força normativa”⁴⁵¹.

Acontece que a ideia de Constituição como ordem de valores aqui desenvolvida não significa que esta seja apenas uma ordem de valores, com abstração de sua normatividade, mas sim que os valores também fazem parte dos elementos constitucionais, ao lado das regras e princípios, estes últimos mantendo sua natureza deontológica intacta, que apenas é reforçada pelo reconhecimento da dimensão axiológica, como inclusive reconhece o próprio Sarmiento⁴⁵².

Frise-se que também para Sarmiento essa dimensão axiológica das constituições “torna necessário que a aplicação da Lei Maior se lastreie em metodologia preocupada com o estreitamento das margens de subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões”, sendo urgente “recuperar e promover a ideia de racionalidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente”⁴⁵³.

Já Quanto ao segundo nível destacado por Sarmiento, as críticas se limitam ao nível metodológico, como a que é feita com relação à suposta ausência de parâmetros jurídicos para a aferição do cumprimento do dever estatal de tutela (deveres de proteção)⁴⁵⁴.

Tais críticas, porém, podem ser enfrentadas com o reforço de uma dogmática que busque oferecer tais parâmetros, como se pretende contribuir com o presente estudo, não

⁴⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In **Revista de direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, 2003, p. 305.

⁴⁵¹ Ibid., p. 309.

⁴⁵² Ibid., p. 309-310.

⁴⁵³ Ibid., p. 311.

⁴⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 119.

sendo, portanto, uma crítica contra a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais em si, mas sim contra seu possível mau uso em suas diversas aplicações práticas, podendo ser superadas precisamente nesse contexto, consoante se tentará demonstrar.

Nesse viés, ainda tratando da desvinculação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais com a noção de ordem de valores, importa destacar a posição de Konrad Hesse que, apesar de ser um dos pioneiros e mais influentes idealizadores da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desvincula tal construção teórica da ideia de ordem de valores, a qual, segundo ele, merece críticas, pois suscita mais questões do que responde⁴⁵⁵, além de não possibilitar uma interpretação dos direitos fundamentais segundo regras claras e visíveis, favorecendo valorações subjetivas do juiz⁴⁵⁶.

Todavia, segundo ele⁴⁵⁷:

(...) Para a interpretação dos direitos fundamentais, a ideia da “ordem de valores” foi um início e um auxílio em vista de uma situação, na qual ainda faltava, em grande parte, uma elaboração do conteúdo normativo concreto e do alcance dos direitos fundamentais individuais, da sua relação um para com o outro e dos pressupostos de sua limitação. Essa elaboração é a obra da jurisprudência desde então, em conjunto, contínua: com ela está disponível uma existência firme de pontos de vista e regras, a qual possibilita responder algumas questões de direitos fundamentais metodicamente mais seguro e evitar, em grande parte, o recurso repentino a “valores”.

Transportando tal entendimento ao Brasil, é possível dizer que ainda hoje nos falta uma elaboração do conteúdo normativo concreto dos direitos fundamentais, pelo que o recurso a valores continua tendo grande pertinência. Além disso, e na esteira dos ensinamentos de Friedrich Müller mencionados acima, entende-se aqui que os valores fazem parte desse conteúdo normativo concreto dos direitos fundamentais, de modo que sua utilização nunca poderá ser de todo afastada, muito embora o progresso dogmático imponha diretrizes metodológicas cada vez mais firmes em sua aplicação, evitando-se seu uso “repentino”.

Conclui-se, portanto, que a ideia de ordem de valores se encontra na base da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, o que não significa que se limite a ela, bem como não significa que do recurso a esse referencial teórico não possa advir efeitos jurídicos próprios, buscando justamente racionalizar metodicamente a influência dos argumentos axiológicos no discurso jurídico e sedimentar, através do trabalho contínuo da doutrina e

⁴⁵⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 27.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 243.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 244.

jurisprudência, conteúdos cada vez mais concretos dos direitos fundamentais, considerando todos os seus elementos conformadores.

Com isso, a discussão volta-se ao segundo nível mencionado por Sarmento, qual seja, a discussão acerca dos efeitos advindos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais propriamente ditos, tema do capítulo subsequente.

4 APLICAÇÕES DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e Hermenêutica

Como já destacado, o reconhecimento da influência dos direitos fundamentais no processo hermenêutico de aplicação do Direito é uma das principais contribuições oriundas da ideia de dimensão objetiva desses direitos, fazendo emergir a noção de interpretação conforme os direitos fundamentais, impondo uma releitura de todo o ordenamento jurídico à luz desses direitos e dos valores subjacentes.

Nessa perspectiva, importa investigar como tal concepção dos direitos fundamentais se insere nas diversas propostas hermenêuticas que foram conquistando espaço na dogmática jurídica ao longo das últimas décadas, notadamente no âmbito da interpretação constitucional e sua hodierna centralidade.

Para tanto, opta-se por desenvolver o tema a partir do confronto entre propostas hermenêuticas ao menos aparentemente antagônicas, pretendendo-se extrair desse diálogo teórico eventuais possibilidades de releitura na perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais até aqui explanada, ao mesmo tempo em que se tomará partido em uma ou outra direção, na medida em que se almeja investigar a possibilidade de se estabelecer parâmetros hermenêuticos na busca pelas chamadas respostas constitucionalmente adequadas à luz dos direitos fundamentais objetivamente considerados.

Com essa proposta, se adentrará no intenso debate entre as chamadas teorias substancialistas e as teorias procedimentais, entre as teorias da argumentação e a chamada nova hermenêutica, e entre a teoria tópica e a teoria sistemática da interpretação jurídica, inserindo nesse contexto a proposta de uma teoria dos valores na perspectiva dos direitos fundamentais enquanto ordem objetiva, o que passa a ser feito.

4.1.1 Substancialismo versus procedimentalismo

Como ensina Ana Paula de Barcellos⁴⁵⁸, o conflito mais geral com o qual o neoconstitucionalismo tem que lidar se refere ao próprio papel da Constituição, entre aqueles que entendem caber à Constituição impor um conjunto de decisões valorativas que sejam

⁴⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares em Direito Constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 135.

consideradas essenciais e consensuais, e aqueles que entendem caber à Constituição tão somente garantir o funcionamento adequado do jogo democrático, deixando a definição dos valores e opções políticas da sociedade a cargo das escolhas majoritárias.

Consoante já destacado supra, este último entendimento tem referência na crítica deliberativa de Habermas, que adota um modelo procedimental de democracia deliberativa, axiologicamente neutro, entendendo que a deliberação deve estar aberta quanto aos seus resultados, não cabendo à Constituição impor determinada pauta de valores em detrimento da soberania popular⁴⁵⁹, mas apenas garantir o livre processo discursivo.

Em sentido contrário, comunitaristas e liberais convergem no sentido de que a Constituição deve estabelecer parâmetros axiológicos para o convívio social, sobretudo através dos direitos fundamentais, seja pelo reconhecimento de valores coletivamente compartilhados que devem orientar a vida em sociedade, notadamente a atuação estatal, seja através da leitura moral da Constituição, consagrando aquilo que se pode designar de visão substantiva da democracia constitucional⁴⁶⁰.

Fica evidente que essa segunda orientação é a que mais se coaduna com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, vez que o que esta concepção preconiza é justamente a proeminência de uma pauta de valores constitucionalmente estabelecida através dos direitos fundamentais como diretriz tanto da vida em sociedade como da atividade estatal, indo muito além da mera fixação de condições para a deliberação democrática.

Observe-se ainda que a própria fixação dessas condições para o jogo democrático exige certa “substancialidade”, notadamente em países periféricos como o Brasil, nos quais ainda não se logrou êxito em garantir condições mínimas para uma efetiva participação democrática de boa parte da população⁴⁶¹, desprovida até mesmo de condições básicas de sobrevivência digna.

⁴⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 272.

⁴⁶⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 221.

⁴⁶¹ Como nos lembra Claudio Pereira de Souza Neto, um dos defensores da democracia deliberativa no Brasil: “Registre-se, além disso, que a realização prática da liberdade e da igualdade, requeridas pelo princípio democrático, depende da presença de determinados pressupostos sociais. Em especial, se não há igualdade material razoável e igual reconhecimento das diferenças culturais, não há, tampouco, liberdade e igualdade política. (...) Em uma sociedade razoavelmente igualitária, a política democrática deixaria de ser um mero *modus vivendi*, para passar a contar com um fundamento moral capaz de provocar a adesão geral dos cidadãos. Por outro lado, em contextos marcados pela dominação social campeia também a dominação política, e a referência à ‘vontade do povo’ acaba exercendo apenas uma função ‘simbólica’, cujo fulcro é legitimar privilégios” (grifos no original). SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. Cit., p. 44-45.

Ademais, inegável que a Constituição Federal de 1988 aderiu à tese substancialista, tendo se esforçado em estabelecer diversos direitos fundamentais que ultrapassam os elementos procedimentalistas, além de estabelecer objetivos (art. 3º) para o Estado brasileiro que inegavelmente consagram diretrizes não axiologicamente neutras tal como preconizado por Habermas.

Tal não significa, porém, que as teses hermenêuticas procedimentalistas devam ser desde logo descartadas. Na verdade, as críticas procedimentalistas à atuação dos Tribunais na perspectiva substancialista merecem especial atenção, sobretudo por trazer à tona muitos dos pontos fracos da ideia de ordem objetiva de valores, já discutidas anteriormente.

Nesse sentido, interessante é a crítica de Habermas contra a expansão da jurisdição constitucional que, segundo o autor, importam na invasão da política e da sociedade pelo Direito⁴⁶², crítica esta que foi recepcionada no Brasil por autores como Álvaro Ricardo de Souza Cruz, para quem a Constituição não pode ser vista como uma tábua de valores, justificando o recurso à ponderação realizada subjetivamente pelo intérprete, e nem tampouco pode se estabelecer pela supremacia de uma instituição estatal, qual seja, os Tribunais Constitucionais⁴⁶³.

A partir dessa premissa, o autor mineiro recusa a “aplicação do Direito que permaneça em torno de valores pessoais do julgador⁴⁶⁴”, bem como aponta o risco do juiz, na perspectiva substancialista, se arrogar à condição de legislador⁴⁶⁵, o que já restaria evidenciado em diversas decisões dos tribunais pátrios, como no exemplo⁴⁶⁶ da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de lei estadual que concedia gratificação de férias aos servidores inativos, apesar do texto expresso da Constituição nesse sentido à época⁴⁶⁷, e no caso em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul subverteu a prioridade dada por lei aos créditos fiscais/previdenciários em favor dos créditos trabalhistas, em nome da dignidade humana dos trabalhadores⁴⁶⁸.

⁴⁶² HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 297 ss.

⁴⁶³ CRUZ, Álvaro. Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12-13.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 16.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 17.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 18.

⁴⁶⁷ Adin. 1158-8/AM, Rel. Min. Celso de Melo, J. 19.12.1994. A discussão tinha fundamento na isonomia entre servidores ativos e inativos preconizada pelo art. 40, §4º, da Constituição Federal, posteriormente revogado pela Emenda Constitucional nº 20/98.

⁴⁶⁸ CRUZ, Álvaro. Op. Cit., p. 19.

Sem que se vá aqui discutir esses exemplos específicos, é de se questionar, porém, se eventuais excessos na prática jurisdicional em um ou outro caso têm o condão de deslegitimar uma atividade concretista dos tribunais, sobretudo em um contexto de rotineiros descumprimentos dos direitos fundamentais por parte do Poder público.

Com efeito, as teses substancialistas se justificam em países como o Brasil na medida em que o exercício da cidadania tal como preconizado pelas teorias procedimentalistas dependem da efetiva consolidação de direitos fundamentais ainda longe de serem alcançados, pelo que imprescindível uma atuação mais concretista do Poder Judiciário, especialmente na tutela dos direitos fundamentais. Como ensina Lênio Streck, “a desjuridificação, no Brasil, não amplia espaço da cidadania, uma vez que, enquanto a Constituição não é concretizada, não há nem um espaço da cidadania⁴⁶⁹”.

Por outro lado, do ponto de vista mais estritamente hermenêutico, importa conciliar a imprescindível tutela da substância da Constituição, fortemente impregnada de opções axiológicas, com a necessária abertura democrática-deliberativa, também amparada no texto constitucional e fundada em uma “nação de cidadãos” capazes de gerir seus próprios rumos, evitando-se posturas paternalistas do Estado, como já destacado supra.

Nessa perspectiva, se por um lado a dimensão objetiva dos direitos fundamentais reconhece a existência de uma pauta de valores orientadora da atividade estatal, aderindo às concepções substancialistas acerca do papel da Constituição, por outro lado tal pauta de valores não pode olvidar de certa margem de liberdade da autonomia individual e da formação democrática dos rumos políticos e sociais da comunidade, cabendo ao Estado respeitar a livre formação da vontade majoritária, não sendo legítimo o Poder Judiciário substituir, em toda e qualquer hipótese, as escolhas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, enquanto poderes representativos da vontade popular, por suas próprias concepções axiológicas.

A atividade hermenêutica exercida pelo Poder Judiciário deve, pois, levar em consideração a influência dos direitos fundamentais objetivamente considerados no processo de busca por respostas constitucionalmente adequadas, sem se arvorar, no entanto, ele mesmo como fonte de valores a serem seguidos pelos demais poderes.

⁴⁶⁹ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90. Em outra obra, completa ainda o autor que: “É evidente que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos. Parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do Welfare State foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos”. STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 172.

É claro que a linha entre uma ou outra postura é bastante tênue, sendo procedentes as críticas que são feitas às diversas decisões judiciais que simplesmente desconsideram as escolhas legítimas dos demais poderes, substituindo-a, às vezes sem sequer proceder à devida fundamentação, pelas suas próprias escolhas.

Há, porém, elogiáveis decisões que nada mais fizeram do que aplicar corretamente a pauta de valores constitucionalmente estabelecida, como no já citado caso do reconhecimento da união estável homoafetiva. Pelos cânones do procedimentalismo, tal decisão mereceria críticas por desconsiderar as escolhas do Poder Legislativo em matéria de Direito de Família, o que, todavia, não merece prosperar face aos mais comezinhos valores da igualdade, da autonomia privada e da dignidade humana dos homossexuais.

O fato é que o recurso aos princípios e valores na hermenêutica jurídica contemporânea parece ser, como já se concluiu anteriormente, algo incontornável, sendo imprescindível, porém, buscar um grau máximo de objetividade nesse processo, levando-se em consideração certa ordem de valores, flexível e aberta, que exsurja de uma leitura moral da Constituição, de forma dialética em seu pluralismo, numa espécie de consenso sobreposto tal como preconizado por Rawls, o que não pode significar o descaso com o texto constitucional, mas sim o reforço de sua normatividade.

Não se trata, pois, de se apostar no Judiciário como superego da sociedade, mas sim de se reconhecer o substancialismo inerente às Constituições contemporâneas, que não se resumem à proposta procedimentalista, nem aqui nem alhures⁴⁷⁰, antes sendo o estatuto básico da sociedade, verdadeira explicitação do contrato social⁴⁷¹, com suas opções axiológicas fundamentais, que também devem ser protegidas e promovidas pelo Estado contra ações corrosivas do próprio Estado e de terceiros, aí considerando as maiorias eventuais, cujos interesses, embora devam ser levados em consideração, não podem suplantam padrões mínimos de eticidade nas relações com as minorias, sob pena de inviabilização da própria democracia, conforme reconhecido até mesmo por Habermas.

Vê-se, portanto, que a questão é de grau e de busca pela maior racionalidade possível na tutela dos valores constitucionais, influenciado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pelo que importa considerar mais duas teorias hermenêuticas que tratam justamente dessa tentativa de racionalizar o discurso jurídico, a serem analisadas a seguir.

⁴⁷⁰ Como já destacado em momento anterior, a Constituição brasileira de 1988 foi fortemente influenciada pela Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978, por sua vez influenciadas pela Lei Fundamental alemã de 1949, todas elas produzidas em um ambiente de redemocratização, com profundo caráter axiológico, compromissório e dirigente.

⁴⁷¹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56.

4.1.2 Teorias da argumentação versus nova hermenêutica

Uma das principais tentativas de racionalizar o discurso jurídico que se consolidou nas últimas décadas se refere às várias teorias da argumentação que se desenvolveram no contexto da chamada virada linguístico-pragmática na filosofia do século XX⁴⁷², merecendo destaque, até mesmo pela sua receptividade no Brasil, os trabalhos de Perelman e Alexy.

Ambos os autores se esforçam na tentativa de esboçar regras formais do discurso prático como base para a racionalidade da argumentação jurídica, de modo a dotá-la de critérios de correção, como superação da pretensão de verdade nos moldes da filosofia aristotélica⁴⁷³.

Como já destacado anteriormente, Perelman é um daqueles que reconhecem a imprescindibilidade dos juízos de valor no Direito, defendendo a tese de que estes não estão sujeitos, para verificação de sua validade, ao raciocínio demonstrativo das ciências exatas e naturais, mas sim ao raciocínio argumentativo através do discurso pela razão⁴⁷⁴.

Para Perelman, a argumentação jurídica é, portanto, a forma de justificar a atividade judicial, de modo que “raciocinar não é somente demonstrar e calcular, é também deliberar, criticar e refutar, é apresentar razões pró e contra, é, numa palavra, argumentar”⁴⁷⁵. Nesse sentido, a argumentação jurídica diz respeito à prática, às decisões e à maneira de justificá-las⁴⁷⁶, sendo através dela que o exercício da jurisdição se legitima pela motivação de suas decisões, e não por impô-las autoritariamente, da mesma forma que ocorre com o Poder Legislativo, “quando este reconhece que as normas que promulga não são evidentes e, não

⁴⁷² TOLEDO, Claudia. Teoria da Argumentação Jurídica. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2005, p. 48.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 50. Como ensina a autora, a teoria da argumentação supera a noção aristotélica de verdade enquanto correspondência da asserção à realidade, pela noção de verdade construída discursivamente (correção), sendo historicamente construída, sujeita à refutação, portanto não absoluta, e resultado de consenso mediante regras e critérios que lhe possibilitam a justificação e comprovação de suas premissas, lhe garantindo racionalidade, objetividade e universalidade (*Ibid.*, p. 51).

⁴⁷⁴ “(...) Entendemos por discurso toda forma de argumentação destinada a ganhar a adesão das mentes, seja qual for sua extensão e a maneira de apresentá-la. O orador é aquele que apresenta a argumentação, e o auditório, o conjunto daqueles cuja adesão ele quer ganhar. É importante notar que, seja qual for esse auditório, o discurso do orador deve se adaptar a ele, trate-se da multidão reunida numa praça pública, de uma sociedade científica, de um juiz que deve decidir sobre um litígio, do sujeito que delibera ou, enfim, do auditório universal que encarna o que tradicionalmente denominamos a razão. (...) Mas minha concepção da razão difere da concepção clássica. Não enxergo nela uma faculdade oposta a outras faculdades do homem; concebo-a como um auditório privilegiado, o auditório universal. O apelo à razão é apenas uma tentativa de convencer, mediante o discurso, os membros desse auditório, composto daquilo a que o senso comum chamaria homens razoáveis e informados”. PERELMAN, chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 202.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 344.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 514

querendo impô-las arbitrariamente, fornece as razões que as fariam ser admitidas pelo público interessado⁴⁷⁷.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento do autor alemão Robert Alexy, que igualmente destaca a imprescindibilidade de valorações na atividade do jurista na contemporaneidade⁴⁷⁸, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de se responder “onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações”⁴⁷⁹.

Para tanto, o autor desenvolve sua tese segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral, limitado por uma série de condições restritivas, tais como a vinculação à lei, ao precedente, à dogmática e as limitações provenientes das regras do ordenamento processual⁴⁸⁰, de modo que os enunciados jurídicos possam ser racionalmente fundamentáveis sob a consideração dessas condições limitadoras⁴⁸¹, do mesmo como o discurso prático geral é limitado por diversas regras e formas⁴⁸², também atuantes no discurso jurídico.

O discurso jurídico é limitado, portanto, por regras e formas da argumentação que lhe conferem parâmetros de racionalidade e coerência, além de estar condicionado a limitações específicas, tais como a vinculação à lei e ao precedente, bem como às construções teóricas oriundas da dogmática jurídica, de modo que, muito embora não tenha pretensões de estabelecer verdades absolutas e nem consensos permanentes, busca fixar critérios de correção, justificação e racionalidade na interpretação/aplicação do Direito.

Mas mesmo essas condições, segundo Alexy, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto⁴⁸³, o que se revela ainda mais problemático no âmbito dos direitos fundamentais, cujas disposições são extremamente abstratas, abertas e ideologizadas, inclusive não estando vinculadas às decisões tomadas no processo legislativo, mas, ao contrário, as precedendo⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 553.

⁴⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 23.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 24.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 30.

⁴⁸¹ Ibid., p. 31.

⁴⁸² Alexy se esforça em elaborar, em termos matemáticos, diversas dessas regras e formas, que também incidiriam no discurso jurídico. A análise desses pormenores, no entanto, foge aos propósitos do presente estudo.

⁴⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 548.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 551.

Deste modo, embora seja consideravelmente reduzida, para Alexy a argumentação jurídica não elimina a incerteza quanto ao resultado do processo argumentativo, especialmente na seara dos direitos fundamentais, pelo que a atividade jurídica depende também, ao lado da tarefa de argumentação, da tarefa de decisão, realizada tanto pelo Legislativo em sua atividade legiferante quanto pelo Judiciário quando no exercício da atividade jurisdicional, âmbitos nos quais não apenas se argumenta, como também se decide⁴⁸⁵.

Todavia, em suas palavras⁴⁸⁶:

(...) O fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo existente serem, no processo judicial, objeto não apenas de argumentação, mas também de decisão, não implica uma renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional.

É justamente contra essa construção teórica que são formuladas as críticas de Lênio Streck às teorias da argumentação jurídica, defendendo este a por ele mesmo denominada Crítica Hermenêutica do Direito, segundo a qual o enfrentamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito deve abrir “espaço para a construção de respostas adequadas hermenêuticamente à Constituição, insistindo na perspectiva de verdades conteudísticas, entendidas a partir da perspectiva fenomenológica”⁴⁸⁷, em superação das propostas que, segundo o autor, ainda se baseiam na filosofia da consciência, presas ao esquema sujeito-objeto⁴⁸⁸.

Na opinião de Streck, uma das fragilidades das diversas teorias da argumentação é precisamente a aposta no intérprete, supostamente baseada na filosofia da consciência, favorecendo a discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas⁴⁸⁹, enquanto que sua proposta hermenêutica finca raízes

⁴⁸⁵ Ibid., p. 550-551.

⁴⁸⁶ Ibidem.

⁴⁸⁷ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

⁴⁸⁸ Nesse aspecto, Streck faz uso da filosofia da linguagem, influenciado sobretudo por Heidegger e Gadamer, vertente filosófica segundo a qual a linguagem não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, mas sim condição de possibilidade da própria compreensão, a partir do chamado círculo hermenêutico, enquanto que a filosofia da consciência ainda apostaria no intérprete isolado, apto a “descobrir” a verdade escondida no objeto, quando na realidade o próprio intérprete já está inserido, através da pré-compreensão, na “verdade” construída hermenêuticamente na e pela linguagem. As nuances dessa discussão filosófica perpassam toda a proposta hermenêutica do autor, não sendo viável apresentá-la aqui senão em suas linhas gerais. Ademais, como mencionado por Perelman e Alexy em suas obras, e contrariamente ao entendimento de Streck, também as teorias da argumentação podem ser construídas a partir desse referencial filosófico.

⁴⁸⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 380-381.

no conteúdo da Constituição como fundamento da chamada por ele resposta adequada à Constituição⁴⁹⁰.

Nesse contexto, o autor encara os princípios não como abertura para a subjetividade do intérprete, mas, ao contrário, como fechamento das possibilidades interpretativas, impedindo múltiplas respostas⁴⁹¹, de modo a evitar a discricionariedade judicial e tornar possível sustentar a existência de respostas adequadas⁴⁹², entendendo que o processo hermenêutico não autoriza atribuições discricionárias de sentido ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete, mas sim que o constitucionalismo coloca freios à discricionariedade interpretativa⁴⁹³, a partir da ideia de integridade e coerência do Direito, ponto no qual adere expressamente às lições de Dworkin⁴⁹⁴.

Acontece que, apesar das divergências filosóficas de fundo e das pertinentes críticas aos eventuais abusos na utilização da argumentação jurídica como justificativa para subjetivismos incompatíveis com o texto constitucional, a proposta de Streck não se difere tanto assim, na prática, da proposta de Perelman e Alexy, o que fica claro quando se reconhece o inevitável aspecto subjetivo da interpretação, bem como a necessidade do recurso à argumentação intersubjetiva na busca pela resposta adequada, como deixa consignado o próprio Streck na seguinte passagem:

(...) embora o juiz seja uma pessoa com convicções e história de vida, a limitação ao seu subjetivismo e a sua parcialidade se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com a argumentação participada das partes, que, como partes contraditoras, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir do argumento mais adequado ao caso⁴⁹⁵.

Ora, é justamente essa busca pela decisão racional em termos de coerência normativa a partir da argumentação intersubjetiva que é preconizada tanto por Perelman e sua noção de auditório universal quanto por Alexy e sua noção de discurso jurídico enquanto caso especial de discurso prático geral orientado para a solução de problemas jurídicos e limitado pelas condicionantes específicas do Direito (lei, que aqui pode ser entendida como Constituição, precedente e dogmática).

⁴⁹⁰ Ibid., p. 400.

⁴⁹¹ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221.

⁴⁹² Ibid., p. 226.

⁴⁹³ Ibid., p. 278.

⁴⁹⁴ “Nesse sentido, a preciosa lição de Dworkin (Law’s empire), ao lembrar que, quando mais de uma solução se apresentar a partir dessa ‘conduta interpretativa’, o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto”. Ibid., p. 281.

⁴⁹⁵ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 396.

Com efeito, tanto Perelman quanto Alexy também vinculam a racionalidade da argumentação jurídica à busca pela coerência e integridade do discurso jurídico, a partir da argumentação intersubjetiva e da construção jurisprudencial dos argumentos jurídicos, de forma indissociável de seu contexto social, político e ideológico⁴⁹⁶, bem como considerando a possibilidade de se obter uma rede de normas abertas relativamente densas e abrangentes a partir das decisões jurisprudenciais⁴⁹⁷.

Frise-se que a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui preconizada também compartilha do mesmo entendimento, vez que a pauta de valores da qual parte não estabelece uma hierarquização rígida destes, mas sim uma ordenação flexível que leve em consideração a abertura do sistema jurídico, da qual resulta a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, o caráter provisório (*prima facie*) das preferências em favor de um determinado princípio ou valor, e o conjunto de decisões concretas sobre essas preferências extraídas da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, tal como ressaltado pelo próprio Alexy⁴⁹⁸.

Ademais, Lênio Streck não logra êxito em oferecer melhor alternativa às teorias da argumentação tão criticadas por ele, insistindo tão somente na necessidade de se buscar respostas constitucionalmente adequadas à luz do texto constitucional e de uma hermenêutica intersubjetivamente construída na e pela linguagem, no que mais uma vez não difere tanto quanto ele afirma das propostas de Perelman e Alexy.

A questão fica evidente quando se verifica certa incoerência na análise crítica que Streck faz de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. De fato, ao mesmo tempo em que elogia determinadas decisões em que o Supremo Tribunal realizou uma leitura moral da Constituição na análise da constitucionalidade das leis⁴⁹⁹, o autor critica a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva⁵⁰⁰, sob o argumento de que a Constituição Federal teria sido expressa em rechaçar essa possibilidade, se apegando ao teor literal do art. 226, §3º da Constituição, como se não fosse possível interpretar esse dispositivo constitucional de forma sistemática e orientada pela mesma leitura moral da Constituição defendida por Streck, sem fugir aos limites semânticos do texto constitucional.

⁴⁹⁶ PERELMAN, Chaim. Op. Cit., p. 620.

⁴⁹⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 538.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 163.

⁴⁹⁹ Os exemplos citados por Streck são justamente aqueles criticados por Álvaro de Souza Cruz, já mencionados anteriormente, optando o autor gaúcho por defender o “ativismo” judicial do Supremo Tribunal Federal nessas hipóteses, como contraponto ao procedimentalismo do Álvaro de Souza Cruz, em postura substancialista com a qual se concorda. STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175-179.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 265-266 (nota de rodapé nº 25).

No ponto, Streck aproveita para criticar um suposto retorno tardio da Jurisprudência dos valores, o que é retomado em vários momentos de sua obra, aduzindo que essa proposta hermenêutica estaria presa no paradigma da subjetividade, “em que os valores superam o próprio texto, que seria a ponta de um iceberg, estando os valores submersos, prontos para serem descobertos pelo intérprete⁵⁰¹”.

Acontece que não necessariamente a utilização dos valores como elementos a serem levados em consideração no processo hermenêutico importa apostar na subjetividade do intérprete, de modo a superar o texto constitucional. Na verdade, os valores são auferíveis, implícita ou explicitamente, do próprio texto constitucional, fazendo parte do substancialismo da Constituição tal como defendida pelo próprio Streck, não sendo necessariamente produto da subjetividade do intérprete, podendo ser, isto sim, produto da intersubjetividade argumentativa alcançada a partir da consideração de todos os elementos constitucionais em jogo (regras, princípios e valores), inclusive em reforço à normatividade dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como os valores que estão na base dessa construção teórica, constituem importantes elementos, talvez os mais importantes para a obtenção de conteúdos jurídico-fundamentais novos, como defendido por Alexy⁵⁰², a serem levados em conta no processo de formação de respostas constitucionalmente adequadas, a partir da racionalização e justificação do discurso jurídico nos moldes formulados pelas teorias da argumentação.

Destarte, adotar os parâmetros das teorias da argumentação na busca por graus mínimos de racionalidade jurídica não necessariamente significa, como pretende Streck, apostar no voluntarismo subjetivista do intérprete, do mesmo modo que as suas críticas hermenêuticas, apesar de fundamentadas em uma postura filosófica de todo pertinente, não necessariamente conduzem a respostas constitucionalmente adequadas livres de críticas, sendo as respostas por ele tidas como acertadas ou equivocadas também produto de sua própria subjetividade, tão sujeitas à refutação quanto aquelas oriundas dos adeptos das teorias da argumentação.

Por outro lado, Streck tem razão ao ressaltar a necessidade do raciocínio jurídico trabalhar a partir do círculo hermenêutico, tendo a Constituição como condição de

⁵⁰¹ Ibid., p. 193.

⁵⁰² ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso:** Estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 199.

possibilidade da própria interpretação⁵⁰³, chão hermenêutico no qual se move toda e qualquer aplicação do Direito, não podendo o intérprete ir além dos limites semânticos oriundos da consideração da Constituição como algo que constitui, vincula e estabelece as condições do agir político-estatal⁵⁰⁴.

Merece consideração ainda a defesa que Streck faz da autonomia do direito, que não deve sucumbir diante de “predadores exógenos”, tais como a ideia de moral corretiva do Direito, a política e os discursos de análise econômica do Direito, “que pretendem colocar o direito a reboque de decisões pragmaticistas”⁵⁰⁵.

Tal não pode significar, porém, ao contrário do que preconizado por ele, na desconsideração de argumentos axiológicos no processo interpretativo, vez que os valores jurídicos, na forma como aqui desenvolvidos, constituem parte integrante da própria autonomia do Direito, não apenas do ponto de vista da coorigonariiedade do Direito e da Moral, mas também do ponto de vista da teoria da argumentação, na medida em que a atividade interpretativa do Direito rotineiramente precisa trabalhar com argumentos axiológicos que também se incluem no “conjunto principiológico” mencionado pelo próprio autor gaúcho⁵⁰⁶.

Deve-se, pois, ressaltar a Constituição em todo seu potencial normatizador, considerando todos os elementos presentes, implícita ou explicitamente, no texto constitucional, aí incluído regras, princípios e valores, sem olvidar da necessidade de racionalizar e fundamentar argumentativamente a utilização desses elementos, da forma mais coerente e sistemática possível.

Com esse desiderato, importa considerar um último embate teórico que permeia a hermenêutica constitucional, tema do próximo tópico.

⁵⁰³ STRECK, Lênio. Op. Cit., p. 350.

⁵⁰⁴ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 363.

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 331.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 332. Outros argumentos extrajurídicos merecem entrar nessa equação, o que não necessariamente significa desprezar a autonomia do Direito, mas apenas contextualizá-lo, considerando o mundo circundante. Reitera-se aqui as lições de Ingo Sarlet, para quem tais elementos também integram o sistema dos direitos fundamentais, “receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”. SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 72.

4.1.3 Proposta tópica e proposta sistemática

Como últimas vertentes hermenêuticas a serem consideradas no presente estudo, importa trazer ao debate as supostamente antagônicas propostas tópica e sistemática da interpretação jurídica, aquela consagrada na obra de Theodor Viehweg⁵⁰⁷ e a segunda na obra de Claus-Wilhelm Canaris⁵⁰⁸.

Inspirado na tradição jurídica romana e na filosofia de Aristóteles, Viehweg conceitua a tópica como uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica⁵⁰⁹. Consoante destacado no prefácio à terceira edição de sua obra, trata-se de proposta semelhante à chamada Nova Retórica de Perelman, base de sua teoria da argumentação jurídica, já mencionada anteriormente.

Com efeito, ambos os autores compartilham da ideia de que a interpretação jurídica deve ser realizada argumentativamente, visando à solução de problemas jurídicos, sendo, portanto, uma ciência eminentemente prática, cuja correção dos seus resultados depende essencialmente de se levar em consideração as circunstâncias do caso concreto através do debate dialético de argumentos jurídicos.

Partindo dessas premissas, Viehweg desenvolve sua proposta hermenêutica com foco no problema, ou seja, em algo previamente dado que atua como guia⁵¹⁰, para cuja solução se desenvolvem repertórios de ponto de vista (catálogos de *topoi*)⁵¹¹, que vão se sedimentando ao longo do tempo, especialmente na jurisprudência.

Os *topoi* para Viehweg são, portanto, pontos de vista, cuja função é servir a uma discussão de problemas, tendo caráter auxiliar e sendo orientados a partir destes, de modo que “à vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento”⁵¹².

Nessa perspectiva, o autor se insurge contra o pensamento sistemático dedutivo, fundado em proposições lógicas rigorosas que não dão conta da necessária dialeticidade do raciocínio jurídico⁵¹³, pelo que, segundo ele, o pensamento a partir do problema alargaria as

⁵⁰⁷ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979.

⁵⁰⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 2002.

⁵⁰⁹ VIEHWEG, Theodor. Op. Cit., p. 17.

⁵¹⁰ Ibid., p. 34.

⁵¹¹ Ibid., p. 36.

⁵¹² Ibid., p. 38.

⁵¹³ Ibid., p. 43-44.

possibilidades discursivas e, com isso, as possibilidades de alcance da justiça no caso concreto.

Como conclui Margarida Camargo⁵¹⁴, é daí que decorre a importância da tópica na dogmática jurídica contemporânea, muito mais preocupada em buscar a concretização do direito e a solução de problemas em função dos valores que o ensejam, do que fundar um sistema de valores apriorístico que seja válido por si só, o que, todavia, não significa que o pensamento tópico não seja harmonizável com a ideia de sistema axiológico aberto, conforme se verá.

Discordando expressamente dessa orientação, Claus-Wilhelm Canaris critica fortemente o pensamento tópico defendido por Viehweg, aduzindo, entre outras coisas, que este não seria capaz de traduzir nenhum critério de decisão utilizável⁵¹⁵, ao mesmo tempo em que, segundo ele, “os seus seguidores não distinguem suficientemente entre as tarefas da legislação e as da jurisprudência e desconhecem que a Ciência do Direito tem a ver, em primeira linha, com a execução consciente de valores já legislados e não com a escolha tópica de premissas”⁵¹⁶.

Buscando justamente a “execução consciente de valores”, Canaris desenvolve, como contraponto ao pensamento tópico, sua ideia de pensamento sistemático que, em sua opinião, se justifica a partir dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente o princípio da justiça e suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização, indo na mesma direção de outro valor supremo, a segurança jurídica⁵¹⁷.

A proposta de Canaris não trata, pois, da ideia de sistema axiomático-dedutivo nos moldes formais positivistas⁵¹⁸, mas sim da ideia de sistema enquanto ordem axiológica, sendo que tal sistema, “devendo exprimir a unidade aglutinadora das normas singulares não pode, pelo que lhe toca, consistir apenas em normas; antes deve apoiar-se nos valores que existam por detrás delas ou que nelas estejam compreendidos”⁵¹⁹, a partir das noções de adequação e unidade como postulados da ideia de Direito⁵²⁰.

Trata-se, desta feita, de um sistema aberto, não formal e não axiomático-dedutivo, sujeito a influxos externos e fundado na interpretação axiológica ou teleológica do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, o pensamento sistemático está, na opinião de

⁵¹⁴ CAMARGO, Margarida Maria L. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155-156.

⁵¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit., p. 250.

⁵¹⁶ Ibid., p. 269.

⁵¹⁷ Ibid., p. 22.

⁵¹⁸ Ibid., p. 38.

⁵¹⁹ Ibid., p. 41.

⁵²⁰ Ibid., p. 18.

Canaris⁵²¹, no mais alto nível entre os meios de interpretação, sendo que, para ele, a ordenação sistemática axiológica, na busca pela unidade e adequação do raciocínio jurídico, está na essência mesmo do fenômeno jurídico⁵²².

Acontece que se faz possível harmonizar ambas as propostas, como ensina Paulo Roberto Soares Mendonça, para quem a ideia de pensamento sistemático desenvolvida por Canaris, justamente por ser aberto, “preserva espaços elasticados de normatividade, que serão concretizados pelo intérprete e pelo aplicador (princípios constitucionais, cláusulas gerais e lacunas legislativas), que seriam o campo residual de atuação admissível da tópica”⁵²³.

Aqui, cumpre reiterar a compatibilidade do pensamento tópico com a ideia de valores, como também aduz Paulo Mendonça, segundo o qual os valores “penetram nos próprios institutos do Direito, não como máximas estabelecidas aprioristicamente, e sim como manifestações axiológicas surgidas topicamente”⁵²⁴.

Faz-se possível, nesse diapasão, compatibilizar o pensamento tópico com o pensamento sistemático, a partir da ideia de ordem aberta de valores. Quem melhor defende essa compatibilização no Brasil é Juarez Freitas, para quem a interpretação sistemática deve ser vista como uma rede axiológica, hierarquizada topicamente, de todos os elementos constitucionais.

Conforme já citado anteriormente, na sua conceituação o sistema jurídico deve ser entendido⁵²⁵:

(...) como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. (grifado no original)

A partir dessa ideia de sistema jurídico, e da necessária interpretação sistemática do Direito que leve em conta todos esses elementos, o autor brasileiro destaca a necessidade de se reexaminar a tarefa hermenêutica na busca pela melhor resposta possível aos problemas jurídicos, a partir de uma dada escolha axiológica, lidando com regras, princípios e valores hierarquizáveis mas nunca inteiramente hierarquizados de modo prévio, com observância das demandas por segurança e justiça⁵²⁶.

⁵²¹ Ibid., p. 159.

⁵²² Ibid., p. 154.

⁵²³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 245.

⁵²⁴ Ibid., p. 209.

⁵²⁵ FREITAS, Juarez. FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63.

⁵²⁶ Ibid., p. 67.

Chama a atenção também para a necessidade de uma “hierarquização conducente à efetividade”, considerando a superioridade normativa da Constituição bem como a necessária efetivação tópico-sistemática dos princípios superiores do ordenamento jurídico, vedando-se o descumprimento dos objetivos fundamentais da República⁵²⁷.

Eis a visão que melhor se adequa à influência da perspectiva objeto dos direitos fundamentais na hermenêutica constitucional, na medida em que propõe fixar topois de raciocínio jurídico a partir dos valores relevantes para o caso concreto, e não arbitrariamente fixados, ao mesmo tempo em que pretende sistematizá-los de forma aberta e flexível, tendo como base os princípios e objetivos do Estado Democrático tais como estabelecidos na Constituição, entendida como estatuto fundamental da sociedade, não axiologicamente neutra, apesar de não fundada em uma pauta de valores absolutos aprioristicamente hierarquizados a partir de um único viés ideológico.

4.1.4 Síntese conclusiva

Da análise das propostas hermenêuticas supra se faz possível concluir pela pertinência da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como ponto de partida para a busca pelas chamadas respostas constitucionalmente adequadas, considerando, por um lado, a substancialidade das Constituições contemporâneas e o papel de proeminência assumido pelo Judiciário na garantia dos direitos fundamentais e, por outro lado, a necessidade de dotar a atividade jurisdicional de padrões mínimos de racionalidade e coerência, sem olvidar ainda da preocupação com questões democráticas, seja em sua vertente de direito das majorias, seja em sua vertente de proteção das minorias.

Com efeito, os direitos fundamentais entendidos como uma pauta de valores a partir de sua análise sistemática e teleológica servem como parâmetro de controlabilidade da atividade jurisdicional, exigindo do operador jurídico a consideração de elementos axiológicos tradicionalmente excluídos do raciocínio jurídico, mas que devem ser levados em conta na busca por respostas adequadas (corretas), tendo em vista as demandas por segurança jurídica (previsibilidade) e justiça do caso concreto.

Frise-se que a busca por tais respostas adequadas não significa apostar, como já destacado anteriormente, na existência de uma única resposta correta, e nem mesmo na melhor resposta possível à luz de outros pontos de vista (pragmáticos ou utilitaristas, por

⁵²⁷ Ibid., p. 160.

exemplo), mas sim na possibilidade de se extrair do texto constitucional a melhor resposta possível à luz dos direitos fundamentais, entendendo ser a garantia desses direitos, notadamente da dignidade humana, a razão de ser do Direito.

Da mesma forma, não se trata de fundar um método seguro e infalível para tal desiderato, e nem mesmo um método dos métodos, considerando todas as propostas já formuladas ao longo de séculos de desenvolvimento da dogmática jurídica, mas sim de buscar conciliar diversas propostas hermenêuticas, de modo a oferecer uma possibilidade de leitura dos direitos fundamentais que leve em conta todo o seu potencial normativo e orientador, sem que tal signifique necessariamente apostar em subjetivismos e voluntarismos do intérprete judicial.

Aqui, importa reiterar o insuprível aspecto subjetivo de todo e qualquer processo interpretativo, que não pode ser desconsiderado por qualquer proposta teórica que pretenda enfrentar o problema, sendo tarefa da dogmática jurídica, isto sim, olvidar esforços no sentido de oferecer parâmetros racionais de controlabilidade da interpretação judicial, de modo a contribuir para a fixação de standards argumentativos que, apesar de abertos e flexíveis, ofereçam parâmetros de correção do discurso jurídico.

É justamente esse o âmbito de maior relevância da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui preconizada, defendendo-se a possibilidade de se extrair dos direitos fundamentais, e da pauta de valores que emerge de uma leitura sistemática e teleológica desses direitos, tais parâmetros de correção do discurso jurídico, orientados pela busca de respostas integradoras e coerentes à problemas jurídicos que afligem a dogmática jurídica contemporânea, e que escapam dos métodos tradicionais de interpretação⁵²⁸.

⁵²⁸ Não se trata de desconsiderar tais métodos tradicionais de interpretação, mas sim de ir além deles, considerando sua insuficiência para o tratamento de algumas questões jurídicas atuais. No ponto, cumpre destacar os inúmeros pontos de contato entre a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui preconizada e os tradicionais métodos de interpretação sistemático e teleológico, sendo que, porém, a teoria aqui defendida, por um lado, vai além desses métodos, considerando as propostas hermenêuticas já destacadas, e, por outro lado, é mais específica do que eles, vez que se refere à interpretação sistemática e teleológica dos direitos fundamentais em si, procurando extrair destes diretrizes hermenêuticas para todos os demais ramos do Direito, ou seja, trata-se de aplicação daqueles métodos de forma específica aos direitos fundamentais, considerando a proeminência desses direitos na dogmática jurídica contemporânea.

4.2 Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas

A influência hermenêutica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se revela também em outro âmbito de considerações, mais estritamente relacionado com o Direito Administrativo e que se vincula a outra ordem de consequências oriundas desse referencial teórico, referente aos chamados deveres de proteção estatal.

Com efeito, conforme já destacado supra, a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem como um dos seus desdobramentos mais relevantes o surgimento da noção de deveres estatais de proteção, a partir da consideração de que os direitos fundamentais, para além de embasarem direitos subjetivos individuais, constituem em seu conjunto uma ordem de valores que orientam a atividade estatal, inclusive fomentando para esta o dever de agir em prol de sua efetiva proteção, seja contra atos de outros Estados, contra atos de particulares ou contra seus próprios atos, tanto omissivos (proibição da insuficiência) quanto comissivo (proibição do excesso)⁵²⁹.

Nesse último aspecto, que mais nos interessa, o tema se relaciona diretamente com o controle judicial de políticas públicas, na medida em que a partir da ideia de deveres de proteção à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se faz possível aduzir uma série de novos parâmetros hermenêuticos para a verificação da correção da atividade estatal, tendo em vista suas obrigações constitucionalmente estabelecidas, notadamente no que tange ao cumprimento dos objetivos determinados na Lei Maior (art. 3º).

Nesse contexto, importa deixar registrado o que se entende por políticas públicas, para o que servimo-nos das lições de Ana Paula de Barcellos⁵³⁰, segundo a qual o termo pode ser compreendido como a atividade que compete à Administração Pública para efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, “cabendo-lhe implementar ações e programas dos mais variados tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc.”, sendo através destas que “o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção”.

Vê-se, pois, a íntima relação entre esta concepção de políticas públicas e os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, bem como aos valores constitucionais que estão na

⁵²⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 50 e ss.

⁵³⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares em Direito Constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 138.

base dessa construção teórica, tais como o da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, etc., impondo ao Poder Judiciário, no exercício da sua função de controle judicial da atividade estatal, leva-los em consideração na busca por respostas constitucionalmente adequadas, nos termos da influência dos direitos fundamentais na hermenêutica constitucional, conforme desenvolvido anteriormente.

Por outro lado, inconcebível a simples substituição das escolhas do Poder Executivo, dotado de expertise técnica e com sua atividade lastreada em sua legitimidade democrática através do voto e de outros mecanismos de participação popular, pelas escolhas do Poder Judiciário, imunes ao escrutínio eleitoral, pelo que, embora não seja possível falar em discricionariedade absoluta do Poder Público, também não é cabível defender-se a controlabilidade total e sem limites dos seus atos pelo Poder Judiciário.

Desde já deve ser superada, portanto, a tradicional dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários pela ideia de “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”⁵³¹, concentrando-se a discussão não mais na possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, mas sim “nos limites (intensidade) e parâmetros (critérios) que devem presidir esse controle”⁵³².

Pretendendo justamente estabelecer esses limites e parâmetros, autores como Gustavo Binbenbojm e Ana Paula de Barcellos vêm elaborando standards argumentativos que servem como importantes critérios para o tratamento da matéria.

Gustavo Binbenbojm, por exemplo, elenca cinco standards, quais sejam⁵³³: (I) Quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso o grau do controle judicial; (II) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial; (III) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial; (IV) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; (V) quanto maior o grau de efetiva participação social no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial.

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, divide os parâmetros entre aqueles puramente objetivos, relacionados à quantidade de recursos que deve ser aplicado nas políticas públicas,

⁵³¹ BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 206.

⁵³² Ibid., p. 199.

⁵³³ Ibid., p. 235-236.

tal como estabelecido constitucionalmente⁵³⁴, e outros não objetivos, relativos ao controle do resultado final esperado pela atuação estatal, a partir da construção hermenêutica de “metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”⁵³⁵, e o controle da própria definição das políticas públicas a serem implantadas (controle dos meios), que, muito embora se trate de matéria reservada pela Constituição à definição político-majoritária⁵³⁶, admite a concepção de parâmetros que eliminem “das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais”⁵³⁷.

A autora adere, portanto, à ideia de diferentes graus de vinculação, desde critérios objetivos cuja desobediência admite amplo controle jurisdicional, até os critérios mais subjetivos, cujo controle exige temperamentos, não sendo o caso de “substituir a avaliação política da autoridade democraticamente eleita pela do juiz, mas apenas de eliminar as hipóteses de ineficiência comprovada”⁵³⁸.

Sem que se vá aqui analisar essas propostas em todos os seus pormenores, bem como outras propostas igualmente relevantes⁵³⁹, pode-se concluir que todas elas reconhecem a necessidade da tutela jurisdicional para a garantia dos direitos fundamentais, devendo as políticas públicas serem entendidas justamente como o mecanismo para a promoção desses mesmos direitos, pelo que as escolhas do Poder Público, embora gozem de certa margem de livre apreciação, devem obediência a eles e aos valores que lhe dão lastro.

Impõe-se, portanto, a releitura de diversos institutos do Direito Administrativo à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, optando-se no presente trabalho pela análise daqueles mais especificamente ligados à questão do controle judicial das políticas públicas na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, quais sejam, a questão da discricionariedade administrativa (mérito administrativo) e a questão do papel do Poder Judiciário para o equacionamento da rotineira tensão entre alguns princípios administrativos, tais como o da supremacia do interesse público, do mínimo existencial e da reserva do possível.

⁵³⁴ BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit., p. 143.

⁵³⁵ Ibid., p. 145.

⁵³⁶ Ibid., p. 146.

⁵³⁷ Ibid., p. 147.

⁵³⁸ Ibidem.

⁵³⁹ Destaque-se aqui a proposta de alguns autores que tratam mais especificamente dos limites à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, Daniel Sarmento (**Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010) e Andreas Krell (**Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002)

A partir desses dois âmbitos de análise, entende-se ser possível inserir o tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais enquanto ponto de partida para o estabelecimento de novos standards hermenêuticos, com as lentes focadas em uma interpretação sistemática e teleológica dos direitos fundamentais em todo seu potencial protetivo e emancipatório, tendo a dignidade humana como meta em todos os seus desdobramentos.

Defende-se, nesse prisma, a máxima vinculação do Estado aos direitos fundamentais, seja do Executivo, a quem cabe oferecer políticas públicas aptas à proteção, promoção e desenvolvimento daqueles direitos, seja do Poder Legislativo, a quem cabe, enquanto representantes da vontade popular, estabelecer diretrizes e limites para a atividade do primeiro nessa seara, e seja do Poder Judiciário, a quem cabe fiscalizar a adequação dos atos dos demais poderes aos direitos fundamentais, inclusive de forma contramajoritária, sem que suas próprias decisões, no entanto, estejam acima deles e dos valores que lhe dão lastro.

Estabelecidas tais premissas, passa-se a análise da problemática apresentada, almejando-se contribuir para a superação de algumas das dificuldades levantadas no início do presente estudo, sobretudo no que se refere à inefetividade dos direitos fundamentais e à necessidade de se estabelecer parâmetros para o controle judicial das políticas públicas.

4.2.1 Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional

Sem que haja espaço aqui para tratar do tema da discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional em todos os seus desdobramentos, cumpre destacar a relação entre esta problemática e o tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em especial com relação a um dos seus desdobramentos mencionados supra, qual seja, a questão dos chamados deveres de proteção, através do qual se faz possível extrair toda uma série de parâmetros para a controlabilidade da conduta estatal.

Com efeito, a partir do momento em que se reconhece que o Estado tem o dever não apenas de se abster de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los, promovê-los e desenvolvê-los, não somente na perspectiva subjetiva-individual, mas também na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais conjuntamente considerados, se verifica as múltiplas possibilidades de utilização desse referencial teórico nessa seara, sobretudo para fins de se buscar parâmetros racionais e constitucionalmente adequados para o controle judicial de políticas públicas.

Tradicionalmente, a questão do controle jurisdicional das políticas públicas é estudada a partir da dicotomia estanque entre atos discricionários e atos vinculados, aqueles fundados em juízos de oportunidade e conveniência da Administração Pública (mérito administrativo), pretensamente imunes ao controle judicial, e estes fundados na vinculação restrita da Administração à legalidade, razão pela qual permitiria amplo controle judicial dos seus elementos.

Todavia, essa posição vem sendo hodiernamente revista pela doutrina pátria, prevalecendo cada vez mais hoje o entendimento de que não há uma distinção qualitativa entre ato vinculado e ato discricionário, mas sim uma distinção quantitativa, dependendo das características das normas jurídicas a serem aplicadas e das circunstâncias fáticas do caso concreto⁵⁴⁰.

No mesmo sentido, consoante já destacado, Gustavo Binenbojm⁵⁴¹ aduz que não há mais que se falar em dicotomia entre atos discricionários e atos vinculados, mas sim em diferentes graus de vinculação. Da mesma forma, tal vinculação não se dá mais exclusivamente na perspectiva da legalidade, como se a Administração Pública estivesse adstrita apenas à lei, mas sim na perspectiva da juridicidade, entendida esta como a vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, substituindo a lei pela Constituição como o cerne da atividade administrativa⁵⁴², “com especial ênfase no sistema dos direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito”⁵⁴³.

Substitui-se, portanto, a lógica legalista subsuntiva baseada no esquema “se-então”, pela lógica principiológica baseada no esquema “fim-meio”⁵⁴⁴, sendo a Constituição, e notadamente o sistema dos direitos fundamentais, o parâmetro de controlabilidade teleológica da atividade estatal.

Nesse viés, a discricionariedade administrativa só pode ser entendida como a competência administrativa para escolher, nos espaços mais ou menos amplos deixados pela juridicidade, as melhores soluções possíveis, mediante justificativas válidas e “respeitados os

⁵⁴⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

⁵⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 206.

⁵⁴² Ibid., p. 142.

⁵⁴³ Ibid., p. 144. Nesse sentido também são os ensinamentos de Andreas Krell, segundo o qual os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas também por sua juridicidade, concluindo que “a ‘principalização’ da ordem jurídica prestigiou a proibição da arbitrariedade, a razoabilidade e a proporcionalidade, a igualdade, a proteção da confiança legítima, etc., aumentando bastante a margem de vinculação dos atos administrativos discricionários”. KRELL, Andreas Joachim. Op. Cit., p. 76.

⁵⁴⁴ KRELL, Andreas Joachim. Op. Cit., p. 17.

requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”⁵⁴⁵.

No mesmo passo, o controle judicial das escolhas administrativas deixa de se limitar a aspectos formais de compatibilidade do ato administrativo com a lei, para abarcar também o controle quanto ao cumprimento das finalidades teleológico-sistemáticas impostas pela Constituição, notadamente no que se refere aos objetivos do Estado, insculpidos no art. 3º da nossa Carta Magna, e no que se refere aos direitos fundamentais na perspectiva objetiva aqui investigada.

Portanto, o juízo de oportunidade e conveniência do administrador público, por mais que possua algum grau de discricionariedade, estará sempre vinculado ao texto constitucional, no qual se inclui, conforme considerações supra, a ordem de valores que exsurge da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado não apenas se abster de violar tais direitos mas, principalmente, agir conforme as diretrizes axiológicas decorrentes de sua consideração teleológica e sistemática.

Aqui, cumpre mencionar mais uma vez as lições de Ingo Sarlet, para quem⁵⁴⁶:

(...) O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.

Nesse diapasão, não se faz possível defender a existência de atos administrativos imunes ao controle jurisdicional, vez que cabe ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade da atividade estatal, o que inclui o controle da compatibilidade das escolhas administrativas com a ordem de valores que emerge dos direitos fundamentais, sendo concebível, porém, que tal controle se mova entre dois extremos, que vão desde a redução das possíveis escolhas do administrador, permanecendo uma ampla margem em aberto no quadro da juridicidade, até a chamada redução da discricionariedade à zero, quando, por imperativo constitucional, se verifica existir apenas uma escolha conforme a juridicidade⁵⁴⁷.

Trata-se, portanto, de uma questão de graus de controlabilidade, devendo-se buscar uma solução intermediária que concilie os princípios da separação dos poderes e da

⁵⁴⁵ FREITAS, Jurez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24. Ainda segundo Juarez Freitas, o “Estado da escolha administrativa legítima deve ser, escrupulosamente, o *Estado da proporcionalidade*, em lugar de aparato propício a excessos ou tendente às omissões” (grifo no original). *Ibid.*, p. 19.

⁵⁴⁶ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 378.

⁵⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 208.

inafastabilidade do controle judicial⁵⁴⁸, optando-se por critérios que favoreçam uma distribuição funcionalmente adequada entre a Administração Pública e o Poder Judiciário⁵⁴⁹, considerando as aptidões técnicas e democráticas de cada um.

De fato, se por um lado a Administração Pública está vinculada à juridicidade em sentido abrangente, merecendo amplo controle jurisdicional, por outro lado suas escolhas gozam de uma presunção de correção, vez que amparadas em sua legitimidade democrática e na expertise técnica de sua atividade administrativa, não podendo suas opções serem simplesmente substituídas pelas escolhas judiciais em toda e qualquer hipótese.

Conforme explica Binenbojm, há, nesse cenário, zonas de certeza positiva e certeza negativa quanto ao enquadramento da conduta administrativa no quadro da juridicidade, quando então o controle jurisdicional é pleno, e zonas de penumbra, hipóteses em que o controle deve ser parcial⁵⁵⁰, averiguando-se não se a escolha administrativa foi “a correta”, mas sim se foi motivada e justificada e, portanto, sustentável⁵⁵¹.

Na perspectiva da busca por respostas constitucionalmente adequadas aqui preconizada, e que não se distancia da proposta de Binenbojm, essa sustentabilidade das escolhas administrativas deve ser verificável na perspectiva dos direitos fundamentais objetivamente considerados, levando-se em conta os deveres de proteção do Estado na promoção desses direitos, bem como a sua influência na aferição da compatibilidade da conduta administrativa com a Constituição.

Cabe enfrentar também, na perspectiva dos valores aqui defendida, uma das questões mais delicadas no que se refere ao controle de políticas públicas, qual seja, o paradoxo democrático dos direitos fundamentais, vez que estes direitos ao mesmo tempo limitam e viabilizam a democracia.

De fato, reitera-se aqui que, na concepção moderna de democracia, esta não se limita a estabelecer políticas majoritárias, devendo significar também a insuprível proteção das minorias, inclusive como condição de sobrevivência da própria democracia, que pressupõe a participação, em igualdade de condições, de todos os cidadãos.

No mesmo sentido, cabe ao Estado, através dos seus três poderes, não apenas atuar em nome das maiorias que representam, mas também cuidar para que as minorias tenham

⁵⁴⁸ Ibid., p. 216.

⁵⁴⁹ “Vale ressaltar, nesse ponto, que a ideia de um controle funcionalmente limitado do Judiciário também não colide com a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional do art. 5º, inciso XXXV, da Carta brasileira de 1988. Aqui, o objetivo almejado não é o controle judicial *máximo* dos atos do Executivo, mas o *melhor* controle possível (‘otimizado’), o que exige uma maior *cooperação* (e não competição) entre os poderes estatais” (grifos no original). KRELL, Andreas Joachim. Op. Cit., p. 57.

⁵⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 220.

⁵⁵¹ Ibid., p. 222.

possibilidades de efetiva participação no jogo político, garantindo o princípio da igualdade, o respeito às diferenças e a promoção da razão pública inclusiva, fortalecendo o jogo democrático.

Tal significa, portanto, que o Estado, na realização de políticas públicas, não esteja imune à pauta de valores estabelecida constitucionalmente, cabendo-lhe, pelo contrário, justamente promover tais valores, tanto aqueles de índole liberal quanto aqueles de cunho comunitário, com reflexos, por exemplo, nas políticas públicas de fomento à iniciativa privada, de inclusão social nas universidades públicas, de garantia da saúde básica, de proteção das famílias em suas variadas formas, etc.

Conclui-se, portanto, ser possível extrair dos direitos fundamentais, orientado, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana, uma pauta de valores constitucionalmente adequada, que não privilegie esta ou aquela concepção de vida, mas sim que garanta a convivência pacífica e harmoniosa entre os indivíduos, protegidos por uma atuação estatal que, para além de não violar direitos fundamentais, invadindo a esfera de autonomia privada dos cidadãos, seja capaz de fomentar a vida comunitária, tratando os indivíduos com igual respeito e consideração, sem olvidar da proteção às diferenças e promovendo um ambiente de efetiva participação democrática.

Tal pauta de valores deve necessariamente ser flexível e aberta, jamais imune aos influxos da sociedade, sem desconsiderar, contudo, garantias mínimas de estabilidade, inclusive em defesa do próprio jogo democrático que, a despeito de se fundar na vontade da maioria, não pode sobrepujar direitos mínimos que garantam a sobrevivência das minorias, de suas diferenças, e do direito de serem tratados com igual respeito e consideração por parte do Estado.

É nesse sentido que se entende pertinente a busca por parâmetros axiológicos capazes de contribuir para a racionalização do controle judicial das políticas públicas, exigindo-se também aqui respostas constitucionalmente adequadas à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A busca por tais parâmetros guarda estrita relação com alguns princípios constitucionais-administrativos que vêm sendo reconhecidos pela dogmática jurídica contemporânea, alguns deles antagônicos entre si, cuja harmonização no caso concreto pode ajudar a enfrentar algumas das dificuldades que permeiam a matéria, senão vejamos.

4.2.2 A necessária harmonização de princípios à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como parâmetro para o controle judicial de políticas públicas

Como já dito, parte-se aqui da premissa de que a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais traz como uma das suas principais consequências teóricas a ideia de deveres estatais de proteção, cuja aplicabilidade prática revela ao menos duas ordens de indagações, a primeira relativa aos limites do que é cabível exigir do Estado na proteção e promoção dos direitos fundamentais, e a segunda referente ao papel do Judiciário enquanto instância corretiva dos excessos ou omissões estatais nessa atividade.

Pretendendo oferecer respostas a essas indagações à luz da principiologia constitucional, muitos autores fazem menção ao chamado direito ao mínimo existencial, cujo principal referencial teórico no Brasil se encontra no trabalho do autor fluminense Ricardo Lobo Torres.

Segundo esse autor, o direito ao mínimo existencial pode ser definido como o “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”⁵⁵², sendo sua proteção um direito pré-constitucional, “ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana”⁵⁵³.

Na tipologia adotada pelo autor, tal direito se identifica como regra, constituindo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁵⁵⁴. Nada obstante, o relaciona com diversos valores e princípios jurídicos, “dos quais se torna condição essencial para a sua concretização”⁵⁵⁵, tais como os mencionados por ele valores da liberdade, justiça e solidariedade, bem como os princípios da dignidade humana, cidadania e democracia.

É viável, portanto, correlacionar o direito ao mínimo existencial com a ideia de ordem de valores desenvolvida supra, sendo possível identifica-lo nas três vertentes axiológicas que subjazem do texto constitucional, quais sejam, a vertente liberal, comunitarista e ético-

⁵⁵² TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 08.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 83-84. Para ele, o direito ao mínimo existencial é regra “porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação”. Vê-se, pois, que o autor adota a classificação alexyana dos direitos fundamentais, com algumas especificidades que não interessam ao presente estudo. Observe-se também que Ricardo Lobo Torres distingue totalmente sua noção de direito ao mínimo existencial dos direitos fundamentais sociais, entendendo que esses últimos não seriam propriamente direitos fundamentais, vez que sua jusfundamentalidade estaria adstrita ao mínimo existencial, enquanto que, para além desse mínimo, a eficácia dos direitos sociais dependeria à reserva do possível e à concessão do legislador (*Ibid.*, p. 41-43). Trata-se de entendimento com o qual não se concorda, conforme se verá a seguir.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 137.

deliberativa. Com efeito, o direito ao mínimo existencial faz parte da construção teórica tanto de autores liberais, vez que pressuposto do efetivo exercício da liberdade, como dos autores comunitaristas, tendo em vista sua ligação com a solidariedade e com a ideia de cidadão socialmente situado, como também com a proposta ético-deliberativa, enquanto condição necessária para a participação democrática dos cidadãos no discurso público⁵⁵⁶.

Mais ainda, viu-se que o elemento aglutinador dessas diversas concepções axiológicas é o princípio/valor da dignidade da pessoa humana, sendo certo que o direito ao mínimo existencial pode ser identificado precisamente como o núcleo essencial da dignidade humana, ao qual deve ser concedido elevado grau de eficácia jurídica, conforme lições de Ana Paula de Barcellos⁵⁵⁷.

Ainda segundo Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial corresponde não apenas à existência física (sobrevivência e manutenção do corpo), mas também espiritual e intelectual⁵⁵⁸, “aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento”⁵⁵⁹.

Na perspectiva aqui desenvolvida, portanto, a ideia de mínimo existencial, enquanto núcleo essencial da dignidade humana e representação de valores básicos que se compatibilizam com uma ordem de valores constitucionalmente adequada, se encaixa bem na noção de deveres de proteção, constituindo o mínimo que pode ser legitimamente exigido do Estado, enquanto agente protetor e fomentador dos direitos fundamentais, servindo como início de resposta para a pergunta quanto aos limites dessa exigência.

Porém, com o perdão da tautologia, o mínimo não é igual ao máximo, sobretudo considerando o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais aqui defendido, bem como considerando a expressa positivação, entre nós, de direitos fundamentais sociais

⁵⁵⁶ Como ensina Fernando Fróes Oliveira, “existem múltiplas possibilidades de justificação moral do Estado de Direito apresentadas ao longo do tempo, sendo que a construção do mínimo se adapta a boa parte delas, quase sempre como um postulado de acesso do indivíduo a condições básicas de integração social”. OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 205.

⁵⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana**. – 2ª ed. amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

⁵⁵⁸ Pretendendo especificar mais detalhadamente quais direitos corresponderiam ao mínimo existencial, a autora menciona quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (Ibid., p. 288). Sem que se pretenda aqui criticar a lista elaborada pela autora, nem muito menos oferecer proposta alternativa, entende-se ser bastante questionável a elaboração *a priori* e *numerus clausus* dos direitos que corresponderiam ao mínimo existencial, que certamente admite maiores desenvolvimentos. Nesse sentido, SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 322-323.

⁵⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 230.

que, apesar de não se identificarem com o conceito de mínimo existencial supramencionado, gozam da mesma jusfundamentalidade dos demais direitos fundamentais, tal como reconhece a doutrina majoritária no Brasil⁵⁶⁰.

Nesse sentido, Ingo Sarlet aduz que os direitos sociais radicam não apenas no princípio da dignidade da pessoa humana, mas também nos princípios que consagram o Estado Social de Direito⁵⁶¹, pelo que a exigibilidade dos direitos sociais não se resume ao mínimo existencial, sendo que tanto um quanto o outro devem ser contextualizados e podem sofrer restrições fáticas e jurídicas⁵⁶².

Ingo Sarlet se apoia no modelo ponderativo de Alexy para concluir ser possível reconhecer um direito subjetivo definitivo à prestação estatal, na esfera de um padrão mínimo existencial, sempre que estiver em jogo o valor maior da vida e da dignidade humana, e sempre que, da análise dos bens constitucionais colidentes no caso concreto, resultar a prevalência do direito social prestacional⁵⁶³, enquanto que, para além desse mínimo, haverá ao menos um direito subjetivo *prima facie*.

Da mesma forma, entende o autor que na própria definição do mínimo existencial há espaço para ponderação, cuja determinação “não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante (considerando fatores climáticos, culturais, econômicos etc.)”⁵⁶⁴, de modo que a definição do que é ou não judicialmente exigível do Estado à título de prestações sociais escapa dos limites do mínimo existencial, dependendo muito mais da ponderação de princípios e valores no caso concreto, considerando elementos jurídicos e extrajurídicos⁵⁶⁵.

É aqui que se insere a questão de outro princípio também utilizado como parâmetro para o controle judicial de políticas públicas, qual seja, o chamado princípio da reserva do possível. De fato, em um ambiente de escassez de recursos, é de se averiguar se determinada prestação estatal pode ser exigível considerando seus custos econômicos, limitações orçamentárias e até mesmo questões jurídico-morais.

⁵⁶⁰ Nesse sentido, ver por todos, SARLET, Ingo. Op. Cit., p. 82-83. Aqui, já se percebe a principal discordância com a proposta de Ricardo Lobo Torres, minoritária em nossa doutrina.

⁵⁶¹ Ibid., p. 94. Ainda segundo Sarlet, “no âmbito de um Estado Social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra, os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades) inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material”. Ibid., p. 62.

⁵⁶² Ibid., p. 322.

⁵⁶³ Ibid., p. 356.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 357.

⁵⁶⁵ Tal não significa, porém, negar a autonomia do Direito em face de questões econômicas e políticas, tal como preconizado por Lênio Streck (ver item 4.1.2).

Ainda segundo Ingo Sarlet, em posição que se tornou dominante na nossa doutrina, o princípio da reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, abrangendo: (i) a efetiva disponibilidade fática de recursos, o que se convencionou chamar reserva do possível fática; (ii) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, considerando a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas, administrativas, federativas, etc., o que se convencionou chamar reserva do possível jurídica; (iii) o problema da proporcionalidade da prestação que se pretende, tendo em vista sua exigibilidade e sua razoabilidade⁵⁶⁶.

Nesse diapasão, o autor aduz que levar a sério a reserva do possível significa dizer que cabe ao poder público o ônus da prova da indisponibilidade total ou parcial de recursos, bem como o não desperdício dos recursos públicos existentes e sua aplicação eficiente⁵⁶⁷, concluindo pela preponderância dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere ao mínimo existencial⁵⁶⁸.

Tal posicionamento, porém, vem merecendo críticas de autores como Gustavo Amaral, para quem a proposta de Ingo Sarlet peca pelo aspecto prático, ao apostar em um magistrado com capacidade para ponderar e averiguar todos os elementos significativos do caso concreto, quando a realidade impõe severas limitações à atividade judicial⁵⁶⁹.

Acontece que o próprio Gustavo Amaral entende ser papel do Judiciário o enfrentamento dessas questões no caso concreto, em termos bastante semelhantes aos de Sarlet⁵⁷⁰, propondo ainda a verificação de critérios outros além daqueles ventilados por Sarlet, considerando “a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial”⁵⁷¹.

O que prevalece, portanto, é a necessidade da reserva do possível ser verificada no caso concreto, tendo-se em conta os diversos critérios e preocupações que devem permear a matéria, sem olvidar da necessária tomada de posição quanto à prevalência de um ou outro

⁵⁶⁶ Ibid., p. 288.

⁵⁶⁷ Ibid., p. 363-364.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 367.

⁵⁶⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha** – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 172-173.

⁵⁷⁰ “(...) Não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. Cabe-lhe, isto sim, projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”. Ibid., p. 115.

⁵⁷¹ Ibid., p. 116.

direito fundamental, considerando a ordem de preferência que emerge da análise teleológico-sistemática dos direitos fundamentais, inserida na perspectiva objetiva desses direitos aqui desenvolvida.

Em outra linha de considerações, Fernando Fróes Oliveira critica um suposto reducionismo da proposta de Sarlet que, segundo ele, desconsidera os aspectos morais envolvidos. Para ele, a questão principal não é a existência ou não de recursos disponíveis para suportar a prestação que se pleiteia, mas sim se tal prestação pode legitimamente ser invocada perante o Judiciário, fazendo com que um representante não eleito imponha todo o ônus, inclusive financeiro, dela decorrente à sociedade como um todo⁵⁷². Trata-se de aspecto que, segundo o autor, costuma ser desprezado pela doutrina pátria, que prioriza argumentos econômico-financeiros, focado na reserva do possível fática e na radicalização da doutrina da escassez, não deixando espaço para a análise jurídico-moral do problema⁵⁷³.

O que importa para o autor, portanto, são as questões de justiça envolvidas, entendendo ele que “reserva do possível, desde o início, pressupõe discutir o que é *justo* impor à sociedade, inclusive diante das repercussões econômicas e sociais de cada ato de escolha; não implica priorizar, portanto, o que se consegue fazer com os recursos atuais” (grifo no original)⁵⁷⁴.

Nessa perspectiva, Fernando Oliveira Fróes desenvolve toda uma análise das correntes jurídico-filosóficas acerca do tema, focando na questão distributiva na linha do liberalismo, comunitarismo e na democracia deliberativa, concluindo pela proeminência desta última, pelo que o Poder Judiciário quando da análise do caso concreto, até mesmo na verificação do mínimo existencial, deve prestar deferência ao sistema estabelecido, respeitando as escolhas democráticas dos demais poderes⁵⁷⁵. Entende, desta forma, que um processo em que se discute eventual direito social deve envolver uma etapa tópica, de busca de soluções, “com prioridade dada às opções técnicas e econômicas desenvolvidas pelo legislador e pelo administrador”⁵⁷⁶.

É possível, portanto, inserir essa temática na análise supra acerca das vertentes axiológicas que permeiam nosso texto constitucional, na busca por respostas constitucionalmente adequadas à luz de uma ordem de valores que emerge da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, muito embora a proposta de Oliveira

⁵⁷² OLIVEIRA, Fernando Fróes. Op. Cit., p. 42.

⁵⁷³ Ibid., p. 44.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 70.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 248-252.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 251.

Fróes tenha relevância para o presente estudo, não se concorda com a sua conclusão no sentido da proeminência da visão ético-deliberativa, devendo-se buscar, isso sim, uma solução conciliadora entre as visões liberais, comunitaristas e ético-deliberativas.

Nesse sentido, importa, acima de tudo, levar em consideração as diretrizes hermenêuticas que emergem de uma leitura sistemática-teleológica dos direitos fundamentais, o que importa priorizar valores como o da dignidade humana, levando-se em conta ainda os objetivos do estado brasileiro, elencados no art. 3º da Constituição Federal.

Quando se tratar, por exemplo, de demandas que envolvam o direito à vida e ao mínimo existencial, como ordinariamente ocorre nas ações pleiteando o fornecimento de medicamentos, deve-se privilegiar, portanto, as soluções que priorizem tais direitos, em detrimento de considerações outras, tais como o da reserva do possível, em suas diversas perspectivas.

Em outras situações, e até mesmo na configuração do mínimo existencial em circunstâncias menos óbvias, as escolhas legítimas da Administração Pública merecem gozar de sua presunção de correção, respeitando-se o espaço público na busca por soluções ético-deliberativas.

Ainda, devem-se respeitar valores liberais tais como o da propriedade privada, do livre mercado e o da livre iniciativa, impondo limites à intervenção estatal nessa seara, sendo certo que a imposição, via Judiciário, de políticas públicas não pode servir para inviabilizar a livre circulação de mercadorias e ideias, respeitando-se um amplo espaço de autonomia individual sem interferência estatal.

Nessa questão, é de se levar em conta ainda valores como o da solidariedade, igualmente previsto na Constituição Federal, e que, na questão ambiental, por exemplo, tem relevância também no âmbito intergeracional, existindo verdadeiro dever fundamental de proteger o desenvolvimento sustentável não apenas dessa, mas também das futuras gerações, o que igualmente deve ser um ponto de harmonização entre os diversos interesses a merecer proteção jurisdicional, bem como na configuração dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais.

Importa considerar, portanto, que as escolhas administrativas sempre irão privilegiar uns em detrimento de outros, mas que essas escolhas devem, para além de estarem legitimadas democraticamente, guardar consonância com a pauta de valores que emerge dos direitos fundamentais objetivamente considerados, cabendo ao Poder Judiciário interferir na medida em que as escolhas dos demais poderes não atentem para isso.

Tal não significa, porém, substituir as escolhas do administrador pelas escolhas subjetivas do magistrado, mas sim adotar uma postura substancialista de interpretação constitucional, considerando as novas contribuições hermenêuticas oriundas da dogmática dos direitos fundamentais, no sentido de se buscar por respostas constitucionalmente adequadas em uma perspectiva tópico-sistemática.

Nesse sentido, vem merecendo releitura outro princípio usualmente mencionado quando se fala em controle da atividade administrativa e que serve como exemplo das possibilidades hermenêuticas oriundas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público.

Na visão tradicional, tal princípio significa a prevalência, *a priori*, do interesse público em face do interesse privado. Segundo, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho, a saída da era do individualismo exacerbado, oriunda do Estado Social, enseja que, ocorrendo conflito entre o interesse público e o privado, há de prevalecer o primeiro⁵⁷⁷, como corolário do regime democrático, calcado, segundo ele, na preponderância das maiorias⁵⁷⁸.

Acontece que, como já destacado, a democracia não está calcada tão somente na preponderância das maiorias, mas sim na preponderância das maiorias com o respeito às minorias, sendo os direitos fundamentais justamente o espaço imune aos interesses das maiorias eventuais, daí sua natureza contramajoritária, servindo como verdadeiros “trunfos contra a maioria”, na expressão de Dworkin⁵⁷⁹.

É nesse sentido que autores como Gustavo Binbenbojm vão dizer que a prioridade absoluta do coletivo sobre o individual, tal como parece preconizar alguns defensores da visão tradicional do princípio da supremacia do interesse público, é totalmente incompatível com o Estado democrático de direito.

Em suas palavras⁵⁸⁰:

Dito de outra forma, o Estado, como entidade jurídico-política, existe para viabilizar, de forma ordenada e racional, a persecução de projetos e objetivos próprios por cada indivíduo, independentemente das “razões de Estado” que a comunidade política possa invocar. A dimensão transindividual, de inegável importância, não é dissociada nem necessariamente oposta aos interesses particulares, mas condição necessária de sua fruição em vida social, segundo critérios razoáveis e proporcionais.

⁵⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁷⁹ DWOKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 534 ss

⁵⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83.

Nesse diapasão, Binenbojm defende a substituição da ideia de prevalência do interesse público pela ideia de Estado de ponderação, cabendo ao poder estatal, com base na ponderação entre os interesses em jogo, buscar o melhor interesse público, ou seja, “o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública”⁵⁸¹.

Supera-se assim a oposição interesse público *versus* interesse privado pela ideia de melhor interesse público⁵⁸², isto é, pela ideia de interesse público qualificado finalisticamente, à luz da Constituição e, mais especificamente, dos direitos fundamentais que orientam o legítimo interesse estatal.

Ademais, ainda segundo Gustavo Binenbojm, se houvesse que se falar em primazia apriorística de algum interesse, prevaleceria a proeminência dos direitos do homem, em decorrência do status constitucional desses direitos e da sua condição de cláusulas pétreas da Constituição⁵⁸³.

Conforme ensina:

A lógica do sistema de direitos fundamentais não é a da maximização dos interesses do maior número possível de indivíduos, mas a da preservação e promoção dos valores morais sobre os quais se erigem noções como a de dignidade da pessoa humana, ainda quando *contraproducentes* de um ponto de vista puramente utilitário. (...) ao revés, é do reconhecimento da *dignidade* de determinados valores, independentemente da sua *utilidade*, que resulta a primazia dos direitos do homem sobre projetos de bem-estar coletivo. (grifos no original).

Vê-se, pois, a compatibilidade dessa perspectiva com a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais aqui preconizada, sendo que é precisamente dessa perspectiva objetiva fincada numa ordem de valores constitucionalmente estabelecidos que se extrai essa lógica própria do sistema de direitos fundamentais, tal como sustentada por Binenbojm.

Merece menção aqui a posição intermediária de Luís Roberto Barroso, que se apoia na doutrina italiana para diferenciar o interesse público primário do interesse público secundário. Segundo essa linha, o interesse público primário é a própria razão de ser do Estado, sintetizado nos fins que cabe a ele promover, confundindo-se com os interesses de toda a sociedade, enquanto que os interesses públicos secundários seriam os da pessoa jurídica de

⁵⁸¹ Ibid., p. 106.

⁵⁸² “(...) Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto da tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública”. Ibid., p. 104.

⁵⁸³ Ibid., p. 85. Nesse sentido também é a opinião de Humberto Ávila, para quem se houvesse que se falar em prevalência abstrata e relativa a partir da principiologia da Constituição brasileira, seria essa dos interesses privados. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 11.

direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica, identificando-se precipuamente com os interesses do erário⁵⁸⁴.

Enquanto que esses últimos, para Barroso, jamais desfrutarão de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular, os primeiros, porquanto consubstanciados em valores fundamentais como justiça e segurança, devem desfrutar de primazia, não sendo passíveis de ponderação, posto que são, eles próprios, os parâmetros da ponderação. Conclui, nesse contexto, que “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”⁵⁸⁵.

A noção de interesse público primário desenvolvida por Barroso se equipara, com a ressalva que se fará em seguida, à ideia de deveres de proteção oriunda da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo a ordem de valores que está por trás dessa construção teórica justamente o parâmetro de aferição da legitimidade das escolhas do Poder Público em uma situação concreta, considerando todos os interesses em jogo.

Vê-se, porém, e aqui já se apresenta a ressalva à determinada interpretação que pode ser dada ao posicionamento de Barroso, que da proposta deste autor não se faz possível extrair a ideia de que haveria, em algum nível, uma ordem de preferência apriorística e absoluta de interesses coletivistas, ainda que respaldada em alguma noção de interesse público primário, em detrimento de interesses individuais.

O que há, na verdade, é a necessidade de sempre ponderar, no caso concreto, os valores em jogo na busca por soluções constitucionalmente adequadas, considerando os valores liberais e comunitários que encontram guarida no texto constitucional, bem como as tensões envolvendo os interesses das majorias e das minorias, do ponto de vista da ética-deliberativa que, como se viu, não se limita à adesão às escolhas majoritárias.

Destarte, muito embora não se possa falar em um princípio da supremacia do interesse público⁵⁸⁶, é de se buscar, no caso concreto, a primazia do melhor interesse, público ou privado, sendo este aquele que merecerá proteção estatal, convolvendo-se no próprio interesse público qualificado naquela hipótese, tendo em vista a exigência de que as escolhas estatais privilegiem a proteção dos direitos fundamentais objetivamente considerados, na perspectiva da ordem de valores que emerge da leitura moral da Constituição.

⁵⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁸⁶ As críticas mais contundentes e pioneiras sobre esse princípio foram desenvolvidas por Humberto Ávila (*op. cit.*), sendo que, por tratarem de outra perspectiva do problema, não mereceram aqui a mesma atenção.

Deve-se ressaltar, nesse contexto, a existência de um espaço de livre conformação individual, na esteira dos valores liberais albergados constitucionalmente, tais como os valores da autonomia privada e o da livre iniciativa, imunes ao escrutínio estatal, que devem prevalecer ainda quando em confronto com interesses comunitários, considerando a natureza original dos direitos fundamentais de direitos subjetivos de defesa do cidadão contra a interferência estatal.

Ao lado destes, porém, deve-se considerar o homem socialmente inserido, perspectiva da qual emerge toda uma gama de novos deveres estatais, a serem compatibilizados no caso concreto, levando-se em conta os valores comunitários de igual envergadura constitucional, bem como os valores ético-deliberativos oriundos de uma visão substancialista do regime democrático.

Nessa perspectiva, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais serve, ao mesmo tempo, como um reforço hermenêutico para a formatação de posições jurídicas jusfundamentais subjetivas, como base teórica para o advento de deveres estatais de proteção judicialmente exigíveis, e como parâmetro axiológico para a aferição da adequação constitucional das escolhas administrativas.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão, e sem que se pretenda aqui retomar todos os pontos já levantados, cumpre deixar consignada a relevância do tema investigado para o enfrentamento de muitos dos problemas que permeiam o constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em países nos quais ainda não se desenvolveu uma dogmática dos direitos fundamentais capaz de fazer frente aos inúmeros desafios que os novos tempos impõem, notadamente quanto à efetividade desses direitos em um ambiente de crescente questionamento com relação ao potencial normativo do Direito Constitucional.

Com efeito, superado o entusiasmo inicial com a Constituição Federal de 1988, a partir da qual emergiu um extraordinário crescimento do constitucionalismo pátrio, observam-se hoje as inúmeras dificuldades de se aplicar no plano prático o quanto já se avançou no plano teórico, tendo em vista notadamente a escassez de recursos em tempos de crise do Estado Social, as críticas a esse modelo de Estado oriundas, principalmente, do neoliberalismo, e a onda de conservadorismo que ameaça retroceder algumas conquistas sociais que pareciam já ter sido incorporadas definitivamente no nosso patrimônio cultural, além da falência moral de algumas de nossas instituições democráticas, gerando grande descrédito com os rumos do nosso Estado Democrático e Social de Direito.

Nesse cenário, defender a existência de valores constitucionais aptos a influenciar os rumos da atividade estatal, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, apesar de sua ampla receptividade doutrinária, parece ser algo difícil de se realizar na prática, exigindo do operador jurídico uma postura de defesa da Constituição que, muito mais do que ativista ou voluntarista, se revela simplesmente garantista e protetora das conquistas advindas com o processo de redemocratização que culminou na Constituição Federal de 1988.

No ponto, vale repisar que nossa Lei Maior, na esteira das Constituições alemã, espanhola e portuguesa, surgiu do processo de reabertura democrática após o fim de um regime totalitário, razão pela qual aposta, assim como fizeram as constituições mencionadas, num amplo compromisso social orientado por valores, valores estes que permeiam todo o texto constitucional.

Tais valores atingem seu grau máximo de normatização precisamente no âmbito dos direitos fundamentais que, quando analisados sistematicamente, revelam uma série de possibilidades hermenêuticas para além da consagração de direitos públicos subjetivos dos cidadãos, visando justamente o reforço desses direitos, em consonância com a ideia de direitos humanos em processo de objetivação.

Ao se falar em dimensão objetiva dos direitos fundamentais está se falando, portanto, não em perspectivas coletivistas que atendam a um determinado viés ideológico, mas sim na salvaguarda das múltiplas possibilidades de compatibilização das potencialidades normativas dos direitos fundamentais tal como reconhecidos hoje em dia, tendo a dignidade humana como seu ponto central.

Aqui, cumpre reiterar a dificuldade dos operadores do Direito brasileiro, sobretudo no âmbito jurisprudencial, em lidar com a emergência dos valores no discurso jurídico, que apesar de não constituir nenhuma novidade, impõe levar em consideração toda uma gama de questões de macrojustiça tradicionalmente excluídas da preocupação dos juristas.

Daí exsurge a importância do tema objeto do presente estudo, não com o intuito de oferecer resposta definitiva a todos os problemas supramencionados, mas tão somente de apresentar uma perspectiva sob a qual tais problemas podem ser enfrentados, considerando a necessidade de se levar os direitos fundamentais a sério.

Nesse diapasão, pretendeu-se investigar o desenvolvimento desses direitos ao longo dos últimos séculos, sobretudo à luz da dogmática jurídica de países que conseguiram implantar com êxito as promessas da modernidade, não no sentido de simplesmente importá-la acriticamente para uma realidade tão distinta como a nossa, mas sim no sentido de se buscar sedimentar, também entre nós, um constitucionalismo inclusivo e emancipatório, que faça valer a razão de ser dos direitos humanos, enquanto direitos inerentes ao ser humano, em constante processo de valorização.

Buscou-se também investigar as possibilidades de uma teoria dos valores constitucionalmente adequada, considerando as diversas contribuições da filosofia política, reconhecendo-se a viabilidade de se extrair da nossa Constituição uma ordem de valores que, aberta e flexível, pode servir como parâmetro de aferição da legitimidade da atuação estatal, não axiologicamente neutro, mas também não voltado para um perfeccionismo moral que termine por vulnerar a autonomia individual e a razão pública, em uma tirania dos valores que já produziu efeitos nefastos em outros tempos.

Da mesma forma, tentou-se oferecer alguma contribuição para o problema do papel do Poder Judiciário nessa seara, tema que ganha relevo especial na atual conjuntura nacional, em que as decisões judiciais cada vez mais influenciam as dinâmicas sociais, ora assumindo postura excessivamente tímida face às constantes omissões dos outros poderes na promoção e proteção dos direitos fundamentais, ora assumindo posições voluntaristas que igualmente não se coadunam com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar aqui a necessidade de superar o uso meramente retórico dos valores nas decisões judiciais, tarefa para a qual se impõe a utilização racional e sistematizada dos recursos hermenêuticos que o texto constitucional oferece, acompanhado do dever de fundamentação das decisões judiciais, fundamentação esta que deve levar em consideração o “chão hermenêutico” sob o qual deve se mover a interpretação constitucional, evitando-se subjetivismos e decisionismos de toda ordem.

Para tanto, utilizou-se da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais enquanto reforço da dimensão subjetiva, na esteira das teorias dos direitos fundamentais que vêm se consolidando aqui e alhures, que não pode jamais significar a funcionalização desses direitos, mas sim a necessidade de se extrair dos mesmos, sistematicamente considerados, consequências jurídicas outras, exigindo do Estado não apenas o dever de se abster de violá-los, mas também de promovê-los e protegê-los, na medida do possível e considerando os diversos entraves, práticos e teóricos, a essa ação concretista do Estado.

Na linha dessa construção teórica, se fez possível inserir a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais em algumas das mais relevantes propostas hermenêuticas que permeiam o debate constitucional contemporâneo, concluindo-se pela possibilidade de se buscar respostas constitucionalmente adequadas à luz dos direitos fundamentais e dos valores que lhe dão lastro.

No ponto, viu-se que a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais é corolária da natureza substancialista da nossa Constituição Federal, no mesmo passo em que preserva amplo espaço para a democracia ético-deliberativa. Ao mesmo tempo, guarda consonância com as teorias da argumentação tão em voga no constitucionalismo contemporâneo, sem olvidar de tentar superar certas críticas que podem ser feitas a esse referencial teórico. Por fim, se mostra útil para a necessária conciliação entre as propostas tópico e sistemática, visando a compatibilização, na maior medida do possível, entre a justiça do caso concreto e a coerência do Direito.

Conclui-se, nesse contexto, por uma visão substancialista da interpretação constitucional condizente com a natureza compromissória e dirigente da nossa Carta Magna, aderindo-se ainda a diversas contribuições hermenêuticas que, nada obstante suas eventuais divergências, têm em comum a pretensão de se buscar, na maior medida possível, a racionalidade do discurso jurídico, bem como o equacionamento da tensão sempre latente no Direito entre os valores da segurança jurídica e da justiça do caso concreto.

Viu-se ser possível, portanto, a utilização racional e legítima de valores no discurso jurídico, sendo que a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais serve como um

importante referencial teórico nessa seara, apto a fazer frente a algumas das dificuldades inerentes a esse alargamento da pauta de considerações dos juristas, impondo inclusive uma releitura da dicotomia entre o Direito e a Moral.

Os direitos fundamentais objetivamente considerados, e os valores que lhe são subjacentes, se tornam, nesse viés, mais um elemento a ser levado em conta no processo de interpretação jurídica e concretização da Constituição, não no sentido de sobrepujar a autonomia do Direito, mas sim no sentido de compatibilizar seus elementos, indo além do já cansativo debate acerca da distinção entre regras e princípios.

Nesse contexto, os valores que emergem de uma leitura sistemática e teleológica dos direitos fundamentais, muito embora não gozem da natureza deontológica das regras e princípios, atuam como importante elemento legitimador da aplicação daqueles, servindo como norte para uma interpretação que, apesar de não se limitar ao texto, busca justamente preservar a Constituição em seus múltiplos elementos, considerando ainda a necessidade de sua leitura harmoniosa e axiologicamente coerente.

Por fim, pretendeu-se, a partir dessa perspectiva, oferecer contribuições para o estudo da máxima vinculação do Estado aos direitos fundamentais, buscando-se parâmetros axiológicos para algumas das questões que envolvem o controle das políticas públicas, tendo em vista a necessidade de se buscar respostas constitucionalmente adequadas também no que se refere às escolhas administrativas, cujo controle não mais se resume à clássica dicotomia entre atos discricionários e atos vinculados.

Eleva-se, pois, as potencialidades do estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cujos desdobramentos ainda podem ser aprofundados em diversas outras perspectivas, tendo-se almejado com o presente estudo tão somente apresentar algumas delas, a merecer, certamente, novas críticas e melhoramentos.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- _____. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana**. – 2ª ed. amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares em Direito Constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In NOVELINO, Marcelo *et al* (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Bahia: Jus Podivm, 2013.
- _____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.
- _____. **O novo direito constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 875-904.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. **A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica.** In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Luis Bolzan; STRECK, Lênio (org.). **Estudos Constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Los Metodos de ia intepretación constitucional - Inventario e critica,** In: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** – Edição comemorativa 50 anos – 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. **Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria L. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Álvaro. Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 134.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **Uma Teoria da Justiça para os dilemas da Sociedade**: Anotações em torno da resposta liberal de John Rawls. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas.** São Paulo: Saravaiva, 2014.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Robert. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política.** Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIUDICELLI, Gustavo. **A Defensoria Pública enquanto direito fundamental institucional:** releitura do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro, disponível em <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17278>.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. II, 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HAYEK, Friedrich A. von. **O Caminho da Servidão.** 2ª ed. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1977.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos** – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In FEITOSA, Enoque et al (organizadores). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Volume 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. p. 135-180.

_____. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em:

https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fnovosestudios.uol.com.br%2Fv1%2Ffiles%2Fuploads%2Fcontents%2F92%2F20080627_judiciario_como_superego.pdf. Acesso em 23/03/2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. (et al). **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, v. 13, p. 299-330, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: a nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Leis que não são direito e direito acima das leis** - Derecho injusto y derecho nulo, apud in SOUSA, José Pedro Galvão de. GARCIA, Clovis Lema. CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**. São Paulo: T. A. Queiroz, Editor, 1998.

_____. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RALWS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampliada. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

RIBEIRO JR., João. **Augusto Comte e o Positivismo**. Campinas: Edicamp, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

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

_____. **A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de alguns Exemplos**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In. **Revista de direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, 2003, p. 297-332.

- _____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- _____. **Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- _____. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.
- _____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores**. Prólogo de Jorge Dotti. Trad. Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **Jurisdição constitucional e decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TOLEDO, Claudia. Teoria da Argumentação Jurídica. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A jurisprudência dos Valores**. In **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- _____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979.
- WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Editora Medeiros, 2006.