

# A NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DO SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

*Germana Parente Neiva Belchior\**

## RESUMO

Na medida em que o pós-positivismo confere a natureza normativa aos princípios e comprova que o valor é inafastável ao Direito, urge analisar as diferenças básicas entre regras e princípios. Nessa linha, o objetivo principal deste trabalho é investigar a natureza jurídica dos direitos fundamentais, haja vista que sua caracterização é imprescindível para o estudo da sua eficácia, restrição e colisão, além da proteção do seu conteúdo essencial. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva e exploratória. Constata-se que todo direito fundamental possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e ao valor justiça, essência do Direito. Referido conteúdo, entretanto, não é absoluto, nem imutável. É maleável, sendo definido pelo intérprete no momento de sua aplicação, de acordo com as questões fáticas e jurídicas do caso concreto.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Pós-Positivismo. Natureza Jurídica. Princípios. Conteúdo Essencial.

## INTRODUÇÃO

No âmbito da teoria do Direito, dá-se início a um período intitulado de pós-positivista, em que ocorre a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores. Além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte das ciências sociais e, por consequência, do Direito, amadurecendo a tridimensionalidade de Miguel Reale.

Nessa linha, o objetivo principal deste trabalho é investigar a natureza jurídica dos direitos fundamentais, haja vista que sua caracterização é imprescindível para o estudo da sua eficácia, restrição e colisão, além da proteção do seu conteúdo essencial.

---

\* Doutoranda em Direito pela UFSC. Professora de Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito, Direito Ambiental e Ecologia da Faculdade Christus – Fortaleza, onde também é colaboradora do Escritório de Direitos Humanos – EDH. Pesquisadora do Projeto Casadinho (CNPQ-UFSC-UFSC). Advogada.

Para tanto, inicia-se o estudo pela evolução da natureza jurídica dos princípios, até chegar ao pós-positivismo. Em seguida, apontam-se diferenças estruturais e qualitativas entre regras e princípios para analisar a natureza de um direito fundamental. Por fim, discute-se a caracterização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o papel do intérprete em sua materialização, mediante auxílio da hermenêutica e da lógica jurídica. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva e exploratória.

## 1 A NATUREZA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS: DO JUSNATURALISMO AO POS-POSITIVISMO

Os princípios, por muito tempo, eram considerados apenas instrumentos de interpretação e integração do Direito, buscando auxiliar seus aplicadores. Não possuíam, assim, *status* de norma jurídica. É importante, ainda que rapidamente, fazer um relato histórico sobre os princípios, desde o jusnaturalismo até o pós-positivismo, a fim de que se possa compreender a sua natureza jurídica hodierna.

O jusnaturalismo<sup>1</sup> moderno ocorre a partir do século XVI, com o intuito de superar o dogmatismo medieval, assim como vencer o fundamento teológico que o criara. Naquele momento, os princípios tinham uma função meramente informadora e esclarecedora do texto legal. Ocupavam, por conseguinte, uma esfera metafísica e abstrata, como matriz inspiradora de um ideal de justiça, cuja eficácia se limita a uma dimensão ético-valorativa do Direito.

No decorrer do século XIX, o jusnaturalismo inspira várias teorias como o contratualismo, o iluminismo e o racionalismo, que fundamentam as revoluções liberais marcando o início do Estado Liberal. Naquele contexto histórico, a lei, a regra jurídica, era a única espécie de norma jurídica. Assim, a lei como fonte criadora do Direito, condicionava à validade somente o que estava escrito.

Para garantir os direitos de liberdade (direitos civis e políticos), o Direito é a forma de limitar o poder, evitando o abuso do Estado, em prol da segurança jurídica. Isto se deve ao fato de que, durante aquele período, “a necessidade de segurança se sobrepõe à idéia mais elevada de justiça, fazendo com que o direito se circunscreva à ordem formal. O que mais se preconizava era a liberdade individual. E, para se garantir a liberdade, era preciso segurança jurídica.”<sup>2</sup>

É o que se verifica com a Escola da Exegese e o Código Civil francês, em 1804, marcando o início do movimento pela codificação na Europa. Havia a crença de se encontrar no Código a resposta para todos os conflitos, nascendo o fetichismo legal que limitava o Direito ao plano formal, e, por consequência, a liberdade do intérprete. A codificação tende a identificar o direito com a lei. Na lição de Bobbio, a codificação é a positivação do direito natural, oriunda do iluminismo e do racionalismo. Os ideários jusnaturalistas foram, portanto, incorporados aos textos legais.<sup>3</sup>

Com a sacrficação do direito à letra da lei, surgiram movimentos e escolas com o intuito de criticar e buscar soluções para o exagero da Escola da Exegese. É o caso da Escola da Livre Investigação Científica de François Géný, que cria um método científico para resolver as lacunas do sistema francês, utilizando pesquisa de base empírica e sociológica. Por mais que Géný não tenha ousado ir contra a lei, constatou-se que o raciocínio jurídico meramente dedutivo e a legislação por si só não eram suficientes para resolver os conflitos sociais.<sup>4</sup>

Ainda nessa linha, pode-se destacar a Escola Histórica do Direito, na Alemanha, tendo como grande teórico Savigny, que considerava o Código um sinal de despotismo. Sob a influência do historicismo, referida corrente sustentava que o costume é o espírito do povo, que está em constante movimento, valorizando o direito consuetudinário. De acordo com Savigny, o direito científico, ou seja, a ciência do Direito, era a forma mais adequada para resolver os impasses sociais, baseado no organicismo.<sup>5</sup>

Apesar das críticas em torno da codificação, como resultado último e conclusivo da legislação<sup>6</sup>, esta acabou sendo inevitável em quase todos os países da Europa. Nasce o positivismo jurídico que fornece um enorme e ilimitado poder ao legislador para dispor sobre o Direito do modo como bem entender, tendo por base a crença de que a sociedade se deixa reger em absoluto por normas jurídicas em sentido estrito. Ocorre, pois, a ruptura com o direito natural.<sup>7</sup>

Durante o positivismo jurídico, os princípios só eram utilizados com o objetivo de orientar o intérprete na reconstrução da vontade do legislador, com uma função subsidiária. Apesar da forte tendência de a lei querer tudo abarcar, os princípios passaram a ser instrumentos de integração do Direito, apenas para remodelar a vontade do legislador.

Quando os meios de interpretação textual positivistas não eram suficientes para resolver um litígio, o juiz buscava os instrumentos de interpretação extratextual, nas modalidades da analogia *legis* e analogia *juris*. Nesta última, o magistrado recorria aos princípios gerais do ordenamento jurídico, por meio de um procedimento de abstração e subsunção para completar o sentido da lei.<sup>8</sup> Nota-se, aqui, um avanço em relação ao momento anterior, na medida em que se admite uma aplicação diferida dos princípios como forma de solução das lacunas. No entanto, os princípios não gozavam de normatividade, haja vista que esta só cabia às regras que davam competência ao julgador para aplicá-los.

Por conseguinte, durante o positivismo jurídico, os princípios tinham função puramente garantidora da inteireza dos textos legais, com o intuito de suprir os vácuos normativos que as leis, por acaso, não conseguiam realizar.

Não há dúvida de que a normatividade é uma das características essenciais do Direito, vez que, além do aspecto normativo, o Direito possui, segundo a teoria tridimensional proposta por Reale, os aspectos éticos e axiológicos. Observa o autor que “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo

do direito, ou pelo jurista como tal [...]”.<sup>9</sup> Como se vê, a exaltação da norma jurídica, em seu sentido mais estrito, ou seja, na forma de lei e regra jurídica, sem considerar os fatos e os valores, acaba por desnaturar o próprio Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo demonstra que o Direito não tem como se justificar por fundamentos abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva. Por outro lado, a crise do positivismo jurídico ensina que há um longo caminho entre Direito e norma jurídica e que a ética e moral, próprias de uma sociedade em constante transformação, não têm como permanecer distantes da ciência jurídica. Nenhum dos dois movimentos consegue mais atender de forma satisfatória às demandas sociais.

Inaugura-se, por conseguinte, um novo período intitulado de pós-positivista<sup>10</sup>, onde ocorre a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores. Além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte das ciências sociais e, por consequência, do Direito, amadurecendo a tridimensionalidade de Reale.

O que importa ser destacado, no momento, é que os princípios jurídicos no atual contexto histórico do pós-positivismo são o espelho da ideologia da sociedade e dos valores acolhidos na ordem jurídica. Objetivam dar unidade e harmonia ao sistema, além de serem guias do intérprete.<sup>11 12</sup> Segundo Canotilho, os princípios

[...] são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).<sup>13</sup>

Interessante, ainda, mencionar que os princípios não precisam estar positivados de forma expressa na ordem jurídica para ter validade. Não há como o rol dos princípios ser taxativo, na medida em que eles sinalizam os valores e os anseios da sociedade, que estão em constante transformação. Por conseguinte, limitá-los à ordem jurídica positiva é impossível, pois não se tem como engessar a sociedade.

Os princípios nascem de um movimento jurídico de indução, ou seja, do individual para o geral, emanando a justiça. A doutrina e, em especial, a jurisprudência realizam referido processo de abstração na teorização e aplicação do Direito. Vê-se que, neste momento, eles já são normas jurídicas, condensando valores e orientando o intérprete, à medida que o Direito não só a lei, como queria o positivismo jurídico. Com a sua reiterada aplicação e permanência no seio social, o legislador, a fim de lhe garantir também segurança jurídica, ampara-o em uma lei, ou na própria Constituição, por meio de um raciocínio jurídico por dedução.

A partir de então, os estudos vêm ocorrendo no sentido de analisar as diferenças estruturais e qualitativas entre regras e princípios, conforme será analisado a seguir.

## 2 DO DIREITO POR REGRAS E PRINCÍPIOS: DIFERENÇAS ESSENCIAIS

Na medida em que o pós-positivismo confere a natureza normativa aos princípios e comprova que o valor é inafastável ao Direito, sendo conteúdo das normas, resta saber as diferenças básicas entre regras e princípios, para então determinar qual a natureza jurídica de um direito fundamental.

A diferenciação entre regras e princípios foi inaugurada por Dworkin<sup>14</sup> em sua crítica ao modelo positivista, marcando a entrada do momento pós-positivista. Propõe o autor norte-americano uma distinção lógica entre regras e princípios, ambas normas jurídicas com força vinculante e validade positiva. Os princípios possuiriam uma dimensão de peso, sendo sua colisão resolvida segundo o peso de cada um deles no caso concreto. Diante disso, devem ser “levados a sério”, reaproximando, por conseguinte, o Direito da Moral.

Já as regras, por sua vez, teriam estrutura lógica diferenciada dos princípios, sendo aplicadas caso estivessem presentes todos os seus pressupostos fáticos. Trata-se do que Dworkin intitula de “tudo ou nada” (*all or nothing*), o que implica dizer que, havendo conflito entre regras jurídicas, este seria resolvido no âmbito da validade.<sup>15</sup>

Como forma de complementar e aprofundar os estudos realizados por Dworkin, propõe Alexy uma teoria mista de direitos fundamentais, fundamentando que podem se caracterizar por meio de regras ou princípios<sup>16</sup>, mas que a diferença entre as suas espécies normativas não se trata de grau, como queria Dworkin, mas sim uma diferença qualitativa.<sup>17</sup> Os princípios relevantes para as decisões que envolvem direitos fundamentais seriam aqueles que poderiam ser utilizados argumentativamente de forma substancial.<sup>18</sup>

Bonavides aponta três principais críticas à teoria de Alexy: 1) a da possibilidade de se declarar a invalidade de princípios no caso de colisão; 2) a possível existência de princípios absolutos; 3) o conceito de princípio seria demasiadamente amplo e, portanto, sem qualquer aplicabilidade prática.<sup>219</sup>

Além disso, ainda há autores que sustentam que a dimensão de peso não seria exclusiva dos princípios, podendo ser atribuída às regras em determinado caso<sup>20</sup>, assim como outros defendem uma maior importância para os princípios, haja vista que as regras jurídicas seriam originadas deles.<sup>21</sup> Ávila diz que as regras são normas descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade.<sup>22</sup>

Não obstante a discussão que permeia na doutrina, apontam-se diferenças

estruturais e qualitativas em relação às duas espécies normativas. Na estrutura dêontica de uma regra, há relatos objetivos, com a descrição de determinadas condutas, possuindo âmbito de incidência delimitado.<sup>23</sup> Os direitos nelas previstos são garantidos de forma definitiva.<sup>24</sup> Outro ponto interessante é que todas as regras estão expressas, possuindo, por conseguinte, um rol taxativo. Outrossim, a estrutura fechada da regra tem como objetivo a perseguição da segurança jurídica, pois “um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito”.<sup>25</sup> Por conta disso, toda regra manifesta valor, mas de uma forma bem menor do que em relação à norma-princípio. Basta pensar na segurança jurídica, autêntico valor que emana de qualquer regra. Por fim, uma regra é aplicada por meio de raciocínio jurídico dedução (de cima para baixo).

Neste diapasão, em virtude do caráter definitivo das regras, caso ocorra a hipótese prevista, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção, ou seja, enquadrar-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se resolve na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Segundo Silva, “caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra”.<sup>26</sup> Notadamente, havendo conflito entre duas regras, aplicam-se os mandamentos de validade, de onde apenas uma irá prevalecer. O próprio vocábulo *conflito* já dá a entender um choque, sendo impossível que duas regras coexistam. Somente uma será válida.

Alerta Silva, entretanto, que, havendo incompatibilidade parcial entre os preceitos de duas regras, a solução ocorre por meio de uma cláusula de exceção em uma delas. No entanto, caso referida incompatibilidade seja total, é que a solução se dá com a declaração de invalidade de umas delas.<sup>27</sup>

Como forma de solucionar o clássico conflito entre regras, já presente desde o positivismo jurídico (já que naquele modelo só existiam as normas-regra), o ordenamento jurídico se utiliza de três critérios tradicionais – logicamente nessa ordem – para resolver as antinomias: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*) –, o *cronológico* – ao assegurar que a lei posterior deve prevalecer sobre a anterior (*lex posteriori derogat legi priori*) – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Já os princípios, por sua vez, contêm, em sua estrutura dêontica, relatos com maior grau de abstração, não apontam uma conduta específica a ser seguida, possuindo um âmbito de incidência amplo, e até indeterminável de situações. Os direitos previstos em um princípio são *prima facie*, não tendo o mesmo caráter de definitividade das regras. Tem conteúdo altamente axiológico, além do fato de que nem todos os princípios estão obrigatoriamente expressos. Seu rol, por conseguinte, é meramente exemplificativo, vez que surgem da própria realidade, em busca da justiça, captados por raciocínio jurídico indutivo (de baixo para

cima). Ademais, as regras são oriundas dos princípios por meio da indução, o que comprova que ferir um princípio é muito mais grave do que violar uma regra.

Diante das características expostas, é inevitável, portanto, que ocorram tensões constantes entre os princípios jurídicos, em virtude da ordem democrática e pluralista, o que faz com que haja uma tensão dialética. Havendo uma colisão entre princípios, a solução será realizada por meio de mandamentos de otimização, segundo Alexy, haja vista serem normas que exigem que algo deva ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.<sup>28</sup> Como se vê, diz-se *colisão* (e não conflito), porque não se pode excluir totalmente um princípio, cuja aplicação se dá por meio do balanceamento para fixar as “relações condicionadas de precedência”.<sup>29</sup> Há acatamento de um em relação ao outro, sem que isso implique em completo desrespeito daquele que não prevaleceu.<sup>30</sup>

Uma pergunta interessante que pode ser feita é: como resolver uma colisão entre regras e princípios? Há muita discussão em torno do tema. Ao adotar os mandamentos de validade (critérios de antinomias), conclui-se que caso um princípio não prevaleça, em detrimento de uma regra, terá ele que ser expelido do ordenamento jurídico, o que é um absurdo. Por conta disso, entende-se que a solução mais conveniente é que o princípio não entra em colisão com a regra, mas com o princípio no qual a regra se baseia, ou seja, o princípio de onde a regra foi abstraída. Diante disso, o método para solucionar uma colisão envolvendo regras e princípios é baseado nos mandamentos de otimização.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NORMAS-PRINCÍPIO E O SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

#### 3.1 Algumas notas sobre direitos fundamentais

A expressão “direitos fundamentais” deve ser aplicada, segundo Sarlet, aos direitos do homem, reconhecidos e positivados nas constituições. Para o citado autor:

Não há como olvidar, neste contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser identificada como fundamental.<sup>31</sup>

Notadamente, é com base nos valores considerados importantes a uma dada sociedade que o constituinte, de forma intuitiva e racional, seleciona quais bens terão proteção na Lei Maior. Os direitos fundamentais são aqueles que, ao incorporar os valores mais importantes de determinada sociedade, protegem os bens mais caros a ela.

Salienta-se, ademais, que os direitos fundamentais não são criados pela Constituição, e sim reconhecidos por esta, sendo originários em meio à sociedade, através da indução. É por isso que se defende o caráter vinculativo dos direitos fundamentais em relação ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário. Não se confundem, entretanto, com os direitos humanos, típicos de normas de cunho internacional, carecendo, em regra, mas não sempre, de eficácia jurídica perante um dado ordenamento jurídico. Ainda sobre o tema, Marmelstein explica que

[...] a noção de direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto. [...] Os direitos fundamentais pressupõem um Estado juridicamente limitado (Estado de direito / separação dos poderes) e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (direitos fundamentais / democracia).<sup>32</sup>

No âmbito da historicidade dos direitos fundamentais, a doutrina aponta a existência de gerações ou dimensões<sup>33</sup> de acordo com o contexto de determinada sociedade. Em um primeiro momento, com as Revoluções liberais, inaugura-se o Estado liberal e, por conseguinte, surgem os direitos fundamentais de primeira geração. Objetivam conferir direitos de liberdade, tipicamente individuais, revelando-se como direitos civis e políticos.

Referidos direitos se caracterizam “pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade”.<sup>34</sup> Esta categoria é fundada no Estado Liberal absenteísta, onde se deu a manifestação do *status libertatis* ou *status negativus*. Realçam, portanto, o princípio da liberdade.<sup>35</sup>

Os excessos do ideário liberal, decorrentes da omissão estatal, acarretaram o aumento das desigualdades sociais, o que gerou movimentos revolucionários de base proletária. Segundo Marmelstein, era uma liberdade de “faz de conta”, que beneficiava apenas a elite. Ou seja, tratava-se de uma “igualdade meramente formal, da boca para fora, que não saía do papel, era mesmo que nada. Por isso, eles pretendiam e reivindicavam também um pouco mais de igualdade e inclusão social”.<sup>36</sup>

O Estado Social entra em cena, objetivando a igualdade social contraposta à igualdade jurídica da visão liberal, ou seja, da justiça formal, que não é inerente às pessoas nem preexiste ao Estado, cumprindo-se essencialmente por meio de prestações por este devidas aos indivíduos. A partir deste momento, visualizam-se os direitos fundamentais de segunda geração.

Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, culturais e sociais, só que os últimos requerem prestações positivas (*status positivus*) por parte do Estado para suprir as carências da sociedade. É nessa dimensão que surge a idéia de mínimo existencial como núcleo da dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup> São os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao pleno desenvolvimento da existência individual, tendo o Estado como sujeito passivo, que devem ser cumpridos



mediante políticas públicas. De uma forma objetiva, pode-se dizer que são direitos não contra o Estado, tipicamente liberais, mas direitos através do Estado.<sup>38</sup>

No entanto, ainda perdura no Estado contemporâneo o essencial da concepção liberal, traduzindo na afirmação de que o homem, pelo simples fato de o ser, tem direitos e que o Poder Público deve respeitá-los. Assegurar o respeito da dignidade humana continua sendo o fim da sociedade política. Dignidade esta, no entanto, que não é vista apenas no âmbito do indivíduo isolado, mas sim de uma forma coletiva, em virtude da solidariedade.

Por conta disso, é que surgem direitos de titularidade coletiva, intitulados pela doutrina de direitos fundamentais de terceira geração. Consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.

Notadamente, são direitos que transcendem o individual e o coletivo, na medida em que os interesses individuais ou privados se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social. Têm como característica a sua titularidade coletiva, sendo, muitas vezes, indefinida ou indeterminável.<sup>39</sup> Na lição de Moraes:

São interesses que atinam a toda a coletividade; são interesses ditos metaindividuais. São direitos que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade. Ao contrário do Direito excludente, negativo e repressivo de feição liberal, temos um Direito comunitário, positivo, promocional, de cunho transformador.<sup>40</sup>

Bonavides<sup>41</sup> traz, ainda, uma quarta geração de direitos fundamentais: o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Recentemente, vem defendendo o mencionado autor o direito à paz como direito fundamental de quinta geração, por ser um direito natural dos povos ao abraçar a idéia de concórdia.<sup>42</sup>

Em suma, não obstante a que geração pertença, os direitos fundamentais tem como premissa promover a dignidade da pessoa humana. À medida que a sociedade reclama por anteparos, o Estado e o Direito precisam se manifestar para atender às demandas sociais.<sup>43</sup> A cada nova geração, há uma nova roupagem, um redimensionamento do direito fundamental anterior, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana.

O constituinte brasileiro, inspirado em constituições sociais democratas do século anterior, inscreveu em seu art. 1º, inciso III, o postulado da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da organização nacional. De fato, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito, fórmula política adotada pelo constituinte, marca uma abertura constitucional radicada no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo central. Trata-se, pois, do cons-

titucionalismo das comunidades humanas, mais orgânico e voltado mais para a sociedade do que para o Estado.

### 3.2 O *status* formal e material dos direitos fundamentais

Ao analisar o art. 5º, da Carta Magna, a doutrina já é uníssona ao defender que o rol dos direitos e garantias do art. 5º não é taxativo, na medida em que o §2º, do art. 5º, traz uma abertura de todo o ordenamento jurídico nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos e aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Notadamente, quando um direito fundamental estiver expresso na CF, como o direito à vida (art. 5º), os direitos sociais (art. 7º) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), por exemplo, constata-se que tem *status* formal (pois está previsto no Texto) e material (vez que seu conteúdo é imprescindível à dignidade humana).

Tem, por conseguinte, aplicabilidade imediata, com fundamento no art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, por possuir supremacia normativa conferida pela ordem jurídica constitucional. Trata-se da coerência interna dos direitos fundamentais, baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana defendida por Sarlet, sendo capazes de gerar efeitos jurídicos.<sup>44</sup> É o mesmo entendimento de Krell ao observar que:

Todos os direitos fundamentais possuem *aplicabilidade imediata* (art. 5º. §1º, CF), sem a necessidade de uma intermediação por leis ordinárias. No caso dos direitos fundamentais da segunda e terceira geração, existe um espaço mais abrangente que o legislador ordinário deve preencher, concretizando e conformando a implementação dos direitos sociais e difusos, cuja *densidade mandamental* é menos expressiva do que a dos direitos fundamentais individuais de liberdade.<sup>45</sup> (Destaque no original.)

Sobre os tratados internacionais de direitos humanos, importa recordar que a Emenda Constitucional 45/2004 incluiu o §3º ao Texto Constitucional, dando a possibilidade de que os tratados de direitos humanos sejam submetidos a um procedimento diferenciado de incorporação legislativa, que consiste na aprovação de seu texto, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Cabe destacar que a aprovação do tratado nesses termos confere às normas de direitos humanos que se encontram em seu bojo o caráter de equivalentes às emendas constitucionais. A preocupação do constituinte derivado era, aparentemente, dirimir controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, já existentes pela interpretação do §2º, do art. 5º, CF/88.

Após nova redação, a doutrina internacionalista, destacando Piovesan,

defende que passam a existir duas categorias de tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais (antes da EC 45) e os material e formalmente constitucional (depois da EC 45). Vale lembrar que todo tratado de direitos humanos, uma vez ratificado, passa a ter *status* materialmente constitucional, em virtude do §2º, art. 5º (cláusula de abertura). Caso os mesmos tenham alcançado o referido quorum do §3º, passarão a ser considerados, também, como formalmente constitucionais.<sup>46 47</sup>

A discussão maior gira em torno daqueles tratados que foram incorporados antes da EC 45. No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, houve uma mudança de entendimento radical no que concerne à natureza dos tratados internacionais de direitos humanos, pois sempre se defendeu que os mesmos equivaleriam às leis ordinárias, fazendo pouco caso da cláusula de abertura do §2º do art. 5º. Atualmente, o Ministro Gilmar Mendes entende que os mesmos possuem *status* de supralegalidade, ou seja, estão acima da lei ordinária, mas abaixo da Constituição. Já o Ministro Celso de Mello lidera uma corrente no sentido de que os tratados de direitos humanos têm *status* de norma constitucional.<sup>48</sup>

A importância dessa discussão é que o *status* material do direito fundamental alcança todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pela República Federativa do Brasil antes da EC 45. Em outras palavras, pode-se ir além, ao afirmar que o *status* material dos direitos fundamentais faz parte do bloco de constitucionalidade, ou seja, do conjunto normativo que serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade e para a interposição de recurso extraordinário. Entender que o bloco de constitucionalidade só é a Constituição formal é pensar de acordo com o modelo positivista, totalmente ultrapassado.<sup>49</sup>

O Estado não é obrigado a ratificar um tratado internacional. Se assim o faz, é porque é conveniente com seu modelo político e com o ordenamento jurídico interno, devendo ter a consciência da repercussão de referido instrumento para a ordem jurídica local e global.

É cabível, portanto, o controle de constitucionalidade, seja pela via concentrada ou difusa, alegando que determinado dispositivo é inconstitucional por violar um tratado internacional, por conta do *status* material do direito fundamental ao meio ambiente. Ademais, é possível interposição de recurso extraordinário pelo não cumprimento do mesmo tratado internacional, o que implica que não deve mais prosperar o entendimento de que violação reflexa da Constituição não é tão grave a ponto de fundamentar referido instrumento recursal. O STF precisa rever seu posicionamento para ser coerente com as recentes decisões ora destacadas.

Referido entendimento, como se vê, é uma consequência inafastável da interpretação do §2º, do art. 5º, da Constitucional, que passa a ser fortalecido pelo pós-positivismo, pela unidade axiológica da Constituição, pelo recente entendimento do STF, em especial pela corrente defendida pelo Ministro Celso de Mello.

### 3.3 A natureza principiológica dos direitos fundamentais

No que concerne às normas de direitos fundamentais, mister ressaltar que não há identidade perfeita entre direitos fundamentais e princípios. No entanto, é perceptível o caráter principiológico que as normas de direito fundamentais possuem por conta do forte conteúdo axiológico em face dos bens jurídicos que visam proteger.

Segundo a doutrina majoritária, um modelo puro de princípios é inadequado, pois a rejeição das normas-regra impossibilita limitações aos princípios que consagram direitos fundamentais, prejudicando a segurança jurídica e sua concretização.<sup>50</sup> Ilustra Alexy que um modelo baseado puramente em princípios “[...] não leva a sério a constituição escrita.”<sup>51</sup>

A crítica de Alexy (assim como de boa parte da doutrina) acerca da abstração, da relatividade e da insegurança jurídica oriunda de um modelo exclusivo de princípios pode ser refutada. As correntes que defendem que os direitos fundamentais são binormativos apontam que é papel do intérprete decidir, no momento da aplicação, se referido direito fundamental é uma regra ou um princípio. Oportuna manifestação de Silva:

*É tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio. Qualquer distinção das normas jurídicas em mais de uma categoria – e a ênfase no “qualquer” é, aqui, fundamental – terá que seguir sempre esse raciocínio. O texto legal, em geral, utiliza-se sempre da mesma linguagem e dos mesmos operadores dêonticos. Não é o legislador que tem que se preocupar com eventuais distinções e classificações dogmáticas, mas o intérprete e o aplicador do direito.*<sup>52</sup> (Destaque no original)

A distinção entre regras e princípios não é de textos, mas de normas.<sup>53</sup> Com base em que critérios o intérprete decidirá acerca da natureza jurídica de um direito fundamental? Ora, dependerá de como ele quer que referido direito seja efetivado intuitiva e racionalmente e, por consequência, a melhor forma de se lidar com uma colisão (ou conflito, se for regras). É simples verificar. Ao se tratar de uma colisão entre o direito à vida com o direito à liberdade de crença religiosa, por exemplo, caso o intérprete queira, previamente, que prevaleça o direito à vida de modo total e definitivo, dirá que se trata de uma regra, excluindo, portanto, qualquer hipótese material do direito à liberdade de crença ser aplicado. Por outro lado, caso seja interessante para o intérprete que os dois direitos fundamentais sobrevivam, concluirá que se trata de princípios. Como se vê, as mesmas críticas imputadas ao modelo puramente principiológico podem ser atribuídas ao um sistema binormativo de direitos fundamentais, na medida em que dependerá do intérprete decidir qual será a natureza jurídica do direito no momento de sua aplicação.

No entanto, ao se tratar de direitos fundamentais, percebe-se que não é apenas seu forte conteúdo axiológico que coopera para sua natureza jurídica principiológica, mas também sua abertura semântica e dimensão objetiva.<sup>54</sup> Na mesma linha, manifesta-se Steinmetz:

[...] os direitos colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões *in concreto*.<sup>55</sup>

Diante disso, defende-se que os direitos fundamentais são assegurados em normas-princípio, à luz de uma teoria externa, com conteúdo essencial, intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana.

### 3.4 O conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Todo direito fundamental possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica, núcleo este que representa a própria justiça, essência do Direito. Referido conteúdo não é absoluto, nem imutável. Ora, para que serve o Direito, afinal? De uma forma bem simples, pode-se afirmar que o Direito tem como objetivo regular as condutas humanas em prol de uma pacificação social, ou seja, em busca da justiça.

Oportuna a lição de Bello Filho:

O núcleo essencial de um direito fundamental não é um núcleo duro que impede todo e qualquer movimento restritivo de normas que se baseiem em outros princípios que colidem por trabalharem em sentidos invertidos. O núcleo essencial do direito é um núcleo maleável, que se constitui desde a atividade de ponderação, e a partir da realização do princípio da proporcionalidade. Na efetivação desta ponderação, com obediência aos cânones da proporcionalidade, os direitos fundamentais enquanto princípios obedecem a limites, uma vez que o esvaziamento completo de sentido para uma norma princípio seria o mesmo que esvaziar completamente a sua própria normatividade.<sup>56</sup>

É o que vem a ser a dignidade humana, este conteúdo essencial do direito fundamental e, por conseguinte, da própria essência do Direito? Entende-se que a dignidade humana se confunde com o próprio conteúdo essencial. Parafraseando Kelsen, é um conceito emoldural, ou seja, trata-se de uma moldura dêontica (dever-ser) criada pelo constituinte, mas que será preenchido pelo intérprete de acordo com questões históricas, culturais, sociais e econômicas, por meio da indução, ou seja, de acordo com a realidade naquele momento da aplicação da norma. Basta refletir: o que é dignidade humana para quem está na beira de um

leito de morte por uma doença terminal, por mais que tenha excelentes condições financeiras? É para um membro de uma família grandiosa que vive (ou sobrevive) com uma cesta básica por mês? Vê-se, pois, que é um conceito relativo, emoldural e elástico, não havendo possibilidade de uma rigidez em seu conteúdo.

Dignidade da pessoa humana, conteúdo essencial e justiça são institutos que estão intrinsecamente ligados entre si por caracterizar a própria essência do Direito. São conceitos emoldurais que serão preenchidos pelo intérprete, considerando todas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Ao violar um deles, todos os outros serão atingidos, como efeito dominó.

Notadamente, quando ocorre a colisão entre direitos fundamentais, aquele que não prevalecer no caso concreto não pode ser simplesmente excluído da ordem jurídica porque desnaturaria a própria razão de ser do Direito.

### 3.5 O apofântico e o deôntico da norma jurídica de direito fundamental

O estudo da hermenêutica e da lógica jurídica são imprescindíveis para delimitar o conteúdo essencial de um direito fundamental. Vilanova explica que a existência da lógica jurídica se justifica “se encontrarmos formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (*in specie*, jurídica) próprias do direito”.<sup>57</sup> São as formas apofânticas e deônticas, conforme serão analisadas neste tópico.

A partícula operatória do deôntico é o dever-ser que, segundo Vilanova,

[...] estatui relação entre sujeitos-de-direito, que tomam o papel sintático de termos-sujeitos, e relação entre tipos de ações ou condutas, decorrentes da verificação de pressupostos fáticos, que tomam o papel sintático de proposições antecedentes de uma relação hipotética. A *norma*, que é, fenomenologicamente, a *significação* do enunciado proposicional, diz que se se dá (se ocorre na realidade) um fato que através do pressuposto a ele referido entre no universo do direito, então um sujeito deve fazer ou omitir tal ou qual conduta face a outro sujeito, termo *relato* daquele termo *referente*.<sup>58</sup>

A forma deôntica refere-se a um dever-ser objetivo. A norma traz uma estrutura lógica, cognoscente da conduta, estando, assim, formalizada. Por conta disso, a lógica jurídica não tem como deixar de ser formal exatamente pelo fato de suas estruturas serem aptas a acolher o objeto jurídico, que é uma espécie de objeto deôntico (normativo). Também “representa, ainda, a formalização da linguagem do direito positivo”, que se expressa por meio de normas.<sup>59</sup>

Os raciocínios jurídicos, no entanto, são acompanhados por incessantes controvérsias, buscando uma decisão justa e com aceitabilidade social. Tal fato, segundo Perelman, é o bastante para “salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo de valor da conclusão”.<sup>60</sup>

Em outras palavras, pode-se dizer que o Direito pretende atender aos anseios da sociedade, permitindo uma convivência pacífica entre os homens. No que concerne aos direitos fundamentais, sua tarefa primordial é garantir a dignidade da pessoa humana. O conteúdo dos direitos fundamentais, por conseguinte, é dinâmico, estando em constante transformação, haja vista que o conceito de dignidade humana não é engessado. Nessa linha, o mesmo deve ocorrer com o sentido captado pela norma, sob pena de uma estagnação. É exatamente nesse conteúdo que se visualiza a forma apofântica, ou seja, do ser, da prática, do concreto, da dignidade humana de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso, isto é, do que efetivamente ocorre na realidade, o que nem sempre corresponde ao que está previsto na forma deôntica.

Logo, na formalização da norma de direito fundamental, ocorrente pela sua estrutura deôntica, não há como abranger todo o conteúdo do Direito, nem como assegurar de forma material o que vem a ser dignidade humana. Principalmente quando se verifica, durante a evolução histórica, que o Direito vai muito além daquilo que está explícitado na norma. Direito é mais do que lei, mais do que regra, mais do que norma. É de se notar, por oportuno, que referida afirmativa se coaduna com a natureza principiológica dos direitos fundamentais.

Notadamente, o intérprete não pode ficar adstrito à norma, olvidando o grande mundo que é o sistema jurídico. A norma pretende trazer a segurança, mas isso não implica o alcance da justiça. Esta segurança é garantida pela forma deôntica, que cuida da estrutura da norma, impondo um dever-ser. Aqui, percebe-se claramente que o movimento do pensamento é o dedutivo, partindo do geral (norma) para o individual (regular as relações jurídicas), cuidando os argumentos do ponto de vista da sua correção formal. A estrutura deôntica é verificada, portanto, pela lógica formal.

A norma de direito fundamental ganha uma estrutura, podendo ter vários objetos, ou seja, inúmeros conteúdos que serão delineados pelo operador do Direito, em especial, pelo julgador no momento de uma decisão, ao delimitar o conteúdo essencial de um direito fundamental. Como a sociedade, porém, é dinâmica e, por conseguinte, referido conteúdo também deve ser, necessária se faz outra forma, que é exatamente o apofântico.

Pode-se dizer, de uma forma bem simples, que o apofântico é que permite a justiça e a equidade das decisões judiciais, por meio do movimento indutivo.<sup>61</sup> O apofântico é que traduz a materialização da dignidade da pessoa humana e do conteúdo essencial do direito fundamental no caso concreto. Assim, quando a norma é criada pelo legislador (incluindo-se o constituinte), permanece no campo deôntico, do dever-ser, formando uma espécie de moldura, que não poderá nunca ser engessada, como queria o positivismo jurídico. É o que ocorre no caso dos direitos fundamentais previstos de forma expressa no Texto Constitucional (*status* formal).

Caberá ao intérprete o preenchimento dessa moldura, com a captação de um (ou vários) sentido(s) guiado(s) por meio da hermenêutica jurídica, haja vista que os fenômenos da pré-compreensão, do círculo hermenêutico e da dialética dos opostos hegeliana comprovam que o sentido a ser interpretado é filosoficamente inesgotável. Notadamente, referido(s) sentido(s) deverá(o) acompanhar os reclamos da sociedade de forma a preencher o conteúdo essencial do direito fundamental.

Quando se tratar de direitos fundamentais apenas materialmente constitucionais, em virtude do §2º, art. 5º, CF, nada impede que o legislador, administrador ou juiz, por exemplo, no momento de uma tomada de decisão, capte por meio de um raciocínio jurídico por indução, ou seja, da realidade, um princípio que entenda ser imprescindível para a dignidade humana, elevando-o, assim, ao rol dos direitos fundamentais. Nessa linha, no momento de referido processo de abstração e indução, o intérprete/aplicador deverá delimitar a moldura da dignidade da pessoa humana, preenchendo-a com o conteúdo essencial do direito fundamental que, como já dito, é relativo, pois oriundo da própria dialética do Direito.

A relação entre segurança jurídica e justiça, dedução e indução, é clássica, haja vista que “em todo sistema jurídico coexistem dois valores ético-sociais: a justiça e a segurança”.<sup>62</sup> O Direito deve se adequar à sociedade (por meio da indução em prol da justiça), assim como a sociedade deve se conformar ao Direito (realizado pela dedução, garantindo a segurança jurídica). Trata-se do equilíbrio clássico que deve ocorrer no Estado Democrático de Direito, como sugere a dialética jurídica.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são determinados com base nos valores considerados importantes a uma dada sociedade, mediante captação intuitiva e racional do constituinte, de forma a garantir os bens que merecem especial proteção na Lei Maior. Verifica-se que referidos direitos não são criados pela Constituição, e sim reconhecidos por esta, sendo originários em meio à sociedade, através da indução.

No atual momento do pós-positivismo, visualiza-se que os direitos fundamentais possuem natureza jurídica de princípios, o que, por sua característica *prima facie*, demanda um esforço interpretativo bem maior do que em relação às regras. Isto se deve ao fato de os princípios serem abertos e possuírem uma série indeterminada de *facti species*, ou seja, de situações concretas no seu âmbito normativo.

Ademais, todo direito fundamental possui um conteúdo essencial que precisa ser resguardado, com íntima ligação à dignidade da pessoa humana e ao valor justiça, razão de ser do Direito. Referidos conteúdos, como visto, são relativos e elásticos, devendo o intérprete delimitá-los por meio da abstração e indução da realidade, isto é, do apofântico.



Além do *status* formal dos direitos fundamentais, quando estão previstos expressamente na Carta Magna, há ainda um imenso rol de direitos materialmente constitucionais fora do Texto, de acordo com a cláusula de abertura do art. 5º, §2º, CF. Nessa linha, em virtude de os princípios não estarem necessariamente expressos na ordem jurídica, haja vista que nascem da realidade que está em constante transformação, o intérprete poderá captá-los por indução ao verificar a sua importância para a dignidade humana. Assim, poderá nascer um direito fundamental, cujo conteúdo essencial será delimitado de acordo com as situações fáticas e jurídicas do caso concreto.

No entanto, resta destacar que, se tal atitude não for feita de forma racionalmente justificada pode, colocar em xeque os fundamentos de um Estado de Direito pautado na segurança jurídica. Não se pode cair no subjetivismo e no ativismo exacerbado, havendo de se incorporar uma dimensão crítica que permita aos intérpretes e aos operadores do Direito manter uma postura de vigilância, principalmente quando se trata de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ: Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1 – 32, 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 20 de fev. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2006.

BOBBIO, Norberto. In: PUGLIESE, Márcio (Trad.). **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. In: **Revista Interesse Público**, v. 8, n. 40, nov./dez. 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. In: **Revista NOMOS** Fortaleza, v. 27, p. 177-201, jul./dez. 2007.

DWORKIN, Ronald. In: BOEIRA, Nelson (Trad.). **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

KRELL, Andreas J. **Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió/AL**: a liberação de espigões pelo Novo Código de Urbanismo e Edificações. Maceió: EDUFAL, 2008.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia hoje**: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas: 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **A crise do positivismo jurídico**. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm. In: PUPI, Vergínia K. (Trad.). **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: ALARCON,

Pietro de Jesus Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos**: análise à luz do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos nas Relações Internacionais do Brasil. Dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Fortaleza: 2007.

PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Logica para juristas**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1978.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

- 1 Observa Barroso que o jusnaturalismo se funda na existência de um direito natural. Explica que “sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1 – 32, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2009, p. 13.
- 2 MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **A crise do positivismo jurídico**. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2008, p. 1002.
- 3 BOBBIO, Norberto. In: PUGLIESE, Márcio (Trad.). **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 119.
- 4 Gény utilizava a legislação vigente como instrumento por meio do qual se analisava os *dados* da realidade, para se então obter o *construído*. Ou seja, a lei era a lente do intérprete (pré-compreensão) ao buscar as aspirações e valores da sociedade, adequando-os ao Código. Há, assim, uma abertura, ainda pequena, para o raciocínio por indução, ou seja, do individual (ao captar os valores e anseios da sociedade no *dado*, desde que não violasse o Código de Napoleão) para o geral.
- 5 Sobre o organicismo, é importante observar que “a doutrina do direito científico (Escola Histórica) considera como material jurídico ‘dado’ ou ‘posto’ o direito romano (Código de Justiniano), que deve ser analisado pela ciência jurídica mais do que pelo legislador, transformando esse material num ordenamento jurídico unitário e sistemático. O sistema jurídico deve ser visto como o conjunto vivo em

- constante movimento, onde a convicção comum do povo seria o elemento primordial para a interpretação das normas.” MOREIRA; PEIXOTO; BELCHIOR, op. cit., p. 1002.
- 6 BOBBIO, op. cit., p. 212.
- 7 Interessante que o movimento pela codificação representou o auge do direito natural e, por outro lado, de forma paradoxal, simbolizou a sua superação histórica. Como se vê, no início do século XIX, os direitos naturais cultivados por mais de dois milênios foram incorporados de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Constatase que não há mais a revolução natural, na medida em que eles se encontram conservados em códigos. O que prevalece é a onipotência positivista, deixando-os tão-somente na margem da história, considerados como metafísicos e anti-científicos. BARROSO, op. cit., p. 16.
- 8 BOBBIO, op. cit., p. 213.
- 9 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 73.
- 10 Ainda na lição de 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 constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” BARROSO, op. cit., p. 19.
- 11 BARROSO, op. cit., p. 20.
- 12 Diante da sua atual importância, Barroso resume que os princípios desempenham três papéis distintos na ordem jurídica, a saber, “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”. Idem, p. 20.
- 13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1124.
- 14 DWORKIN, Ronald. In: BOEIRA, Nelson (Trad.). **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-63.
- 15 DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. In: **Revista NOMOS** Fortaleza, v. 27, p. 177-201, jul./dez. 2007, p. 178.
- 16 ALEXY, Robert. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135-144.
- 17 Idem, p. 31-49.
- 18 Idem, p. 135-144.
- 19 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 600.
- 20 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178-179.
- 21 BONAVIDES, op. cit., p. 701.
- 22 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.
- 23 BARROSO, op. cit., p. 14.
- 24 SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.
- 25 Idem, p. 52.
- 26 Idem, p. 47-48.
- 27 Idem, p. 48.
- 28 ALEXY, op. cit., p. 117-118.
- 29 SILVA, op. cit., p. 50.
- 30 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 45.
- 31 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.
- 32 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas: 2008, p. 42.
- 33 Willis Filho entende que é melhor falar em dimensões de direitos fundamentais à medida que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Para o autor, “os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada”. GUERRA FILHO, op. cit., p. 47.
- 34 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

- 35 Acerca do Estado liberal, Bastos ensina que “seu pressuposto fundamental é o máximo de bem-estar comum atingido em todos os campos com a menor presença possível do Estado. [...] Sua máxima principal está esculpida na expressão francesa ‘laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même’ (‘deixai fazer, deixar passar, o mundo caminha por si só’). BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 139.
- 36 MARMELSTEIN, op. cit., p. 46.
- 37 Barcellos destaca que o núcleo da dignidade humana é o mínimo existencial, “na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, *menor* – minimizando o problema dos custos – *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios – e, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado, sob a forma da eficácia jurídica positiva ou simétrica”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 118.
- 38 Segundo Bulos, os direitos fundamentais de segunda geração, advindos logo após a Primeira Grande Guerra, “compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.
- 39 SARLET, op. cit., p. 53.
- 40 MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 96.
- 41 BONAVIDES, op. cit., p. 571.
- 42 BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. In: **Revista Interesse Público**, v. 8, n. 40, nov./dez. 2006, p. 18-19.
- 43 Importante salientar que os direitos fundamentais se manifestam, segundo Alexy, em sua forma deontica, por meio de regras (comandos de definição) e de princípios (comandos de otimização), tese que não será adotada neste estudo. ALEXY, op. cit., p. 81-88.
- 44 SARLET, op. cit., p. 78-79.
- 45 KRELL, Andreas J. **Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió/AL: a liberação de espigões pelo Novo Código de Urbanismo e Edificações**. Maceió: EDUFAL, 2008, p. 68.
- 46 PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: ALARCON, Pietro de Jesus Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005, p. 47-48.
- 47 Outro ponto interessante é que os tratados incorporados pelo procedimento do §3º serão equivalentes à emenda constitucional. Nesse sentido, a doutrina aponta dois efeitos: a capacidade de reformar a Constituição, o que não é possível tendo-se apenas *status* materialmente constitucional, e a impossibilidade de os tratados, uma vez incorporados como emendas, serem denunciados, na medida em que a denúncia é um ato unilateral do Executivo pelo qual um Estado se retira de um tratado. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos: análise à luz do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos nas Relações Internacionais do Brasil**. Dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Fortaleza: 2007, p. 268-275.
- 48 Referidos entendimentos foram manifestados por conta das discussões levadas a cabo pelo Tribunal em julgados nos quais se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. O inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal da República estabelece que “não haverá prisão civil por dívida, salvo o devedor de pensão alimentícia e o depositário infiel”. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992), em seu art. 7, n. 7, vedou a prisão civil do depositário infiel, somente permitindo-a na hipótese de dívida alimentar. Logo, *a priori*, percebe-se um conflito entre o texto constitucional e o referido tratado internacional de direitos humanos. Neste sentido, o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, cujo acórdão foi publicado em 12 de dezembro de 2008, manifesta o entendimento no sentido de que os tratados de direitos humanos passam a ser considerados acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, ou seja, passam a ter *status supralegal*. Assim como o Min. Gilmar Mendes, também votaram no mesmo sentido os Ministros Cesar Peluso, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. Recentemente, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 87.585/TO, modificou seu posicionamento anterior, reconhecendo que os tratados de direitos humanos se revestem de *hierarquia*

- constitucional*. O acórdão do referido julgamento foi publicado também no dia 12 de dezembro de 2008, afastando de vez o entendimento do STF de paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e a legislação ordinária. Até o presente momento, a ementa dos julgamentos não está disponibilizada no *site* do STF.
- 49 Entende Portela que, havendo conflito entre a norma constitucional e o tratado internacional de direitos humanos, devem ser aplicados o princípio da primazia dos direitos humanos e o princípio da norma mais favorável. PORTELA, op. cit., p. 277-285.
- 50 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia hoje**: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001, p. 21.
- 51 ALEXY, op. cit., p. 122.
- 52 SILVA, op. cit., p.57.
- 53 AVILA, op. cit., p. 44.
- 54 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94.
- 55 STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63.
- 56 BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2006, p. 79-80.
- 57 VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 84-85.
- 58 Idem, p. 86-87.
- 59 Idem, p. 106.
- 60 PERELMAN, Chaïm. In: PUPI, Verginia K. (Trad.). **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.
- 61 O raciocínio jurídico por indução parte do individual (relações sociais, incluindo os costumes, valores e a jurisprudência) para o geral (norma jurídica). Puigarnau ressalta um dos óbices para a indução, ao acentuar que “salta la vista que el problema de la inducción estriba en determinar cuál sea el fundamento o principio de la misma, esto es, en justificar o legitimar el tránsito de la pluralidad a la totalidad y de la mera realidad a la necesidad”. PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Logica para juristas**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1978, p. 128.
- 62 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 19.

## THE NATURE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PROTECTION OF THEIR ESSENTIAL CONTENT

### ABSTRACT

As postpositivism grants a compelling nature to principles and demonstrates that value is inherent to Law, it becomes more and more necessary to examine basic differences between principles and rules. In this sense, the main purpose of this paper is to analyse the juridical nature of fundamental rights, as establishing their main features is essential for studying their efficacy and their limits, as well as the possibility of collision with other fundamental rights and the protection of their essential content. Methodology used is bibliographical, theoretical, descriptive and exploratory. It is also to be noted that every fundamental right comprises essential

features, that stem from their nature of principles and that are deeply related to human dignity and to justice, which is the very core of Law. Nevertheless, such essential content is neither absolute nor unchangeable, but it is flexible, being defined by the interpreter at the moment of the execution of the fundamental rights, according to the facts and juridical issues involved in the actual situation.

**Keywords:** Fundamental Rights. Postpositivism. Juridical nature. Principles. Essential Content.