

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Mestrado Acadêmico em “Constituição e Sociedade”**  
**Carlos Odon Lopes da Rocha**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ORDEM OBJETIVA DE VALORES: um *ranking* de precedência axiológica em abstrato e relativo entre os direitos previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988**

**Brasília-DF**  
**2015**

**CARLOS ODON LOPES DA ROCHA**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ORDEM OBJETIVA DE VALORES: um *ranking* de precedência axiológica em abstrato e relativo entre os direitos previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

**Brasília-DF**

**2015**

**CARLOS ODON LOPES DA ROCHA**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ORDEM OBJETIVA DE VALORES: um *ranking* de precedência axiológica em abstrato e relativo entre os direitos previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Banca Examinadora:**

---

Presidente: Prof. Dr.

---

Integrante: Prof. Dr.

---

Integrante: Prof. Dr.

*Dedico o presente trabalho à minha amada filha Sophia, anjo feito pessoa. O céu ficou um tanto quanto vazio para que eu pudesse descobrir o verdadeiro significado da vida.*

*À minha esposa Patricia, encarnação do mais sublime amor. Em seus braços desejo passar os últimos momentos da minha vida, pois somente assim enfrentarei os desígnios de Deus com um sorriso na alma.*

*Aos meus pais Tarciso e Deolinda, exemplos ímpares de amor, carinho e retidão, e que me ensinaram tudo o que sou.*

*Às minhas queridas irmãs, Alessandra e Taciana, amigas espirituais nas mais sensíveis horas.*

*Aos meus sobrinhos, Camily, Tayane, Carlos, Eduardo e Guilherme, motivos de especial alegria.*

*Agradeço a meu pai pelo insubstituível auxílio na depuração dos significados gramaticais da língua portuguesa. Agradeço, ainda, ao Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco, que, desde o primeiro contato, se mostrou disposto a atender este jovem autor, sempre de uma forma extremamente cordial, humilde e inteligente.*

*“Diante de Deus todos somos igualmente sábios e igualmente tolos.”*

*Albert Einstein*

*“Desde tempos imemoriais, a curiosidade e a sede do saber sempre constituíram forças capazes de estimular o homem a viver em permanente pesquisa. As duas perguntas: Por que ocorre algo e como ocorre, em todos os tempos, foram propulsoras da evolução e do progresso”*

*Erick Von Daniken*

## RESUMO

**Resumo:** A presente dissertação busca demonstrar, com base na teoria de Robert Alexy, a possibilidade de uma precedência ou presunção de prioridade axiológica, em abstrato e relativa, entre os valores constitucionais previstos no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Em outras palavras, e ao contrário do que argumenta expressiva doutrina, há uma ordenação flexível de valores ou preferências *prima facie*, que será complementada pelas singularidades do caso concreto. Não se trata, vale mencionar, de uma hierarquia normativa absoluta entre direitos fundamentais, mas, sim, de uma precedência axiológica abstrata e relativa entre esses mesmos valores. Com o escalonamento axiológico (vida x liberdade x igualdade x segurança x propriedade), contribui-se para uma melhor definição (analítica) da equação do sopesamento e, por conseguinte, para uma redução na discricionariedade judicial quando da aplicação da máxima da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Valores. Precedência. Ponderação. Discricionariedade.

## ABSTRACT

**Summary:** This dissertation seeks to demonstrate, based on the theory of Robert Alexy, the possibility of precedence or priority axiological presumption, in the abstract and relative, between constitutional values referred to in article 5º, *caput*, of Federal Constitution. In other words, and contrary to claims significant doctrine, there is a flexible ranking of values or preferences *prima facie*, to be complemented by the singularities of the case. This is not worth mentioning an absolute normative hierarchy between fundamental rights, but rather of an abstract and relative axiological precedence between those values. With the axiological scaling (life x freedom x equal x security x property) contributes to a better definition (analytical) of weighting equation and therefore to a reduction in judicial discretion when applying the maximum of proportionality.

**Keywords:** Fundamental Rights. Values. Precedence. Weighting. Discretion.



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	12
2. DO CONCEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO .....	15
2.1. Do conceito de direito. Da separação à conexão necessária entre direito e moral crítica.....	15
2.1.1 Da separação entre direito e moral crítica.....	16
2.1.1.1 Do Positivismo lógico.....	16
2.1.1.2 Do Realismo jurídico (ou positivismo fático).....	17
2.1.1.3 Da Análise econômica do direito ou Escola de Chicago.....	18
2.1.1.4 Da Concepção marxista do direito.....	19
2.1.2 Das objeções à separação entre direito e moral crítica.....	19
2.1.3 Da Conexão entre direito e moral crítica.....	20
2.1.3.1 Do Jusnaturalismo clássico.....	20
2.1.3.2 Do Jusnaturalismo contemporâneo.....	21
2.1.3.3. Do não-positivismo inclusivo de Robert Alexy ou Pretensão de Correção Moral.....	22
2.2 Da Aplicação (judicial) do direito.....	23
2.2.1 Da Escola francesa da exegese.....	23
2.2.2 Da Escola histórica.....	24
2.2.3 Da Jurisprudência dos conceitos ou Pandectismo.....	25
2.2.4 Da Jurisprudência dos interesses.....	26
2.2.5 Da Interpretação judicial como ato de vontade (Kelsen).....	26
2.2.6 Da "textura aberta" de Herbert L. A. Hart.....	27
2.2.7 O Direito como integridade e a teoria da única resposta correta de Ronald Dworkin.....	28
2.2.8 Teoria da resposta constitucionalmente adequada de Lenio Luiz Streck.....	34
2.2.9 Jurisprudência dos valores.....	37
3 PRINCÍPIOS, REGRAS E VALORES.....	40
3.1 Tese da conformidade entre princípios e regras.....	41
3.2 Tese da separação fraca entre princípios e regras.....	41
3.3 Tese da separação forte entre princípios e regras.....	43
3.4 Colisão entre regras.....	44
3.5 Tensão entre princípios .....	45
3.6 Valor.....	46
4. CASOS FÁCEIS, DIFÍCEIS E DILEMAS CONSTITUCIONAIS .....	50

5 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E TENSÃO ENTRE PRINCÍPIOS.....	56
5.1 Categorização.....	56
5.2. Hierarquização.....	57
5.3. Ponderação (estruturada).....	60
6. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRETENSÃO DE OBJETIVIDADE.....	66
6.1. Relativismo moral e suas objeções.....	66
6.2. Universalidade dos princípios da dignidade humana e da sociedade democrática.....	69
6.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	70
6.2.1.1 Definição conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana.....	72
6.2.1.1.1 Valor intrínseco do ser humano.....	73
6.2.1.1.2 Autonomia da vontade.....	75
6.2.1.1.3 Princípios restritivos da liberdade e princípios sociais.....	76
6.2.1.1.3.1 Princípio do dano ao outro.....	79
6.2.1.1.3.2 Princípio do dano (involuntário) a si mesmo.....	79
6.2.1.1.3.3 Princípio da ofensa.....	81
6.2.1.1.3.4 Bens públicos.....	83
6.2.1.1.3.5 Justiça social.....	83
6.2.2 Democracia constitucional.....	83
7 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..	87
7.1 Evolução histórica.....	87
7.2 Natureza Jurídica.....	89
8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PESOS EM ABSTRATO.....	94
8.1 Direito à vida.....	94
8.1.1 Análise da ADPF n. 54. Aborto (ou interrupção da gestação) de fetos com anencefalia.....	97
8.1.2 Suicídio assistido.....	99
8.2 Direito à liberdade.....	99
8.3 Direito à igualdade.....	104
8.3.1 Tensão entre liberdade e igualdade.....	108
8.4 Direito à segurança.....	113
8.5 Direito à propriedade.....	114
9 PRESUNÇÃO DE PRIORIDADE ABSTRATA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	117

10 PRESUNÇÃO DE PRIORIDADE E REDUÇÃO DO VOLUNTARISMO NAS INTERPRETAÇÕES REFERENTES À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.....	119
11 CONCLUSÃO.....	121

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria discursiva do direito pressupõe a liberdade e igualdade entre os participantes do processo argumentativo. Tais valores podem ser considerados como definições iniciais dos direitos fundamentais enquanto “direitos morais” (Dworkin), evitando-se, com isso, uma justificação filosófica baseada em critérios naturais ou teológicos.

Diante de tal quadro, o presente estudo utilizará como principais referenciais teórico-metodológicos os conceitos doutrinários de Robert Alexy, como, por exemplo, a sua teoria dos princípios, a conexão necessária entre direito e moral e, principalmente, a técnica da ponderação.

Oportuno lembrar que os direitos fundamentais, desde o famoso caso *Lüth* (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 7, 198*), são compreendidos não apenas como direitos subjetivos de resistência do cidadão contra o Estado, mas também como uma ordem objetiva de valores, que se irradia por todos os ramos do sistema jurídico, inclusive em relações privadas (SARMENTO; SOUZA NETO, 2007).

Esta concepção dos direitos fundamentais, inaugurada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958, foi acolhida, com o decorrer dos anos, por diversas Cortes Constitucionais ao redor do mundo, incluindo o Supremo Tribunal Federal.

Porém, tanto a doutrina quanto a jurisprudência não adentram numa análise e investigação mais aprofundada a respeito de qual seja a ordem objetiva de valores - ainda que exposta de forma parcial - vigente na sociedade brasileira a partir da Constituição Federal de 1988 e os seus graus de precedência axiológica. Etimologicamente, a expressão “*ordem*” deriva do latim “*ordo*”, ou seja, arranjo de elementos ou exigência de disposição de acordo com a categoria ou o lugar que lhe convém. É proveniente também do verbo “*ordiri*” (ordenar).

Com efeito, o senso comum teórico permanece silente a respeito de quais disposições são adotadas por esta ordem objetiva de valores, reproduzindo, acriticamente, a assertiva de que os direitos fundamentais não podem ser hierarquicamente sistematizados, por não ter a Constituição Federal estatuído uma prevalência de determinados valores em relação a outros. Possuiriam eles, então, o mesmo grau hierárquico, somente podendo ser aferível o peso de cada direito fundamental em tensão ou conflito diante das circunstâncias fáticas.

Segundo autores como Dimoulis e Martins (2012, p. 210-211), além de Pietro Sanchís (2003, p. 151), um escalonamento axiológico no texto constitucional não seria possível em razão de inexistir uma unidade de medida comum entre os valores ali previstos. Qualquer tentativa nesse

sentido configuraria apenas uma fórmula retórica para justificar ideologias e preferências subjetivas, além de fomentar decisionismos arbitrários e irracionais.

Destarte, a reprodução acrítica da afirmação de que inexistente hierarquia entre direitos fundamentais nos leva à instauração de um axioma ou dogma dentro do campo jurídico, o que, por sua natureza científica, deve ser evitado.

O presente estudo busca demonstrar, ao contrário, a possibilidade da existência de uma precedência abstrata e relativa entre direitos previstos na Constituição Federal (*e.g.*, vida x liberdade; liberdade x propriedade), a partir da constatação de que tais direitos trazem consigo considerável carga axiológica. E, segundo a teoria dos princípios de Robert Alexy (2012, p. 165), há uma ordenação flexível de valores ou preferências *prima facie*, que será complementada por características fáticas relacionadas ao caso concreto. Logo, revisitando ensinamentos doutrinários de Robert Alexy e outros, buscar-se-á demonstrar, através de um raciocínio argumentativo, a ordem de valores em abstrato que prevalece no texto constitucional.

Assim, o fato de inexistir uma hierarquia normativa absoluta entre direitos fundamentais – o que não é posto em dúvida nesta pesquisa – não significa a inexistência de uma precedência axiológica relativa ou condicionada entre esses mesmos direitos fundamentais.

Tendo em vista a necessária delimitação do tema, os direitos fundamentais objetos de investigação ficarão restritos àqueles previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quais sejam: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Com efeito, o estabelecimento de uma precedência axiológica e abstrata entre os direitos fundamentais, ainda que de forma parcial (art. 5º, *caput*, da CF/88), ensejará, como conclusão de caráter prático-normativo, uma maior previsibilidade nas interpretações dos casos difíceis, afastando, com isso, discricionariedades ou solipsismos oriundos de uma “jurisprudência *ad hoc*”.

O interesse pelo tema se justifica, portanto, em razão da inexistência de estudos específicos sobre qual seja a ordem objetiva de valores prevalecente na Constituição Federal de 1988, isto é, quais são os valores de maior relevância para a atual sociedade brasileira (tida como plural, aberta e democrática).

Assim, esta obra tenta responder à seguinte indagação: É possível extrair da Constituição Federal uma teoria de valores prevalecente, que seja compatível com aqueles valores mínimos compartilhados pela comunidade política? Em caso afirmativo, é possível fixar um *ranking* de precedência axiológica entre os direitos previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal? Em que medida essa teoria de valores pode ser estabelecida objetivamente, sem que o intérprete recaia em preferências subjetivas e ideológicas?

Ao final, demonstrar-se-á que qualquer teoria de valores tende a estabelecer uma ordem de importância entre estes, o que nos leva invariavelmente a uma hierarquia axiológica, embora esse aspecto não seja abordado mais detalhadamente pela doutrina ou pela jurisprudência, como já citado anteriormente. Cabe ao intérprete tentar compreender a teoria de valores subjacente ao texto constitucional, evitando, destarte, decisões intuicionistas e arbitrárias. Busca-se, em última análise, não apenas uma legitimidade procedimental, mas, sobretudo, uma legitimidade material para a vida em sociedade.

Segundo o jurista argentino Miguel Angel Ekmekdjian, os direitos fundamentais, por serem projeções de valores, não podem ter a mesma hierarquia. Citado por Jane Reis Gonçalves (2006, p. 246-247), o referido constitucionalista afirma que:

(...) qualquer teoria de valores tende a estabelecer uma ordem de importância entre estes. E os direitos são apenas meios para tutelar juridicamente valores, os quais são fins em si mesmos. Seguindo essa linha de argumentos, (...) defende que a inevitável ordem hierárquica dos valores deve ser espelhada em sua proteção jurídica.

Oportuno repetir que uma teoria dos valores não se fundamenta, obrigatoriamente, em preferências ideológicas do intérprete. Ao contrário, uma teoria axiológica poderá ser obtida a partir das ideias e conceitos objetivos concebidos pela própria Constituição. Trata-se de uma abordagem moral dos direitos fundamentais, sendo certo que eventual recusa a essa forma de abordagem (moral) não deixa de configurar, em si mesma, uma opção moral (BRANCO, 2011, p. 117).

Resumindo, a presente dissertação não visa estabelecer uma coerência narrativa decorrente da preferência subjetiva do intérprete/aplicador, mas um horizonte moral (obrigatoriamente relativo ou flexível, nunca estático ou absoluto) decorrente do próprio texto constitucional.

## 2. DO CONCEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO

### 2.1 Do conceito de direito. Da separação à conexão necessária entre direito e moral crítica

Atualmente, as principais discussões envolvendo a filosofia jurídica contemporânea tratam do conceito e aplicação judicial do direito.

Sobre o conceito de direito, há um longo debate a respeito da ideia do positivismo jurídico, e, portanto, da (in)existência de uma conexão entre direito e moral (crítica).

Não se pode negar que o direito e a moral compartilham entre si diversos vocabulários e terminologias, sendo certo, ainda, que o ordenamento jurídico parece incorporar determinados valores morais da sociedade (VILAJOSANA, 2007). Com efeito, as leis possuem terminologias que recordam o âmbito da moral. Fala-se de direitos e deveres; normas, regras e princípios; obrigações e responsabilidades etc. Há, pois, um vocabulário normativo que une indubitavelmente o direito e a moral, embora alguns críticos afirmem que o uso de expressões da seara moral apenas sirva para que os detentores do poder legitimem, sub-repticiamente, as normas jurídicas vigentes.

Ademais, é indiscutível que o sistema jurídico incorpora diversos valores morais constantes na sociedade, já que muitas condutas consideradas imorais são punidas pelo Estado. Essa moral incorporada pelo direito é aquela decorrente do conjunto de princípios e valores compartilhados pelos membros da comunidade política ou, se quiser, pelos membros da classe dominante (p.ex., burguesia).

Ensina Norbert Horn (2005, p. 43-45) que

O Direito quer realizar mesmo certos valores morais da comunidade, por exemplo, liberdade, segurança jurídica, proteção da confiança na fidelidade contratual, proteção da vida e da saúde contra violência. Em muitos casos as normas jurídicas concordam totalmente, portanto, com mandamentos morais. A proibição de matar outra pessoa já foi citada como exemplo (...). O Direito deve procurar realizar, através de normas jurídicas, somente uma parte limitada de normas morais. Um amplo âmbito de normas morais, ele deixa sem regulamentação em nome da liberdade do indivíduo. Isto tem a ver com a limitação geral de regras jurídicas. Estas podem, em geral, compreender somente comportamento externo, mas não impor um caráter interno. (...) Em geral, valores e normas morais reconhecidos na comunidade jurídica são expressamente recepcionados em nossa ordem jurídica (...). No Direito Privado estabelece-se, sobretudo, relação nas cláusulas gerais, com os parâmetros morais reconhecidos na comunidade jurídica, através dos conceitos de boa-fé (§§ 157, 242 BGB), bons costumes ou contrário à moral (§ 138, § 826 BGB) e o conceito da equidade, por exemplo, do juízo equitativo (§§ 315 e 317 BGB).

Entretanto, a existência de valores morais recepcionados pelo sistema jurídico não significa que estão eles automaticamente justificados. O fato de a maioria dos membros da comunidade acreditar que a conduta “y” é correta não consiste, obrigatoriamente, que é correto realizar a conduta “y”. Por exemplo, ainda que a maioria da população, em determinado período histórico, acredite que discriminar determinado grupo minoritário por motivos raciais ou religiosos seja correto, tal fato permaneceria injusto. Trata-se, aqui, da denominada moral crítica, sendo esta compreendida como o conjunto de critérios aptos para avaliar a correção das ações, comportamentos e instituições humanas.

Nesse sentido, para alguns há uma conexão necessária entre direito e moral crítica; para outros, há uma separação, sendo eventual conexão, quando muito, meramente contingente.

## **2.1.1 Da separação entre direito e moral crítica**

### **2.1.1.1 Do Positivismo Lógico**

A ausência de conexão obrigatória entre moral crítica e direito é defendida, dentre outras, pelas doutrinas positivistas clássicas. O maior expoente de tal concepção, sem dúvida, foi o jusfilósofo Hans Kelsen. Para o professor austríaco, o conteúdo do direito se origina de certos fatos sociais, sem qualquer correlação com argumentos morais. Não cabe ao direito, enquanto ciência, responder o que é “justo”. Como bem resumido por Sgarbi (2006, p. 55-56):

(...) A Teoria Pura do Direito, como teoria, tem por fim a compreensão das ordens jurídicas independentemente de suas peculiaridades de conteúdo; ela não se ocupa da avaliação moral ou da validade moral particular dos regimes políticos; esta é uma tarefa da política. A validade “moral” do regime usurpador é outro assunto; não cabe ao teórico, ao analisar o fenômeno jurídico, excluir de seu exame ordens normativas sob a alegação de que “isso não é direito”. Como teórico, ao considerar a juridicidade, deve proceder à leitura dos enlaces de atribuição normativa e relatar suas possibilidades, por duas razões: 1) o caráter “avaliativo” do conhecimento científico; e 2) a impossibilidade “racional” de se dizer o que é justo.

Quanto ao primeiro ponto, em virtude principalmente da herança de um antigo professor seu, Max Weber, Kelsen afirma que ao se analisar certo fenômeno jurídico o conhecimento científico deve ser formulado sem interferências valorativas, devendo seu plano discursivo manter-se limitado ao caráter descritivo. A razão é que os juízos de valor são subjetivos e, portanto, apenas refletem os desejos, temores e anseios de quem os formula. Por outras palavras, o que está afirmando é que o papel da ciência é “conhecer”. Entretanto, cabe às pessoas julgarem como devem utilizar o conhecimento obtido.

Sobre o segundo ponto – a impossibilidade racional de se dizer o que é justo -, este se encontra intimamente relacionado com o primeiro. Como a ideia de justiça



mantém laços com nossos desejos e temores, o conhecimento total do justo se vê impossibilitado pela oscilação de opiniões (...). Por outro lado, a “irracionalidade” da ideia do justo também está presente no fato de ser impossível elaborar uma concepção que seja exaustiva e não contraditória. Assim, diz Kelsen, o problema dos valores é um problema do “conflito dos valores”.

Fica evidente, portanto, a existência de certo relativismo moral na obra de Kelsen, implicando incertezas quanto às escolhas dos conteúdos normativos. Para o positivismo de Kelsen, o conceito de direito possui apenas dois elementos: a legalidade autorizativa e a eficácia social. Assim, o direito não levantaria qualquer pretensão de correção moral, isto é, qualquer conteúdo poderia ser direito.

A ciência jurídica, em sua expressão mais pura, deveria estar livre de quaisquer elementos éticos, morais, políticos, sociológicos etc. Kelsen procura responder à pergunta sobre o que e como é o direito, mas não à questão de como deve ser. Para um positivista lógico, somente se poderia alcançar a veracidade ou falsidade de um juízo quando este se apresentava de forma analítica ou empírica. Assim, juízos sobre justiça e moralidade não eram analíticos nem passíveis de constatação empírica. O direito era visto como um sistema coercitivo formal, em que a validade de uma norma decorria de outra anterior e hierarquicamente superior, com completa discricionariedade quanto ao conteúdo.

#### **2.1.1.2 Do Realismo Jurídico (ou Positivismo Fático)**

Alf Ross, principal expoente do realismo jurídico escandinavo, também defende uma separação entre direito e moral crítica. É famosa a afirmação de Ross no sentido de que “como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se ao direito natural” (2003, p. 304).

Segundo o autor dinamarquês, os preceitos normativos seriam apenas previsões genéricas de decisões a serem proferidas pelos tribunais no caso concreto. O direito é, portanto, aquilo que as cortes dizem que é. Em outras palavras, somente se torna possível apreender os exatos limites e conteúdos de um ordenamento jurídico a partir dos inúmeros julgados dos tribunais, que são, por sua vez, representativos de um direito “vivo”.

Nos Estados Unidos da América, o representante máximo do realismo jurídico, Oliver W. Holmes Jr, magistrado da Suprema Corte, defendia a inexistência de vinculação necessária entre direito e moral. Alegava, por exemplo, que se alguém desejava conhecer as normas jurídicas deveria considerá-las a partir do ponto de vista do delinquente, sendo que este não se preocupava com a dimensão moral que poderia ter o direito, mas, sim, com as consequências materiais do preceito

normativo. Dizia Holmes que, ao estudar direito, o futuro operador jurídico deveria dissolver certas ideias (p.ex., o sentido de dever) com “*ácido cínico*” (HOLMES, 1897).

Dizia ele (HOLMES, 1897, p. 58):

Atentemos, por exemplo, a este problema fundamental: que coisa é o direito? Autores nos dizem que é algo diverso daquilo que dizem as cortes de Massachusetts ou da Inglaterra; que é um sistema de razão, que é uma dedução a partir dos princípios da moral, ou de axiomas universalmente aceitos que podem ou não coincidir com as decisões. Se, porém, assumirmos o ponto de visto de nosso “homem mau”, concluiremos que de nada importam esses axiomas e essas deduções: aquilo que interessa saber é como decidirão efetivamente as cortes de Massachusetts ou da Inglaterra. Eu sou também da mesma opinião. Eu, por direito, não entendo outra coisa do que as profecias do que farão efetivamente os tribunais.

### 2.1.1.3 Da Análise Econômica do Direito ou Escola de Chicago

Mais recentemente, Richard Posner, principal teórico da análise econômica do direito, ensina que a moral, embora seja um método de controle social como o direito, não serve de fundamento para julgamentos jurídicos. Para Posner, a moral é local, sendo um verdadeiro desastre se os teóricos do moralismo alcançarem o seu objetivo de impor uma moralidade uniforme na sociedade (POSNER, 1998, p. 1640-1642).

Para ele, a análise jurídica deve ser feita de maneira pragmática ou consequencialista, ou seja, não deve ser tributária de uma teoria moral “metafísica”. Em outras palavras, a filosofia moral não tem nada a oferecer aos juízes no que se refere à atividade jurisdicional. Para justificar sua tese, Posner cita um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo o qual se discutiam leis que vedavam o suicídio assistido por médicos (questão de intenso debate moral no seio da sociedade americana). Nesse caso, filósofos morais elaboraram, na qualidade de *amici curiae*, memoriais que foram entregues aos magistrados da Corte Suprema. Contudo, tais memoriais foram intencionalmente ignorados, pois os juízes ficam com um pé atrás quando se procura convencê-los a usar determinada teoria moral (POSNER, 2009, p. XII).

Para a Escola de Chicago, o objetivo final do direito é, dentro do possível, facilitar os processos de troca do mercado, aumentando, assim, o bem-estar da coletividade. Mediante oferta e procura, cada participante do mercado busca melhorar seu proveito e, no processo de troca, cada parceiro alcança a otimização de seus próprios objetivos.

Contudo, a análise econômica, como o próprio nome já revela, não leva em especial consideração o ponto de vista extraeconômico, que também deve ser objeto de preocupação por parte do direito.

#### 2.1.1.4 Da concepção marxista do direito

Karl Marx (1980, p. 265), em sua obra *O Capital*, aduz que

O capitalista afirma seu direito, como comprador, quando procurar prolongar o mais possível a jornada de trabalho e transformar, sempre que possível, um dia de trabalho em dois. Por outro lado, a natureza específica da mercadoria impõe um limite ao consumo pelo comprador, e o trabalhador afirma seu direito, como vendedor, quando quer limitar a jornada de trabalho a determinada magnitude normal. Ocorre assim uma antinomia, direito contra direito, ambos baseados na lei de troca de mercadorias.

O Estado aparece como um árbitro neutro entre os sujeitos de direito (capitalista e trabalhador), sendo certo que a referida neutralidade serve apenas para consolidar instituições jurídicas favoráveis ao burguês (p.ex, respeito às cláusulas do contrato etc). O Estado, como terceiro estranho ao capitalista e ao trabalhador, confere ares de legalidade a uma situação que, de outra maneira, configuraria o domínio direto do capital, ou seja, configuraria escravidão ou servidão.

Assim, o capitalismo seria uma estrutura de dominação, um fato do desenvolvimento histórico das relações de produção, não havendo qualquer correlação com a moral. E o direito seria apenas uma ferramenta para manter tal estrutura de dominação.

#### 2.1.2 Das objeções à separação entre direito e moral crítica

A ausência de conexão entre direito e moral crítica é, atualmente, difícil de ser sustentada na nova ordem jurídica. Com efeito, a partir da década de 1950, e após as atrocidades da II Guerra Mundial, foi inaugurada uma nova fase na ciência jurídica: o pós-positivismo. Com a superação do positivismo clássico, os princípios (de conteúdo axiológico) ganharam normatividade jurídica. Tornaram-se vinculantes e de eficácia imediata, não sendo mais simples repertórios de conselhos para a esfera política. Há uma (re)aproximação entre moral e direito, através dos princípios. Para tanto, contribuíram os ensinamentos de Gustav Radbruch, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino e tantos outros. Os princípios jurídicos refletem, pois, os valores acolhidos pela sociedade, com previsão explícita ou implícita no texto constitucional.

Em outras palavras, os princípios estão “ao princípio”, sendo verdades primeiras e premissas do sistema como um todo. É no princípio que repousa a essência de uma ordem e seus parâmetros fundamentais.

Crisafulli (apud BONAVIDES, 2000, p. 230), em conceituação formulada nos idos de 1952, afirmou:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Logo, as funções desempenhadas pelos princípios, sob a égide do pós-positivismo, estão relacionadas “à condensação de valores, à unidade do sistema e à orientação do labor do intérprete” (BARROSO, 2006, p. 30).

Com isso, passemos à análise das teses relativas à conexão existente entre direito e moral crítica.

### **2.1.3 Da Conexão entre direito e moral crítica**

A título exemplificativo, oportuno relembrar que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”, que não haverá penas cruéis. Como interpretar tal dispositivo sem levar em conta os argumentos morais adjacentes, já que o termo “*cruel*” é, sem dúvida, de conteúdo nitidamente valorativo?

Há quem argumente que o direito depende, para sua validade, da devida adequação à moral crítica. Podem-se citar, ao menos, três teses atinentes à referida adequação: a) o jusnaturalismo clássico; b) o jusnaturalismo contemporâneo; e c) o não-positivismo inclusivo de Robert Alexy.

#### **2.1.3.1 Do Jusnaturalismo clássico**

Para o jusnaturalismo clássico, a validade de uma norma depende obrigatoriamente de sua validade ou adequação moral e, por conseguinte, o preceito que não se ajustar à moralidade não é juridicamente válido. Nesse sentido, Tomás de Aquino sustentava que a lei humana que não decorre do direito natural não é lei, mas corrupção de lei. De Hipona disse, por sua vez, que leis injustas não são leis (VILAJOSANA, 2007, p. 65).

De acordo com tal concepção, há um conteúdo inicialmente teológico a caracterizar o direito natural, ou seja, este encontra fundamento na própria vontade divina. Já para Aristóteles, a origem do direito natural estava na própria natureza das coisas.

Não se pode deixar de registrar que o jusnaturalismo constituiu fundamento primordial dos direitos humanos como conquistas em face das arbitrariedades do poder. O jusnaturalismo estoico sustentava a igualdade material e a fraternidade universal. Como ensina Bloch (1980, p. 20),

O estoicismo ensinava a liberdade inata de todos, a igualdade de todos em razão da natureza humana, ao que se acrescentava uma liga fraterna cósmica, com uma declaração à Schiller. Surge assim o homem como dignidade (...). Aqui, pois, e desde aqui, aparece, por vez primeira, o `pathos´ da dignidade humana em sua forma especificamente jusnaturalista. Enorme gratidão merece, por isso, o estoicismo, o cume desse pensamento.

Contudo, não raras vezes esse mesmo jusnaturalismo serviu para justificar regimes totalitários e sistemas injustos. Aristóteles, nunca assaz lembrar, considerava natural a existência de escravos na sociedade. Séculos mais tarde, John Locke via esta declaração como uma aberração, pois tinha os seres humanos como livres por natureza. Essas posições diametralmente opostas já são suficientes para demonstrar a falta de acordo nos critérios e nos conteúdos do direito natural clássico (VILAJOSANA, 2007, p. 67).

### 2.1.3.2 Do Jusnaturalismo contemporâneo

Já para alguns autores contemporâneos, a conexão entre direito e moral crítica não deve ser compreendida no sentido de que as normas injustas não são juridicamente válidas, mas, sim, no sentido de que a existência do direito positivo tem necessariamente algum valor moral. Em suma, para eles não é possível regular os comportamentos humanos sem incorporar alguns valores morais. Existiria uma “moral interna” ao direito.

De acordo com Josep M. Vilajosana (2007, p. 68-69), Lon Fuller parte de uma ideia incontestável:

(...) sea lo que sea o derecho, éste se utiliza para guiar la conducta de las personas. Por tanto, no existirá ningún sistema jurídico que no éste compuesto por normas que sean susceptibles de ser seguidas por sus destinatarios. Además, quienes emiten estas normas pretenden regular el comportamiento de grandes masas de ciudadanos, no de unos pocos. A partir de estas simples premisas, según FULLER, se pueden extraer ciertas propiedades que forzosamente todo sistema jurídico que merezca ese nombre debe poseer.

En primer lugar, el derecho requiere estar compuesto por normas generales, dirigidas a clases de individuos y clases de situaciones, y no por impredecibles disposiciones *ad hoc*. Sólo así, uno puede adecuar su comportamiento a la norma correspondiente. En segundo lugar, las normas no deben ser cambiadas muy a menudo y los jueces y demás autoridades deben interpretarlas de manera no demasiado distinta a como lo harían sus destinatarios. De lo contrario, estas normas no brindarían ningún tipo de guía para el comportamiento. En tercer lugar, las normas deben mirar al futuro, no ser retroactivas, ya que nadie puede cambiar su conducta pasada. Em cuarto lugar, no deben entrañar exigências inconsecuentes u obligar a la gente a comportarse de una manera que esté más allá de sus posibilidades.

La conclusión a la que llega FULLER es que si un sistema jurídico no cumple con estas condiciones, aquí brevemente resumidas, se muestra incapaz de desempeñar su función esencial, que consiste en proporcionar una orientación general de comportamiento que la gente pueda utilizar para regular su propia conducta. Si esto no se cumple, no hay realmente derecho en una sociedad.

Las anteriores condiciones conformarían según la terminología de este autor “la moral interna del derecho”. Es “moral” por cuanto proporciona una serie de criterios para enjuiciar valorativamente la tarea que realiza la autoridade normativa y es “interna” porque tales condiciones están implícitas en el concepto y la naturaleza del derecho.

Como crítica a Lon Fuller, deve-se ressaltar que a propriedade da eficácia da norma não tem valor moral em si mesma. Assim, demonstrar que o sistema jurídico requer certas propriedades para que seja suscetível de gerar determinado grau de eficácia não consiste em um bom argumento para mostrar a conexão necessária entre direito e moral crítica. Eficácia normativa da lei e sua validade moral são características diversas, não possuindo qualquer correlação mais estreita.

### **2.1.3.3 Do não-positivismo inclusivo de Robert Alexy ou Pretensão de Correção Moral**

Já o não-positivismo inclusivo de Robert Alexy ensina que o direito, além dos elementos da legalidade autorizativa e da eficácia social (positivismo jurídico), deve conter uma pretensão de correção moral. Através dessa correção moral será produzida a conexão entre direito e moral crítica. Alexy fundamenta a sua ideia de conexão a partir da famosa fórmula da Gustav Radbruch (apud ALEXY, 2014, p. 250.), para quem:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto “direito injusto”, tem que ceder à justiça.

Há, pois, para Radbruch, uma necessária ponderação entre os valores da justiça e da segurança, o que será posteriormente trabalhado por Alexy. Em suma, as normas perdem, quando ultrapassam determinado limiar de incorreção ou de injustiça, seu caráter jurídico (ALEXY, 2014, p. 275).

O Tribunal Constitucional Federal alemão já teve oportunidade de acolher a referida pretensão de correção moral na conceituação do direito quando afirmou, expressamente, que a “tentativa de aniquilar psíquica e materialmente, de acordo com critérios racistas, uma parte determinada da própria população, incluindo mulheres e crianças, não tem nada em comum com o direito e a justiça” (BVerGE 23, p. 98).

O argumento da pretensão de correção moral consiste, então, segundo Alexy (2014, p. 257/269), na ideia de que:

(...) tanto normas jurídicas isoladas e decisões jurídicas isoladas quanto sistemas jurídicos como um todo levantam necessariamente uma pretensão de correção. Sistemas normativos que não levantam essa pretensão explícita ou implicitamente não são sistemas jurídicos. (...) Ao ato de produção de uma constituição está necessariamente conectada uma pretensão de correção que é, nesse caso, sobretudo uma pretensão de justiça (...) E ainda é possível que princípios formais, como o princípio da segurança jurídica e o princípio da separação dos poderes, exijam a observância da lei irracional ou injusta. Contudo, por causa do caráter qualificatório da pretensão de correção, a decisão é uma decisão que padece de um defeito jurídico. Ela não é uma decisão juridicamente perfeita.

O não-positivismo inclusivo se distingue do exclusivo em razão deste afirmar que toda injustiça, todo e qualquer defeito moral de uma norma, impede que ela seja legalmente válida. Aquele, por sua vez, não sustenta que quaisquer defeitos morais sempre minam a validade do direito, mas somente os defeitos que ultrapassem o limiar da (in)justiça extrema. A injustiça abaixo desse limite é considerada direito válido, ainda que defeituoso (ALEXY, 2014, p. 314/316).

## **2.2 Da Aplicação (Judicial) do Direito**

### **2.2.1 Da Escola francesa da exegese**

O positivismo exegético, momento inicial do positivismo jurídico, pressupõe uma rigorosa análise sintática dos signos que compõem o texto legal, o que seria suficiente, por si só, a resolver qualquer problema de interpretação. Não haveria indeterminação do sentido do direito. Haveria um comando de obediência entre texto e intérprete, isto é, este deveria ater-se, rigorosamente, às expressões e palavras contidas no texto. O juiz (intérprete) apenas reproduziria ou declararia o sentido normativo já evidenciado no Código.

Em síntese, nos dizeres de Abboud, Carnio e Oliveira (2013, p. 328/329):

Caenegem anota uma importante referência: esse tipo de abordagem metodológica deve-se ao clima de total subordinação e desconfiança a que estavam submetidas a jurisprudência (juízes) e a erudição (doutrinadores). Assim, é natural que a escola dominante de pensamento praticasse uma interpretação literal dos códigos, razão pela qual ficou conhecida como escola exegética.

O elemento racionalista, que oferece colorido filosófico à escola da exegese, se apresenta no caráter sistemático assumido pela codificação. Nesse sentido, é importante lembrar, com Kaufmann e Castanheira Neves, que o movimento codificador representa, em grande medida, a realização concreta do ideal lógico-sistemático presente no jusnaturalismo racionalista.

### 2.2.2 Da Escola histórica

Para a Escola histórica, o direito passa a ser visto como um produto da história humana e, portanto, essencialmente temporal. Não é mais visto como algo atemporal, imutável e eterno. O direito emerge do passado histórico de determinada comunidade; emerge do “espírito do povo” (*Volksgeist*). Seu expoente máximo foi, sem dúvida, Friedrich Carl von Savigny (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2013, p. 330/331).

Diz Abboud, Carnio e Oliveira (2013, p. 332):

Em resumo: o direito (Lei) é algo `vivo´ emanado da experiência vivencial de um povo que os legislador exprime e, em algumas circunstâncias, até integra, mas não pode, arbitrariamente, criar (algo muito diferente do que acontece na França em que os legislador é Soberano para criar as disposições normativas o que o faz *ex nihilo*, ou seja, de forma arbitrária). Novamente com Lamego, podemos afirmar que, para a Escola histórica `o Direito não era manifestação ou produto de um legislador racional (...). A crença na imanência de um sentido criador nas manifestações históricas é comum ao que se denomina `historicismo´.

O direito, portanto, faz parte da cultura nacional, sendo expressão do “espírito do povo”. Trata-se do resultado de um longo processo histórico, conforme as peculiaridades de cada povo. Para a Escola histórica não é possível criar, a partir de regras gerais da razão, normas abstratas aplicáveis a todos indistintamente. Não é possível existir um direito racional para todos os povos e culturas. Ensina Norbert Horn (2005, p. 160) que

A Escola Histórica do Direito pode ser caracterizada com as seguintes palavras-chave: O Direito é parte da cultura geral de um Estado e de uma sociedade. Como essa cultura geral, ele se coloca numa continuidade histórica. Somente pode ser entendido a partir de um desenvolvimento histórico. Ao mesmo tempo está submetida a uma contínua evolução, e como esta também vale para a cultura geral. A evolução contínua ocorre conforme as concepções válidas numa cultura, que se desenvolvem continuamente, como condições vitais. O Direito deve corresponder a necessidades que dali surjam. Os juristas especialistas (ciência jurídica e tribunais) têm o papel principal nessa cautelosa evolução contínua.

No Brasil, Miguel Reale desenvolveu uma filosofia jurídica cuja concepção era claramente histórico-sociológica (apud COING, 2002, p. 70).

### 2.2.3 Da Jurisprudência dos conceitos ou Pandectismo



A jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) defende um formalismo conceitual. De alguma forma, essa escola alemã aproxima-se da escola exegética francesa, já que ambas equiparam direito e texto do código, assim como entendem que a atividade do juiz deve apenas declarar o significado dos conceitos constantes no texto normativo.

Como ensina, mais uma vez, Abboud, Carnio e Oliveira (2013, p. 334/335)

Um exemplo de como funciona o método da jurisprudência dos conceitos, pode ser retirado da obra de van Caenegem. Depois de afirmar que a principal contribuição acadêmica para a formação do BGB ter sido dada pelo eminente pandectista Bernhard Windscheid, Caenegem assevera: “o BGB é um código sistemático e teoricamente coerente, inteiramente no espírito dos pandectistas, como mostra sua importante Allgemeiner Teil (‘Parte Geral’). (...) Um exemplo da estrutura sistemática do BGB e da maneira pela qual caminha de princípios gerais até normas específicas - a pirâmide conceitual, acrescentamos - é fornecido pelo contrato de compra e venda. Primeiro é preciso consultar o Allgemeiner Teil (artigos 116 e seguintes, artigos 145 e seguintes), em seguida os artigos sobre os princípios gerais das obrigações (artigos 275 e seguintes), depois os princípios gerais sobre obrigações contratuais (artigos 305 e seguintes) e, finalmente, os artigos sobre contratos de venda em particular (artigos 433 e seguintes)”.

Nesse ilustrativo exemplo apresentado por Caenegem, fica fácil assimilar o movimento dedutivo ascendente presente no método da jurisprudência conceitual. No caso retratado por Caenegem, o procedimento se instala no sentido geral-particular. Todavia, o movimento poderia, também, ser inverso, descendente, particular-geral: de um contrato de venda particular induzir-se-ia elementos sobre os princípios gerais das obrigações contratuais, voltando-se às disposições sobre os princípios gerais das obrigações, até desaguar nas regras contidas na Parte Geral. Qualquer movimento, seja ela ascendente (dedutiva), seja ela descendente (indutiva), está abarcada pelo método da jurisprudência dos conceitos.

Diante disso, é possível perceber que o modelo de direito privado, em especial o Código Civil, existente no Brasil é caudatário desse tipo de procedimento metodológico. Mesmo o Código promulgado em 2002, manteve, em suas grandes linhas, o método formal-conceitual produzido pela “ciência das pandectas”.

#### **2.2.4 Da Jurisprudência dos interesses**

A jurisprudência dos interesses, por sua vez, possui nítida influência sociológica. Philipp Heck, principal teórico desta escola, criticava a “falácia conceitual” da jurisprudência dos conceitos (ABBoud, CARNIO e OLIVEIRA, 2013, p. 339). Apenas a aplicação do método lógico-formal seria insuficiente para resolver conflitos instaurados numa realidade social concreta.

E para resolver esses conflitos seria necessária a realização de uma ponderação entre os interesses contrapostos. Ponderando, o juiz tentaria conciliar os interesses em discussão e, com isso, traria uma paz social almejada por todos. A técnica da ponderação será utilizada, posteriormente, pela chamada “jurisprudência dos valores”.

A jurisprudência dos interesses também teve origem na ética utilitarista de Jeremy Bentham. Segundo a ética de Bentham, a ação humana deve se basear no princípio da satisfação ou do prazer, isto é, o ser humano busca as sensações de satisfação e tenta evitar o desprazer (COING, 2002, p. 76).

Logo, a ética utilitarista exige uma consideração dos interesses contrapostos e, portanto, uma ponderação para o julgamento das ações humanas. Bentham, então, desenvolve um princípio fundamental correspondente à sua ética, sendo também válida para a ordem jurídica: uma ação é moralmente correta, uma lei é justa, quando promove a felicidade do maior número de pessoas.

### **2.2.5 Da Interpretação judicial como ato de vontade (Kelsen)**

Preocupado com o desenvolvimento da jurisprudência dos interesses - que privilegiava argumentos ideológicos e políticos na interpretação do direito -, Kelsen busca reforçar o método analítico presente na jurisprudência dos conceitos. O autor austríaco procura aperfeiçoar o rigor lógico-jurídico dentro do contexto positivista, ou seja, a ciência jurídica deve ser estudada sem interferências valorativas. Deve se manter limitada ao estudo do caráter descritivo das normas.

Em sua festejada obra “Teoria Pura do Direito” (Capítulo VIII), ele assevera que o problema da interpretação do direito é mais semântico do que sintático. Diante desse quadro, a interpretação, para Kelsen, é um ato de vontade, com a criação, pelo juiz, de uma norma individual para o caso concreto. Haveria, portanto, uma discricionariedade ou subjetivismo por parte do juiz, que se movimentaria dentro de uma moldura semântica da norma.

O juiz deve obediência à moldura da norma, mas dentro dela a interpretação a ser realizada é relativamente livre. Como diz o referido autor (2012, p. 388/391),

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação (...). Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (...) Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (...) O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura

em qualquer sentido possível. Se por `interpretação` se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Em resumo, não se pode extrair das leis uma única interpretação correta ou adequada, tendo em vista a pluralidade de significações das palavras ou expressões. Esta pluralidade de significações proporciona uma “moldura” ou “quadro” da lei, dentro da qual o intérprete (juiz) é livre para escolher (ato de vontade) entre as possibilidades interpretativas existentes. A escolha, portanto, desde que dentro da moldura, decorre do puro voluntarismo ou subjetivismo do juiz.

### **2.2.6 Da “Textura aberta” de Herbert L. A. Hart**

Se Kelsen entende que o intérprete (juiz) cria o sentido do texto, Hart busca demonstrar a insuficiência de tal posição, assim como daquela que compreende o intérprete como mero revelador do sentido do texto.

Para ele, estas posições são extremas, devendo ser encontrado um meio-termo. Enquanto aqueles que compreendem o intérprete apenas como revelador da norma (formalistas) acreditam existir apenas “casos fáceis”, ou seja, casos em que a subsunção (fato e texto) é suficiente; os céticos, que vislumbram o intérprete como criador da norma, acreditam existir apenas “casos difíceis”. Estas posturas extremas, portanto, devem ser evitadas. E Hart (1961, p. 124) explica que

Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (...), mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não.

Ele nos oferece um exemplo: uma regra que proíbe “veículos” em um parque. Pode-se interpretar facilmente que não se deve ingressar com um automóvel no parque, mas não será tão fácil chegar à mesma conclusão em se tratando de bicicleta. Portanto, os legisladores não podem ter

conhecimento de todas as possíveis circunstâncias fáticas que o futuro pode trazer. Por isso, Hart desenvolve a ideia de “textura aberta do direito”. Afirmo ele (1961, p. 131/132) que

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso.

Assim, o autor inglês assevera a necessidade de distinguir a “zona clara” de aplicação do direito e a “zona de penumbra”. Os casos que recaem na “zona clara” são aqueles casos fáceis, a serem resolvidos pela técnica mecanicista da subsunção. Já os casos cobertos pela “zona de penumbra”, em razão da indeterminação do texto legal, são passíveis de alguma discricionariedade judicial.

### **2.2.7 O Direito como integridade e a teoria da única resposta correta de Ronald Dworkin**

No que tange à tese desenvolvida pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, há uma aproximação do direito e da moral crítica através dos princípios. Na sua obra *Império do Direito*, Dworkin afirma que a integridade é uma virtude que exige compromisso com outros ideais (*fairness, justice and due legal process*), estando relacionada à ideia de comunidade de princípios. O direito como integridade seria uma via alternativa entre a corrente convencionalista e a pragmática (RODRIGUES, 2005, p. 40-41).

A doutrina convencionalista é aquela segundo a qual o uso legítimo da força jurídica é justificado por decisões políticas precedentes. Portanto, ter um direito, segundo tal concepção, é afirmar um conjunto de documentos (convenções) que vinculam o exercício ou atividades dos juízes, conforme lição de Sgarbi (2006, p. 185).

Nas próprias palavras de Dworkin (1999, p. 141), o convencionalismo consiste em dizer que “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política”. Assim, para a tese convencionalista, direito é apenas visto como a mera aceitação de decisões das autoridades legislativas. Os juízes, portanto, devem obediência à vontade geral representada pela lei.

Já a doutrina pragmática, segundo Dworkin (1999, p. 185),

(...) adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou para a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho (...), então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência.

O pragmatismo ou realismo possui como cerne da questão, pois, as decisões proferidas pelos juízes, sendo o direito apenas o que os juízes dizem que é. As normas prescritas pelo legislador seriam, destarte, apenas profecias sobre futuras decisões judiciais.

Criticando tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo, Dworkin defende o direito como integridade, ou seja, como virtude política a integridade exige que os legisladores criem normas coerentes com a estrutura de princípios que fundamentam a existência desta prática social; e, por sua vez, que os juízes não se afastem dessa coerência. Isso se justifica pelo fato de a integridade, enquanto virtude, ser concebida a partir de uma comunidade política como sendo uma associação de princípios.

Como ensina Dworkin (1999, p. 204-266),

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estrita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (...). O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade (...) O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

Tomando por base o escólio de Sandra Martinho Rodrigues (2005, p. 41-44) a respeito do direito como integridade,

Numa concepção como a do direito como *integrity*, as proposições jurídicas só são verdadeiras se decorrerem de princípios de justiça, *fairness e due legal process* que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática legal da comunidade. O programa proposto pelo *law as integrity* é um programa interpretativo, que pede aos juízes que decidem *hard cases* que interpretem o mesmo material que se

afirma já interpretado e com êxito. Esta corrente interpretativa conduz a uma continuidade das interpretações, dando origem a interpretações cada vez mais detalhadas e sofisticadas. (...) No *law as integrity* é convocada uma coerência de princípios, dado que requer que as normas sejam interpretadas e as decisões judiciais sejam moldadas em harmonia com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos

Intimamente relacionado com o direito como integridade, não se pode perder de vista a argumentação do *chain novel*. Consoante esta argumentação, o direito há de ser visto como sendo um romance em cadeia escrito por diversos romancistas, em que cada um inicia o seu trabalho onde acabou o romancista anterior, sempre com o objetivo de escrever uma obra que se traduza num todo coerente. Uma obra com início, meio e fim, como se escrito fosse por um único autor, e não um conjunto de contos diferentes com os mesmos personagens (RODRIGUES, 2005, p. 55-56).

Assim, os romancistas são, concomitantemente, criadores e intérpretes do texto, isto é, para escreverem os seus capítulos e os acrescentarem à cadeia devem levar em consideração o que já foi escrito pelos autores anteriores. Os juízes, em suma, devem considerar em suas interpretações a história legal da comunidade política em que vivem, as tradições e pré-compreensões. Com o desenvolvimento da cadeia, aumenta, pois, a vinculação do intérprete/autor, de tal modo que o juiz que toma a última decisão se encontra mais vinculado aos precedentes que os julgadores que proferiram as decisões iniciais (RODRIGUES, 2005, p. 56).

Richard Posner critica o argumento do *chain novel* de Dworkin. Afirma aquele que o romance em cadeia, como sugerido por Dworkin, não limita ou vincula os capítulos subsequentes, nem vincula o autor ao que foi escrito nos capítulos anteriores, pois, num romance ou novela, sempre será possível alterar o roteiro, bem como matar ou fazer nascerem novas personagens. Porém, olvida Posner que mesmo para matar ou fazer nascerem novas personagens, o autor deve partir daquelas já existentes nos capítulos anteriores. Por exemplo, como autor/intérprete do meu capítulo do romance, posso desejar matar todas as personagens num único ato, mas antes tenho que determinar a presença de todas, por exemplo, no hotel e, em seguida, relatar o início de um incêndio de grandes proporções.

Segundo Dworkin, e partir do viés interpretativo que ele concede à teoria do direito, este é identificado nos casos particulares, sendo que tal circunstância leva inexoravelmente a considerações morais do que o direito deve ser. Em suma, existem juízos valorativos que determinam, ainda que parcialmente, o que é o direito.

Assim, a presença de princípios é de suma importância para a identificação do direito. Normas principiológicas, por sua vez, são identificadas por seus conteúdos, e não por sua origem em determinados órgãos. E tais conteúdos possuem essencialmente um caráter moral. Contudo,

como constataríamos a existência de um princípio se não podemos identificá-lo a partir da origem em certos órgãos ou autoridades? Para Dworkin, um princípio jurídico existe se segue a melhor interpretação política e moral das decisões legislativas e judiciais. Os princípios jurídicos ocupariam, pois, um espaço intermediário entre as regras jurídicas e os princípios morais (apud VILAJOSANA, 2007, p. 73).

Em outras palavras, as regras jurídicas são criadas por instituições públicas pertinentes e sua validade decorre da sua origem, ou seja, da fonte do direito de que se trata (legislação etc). Já os princípios morais são o que são puramente por seus conteúdos e sua validade decorre exclusivamente desses mesmos conteúdos. Na via intermediária, os princípios jurídicos obtêm sua validade a partir de uma combinação de considerações fundadas nas fontes e nos conteúdos. A esse respeito, deixou registrado Dworkin (1999, p. 272) que segundo o direito como integridade, as “proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

A teoria do direito de Dworkin, portanto, é essencialmente uma teoria interpretativa. Para ele, a determinação do que o direito requer em cada caso particular necessariamente incorpora um raciocínio interpretativo, sendo que a interpretação sempre contém considerações de ordem moral. Para ser mais específico, a interpretação não é nem uma questão puramente fática, nem uma questão puramente valorativa, mas uma mistura inseparável de ambas (VILAJOSANA, 2007, p. 74).

Os princípios, ainda segundo Dworkin, são necessários para um “fechamento” interpretativo, isto é, não admitindo a “discrecionabilidade forte” do intérprete (voluntarismo na liberdade de escolha entre significados normativos do texto, conforme ensinamento de Kelsen), o autor norte-americano afirma que o direito nunca poderia ser incompleto. Como esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 148), “os princípios, considerados na sua globalidade, com a sua carga moral, proveriam a resposta correta, passível de ser encontrada em situação ideal de discurso”.

Assim, diante de casos difíceis, uma visão holística dos princípios jurídicos permitiria ao juiz encontrar a única resposta correta no âmbito da sua atividade interpretativa. Porém, por envolver uma visão holística e centrada numa situação ideal de discurso, Dworkin faz uso da figura do juiz Hércules. Tal como na mitologia grega, o juiz Hércules, como salienta Gonet Branco (2009, p. 149), com o “empenho de sua capacidade inexcedível e sobre-humana, da sua paciência inigualável e da disposição de um tempo inesgotável, (...) haveria de compreender o caso em todos os seus lineamentos fáticos e jurídicos, revelando, então, a única solução correta que a controvérsia atrai”.

Todavia, críticas são dirigidas à teoria da única resposta correta de Dworkin. Segundo Sandra Martinho Rodrigues (2005, p. 140),

Dworkin afirma que existe uma única resposta certa, mas não explica como chegamos a ela – explica que chegamos pela *chain novel*, pela articulação das dimensões de *fit* e *value*, mas não explica como chegamos a ela ‘materialmente’, nem como podemos controlar a sua validade – que conferirá ao juiz um papel mais ativo.

De igual modo, Alfonso García Figuerola (apud BRANCO, 2009, p. 154) critica que Dworkin aponta um modelo ideal a ser seguidos pelos juízes,

(...) sem traçar com clareza o caminho a seguir (...). O essencial da razão prática é que pretenda dar resposta à pergunta ‘que devo fazer’?. Isto significa que deve proporcionar-nos critérios para nossas ações reais. E o mundo em que estas devem acontecer é um mundo real, com limitações. Limitações para conhecer os fatos e determinar que circunstâncias devem ser relevantes, limitações para enxergar as consequências de uma decisão e para estabelecer fins e preferências etc. (...). Dworkin determina a existência objetiva de uma única resposta correta, mas não define os instrumentos para elaborá-la, nem para controlá-la. Na prática, isso reforça o ativismo do juiz.

No país, Eros Roberto Grau (apud BRANCO, 2009, p. 155) já advertiu que

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin) estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira.

Aulis Aarnio (apud BRANCO, 2009, p. 155) também critica Dworkin e sua tese da única resposta correta ao indagar:

Que acontece se há dois juízes Hércules? (...) Dois ou mais Hércules podem chegar a várias respostas não equivalentes, mas igualmente bem fundadas (...) Se se pretende que uma das respostas dadas é ‘melhor’ que as outras ou que é a única correta, tem de haver algum critério para essa postura. Ademais, será necessária sair da discussão, o que significa recorrer a um metaHércules, e assim sucessivamente. Cada intento de provar que uma das respostas alternativas é correta conduz assim a um regresso argumentativo infinito, o que está necessariamente condenado ao fracasso.



Ademais, é certo que a cultura jurídica ocidental não se baseia no tipo de ideia absoluta proposta por Dworkin. A teoria de um “*right answer*” não satisfaz nem mesmo às necessidades da dogmática jurídica contemporânea.

Por fim, talvez a mais incisiva crítica ao modelo dworkiniano tenha sido proferida por Eugenio Bulygin (apud PALOMBELLA, 2005, p. 326), para quem o sucesso da obra de Dworkin deve ser atribuído à sua não-falsificabilidade e, portanto, à sua não-verificabilidade, mostrando, com isso, a confusão indevida entre normas e proposições normativas. Diante da ausência de rigor analítico, o modelo de Dworkin produziria consequências arbitrárias.

Em outras palavras, a própria cientificidade da tese da única resposta correta é colocada em dúvida, já que não observaria o necessário racionalismo crítico de Karl Popper e seu critério da refutabilidade ou testabilidade. Uma tese é considerada científica, portanto, mediante uma proposição verbal suscetível de ser refutada ou testada. Assim, segundo Popper (1996, p. 117),

a concordância entre teoria e observação não deve ter valor a não ser que a teoria seja passível de ser testada, e só se se chegar à concordância em virtude de tentativas sérias de a testar. Mas testar uma teoria significa tentar descobrir os seus pontos fracos. Significa tentar refutá-la. E uma teoria só é passível de ser testada se for (em princípio) refutável.

Logo, ao defender a existência de uma única resposta correta para a controvérsia jurídica e que esta, obrigatoriamente, só pode ser encontrada por um juiz com capacidade sobre-humana (Hércules), Dworkin não deixa sua teoria aberta a refutações ou testes, o que descaracteriza sua natureza científica, segundo ensinamentos de Karl Popper.

### **2.2.8 Teoria da resposta constitucionalmente adequada de Lenio Luiz Streck**

O jurista gaúcho afirma que o pensamento jurídico atual ainda se encontra preso à filosofia da consciência (sujeito-objeto). Não se ateve, pois, à viragem linguística (*linguistic turn*) e ao giro ontológico proporcionados, no século XX, pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e pela hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer.

A partir das contribuições hermenêuticas, tem-se que o intérprete não pode mais acessar os objetos senão a partir da linguagem. Não se pode perder o elo existente entre as palavras e seus sentidos. A linguagem não pode se transformar em um mero instrumento à disposição do sujeito. Este não pode dar às palavras o sentido que desejar. Além disso, toda e qualquer interpretação traz consigo elementos de faticidade e historicidade próprios daquele que interpreta o texto. A natureza existencial do sujeito o joga para dentro de um mundo fático, cuja estrutura é compartilhada

aprioristicamente por todos. Cuida-se da chamada pré-compreensão. O direito não pode ser transformado em um manancial de “conceitos sem coisas”. (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2013, p. 395).

Assim, para Streck, tomando por empréstimo as lições de Ronald Dworkin, embora a Constituição e as leis sejam constituídas de plurivocidades sýgnicas (textos abertos, palavras vagas e ambíguas), tal circunstância não pode dar ensejo à afirmação de que sempre há várias interpretações e que o direito, pois, possibilita várias respostas. A hermenêutica, salienta Streck, não é compatível com discricionariedades e arbitrariedades interpretativas. O intérprete deve construir seu argumento de forma a apresentar uma justificação adequada entre as circunstâncias concretas do caso e o contexto normativo do direito da comunidade política. O texto e a norma (produto da interpretação), então, não estão à disposição do intérprete solipsista. O direito deve levar em conta a faticidade (mundo prático), isto é, a singularidade dos “casos concretos”, evitando, com isso, verbetes sumulares, por exemplo, sem qualquer contexto fático (STRECK, 2012, p. 420/422).

Como diz Streck (2012, p. 447/449),

a hermenêutica pretende (...) permanecer fiel às coisas mesmas, partindo da base do próprio caso jurídico concreto, da singularidade desses casos, e não de hipóteses, categoriais, construções imaginárias ou de quaisquer outras posturas desse jaez herdadas da tradição filosófica de índole metafísica (...). Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, `a linguagem não depende de quem a usa´ (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade (...) Na verdade, o juiz só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Há um sentido que lhe é antecipado, em que a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. E a resposta está em Heidegger: quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (*als*) fuzil. O que quero referir é que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Um faz parte do outro, questão que vem bem explicada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico.

Em outras palavras, a metáfora da resposta adequada ou correta de Lênio Streck cuida da explicitação das condições de possibilidade. A resposta correta – nem a única nem uma entre várias - sempre opera com uma pré-compreensão que pode ser mostrada como a condição de possibilidade da correção (STRECK, 2012, p. 449/450).

A resposta correta de Streck (2012, p. 449/450)

Traduz uma resposta verdadeira, no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou ao

encobrimento próprio da existência. Os conceitos jurídicos (enunciados linguísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa “explicitação”, que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela – nessa resposta – há um elemento *a priori*, “uma espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende aí ser expresso” (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido).

Destarte, teorias procedimentais como a de Robert Alexy, ou seja, teorias que buscam fixar critérios prévios para correção ou adequação da decisão judicial, são, desde logo, refutadas pela teoria de Streck, que sempre estará aberta à singularidade do caso concreto. Não se interpreta antes de aplicar, mas, ao revés, interpretar é aplicar.

Por fim (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2013, p. 396/397),

Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Portanto, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Mas, sim, como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.

A exortação desse compromisso (pré-compreendido) pode ser acessada pelo investigador do direito a partir de uma determinada estratégia metodológica. É preciso salientar que, quando falamos em princípios e em decidir por princípios, nos movemos na ordem do *a priori* e, portanto, fazemos um esforço de explicitação de algo que, com algumas ressalvas, poderíamos chamar de transcendentalidade jurídica. Os princípios são, de algum modo, os marcos dessa transcendentalidade. Isso significa que há um plano, materialmente válido, no qual as decisões jurídicas se assentam e que não depende da escolha isolada de uma única pessoa. Trata-se de uma espécie de “tecido básico” – na expressão de Norbert Elias – que acarreta um elo de interdependência entre as pessoas e que se encontram nos mais diversos movimentos da sociedade (no caso de Elias, aquilo que ele chamou de processo civilizador) e que pode ser percebido de um modo privilegiado no direito a partir da experiência dos princípios jurídicos (constitucionais).

Streck (2012, p. 574/575), ao analisar o caso *Riggs vs Palmer*, citado por Dworkin em sua obra *Levando os direitos a sério*, lembra que a tradição norte-americana é de inexistência de previsão de disposições que anulassem os efeitos do testamento. No caso concreto, estava-se diante de uma disposição testamentária a favor do neto que, entretanto, assassinou o avô-testador. A legislação nada previa acerca da indignidade do testamentário. Contudo, uma democracia não pode ser construída a partir de fraudes e iniquidades. Isso decorre da própria virtuosidade dos princípios, que nada mais são que a porta de entrada do mundo prático à normatividade. Diante disso, ficou decidido que, a partir do princípio de que ninguém pode lucrar com sua própria fraude, ou

beneficiar-se de atos ilícitos, o assassino não receberia a herança. Assim, para Streck, criou-se um “princípio generalizável” para os próximos casos, qual seja, “não se cumprem as disposições testamentárias se originárias de ato criminoso”.

O autor, então, defende a descoberta ou encontro do “princípio generalizável” para os próximos casos, fazendo com que se afaste a discricionariedade judicial.

No entanto, não explica o autor como o “princípio generalizável” não irá se transformar em categorias ou enunciados assertóricos, fortemente combatidos por ele próprio. E, com isso, como não se inclinará para o esquema sujeito-objeto, típico da filosofia da consciência, igualmente criticado no decorrer da sua obra. Não explica o jurista gaúcho como o “DNA” do princípio não se transformará em um discurso prévio de fundamentação, assim como ocorre com as súmulas vinculantes etc. Ora, o “princípio generalizável” segundo o qual “não se cumprem as disposições testamentárias se originárias de ato criminoso”, aplicável aos próximos casos, não passa de um enunciado assertórico ou de um “conceito sem coisa”, tão questionado pelo próprio Streck em sua obra “Verdade e consenso”.

Ademais, se Streck está certo ao defender a necessidade de sempre conferir atenção à singularidade do mundo prático, aos indivíduos, grupos e existências insubstituíveis numa situação única; por outro lado, a justiça, enquanto direito, parece sempre supor a generalidade de uma regra, ou de um imperativo universal. As regras e princípios têm necessariamente uma forma geral e abstrata, o que obrigatoriamente provoca uma tensão com a facticidade e universalidade.

Por derradeiro, algumas das críticas dirigidas a Dworkin também podem ser encaminhadas a Streck (p.ex, o fato de não traçar com clareza o caminho ou método que deve ser seguido para se obter a resposta adequada, sendo que a essência da razão prática é proporcionar critérios para nossas ações reais).

### **2.2.9 Jurisprudência dos valores**

A jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) representa uma evolução teórica da jurisprudência dos interesses. Ao passo que esta busca os interesses (sociológicos) em colisão, a jurisprudência dos valores procura auxiliar o intérprete a identificar os valores subjacentes às normas jurídicas em conflito. A jurisprudência dos valores surge da necessidade de uma abertura axiológica a partir da legalidade extremamente rígida então existente na Alemanha. Tendo sido outorgada pelos aliados em 1949, a elaboração da Lei Fundamental alemã não teve qualquer participação popular ou democrática. Logo, torna-se essencial que os intérpretes e tribunais

encontrem os valores que irradiam da Constituição para todos os outros ramos do direito (STRECK, 2012, p. 48).

Na lição de Daniel Sarmento (2007, p. 119/120),

Os direitos fundamentais – coração das constituições contemporâneas – deixarão de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos. Será acrescida a eles uma `mais valia`, conhecida como `dimensão objetiva`. Em razão desta dimensão objetiva, estes direitos serão considerados também como valores dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem em relações jurídicas distintas daquelas para as quais foram inicialmente concebidos – inclusive em relações privadas – e influenciarem na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente as expressas em linguagem mais aberta e indeterminada.

A Constituição, portanto, passa a ser vista como uma ordem concreta de valores, um autêntico estatuto axiológico da comunidade política, que serve para orientar e conformar a ordem estatal e a vida social. A ideia de transformação de direitos fundamentais em cláusulas pétreas foi orientada, inclusive, a partir de tal concepção, eis que traduzem os valores inerentes da sociedade em determinada época histórica.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, no julgamento do caso *Luth*, deixou registrado expressamente a ideia de Constituição como ordem concreta e objetiva de valores. Disse a Corte (apud SARMENTO; SOUZA NETO, 2007, p. 120) 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 espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no Direito Privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao Direito Privado, orientando a sua interpretação.

São expoentes da jurisprudência dos valores, por exemplo, Josef Esser, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris.

Larenz defende que a decisão judicial sempre exigirá um juízo valorativo, pois o direito é concebido como uma ordem positiva de valores. A decisão, ao final, pode até ser vista como *praeter*

*legem*, mas será, sempre, *intra jus*. Assim, o julgador não deve ficar restrito ao texto da lei, mas buscar a sua finalidade (ABBOUD, CARNIO E OLIVEIRA, 2013, p. 342).

Karl Larenz propõe, ainda, a chamada “ponderação de bens ou valores” como forma de solução de lacunas do direito em virtude da “tensão entre normas”. Essa ponderação na colisão de normas é orientada por uma pauta valorativa.

A jurisprudência dos valores, sem dúvida, contribuiu para a inauguração de uma nova fase da ciência jurídica, qual seja, o pós-positivismo. A partir dela ganharam relevo as ideias de “força normativa da Constituição”; aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares; constitucionalização do direito, que nada mais é que a irradiação de regras e princípios constitucionais para todos os ramos do direito (direito civil, penal etc).

Por fim, outra importante contribuição da jurisprudência dos valores foi a instituição da técnica ou procedimento da ponderação. Segundo Abboud, Carnio e Oliveira (2013, p. 345):

Tais valores, por serem plurais, no mais das vezes, encontram-se em rota de colisão. Isto é, as circunstâncias concretas sob as quais se assenta o caso a ser decidido podem fazer com que dois valores, igualmente amparados por princípios constitucionais, estejam agindo como forças opostas para solução do caso. Assim, é necessário que haja um procedimento para apurar qual deles possui mais força para reger a relação estabelecida naquele dado caso. Esse procedimento é a chamada ponderação que o tribunal afere segundo critérios de proporcionalidade.

### 3. PRINCÍPIOS, REGRAS E VALORES

A partir de uma concepção semântica-estrutural amplamente aceita, os princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica. Não obstante, há doutrinadores que advogam a tese de que a norma jurídica (gênero) divide-se em: princípio, regra e valor (categoria autônoma). Para estes, por exemplo, os valores se diferenciam dos princípios, pois têm eficácia apenas interpretativa, ao contrário dos princípios, que possuem também projeção normativa. Esta tríade seria fruto, sem dúvida, das especulações teóricas advindas da jurisprudência dos valores.

Retornando à concepção majoritária, princípios e regras são espécies de norma jurídica. Ambos são normas porque dizem o que deve ser. São expressões deontológicas do dever, da permissão e da proibição.

J. J. Gomes Canotilho (2007, p. 1160/1161) registra alguns critérios para a distinção entre princípios e regras, a saber:

- a) *Caráter de fundamentalidade*: os princípios são normas de caráter estruturante ou com papel fundamental na ordem jurídica;
- b) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamentos de regras, ou seja, estão na base ou constituem a *ratio essendi* das regras jurídicas;
- c) *Proximidade com a ideia de justiça*: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes baseados na ideia de justiça. Já as regras são normas vinculantes que podem conter disposições meramente funcionais.
- d) *Grau de determinabilidade*: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras legislativas ou judiciais, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- e) *Grau de abstração*: os princípios são normas com nível de abstração elevado. Ao contrário, as regras possuem abstração reduzida.

Além dos critérios acima elencados, outros autores utilizam os critérios da generalidade, indeterminação, alta hierarquia, caráter reformulatório, caráter explícito de seu conteúdo valorativo, a ubiquidade ou validade geral e a dificuldade de seu conhecimento seguro para distinguir princípios de regras.

#### 3.1. Tese da conformidade entre princípios e regras

Há autores que não compartilham a ideia de existência de diferenças relevantes entre regras e princípios. São os adeptos da tese de conformidade, entre outros, Hernandez Marin, para quem os princípios não passariam apenas de um “mito jurídico” (apud SARMENTO; SOUZA NETO, 2007, p. 7). Para os defensores dessa tese, não existe diferença lógica entre regra e princípio. Todas as qualidades ou características que podem aparecer naquilo que tradicionalmente se denomina “princípio” podem, de igual modo, aparecer naquilo que se chama “regra”.

### **3.2. Tese da separação fraca entre princípios e regras**

Alguns doutrinadores defendem a inexistência de uma diferença qualitativa entre princípios e regras jurídicas. Para eles, a diferença é meramente quantitativa ou de graus. Com efeito, os princípios seriam normas fragmentárias ou incompletas, seja no suporte fático (abertura das normas), seja na consequência jurídica (mandamentos de otimização). Não haveria, dessa forma, uma nítida diferença entre a chamada “abertura” dos princípios e a “zona de penumbra” das regras, conforme desenvolvido por Herbert Hart. Quando muito, os princípios seriam as “normas situadas no extremo da penumbra” (SANCHÍS, 1998, p. 48).

Ensina Luís Prieto Sanchís (1998, p. 47) que

Aqueles que sustentam que, dentro do Direito, existem duas classes de ingredientes substancialmente distintos, as regras e os princípios, devem mostrar que há alguma diferença estrutural ou morfológica entre ambos, que é possível identificar algum traço que esteja presente sempre que usamos a expressão princípios (ao menos, sempre que a usamos em certo sentido) e que nunca aparece quando utilizamos a expressão regras. Se, pelo contrário, se sustenta que certos enunciados podem operar tanto como regras quanto como princípios, mas que tal operatividade ou maneira de funcionar é substancialmente distinta, então a diferença qualitativa não terá sua origem no Direito, mas na argumentação ou, como prefere dizer Alexy, no lado ativo e não no lado passivo do Direito; regras e princípios não aludirão a duas classes de enunciados normativos, senão a dois tipos de estratégias interpretativas.

No Brasil, o jurista gaúcho Humberto Ávila (2006, p. 40/41), ao se posicionar favoravelmente à tese da separação fraca entre princípios e regras, afirma que a regra, ao contrário da concepção tradicional, não é o último passo para a descoberta do conteúdo normativo, vez que o conteúdo normativo de qualquer norma (regra ou princípio) dependeria das possibilidades fáticas e jurídicas a serem verificadas no processo de aplicação.

Ademais, para ele (2006, p.48), a distinção entre princípios e regras não é estrutural, mas argumentativa. A dimensão axiológica não seria exclusiva dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica. As interpretações extensivas e restritivas das regras jurídicas



confirmariam sua alegação, já que seriam métodos de interpretação que ampliam ou restringem o sentido do texto a partir dos valores e fins buscados pela norma.

Em que pese tais considerações, não se pode concordar com Ávila no sentido de que a dimensão axiológica seria elemento integrante de qualquer norma jurídica, inclusive das regras. Por exemplo, a regra que estabelece que os veículos devem transitar pelo lado direito da via (ou lado esquerdo, em casos de países como a Inglaterra) é desprovida de qualquer conteúdo valorativo. Não cabe qualquer interpretação extensiva ou restritiva. Já os princípios possuem, obrigatoriamente, carga axiológica, pois trazem consigo valores compartilhados pela sociedade em determinado momento histórico.

De mais a mais, Humberto Ávila (2006, p. 90), ao contrário da concepção majoritária (Celso Antônio Bandeira de Mello), assevera que

Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.

Afirma o autor (2006, p. 90/107), ainda, que o grau de conhecimento do dever a ser cumprido é maior do que aquele presente no caso dos princípios. Por tal razão, violar o que se sabe dever cumprir é mais grave do que malferir um princípio cujo conteúdo ainda precisa de maior complementação. Segundo o referido doutrinador, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar acerca do assunto em dois importantes precedentes: no primeiro, durante o julgamento da ADI 815/RN, a Corte extinguiu a ação por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que não poderia afastar, com base no princípio federativo, a regra estabelecida pelo próprio Poder Constituinte Originário a respeito da proporcionalidade na representação no Congresso Nacional. Entendeu-se que o princípio federativo foi estabelecido conforme a regra do art. 45 da Constituição Federal; no segundo, o STF decidiu, nos autos do HC 79.512-9/RJ, que não cabe a ele realizar nova ponderação quando a própria Constituição já fez uma ponderação anterior por meio do estabelecimento de uma regra. Emblemático é o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Posto não ignore a autoridade do entendimento contrário, resisto, no entanto, a admitir que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes. É que, aí, foi a Constituição mesma que

ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – por valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.

Portanto, segundo a tese da separação fraca, não existiria uma diferencial substancial ou qualitativa entre regras jurídicas e princípios. Não haveria uma diferença estrutural ou axiológica, mas simplesmente argumentativa.

### **3.3. Tese da separação forte entre princípios e regras**

Segundo a tese da separação forte, há uma diferença qualitativa entre princípios e regras. Aqueles são normas transcendentais e com densa carga axiológica (valorativa). Para Alexy, os princípios funcionam como mandamentos de otimização, ou seja, devem ser aplicados no maior grau possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Diz ele (2012, p. 90) que

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

Princípio é, por definição, conforme escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello (apud BARROSO, 1996, p. 143) mandamento nuclear de um sistema jurídico, verdadeiro alicerce dele, disposição básica e fundamental que se irradia sobre diferentes regras compondo-lhes o espírito. A violação de um princípio seria muito mais grave do que transgredir uma regra, pois a desatenção ao princípio implica malferimento não apenas a um específico mandamento, mas a todo o sistema de comandos. A ofensa a um princípio subverte os valores fundamentais do próprio sistema jurídico.

Ainda conforme Alexy (2012, p. 91), as regras, por sua vez, são normas que ou são satisfeitas ou não. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras são, pois, normas de conduta determinada, no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Em síntese, as regras são comandos de definição, com incidência adstrita a situações específicas. Uma regra não incidirá sobre determinado fato somente se ela for considerada inválida ou se existir, eventualmente, alguma cláusula de exceção.

As regras, portanto, têm natureza binária. Somente admitem duas situações: ou são válidas e se aplicam na hipótese fática ou são inválidas e não se aplicam. Em resumo, a regra é válida ou

não. Na colisão entre regras, por exemplo, a solução se dá com a inclusão de uma cláusula de exceção ou de reserva geral ou, então, a eliminação de uma das regras em conflito, mediante a declaração de invalidade a partir dos critérios de solução de antinomias (*lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali e lex superior derogat legi inferiori*).

### **3.4. Colisão entre regras**

As contradições entre regras, como visto acima, podem ser eliminadas mediante a inserção de cláusulas de exceção. Por exemplo, determinada regra veicula a proibição de abandonar a sala de aula antes de a campainha soar. Outra regra, contudo, estabelece a obrigatoriedade de abandonar a sala quando soar o alarme de incêndio. Obviamente, a segunda hipótese representa uma exceção à primeira. Logo, com a estipulação de uma exceção, não há mais que falar em colisão entre regras (ALEXY, 2014, p. 179).

Contudo, quando a fixação de uma exceção não é possível, uma das regras em conflito deve ser considerada inválida. O intérprete não pode considerar, numa única hipótese de incidência concreta, simultaneamente válidas regras que possuem consequências jurídicas diametralmente opostas. Se a regra é válida e aplicável ao caso concreto, então sua consequência jurídica vale. Nessa situação, e somente nessa, é correto o teorema de Dworkin segundo o qual as regras são aplicáveis conforme o critério “tudo ou nada” (*all or nothing fashion*).

Ademais, é possível, no âmbito de incidência da regra jurídica, a fixação de cláusulas de reserva geral relacionadas a princípios (p.ex, regras com expressões tais como “razoável”, “justa”, “reprovável” etc). Com base em um princípio (e sua cláusula de reserva), portanto, toda regra pode tornar-se inaplicável em circunstâncias especiais. Nessa hipótese, a existência de um princípio afasta a hipótese, defendida por Dworkin, do caráter “tudo ou nada” que incide sobre as regras.

### **3.5. Tensão entre princípios**

Os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*) e, por esse motivo, quando dois princípios entram em tensão na análise concreta dos casos difíceis (*hard cases*), aquele que possuir o maior peso no caso concreto prevalecerá, sem que, com isso, o princípio de menor peso relativo no caso em concreto se torne inválido.

No sopesamento entre princípios, valores, bens e interesses em tensão, aplica-se a técnica interpretativa da ponderação ou balanceamento. Na esteira da lição de Luís Roberto Barroso (2001, p. 68),

a ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Cuida-se, pois, (a ponderação) de uma técnica que visa atribuir pesos a bens, valores e interesses. Nunca demais lembrar que os valores, segundo a corrente pós-positivista, configuram a vertente axiológica das normas, devendo ser promovidos pelos princípios.

Assevera Alexy (2012, p. 93) que

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa (das regras). Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Assim, ao menos nos casos difíceis, ou seja, nos casos em que princípios competem pela primazia na regulamentação de determinada situação, o balanceamento ou ponderação de valores ou princípios é inevitável (BRANCO, 2009, p. 111).

Como salienta Gonet Branco (2009, p. 114),

O juízo de ponderação, desse modo, encontra apoio em distintas motivações filosóficas e é, de modo geral, adotado segundo uma impressão de sua inevitabilidade – ao menos, diante de casos difíceis, que envolvem juízos morais colidentes e demandam solução de conflitos de interesses, bens e valores não previamente submetidos a hierarquização absoluta.

A ponderação, para o juiz da Suprema Corte de Israel Aharon Barak, seguindo esse viés, expressa uma técnica inescapável, que reflete a própria complexidade de valores que compõem o Direito, construindo pontes entre o direito e a vida pluralística, já que “exige do juiz identificar os valores relevantes, enfrentar o tema da importância social desses valores, além de exigir que revele o seu pensamento para os seus confrades e para as demais pessoas, facilitando a crítica e a autocrítica”.

Portanto, na tensão entre princípios, o intérprete/aplicador deve utilizar a técnica da ponderação, com vistas a definir o princípio que detém o maior peso no caso concreto. Diante das

possibilidades fáticas e jurídicas de realização de um princípio, há uma restrição no que tange às possibilidades fáticas e jurídicas de realização do outro princípio. E a solução de tal tensão dá-se mediante a fixação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com fulcro nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2012, p. 96).

### 3.6. Valor

Valor e princípio estão intimamente relacionados, ao ponto de serem utilizados indistintamente nas decisões judiciais. Não raras vezes é usada a expressão “ponderação”, “conflito” ou “balanceamento entre princípios” ou “entre valores”. Contudo, há distinções a serem estabelecidas.

Desde logo, impende asseverar que os princípios são conceitos deontológicos, ou seja, estabelecem deveres, proibições ou permissões. São juízos de dever ser. Por sua vez, os valores são conceitos axiológicos, referentes à ideia de bom (ou ruim). São juízos de valor.

Não obstante, a diferença entre princípio e valor fica reduzida, pois os juízos de valor se fundamentam em diversos critérios, que, via de regra, são comparados e sopesados. Tais critérios se baseiam em referências, que, por sua vez, podem ser contraditórias entre si, o que justificaria o balanceamento entre os valores. Como diz Alexy (2012, p. 150), a aplicação de critérios de valoração entre os quais é imprescindível sopesar corresponde à aplicação de princípios. Portanto, segundo o jurista alemão (2012, p. 153),

O que se acabou de afirmar corresponde exatamente ao modelo de princípios. A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

A similitude entre princípios e valores dá-se em dois sentidos: por uma parte, da mesma maneira que pode se falar em colisão de princípios e uma ponderação de princípios, pode também falar-se em colisão e ponderação de valores; por outro lado, o cumprimento gradual de princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores.

A teoria valorativa é rejeitada, por exemplo, por Forsthoff, o qual afirma que esta teoria levaria à dissolução da clareza conceitual em falatório, a uma perda de racionalidade e cientificidade (apud ALEXY, 2012, p. 155). Jurgen Habermas critica o recurso a valores por temer, nas palavras

de Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 84), “que isso signifique uma indevida substituição dos juízos deônticos (‘o que deve ser’), essenciais ao direito, por juízos axiológicos (‘o que é bom’)”.

Há quem rejeite a teoria valorativa, ainda, em razão de seu caráter intuicionista, pois diferentes indivíduos teriam diferentes critérios de valoração. Assim, o intuicionismo recairia no subjetivismo ou solipsismo do intérprete/aplicador. Ademais, por meio do recurso à ordem de valores qualquer resultado interpretativo poderia ser justificado. Não haveria um parâmetro de racionalidade para fins de sindicabilidade da tomada de decisão.

Porém, Alexy (2012, p. 147/148) nos mostra que os juízos de valor podem ser classificatórios, comparativos e métricos. Um juízo classificatório ocorre quando, por exemplo, uma determinada Constituição é classificada como “boa” ou “ruim”. Cuida-se apenas de uma valoração positiva, negativa ou neutra. Já os juízos comparativos permitem uma valoração mais diferenciada. São usados quando se afirma que, dentre dois objetos, um tem maior valor que o outro ou que ambos têm o mesmo valor. Por exemplo, o “veículo X é melhor que o veículo Y” ou “ambos os veículos são igualmente bons”. Por fim, uma valoração mais exata somente é possível através do juízo métrico, ou seja, quando são atribuídos números dentro de uma escala de referência valorativa a certos objetos.

No direito constitucional, salienta Alexy (2012, p. 152), juízos métricos são de pouca ou nenhuma valia. Não é possível atribuir valores numéricos para sopesar, por exemplo, a liberdade de expressão e o direito à intimidade.

Os juízos classificatórios, por seu turno, são desnecessários no direito constitucional, já que os valores estampados no texto fundamental são, todos eles, por presunção, “positivos” (p.ex, vida, liberdade, igualdade, propriedade, construção de uma sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização, defesa da paz, repúdio ao terrorismo e ao racismo, independência nacional, prevalência dos direitos humanos, dignidade da pessoa humana etc).

Logo, dos três juízos de valor, apenas o juízo comparativo possui relevância para o direito constitucional. No sopesamento entre valores, é aplicado o juízo comparativo, vale dizer, no balanceamento entre “liberdade de imprensa” e “segurança nacional”, por exemplo, um valor será melhor que o outro, desde que levado em consideração todas as circunstâncias do caso concreto.

Tomando por empréstimo as lições de Miguel Reale (2009, p. 191), tem-se, então, que nenhum valor é realizado sem influenciar, direta ou indiretamente, a realização de outros. O valor implica sempre um posicionamento do homem perante algo e para alguém, pois somente em razão do homem é possível a realidade axiológica. Além do mais, todo valor importa em uma seleção estimativa, ou seja, qualquer valor pode ser reconhecido como fim da conduta humana. Toda teoria do valor, portanto, tem como consequência uma teoria dos fins. Nesse mesmo sentido, o jurista

argentino Miguel Angel Ekmekdjian (apud GONÇALVES, 2006, p. 246/247) esclarece que qualquer teoria de valores tende a estabelecer uma ordem de importância entre estes, sendo os direitos apenas meios para tutelar juridicamente os valores, os quais são fins em si mesmos.

Os valores, ainda, não são frutos exclusivamente da subjetividade, vez que possuem uma objetividade mínima ou relativa. Eles não se reduzem às escolhas de um sujeito concreto, mas às interpretações sobre a realidade que dominaram cada época histórica, comumente denominada “civilização”. Em cada civilização existiu sua própria teoria valorativa minimamente compartilhada (“invariantes axiológicas”). Atualmente, pode-se dizer, sem qualquer temor, que o valor primordial da civilização ocidental e de parte significativa da civilização oriental é o do homem enquanto fim em si mesmo. O ser humano, enquanto tal, é o valor do qual e pelo qual todos os demais valores valem. A pessoa, pois, é o valor principal do direito. Tal valor é consubstanciado, em termos deontológicos, no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III (que trata dos fundamentos da República), no art. 226 (que trata da família), no art. 227 (que cuida das crianças e adolescentes) e 230 (que protege as pessoas idosas), todos da Constituição Federal de 1988, é considerado, por muitos, a norma jurídica e vetor axiológico que sustenta todo o arcabouço da democracia constitucional. Alguns afirmam, inclusive, que se todo o texto constitucional pudesse ser reduzido a um único princípio, esse seria o da dignidade humana, verdadeiro “direito fundamental de todos os direitos fundamentais”. Cuida-se, destarte, de um princípio irrenunciável e inalienável, fundante da própria ideia de direito.

Com efeito, o valor é uma “moldura” da existência individual e coletiva do homem, de modo a compreender seus atos enquanto sujeitos históricos. E por propugnar fins para a conduta humana, o valor é positivado no ordenamento jurídico sob o título de princípio.

#### 4. CASOS FÁCEIS, DIFÍCEIS E DILEMAS CONSTITUCIONAIS

Nos denominados “casos fáceis” (*easy cases*), o intérprete funciona como mero revelador da norma, sendo aplicada a técnica interpretativa de subsunção (fato e texto) para a solução do caso. É o que Hart chama de “zona clara de aplicação do direito”. Os casos que recaem na zona clara são aqueles em que as questões nominais parecem não cobrar uma interpretação mais detalhada ou aprofundada. Na zona clara, há uma aplicação mecânica da lei, sem uma maior especulação (SGARBI, 2006, p. 133).

Na linguagem comum, “casos difíceis” (*hard cases*) são aqueles casos de difícil resolução ou compreensão. Porém, a partir da concepção teórica de Dworkin, “caso difícil” é aquele em que, dadas as particularidades dos “fatos apresentados em juízo e das disposições legislativas, não é trivial identificar a regra que os solucione ou, mesmo, atestar que elas estejam disponíveis” (apud SGARBI, 2006, p. 155).

Em outras palavras, existe um “caso difícil” quando não for possível subsumir claramente a questão fática apresentada a uma regra pré-estabelecida pelo órgão competente (p.ex, Legislativo).

Os *hard cases*, para Dworkin, também podem ocorrer nos enfrentamentos entre argumentos de política e argumentos de princípio. Aqueles justificam uma decisão política, com vistas a proteger um objetivo coletivo da comunidade. Estes, por sua vez, justificam uma decisão garantidora de um direito fundamental do indivíduo ou de determinado grupo. Entre estes argumentos, o juiz deve decidir por base em princípios. Ao legislador cabe a decisão com base em argumentos de política.

A colisão entre princípios também configuraria um “caso difícil”, pois a solução seria encontrada não através da simples subsunção, mas da aplicação da ponderação ou balanceamento entre valores e interesses em jogo. Somente após definir o princípio de maior peso relativo diante das circunstâncias jurídicas e fáticas e, por conseguinte, a regra a ser aplicada no caso concreto, o “caso difícil” poderia ser solucionado.

Convém salientar que a doutrina amplamente majoritária faz apenas a diferenciação entre “casos fáceis” e “casos difíceis”. Contudo, cabe, aqui, algumas breves considerações sobre a ideia de “dilema constitucional”, conforme escólio de Lorenzo Zucca.

O dilema constitucional envolve dois elementos: a) uma eleição entre dois bens distintos e protegidos por direitos fundamentais; b) a perda fundamental de um bem protegido por um direito fundamental. Zucca (2011, p. 11) destaca que o conflito entre direitos fundamentais pode implicar dilema constitucional e, nessa hipótese, a argumentação jurídica não é capaz de fornecer uma única



ou a melhor resposta correta. Em verdade, o dilema constitucional não pode ser resolvido racionalmente. O dilema representa uma situação mais grave que o denominado “caso difícil”.

Cita como exemplo de dilema constitucional a decisão do Pleno do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ocorrida em 17 de abril de 2007. Em 12 de julho de 2000, a Sra. Evans, junto com seu marido Johnston, iniciou um procedimento para fertilização *in vitro*. Pouco tempo depois, Sra. Evans foi diagnosticada com sérios tumores pré-cancerígenos em ambos os ovários, o que significava que deviam ser extraídos. O hospital a aconselhou que seria possível coletar seus óvulos antes da operação, realizar a fertilização com os espermatozoides de seu marido e congelá-los, com o objetivo de manter viva sua esperança de ser mãe biológica no futuro.

No Reino Unido, este procedimento está estritamente regulamentado pela legislação. A característica primordial da referida legislação é permitir a ambas as partes revogar seu consentimento em qualquer momento anterior à implantação dos óvulos no útero. Inicialmente, o Sr. Johnston confirmou à Sra. Evans seu compromisso de ter um filho com ela. Porém, dois anos mais tarde, a relação afetiva terminou. Como resultado, o Sr. Johnston pediu ao hospital que destruísse os óvulos fertilizados e congelados, colocando fim às esperanças da Sra. Evans de ter um filho geneticamente seu. A Sra. Evans, então, solicitou um mandado judicial ao Alto Tribunal exigindo que seu marido restabelecesse seu consentimento, argumentando que ele não podia, de acordo com o direito inglês, modifica-lo validamente. Ademais, argumentou que a legislação inglesa era incompatível com a Lei de Direitos Humanos de 1998. O Alto Tribunal, a Corte de Apelação e o Pleno do Tribunal Europeu de Direitos Humanos rejeitaram, todos eles, a solicitação da Sra. Evans (ZUCCA, 2011, p. 10).

Cuida-se, no exemplo acima, de verdadeiro dilema constitucional, pois os interesses de cada pessoa são completamente irreconciliáveis entre si. De um lado, o direito da mulher de ser mãe biológica; de outro, o direito do homem de não ser pai. Se se permite à mulher usar os embriões, o homem será forçado a ser pai contra sua vontade; se se permite ao homem a retratação ou revogação do consentimento, se negará à mulher a oportunidade de ser mãe biológica. Deve o Tribunal negar a maternidade à Sra. Evans ou deve forçar a paternidade do Sr. Johnston? Eis, aqui, um dilema constitucional, ou seja, mais que um “caso difícil”, um caso onde não pode ser solucionado pela ponderação de interesses ou valores.

Outro exemplo de dilema constitucional é o caso das irmãs siamesas Jodie e Mary. A vida de Mary foi definida como parasitária da vida de sua irmã. O direito à vida de Jodie competia contra o direito à vida de Mary. Uma devia ser sacrificada para salvar a outra. Caso não se fizesse nada, ambas morreriam. O médico sustentava que a única maneira de salvar Jodie era matando Mary.

Contudo, seus pais rejeitaram aceitar a morte de uma para salvar a outra, baseando-se em razões religiosas. Então, o Tribunal concluiu que Mary devia ser sacrificada, com o escopo de salvar Jodie.

A maioria dos juízes insistia que não estavam avaliando a qualidade de vida das crianças. Contudo, eles estavam, sim, avaliando a qualidade de vida de ambas, destacando a anormalidade e não-naturalidade da união das gêmeas (ZUCCA, 2011, p. 15)

Outro exemplo de dilema constitucional é a “escolha de Sofia”. Sofia tem dois filhos, que estão em um campo de concentração nazista. Um oficial pede a Sofia que escolha um dos filhos para viver, pois o outro morrerá. Se ela não escolhe nenhum, ambos morrerão. Neste caso, a definição de um dilema não pode ser mais claro, pois implica a eleição entre dois bens incomensuráveis e, por outro lado, a eleição de determinado bem implicará uma perda fundamental (ZUCCA, 2011, p. 15).

Nessas situações (dilemas), não há uma única resposta correta ou resposta constitucionalmente adequada. A argumentação não é capaz de resolver tais dilemas, sendo a decisão uma escolha discricionária. Aqui, resta válida a lição de Kelsen, para quem a decisão é um ato de vontade, uma escolha subjetiva do julgador. Não há uma solução racional para esses casos. A maioria dos juízes afirmou que o pleito da Sra. Evans merecia forte simpatia, embora tal circunstância não tenha sido suficiente para lograr êxito no âmbito judicial.

Com efeito, apenas poucos casos são tidos como dilemas constitucionais. São hipóteses de conflitos genuínos entre direitos fundamentais (dilemas) aqueles conflitos totais intradireitos, isto é, quando existem pretensões simétricas que são mútua e totalmente excludentes. Se se favorece uma das pretensões, elimina-se a outra definitivamente. Um nítido exemplo, como já descrito, é o caso das gêmeas siamesas Jodie e Mary, cujo conflito total intradireitos envolve o direito à vida de duas pessoas.

Para o autor (2011, p. 12), os direitos fundamentais expressam um pluralismo valorativo fundacional. Em outras palavras, não há qualquer argumento convincente a favor de uma tese que ordene esses direitos em termos de um único valor superior. Ademais, diante dos dilemas constitucionais, nem o Parlamento nem a Corte Constitucional estão em posições razoáveis para resolvê-los.

Segue o referido doutrinador (2011, p. 17) afirmando que o conflito entre direitos fundamentais pode ser genuíno ou espúrio. A diferença entre ambos é que os conflitos genuínos (dilemas) implicam inconsistências normativas.

Algumas críticas devem ser desenvolvidas, sem que, com isso, se retire o mérito doutrinário de Lorenzo Zucca no sentido de revelar a existência de verdadeiros dilemas ou

“tragédias” constitucionais. Ademais, as críticas suscitadas por alguns filósofos espanhóis foram devidamente refutadas pelo próprio Zucca.

A primeira crítica é a de que a caracterização dos dilemas constitucionais não se dá apenas quando da ocorrência de situações contrapostas de direitos fundamentais simétricos, afirma Guillermo Lariguet. Podem existir, nos ordenamentos jurídicos, critérios de desempate, tais como: *in dubio pro libertate*, *in dubio pro legislatore*, *in dubio pro homine* etc. Assim, com maior ou menor dificuldade, os dilemas poderiam ser convertidos em “casos difíceis”, onde os conflitos são manipulados com critérios, escalas ou procedimentos que retratam uma ideia de presunção de prioridade refutável em favor de um dos direitos fundamentais em tensão. Por exemplo, a prioridade do direito à liberdade de imprensa, nos Estados Unidos, sobre o direito à intimidade ou privacidade (apud ZUCCA, 2011, p. 48).

Em que pese tal argumentação, resta evidente que, a partir de uma apropriada análise do caso concreto, não haja elementos de desempate. Não há, como no caso das irmãs siamesas, como comparar o valor “vida” de uma em relação ao valor “vida” da outra. Há, então, uma incomensurabilidade forte. Zucca, ao diferenciar “casos difíceis” e “dilemas constitucionais”, entende que existe apenas uma diferença de grau entre ambos: quando inexistir um critério de desempate para os casos difíceis, então serão tidos como “dilemas constitucionais”. Surgindo eventualmente algum fator de desempate, o dilema volta a ser um “caso difícil” (ZUCCA, 2011, p. 119).

Por sua vez, Silvina Álvarez (apud ZUCCA, 2011, p. 101-102), afirma que o fato de existir a perda fundamental de um direito constitucional em conflito não é apto a caracterizar o dilema constitucional. Isso porque a própria existência do direito como um sistema coercitivo implica uma perda a partir do ponto de vista da liberdade individual. Em suma, a noção de perda, no sentido de impossibilidade de realizar ou conseguir alvo valioso, está presente em toda e qualquer solução jurídica a ser adotada em um conflito. Em verdade, Álvarez (apud ZUCCA, 2011, p. 126), admitindo a existência de dilemas constitucionais, busca substituir a ideia de “perda fundamental” por inexistência de qualquer razão moral para preferir uma opção sobre a outra. Não se trataria, pois, da presença de uma escolha e, por conseguinte, de uma perda, mas da ausência de razões morais capazes de justificar a perda que ocorre naturalmente no processo decisório.

Contudo, como bem refutado por Zucca, para sustentar que um dilema acontece quando a justificação moral da perda está ausente, necessita-se, previamente, identificar a perda no processo decisório. E para poder afirmar a perda, faz-se mister postular a existência de uma eleição entre dois valores incomensuráveis. Assim, diz Zucca, a professora da Universidad Autónoma de Madrid

parece coincidir com ele no sentido de que deveria existir uma eleição e uma perda (ZUCCA, 2011, p. 126).

Portanto, há de se ressaltar, uma vez mais, que os dilemas constitucionais não permitem uma solução argumentativa forte e convincente a favor de certo resultado. A eleição trágica (dilema) entre direitos fundamentais, portanto, carece de justificação moral válida.

Ainda que viável a teoria interpretativa de Dworkin em relação aos “casos difíceis”, encontraria ela sérios óbices em relação aos dilemas constitucionais. Utilizando, novamente, o peso insustentável dos exemplos, como descobrir, no caso das irmãs siamesas, o princípio de justiça que oferece a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade política? Como os juízes devem levar em conta a história legal da comunidade política em que vivem, as tradições e pré-compreensões para decidir em prol de Jodie, Mary ou da vontade dos pais? Decidindo em favor de uma delas ou, então, decidindo respeitar a vontade dos pais, qual princípio a ser descoberto pelo tribunal que se adeque à história institucional do sistema jurídico e ofereça a melhor justificativa moral para a decisão? Ainda que se considere a argumentação do *chain novel*, o exemplo citado, certamente, configuraria a primeira letra da primeira frase do primeiro parágrafo do primeiro capítulo do romance, razão pela qual a discricionariedade do juiz será ampla (ou forte). Seria o juiz, pois, mais um criador que um intérprete do romance.

Como diz Zucca, sendo os direitos fundamentais sinceras declarações que expressam um pluralismo valorativo fundacional, não existe nenhum argumento convincente a favor de uma tese que ordene tais direitos em termos de um único valor superior, como pretende Dworkin. Se fosse esse o caso, então a noção de conflitos de direitos fundamentais seria trivial, isto é, seria suficiente assinalar o que o valor superior exige em cada caso para resolver o conflito (ZUCCA, 2011, p. 12).

A ponderação oferece, sob outra vertente, um suspiro de racionalidade ao intérprete apenas nos “casos difíceis”. A técnica da ponderação ou balanceamento é inadequada para resolver os dilemas constitucionais. Em relação aos direitos fundamentais, a ponderação é útil para determinar o alcance e a força dos direitos em determinadas circunstâncias específicas. Contudo, não auxilia na resolução de todos os casos, especialmente os dilemas constitucionais. Como ferramenta, tem ela um âmbito de aplicação limitado aos casos difíceis.

Em outras palavras, a ponderação é útil para determinar o alcance e os limites dos direitos fundamentais em relação a certas circunstâncias jurídicas e fáticas. Entretanto, não é capaz de ajudar na resolução dos dilemas constitucionais, ou seja, de conflitos entre direitos fundamentais simétricos (direito à vida de Jodie x direito à vida de Mary).

Por envolver direitos fundamentais colidentes e simétricos, o dilema constitucional retrata a noção de incomensurabilidade forte. Nesse sentido, Zucca (2011, p. 23) esclarece que

Cuando dos valores inconmensurables se encuentran ínsitos en los derechos em conflicto, como es posible forzarlos a uma medición de su peso o importancia? Jeremy Waldron sugere una distinción entre la inconmensurabilidad flerte y débil. Argumenta que la inconmensurabilidad flerte es asunto de las elecciones trágicas: Agamenón enfrentándose a la elección entre su hija e su misión. La inconmensurabilidad fuerte conduce a la agonía e la parálisis, y no ofrece ningún criterio de elección al margen de la preferencia personal. La inconmensurabilidad débil, por el contrario, es simplemente expresada en términos de una `simple o directa regla de prioridad`. Esto significa que, en lugar de un balance cuantitativo de tipo utilitarista, las decisiones son tomadas `matando con un triunfo`, o imponiendo una prioridad. Sin embargo, a veces será necesario elegir entre triunfos. Em este punto recurriremos a la ponderación, aunque a un tipo cualitativo de ponderación, que intenta elaborar la relación interna de los valores en juego, a través del razonamiento filosófico.

Portanto, a ponderação, ao buscar sacrificar o mínimo de cada um dos direitos fundamentais em oposição, não é idônea para resolver os dilemas ou eleições trágicas constitucionais, vez que a escolha de um dos direitos em colisão acarreta, necessariamente, a perda fundamental do bem jurídico protegido pelo outro direito.

A preocupação do presente estudo ficará adstrita aos “casos difíceis” e à adequada utilização da técnica da ponderação na colisão parcial (e não total) entre direitos fundamentais. Nos dilemas constitucionais há eleições trágicas a serem feitas pelo intérprete/aplicador, sem qualquer critério mínimo de racionalidade. Por seu turno, a ponderação envolve uma racionalidade mínima a ser desenvolvida pelo intérprete/aplicador para efeito de encontrar, após o estabelecimento dos pesos relativos de cada princípio, a regra jurídica a incidir no caso concreto.

A ponderação, como será vista adiante, resolve a maior parte dos conflitos principiológicos através do processo de balanceamento de interesses em disputa, objetivando, com isso, alcançar uma solução razoável. Mas ponderar significa desenvolver um trabalho preliminar complexo que supõe a identificação, quantificação e comparação dos interesses protegidos pelos direitos fundamentais, o que normalmente é ignorado pela doutrina e pela jurisprudência.

## 5. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E TENSÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Antes de desenvolver este tópico (ponderação), convém trazer a lume outras técnicas ou procedimentos de solução de colisão entre direitos fundamentais: a) categorização e b) hierarquização.

### 5.1. Categorização

A categorização, enquanto método de solução de controvérsias entre princípios, significa a delimitação dos contornos dos direitos e, a partir daí, subsumir as situações concretas nas categorias gerais e abstratas elaboradas. Numa analogia ao direito penal, para a categorização as normas jurídicas são os tipos (modelos de comportamento descritos abstratamente), em relação aos quais devem ser identificadas as questões fáticas para delimitar o seu âmbito de incidência.

Dessa forma, a categorização busca retratar fielmente os fatos para, depois, subsumi-los na categoria abstrata pertinente. A categorização está, pois, adstrita ao emprego de métodos puramente formalistas e mecânicos, caracterizando uma lógica subsuntiva, bem como uma ideia de normas de direitos fundamentais como regras.

Exemplo da ocorrência da categorização encontra-se no caso *Valentine vs Chrestensten*, julgado pela Suprema Corte norte-americana. O conflito versava sobre a proteção constitucional do direito à propaganda, já que um empresário distribuía panfletos pela cidade de Nova Iorque, sendo que, de um lado do cartaz, divulgava a exibição comercial de um submarino, enquanto, do outro lado, criticava a prefeitura pelos óbices suportados para montar a exibição. O código sanitário da municipalidade proibia a distribuição de panfletos publicitários, tendo sido o empresário punido. A Corte Suprema, instada a se manifestar, manteve a punição, sob o argumento de que “o discurso comercial (*commercial speech*) não é reconhecido como categoria protegida pela liberdade de expressão”. Assim, a Corte não procurou sopesar bens em conflito ou atribuir pesos aos bens, mas, simplesmente, definiu que a distribuição de panfletos com propaganda comercial não se enquadrava na proteção constitucional da liberdade de expressão, ou seja, não era tutelada pela 1ª emenda. Por óbvio, o entendimento sufragado pela Corte neste julgado foi reformulado posteriormente, em especial no caso *Virginia State Board of Pharmacy vs Virginia Citizens Consumer Council*, julgado em 24 de maio de 1976. Nessa decisão, restou consignado que o discurso comercial é, sim, protegido pelas 1ª e 14ª emendas. Essa posição foi consolidada e pacificada no caso *Central Hudson Gas vs Public Service Commission of New York*.

Não se pode olvidar que a técnica da categorização é intrínseca ao processo interpretativo, eis que o aplicador/intérprete busca verificar a correspondência dos fatos com as categorias normativas em abstrato. Trata-se do primeiro estágio do raciocínio judicial, razão pela qual jamais pode ser suprimida da atividade de interpretação.

Entretanto, a categorização não é uma técnica interpretativa adequada às normas constitucionais, que possuem, via de regra, caráter aberto e indeterminado. A categorização é associada ao modelo de regras, onde prevalece o raciocínio binário, ou seja, de incidência ou não das normas, do tudo ou nada.

Jeffrey Shaman (apud GONÇALVES, 2006, p. 242), ao chamar a categorização de “método definitório”, assevera que

Uma questão pertinente emerge quanto ao método definitório (...) de interpretação constitucional: (...) Um exame de votos (...) da Suprema Corte nas quais o método definitório é operativo torna claro que na vasta maioria dos casos a fonte das definições ou categorias são os próprios juízes. Ou seja, os juízes divisam as categorias por conta própria.

Portanto, ao contrário do que aparenta, a técnica de categorização não confere maior segurança ou objetividade à atividade interpretativa, vez que não há qualquer critério de coerência nas fontes informadoras dos conteúdos das categorias normativas.

## **5.2. Hierarquização**

Outra técnica ou procedimento para a solução de conflitos entre normas constitucionais é a “hierarquização”. O escalonamento absoluto entre direitos fundamentais encontra forte resistência doutrinária, pois tais direitos seriam indivisíveis, ou seja, possuiriam igual relevância e fundamentalidade, além do entrelaçamento das suas concretizações. Ademais, o princípio da unidade normativa da Constituição levaria à ideia de idêntica posição hierárquica das normas constitucionais, incluindo as enunciadoras de direitos fundamentais (MARTEL, 2005, p. 346).

De acordo com o princípio da unidade normativa da Constituição, todas as normas têm a mesma e igual dignidade, muito embora possam ter diversos níveis de concretização e de densidade normativa. Inexistiria, destarte, uma hierarquia absoluta entre normas da Constituição.

Porém, há quem entenda que a determinados direitos fundamentais, por serem dotados de uma intrínseca relevância para o ser humano ou para a sustentação das bases democráticas e republicanas, podem, de forma razoável e justificável, ser conferidas posições hierárquicas

superiores em relação a outros direitos fundamentais. Consoante destaca Ana Maria D'Avila Lopes (2001, p. 179),

a indicação taxativa, na Constituição, dos direitos fundamentais suscetíveis de serem restringidos durante o estado de defesa ou de sítio representa, indiscutivelmente, além da garantia de sua proteção, o reconhecimento, na legislação nacional, da existência de diferenças hierárquicas claras entre direitos fundamentais

Segundo a técnica da hierarquização, é possível fixar hierarquias prévias entre os bens constitucionalmente tutelados como meio de solucionar conflitos entre direitos fundamentais. Assim, seria possível, para seus adeptos, estabelecer pautas que conferem determinado peso abstrato e inflexível a direitos e bens fundamentais.

Noutra ótica, seria possível estabelecer uma hierarquia entre normas fundamentais da Constituição e as normas de direito suprapositivo, com a prevalência destas últimas. Essa tese é defendida por Otto Bachoff, e segundo ela preceitos constitucionais, ainda que fundamentais, podem, quando entrarem em conflito com o direito suprapositivo, ser invalidados. Essa doutrina chegou a ser cogitada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, embora nunca tenha sido materializada na prática.

Admite-se, ainda, a existência de hierarquia material entre as normas constantes do texto constitucional, invalidando normas constitucionais originárias em descompasso com outras normas de igual origem e de maior relevância axiológica. Em outras palavras, cogita-se de um escalonamento hierárquico dentro do próprio texto da Constituição. Tal posicionamento é adotado, na doutrina constitucional alemã, por Kruger, para quem é viável que normas constitucionais de teor secundário sejam invalidadas em virtude de ofensa a outras normas constitucionais de importância superior.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI 815-3/DF, que buscava a declaração de inconstitucionalidade das expressões “para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” do §1º e da expressão “quatro” constante do §2º, ambas do art. 45 da Constituição Federal de 1988, por suposta violação aos princípios superiores da igualdade (de voto), cidadania e democracia, afastou o entendimento de que haveria hierarquia entre normas constitucionais originárias, sob o argumento de que, segundo o relator Ministro Moreira Alves, no interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo Poder Constituinte (originário), não podem surgir normas inconstitucionais. Resumidamente, afirmou-se que a “criatura” (STF) não pode ir de encontro (declaração de inconstitucionalidade) ao “criador” (Constituição e suas normas originárias).



Em que pese o posicionamento jurisprudencial do STF, parte (minoritária) da doutrina ainda defende a possibilidade de estabelecer uma ordem de “preferência abstrata absoluta” entre direitos fundamentais, que deve imperar como critério de solução de conflitos nos casos concretos. A defender esse entendimento encontramos o constitucionalista argentino Miguel Angel Ekmekdjian.

Segundo o mencionado autor (apud GONÇALVES, 2006, p. 247), o estabelecimento da hierarquia entre direitos fundamentais há de ser pautado por três parâmetros, ocasionando relevantes repercussões no plano da interpretação. Primeiramente, impende avaliar o grau de restringibilidade de cada direito a partir do valor que tutela, ou seja, a restringibilidade será inversamente proporcional à posição em que o valor ao qual confere cobertura tenha maior hierarquia. Segundo, o intérprete deve imaginar um mundo no qual se negasse uma categoria de direitos (valores) e logo depois imaginar outro no qual se aceitasse esta e se negasse outra, e assim sucessivamente, para comprovar qual perda é mais significativa.

Por último, é preciso aferir, segundo o jurista argentino (apud GONÇALVES, 2006, p. 247), a renunciabilidade dos direitos, haja vista que “existem valores que a moral social considera tão essenciais que não permite ao titular dos mesmos seu sacrifício voluntário (...). Se estes são comparados com os direitos que podem ser renunciados, a maior hierarquia dos primeiros é óbvia”.

Miguel Angel Ekmekdjian chega, inclusive, a ordenar hierarquicamente os direitos fundamentais, a saber:

- 1º) direito à dignidade da pessoa humana e seus derivados;
- 2º) direito à vida e seus derivados;
- 3º) direito à liberdade física;
- 4º) outros direitos de personalidade;
- 5º) direito à informação;
- 6º) direito de associação;
- 7º) outros direitos individuais; e,
- 8º) direitos patrimoniais.

De igual forma, para José Souto Maior Borges (1993, p. 143), existem normas cuja importância sobressai em relação a outras regras ou princípios constitucionais, especialmente aquelas que têm uma elevada carga ético-valorativa. Contudo, para o autor, conforme os ensinamentos do positivismo jurídico, tais normas possuem uma “visceral pobreza de positividade jurídica”, ou seja, são destituídas de sanção. Seriam, em linguagem metafórica, como um “sino sem badalo”.

Com base em citação de Francisco Campos, que, à sua época, afirmou que o princípio da isonomia era o mais importante dentre os demais que vigoravam no sistema de direitos e garantias fundamentais, Souto Maior Borges formula uma hierarquização entre princípios constitucionais.

Para ele, a própria Constituição de 1988, de acordo com a sua estrutura textual, admitiu a existência de hierarquia entre princípios, enumerando em seu Título I seus princípios fundamentais. É por esse motivo, pois, que alguns princípios podem ser objeto de reforma pelo Poder Constituinte derivado, enquanto outros não.

No mesmo sentido, Carlos Ayres Britto (apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 157) ressalta a necessidade de distinguir os princípios fundamentais dos princípios “protfundamentais” (ou seja, mais fundamentais que os demais), para concluir que existem princípios eternos (protfundamentais) e estáveis (fundamentais).

Entretanto, a hierarquia abstrata e absoluta entre direitos fundamentais é passível de severas críticas filosóficas e jurídicas. Para cada pensamento filosófico seria estabelecido uma diferente ordem de valores. Logo, o sistema de valores não seria fixado de acordo com o querer do constituinte originário, mas em conformidade com as preferências subjetivas do intérprete (GONÇALVES, 2006, p. 247).

Quanto ao plano jurídico das constituições rígidas, não há elementos normativos que permitam fixar relações de prevalência incondicionada entre direitos. A hierarquização em abstrato dos direitos fundamentais, caso admitida, deveria ser estabelecida pelo próprio legislador constituinte originário, o que traria subjacente uma escolha de determinada teoria da justiça (p.ex, liberalismo, comunitarismo, republicanismo etc), impregnada, pois, de imenso caráter ideológico.

É certo que a interpretação constitucional não está imune à ideologia, mas admitir opções valorativas a serem cristalizadas pela jurisprudência de forma absoluta implicaria relegar a segundo plano o papel do constituinte, o qual possui nítida legitimidade democrática.

### **5.3. Ponderação (estruturada)**

A ponderação pode ser dividida em: a) ponderação estruturada; b) ponderação aproximada.

Com efeito, a “ponderação aproximada” nada mais é que outro nome para a análise econômica do direito, isto é, a análise custo/benefício, nos termos do ensinamento doutrinário de Richard Posner. Para o professor de Chicago, cada decisão deveria considerar a preocupação primordial do Estado, qual seja, a segurança. Os direitos fundamentais, nesse sentido, seriam meras restrições ao poder do Estado, sendo certo que a ponderação entre segurança e outros direitos fundamentais apontaria, inexoravelmente, em favor da primeira. Com base nessas considerações

teóricas, Posner legitima a vigilância eletrônica e muitos outros tipos de controle orwelliano do Estado sobre os indivíduos (apud ZUCCA, 2011, p. 22).

Porém, a ponderação tratada na presente dissertação é aquela capitaneada por Robert Alexy, também denominada “ponderação estruturada”. Assim, consideraremos como sinônimas as expressões “ponderação” e “ponderação estruturada”.

A técnica ou procedimento da ponderação sopesa bens e interesses em conflito, sempre partindo de uma análise concreta dos casos difíceis (*hard cases*). Em relação aos direitos fundamentais, a ponderação auxilia o juiz a determinar o alcance e o limite das normas principiológicas diante de certas circunstâncias fáticas. Como dito anteriormente, a ponderação é útil para resolver os casos difíceis, mas não os chamados dilemas constitucionais.

Quando o direito fundamental possuir a natureza de uma regra, esta já foi obtida pelo resultado de ponderação previamente fixado pelo legislador, razão pela qual não deve ser usada a referida técnica novamente, agora pelo juiz. Isso é o que se deduz, por exemplo, do que restou decidido na ADI 815/RN.

Em outras palavras, os conflitos entre princípios são solucionados (pelo juiz) através do procedimento de balanceamento de interesses em disputa, de modo a alcançar uma resposta ou decisão ótima. Contudo, a estrutura da ponderação obriga o intérprete a identificar e comparar os interesses protegidos pelos direitos fundamentais, podendo, inclusive, os interesses colidentes serem compatibilizados ou conciliados. O resultado final da resolução desse conflito é uma regra adstrita (regra de direito fundamental), que será aplicada para resolver o caso concreto.

Calha ressaltar, aqui, que, embora defenda a existência de casos difíceis, Dworkin não postula em favor da ponderação como técnica de resolução desses casos. Para ele, em casos de aplicação de direitos fundamentais, não se trata de ponderação, mas sim, de questão essencialmente diferente sobre o que a moral exige. Nos *hard cases*, Dworkin propugna que a resposta correta sempre poderá ser descoberta pelo juiz mediante um trabalho hercúleo, ao buscar os princípios subjacentes à moralidade de uma comunidade política.

A ponderação entre direitos fundamentais de natureza principiológica resulta na conexão com a máxima da proporcionalidade, conforme desenvolvida por Alexy e pela jurisprudência germânica.

A máxima da proporcionalidade pode ser dividida em três máximas parciais: a) máxima da adequação; b) máxima da necessidade; c) máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação consiste em verificar se o meio é adequado à concretização do fim almejado; caso não seja, a medida será considerada inadequada e, portanto, desproporcional. Como esclarece Gonet Branco (2009, p. 171/172),

O subprincípio da adequação – ou da idoneidade – ministra critério para se averiguar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, reclamando que a razão que norteia essa interferência seja satisfeita com a restrição que se operará sobre o princípio afetado. Se um meio não serve para atender a um fim exigido por um princípio e afeta as possibilidades de realização de outro princípio, está proibido, porque frustra, sem proveito para o primeiro princípio, a vocação do segundo à máxima satisfação possível. No resumo de Bernal Pulido, ‘toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo’.

Quanto ao aspecto da necessidade, verifica-se se existe outro meio que, sendo tão eficaz para a concretização do valor em questão, intervenha de forma menos intensa na concretização dos demais valores; se existir, o meio será considerado desnecessário e, por conseguinte, desproporcional.

Prossegue Gonet Branco (2009, p. 174/175):

O subprincípio da necessidade restringe a escolha de meios adequados para a realização de um fim ligado a um dado princípio. Se há mais de um meio igualmente adequado para se acudir à finalidade que o princípio busca, deve ser preterido o meio mais intrusivo sobre o princípio que sofrerá a intervenção (...). O princípio da necessidade não impõe a forma como um princípio será satisfeito, apenas rejeita o meio mais danoso ao princípio concorrente, quando cotejado com outra providência apta para obter resultados análogos.

A proporcionalidade em sentido estrito ou a “lei da ponderação” pode ser formulada na seguinte regra: “*Quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio*”. (ALEXY, 2014, p. 154).

Conforme esclarece Alexy (2012, p. 95/96):

No caso sobre a incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que nesse tipo de caso há ‘uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade. O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto (...). Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização (...) Isso significa, por sua vez,

que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.

A proporcionalidade em sentido estrito busca identificar o limite de satisfação de um princípio em relação às suas possibilidades jurídicas (BRANCO, 2009, p. 177). Para Alexy, a “lei da ponderação” deve percorrer três fases: a) num momento inicial, deve ser averiguado o grau de não satisfação de um dos princípios em tensão. Essa fase é chamada de “peso” do princípio. Tal “peso” tem duas medidas: a primeira, medida de caráter abstrato, que está relacionada com a importância material do princípio no ordenamento constitucional; a segunda, medida de cunho concreto, isto é, pela qual se apura a relevância do princípio diante da circunstância fática (BRANCO, 2009, p. 178); b) na segunda fase, deve ser identificada a importância do cumprimento do princípio oposto ou concorrente; c) na terceira e última fase, deve ser identificado “se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele” (ALEXY, 2014, p. 154).

Como se verá mais adiante, a preocupação do presente trabalho ficará centrada no peso abstrato dos principais direitos fundamentais de caráter principiológico (p.ex, vida, liberdade, igualdade etc), com vistas a definir suas relevâncias materiais dentro do ordenamento jurídico-constitucional.

Portanto, a ponderação, na síntese de Gonet Branco (2009, p. 186),

(...) é apontada como consequência da natureza de princípio das normas. Trata-se de uma imposição decorrente da natureza de mandamentos de otimização identificada em tais normas, a significar que se deve buscar o máximo cumprimento possível dos princípios, no contexto também das possibilidades jurídicas da sua atuação. Alexy afirma que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter de princípios das normas de direito fundamental”.

A técnica da ponderação, contudo, recebe inúmeras críticas. Jurgen Habermas, ao comentar sobre a Constituição como ordem objetiva de valores, assevera que os juízes não podem engendrar em uma hierarquia substantiva de valores que não se encontra na Constituição. Por essa razão, adverte o filósofo alemão que, se o tribunal se deixar levar pela ideia de realização de valores

materiais, transformar-se-á numa instância autoritária (BRANCO, 2009, p. 82). Assim, a função do tribunal constitucional não seria a de ponderar valores, mas garantir a legitimidade procedimental e a abertura democrática. Pensar de modo contrário, seria permitir a sobreposição do Judiciário ao Legislativo, o que redundaria em indevido paternalismo (BRANCO, 2009, p. 83).

Mas as críticas de Habermas continuam. Afirma ele que a ponderação é desprovida de quaisquer parâmetros racionais. Em resumo, cuida-se de uma fórmula retórica que fundamenta decisões arbitrárias, a possibilitar o Judiciário decidir de maneira discricionária e irracional. O uso da ponderação demanda, pois, uma apreciação subjetiva do intérprete, sem qualquer possibilidade de controle (apud PEREIRA, 2006, p. 239).

Na mesma trilha de Habermas, Schlink (apud ALEXY, 2014, p. 153) aduz que “nos exames de proporcionalidade em sentido estrito só pode por fim entrar em jogo a subjetividade daqueles que os realizam”. Destarte, as valorações e ponderações do exame da proporcionalidade em sentido estrito só podem ocorrer de maneira decisionista ou voluntarista.

Alexander Somek (apud ALEXY, 2014, p. 218) diz, por sua vez, que a lei da ponderação não passaria de uma “formalização do intuicionismo moral”, razão pela qual seria, obviamente, irracional.

Alexy se defende das críticas à ponderação ao afirmar que são possíveis juízos racionais sobre a intensidade de interferência e graus de importância entre princípios. Como exemplo, cita a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre avisos referentes à saúde (*BVerfGE*, 95, p. 173). O colegiado classificou o dever dos fabricantes de tabaco de colocar em seus produtos indicações sobre o perigo do fumo para a saúde como uma interferência leve na liberdade profissional. Eventual proibição total da venda de qualquer produto de tabaco deveria ser julgada, ao revés, como uma interferência grave. Sendo assim, é possível estabelecer uma escala de interferência com os níveis “leve”, “médio” e “grave”. O mesmo caminho pode ser percorrido no lado oposto, ou seja, os riscos para a saúde dos fumantes são altos. Logo, diz Alexy (2014, p. 155),

(...) as razões justificadoras da interferência são portanto graves. Estabelecendo-se desse modo com segurança primeiramente a intensidade da interferência como leve e o grau de importância do motivo da interferência como alta, pode o resultado do exame da proporcionalidade ser designado, com o Tribunal Constitucional Federal, como ‘evidente’.

Dessa forma, as proposições sobre intensidade são condições de racionalidade da ponderação. Esta, vale ressaltar, não assegura uma resposta sempre previsível para todo e qualquer problema concreto, “mas se diz que não lhe falta racionalidade mínima, advinda do esforço argumentativo exigido para se alcançar um resultado que se possa tornar uma regra, compatível com

o critério da universalização” (BRANCO, 2009, p. 140). Como forma de argumento do discurso jurídico, a ponderação é racional. A irracionalidade da ponderação só restaria configurada se todas as coisas possuíssem o mesmo valor e se inexistisse escala. Porém, os valores das coisas são diversos e a escala pode ser estabelecida, a partir de dois paradigmas existentes no sistema constitucional atual (dignidade da pessoa humana e democracia constitucional).

Em suma, as máximas da adequação e da necessidade operam como reclamos de moderação e razoabilidade, à medida que exigem racionalidade nas intervenções sobre direitos fundamentais (BRANCO, 2009, p. 109).

Embora seja válida a preocupação de Habermas no sentido de evitar que o Judiciário se torne um órgão paternalista em face do indivíduo, é certo que a ponderação é capaz de reconciliar a democracia e os direitos fundamentais. Em primeiro lugar, o controle das leis pelo Judiciário, especificamente a Corte Constitucional (órgão sem representatividade democrática ordinária), seria resultado da decisão do próprio povo, titular do Poder Constituinte originário (BRANCO, 2009, p. 111). Em segundo lugar, o Judiciário não deve perder sua relevante função contramajoritária, pois, no seu interior, todos os valores constantes na sociedade poderão ter a oportunidade de ser devidamente considerados nos processos de argumentação deliberativa. Ao contrário do paternalismo, busca-se conferir liberdade e igualdade a todos os participantes do discurso, tratando-os como um fim em si mesmo.

Por derradeiro, a ponderação é inerente à própria tomada de decisão. Deliberar seria, pois, equivalente a ponderar. Como bem esclarece Gonet Branco (2009, p. 119), “a preocupação não deve ser a de exorcizar esse juízo de ponderação das decisões judiciais, mas, sim, a de se premunir o sistema contra a arbitrariedade”. Prossegue o autor (2009, p. 141):

Enfatiza-se que, numa sociedade plural, valores colidentes podem ser relevantes num mesmo contexto, gerando, contudo, soluções inconciliáveis. Recusar a ponderação seria equivalente a negar a evidência do pluralismo e corresponderia a uma tentativa vã de escamotear os conflitos da vida social. Assumi-la, revelaria a existência de conflitos axiológicos e a necessidade de enfrenta-los com racionalidade, do modo mais imparcial possível.

## 6. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRETENSÃO DE OBJETIVIDADE

### 6.1 Relativismo moral e suas objeções

A existência e o reconhecimento dos direitos fundamentais pressupõe uma análise acerca das abordagens relativistas e não-relativistas sobre moralidade no âmbito de uma comunidade política.

Para o relativismo moral, a verdade a respeito das proposições morais depende das crenças dos indivíduos que as afirmam ou negam ou, ainda, da aceitação ou rejeição delas por determinado grupo social. Assim, diante do desacordo em torno da verdade das proposições morais, a justificação da moralidade de certa conduta será levada em conta a partir das crenças dos sujeitos ou comunidades. Ademais, os relativistas afirmam a inexistência de linguagem comparativa mediante a qual se possa julgar o significado dos termos morais quando usados por indivíduos ou grupos sociais que discordam sobre matérias morais (HURD, 2003, p. 35).

Com efeito, pessoas podem discordar entre si relativamente à verdade de certas assertivas morais, razão pela qual pode não ser possível obter um acordo acerca da correção da conduta de um indivíduo. Contudo, como explica Heidi M. Hurd (2003, p. 36),

esse fato, por si só, não estabelece que tal conjunto de razões não existe objetivamente; simplesmente significa que agora não podemos chegar a um acordo sobre sua especificação. Que não possamos concordar quanto ao conteúdo da moralidade em todas as suas minúcias não implica que não possamos obter conclusões racionadas a respeito da relação geral entre obrigações e permissões morais.

Da mesma forma, a inexistência de linguagem comparativa comum não implica a inexistência de critérios objetivos da ação moral. Logo, é coerente afirmar que se é correto um sujeito realizar um ato, também será correto que outro o realize.

Em suma, os relativistas morais entendem que é tanto moralmente correto terem os nossos antepassados mantido escravos quanto moralmente errado para nós os termos hoje. O aborto é moralmente correto para os que são pró-escolha, e moralmente errado para os que são pró-vida (HURD, 2003, p. 44).

Explica William Frankena (apud HURD, 2003, p. 44):

O que é correto ou bom para um indivíduo ou sociedade não é correto ou bom para um outro ou uma outra, mesmo se as situações envolvidas forem similares,



significando não apenas que o que é considerado correto ou bom por uma não é considerado correto ou bom para uma outra (...), mas que o que é realmente correto ou bom num caso não o é em outro.

O relativismo moral, conforme visto acima, chega à conclusão de que as crenças morais são incompatíveis, isto é, não há como escolher uma determinada crença como verdadeira com bases objetivas. Privilegia-se, destarte, a tolerância, o que significa não intervir nos hábitos e práticas de grupos distintos do seu. Em outras palavras, nenhum grupo ou sujeito pode impor seus valores a outro.

Ocorre que o relativismo, nesse particular, entre em contradição interna, porquanto a tolerância, valor último para essa corrente de pensamento moral, impõe obrigações absolutas e universais a qualquer grupo que enfrente pretensões morais conflitantes com as suas (HURD, 2003, p. 47). Se não devemos julgar crenças e hábitos diversos dos nossos, então devemos tolerá-los. Ao assim agir, estamos elevando o valor da tolerância a um grau absoluto e universal e, portanto, contrário ao relativismo.

Os relativistas, ainda, defendem que qualquer pretensão tem o potencial de se tornar moral, ainda que seja atualmente imoral. Com isso, os relativistas não recorrem a nenhum critério externo para avaliar ou criticar crenças imorais. Por exemplo, Sanford Kadish (apud HURD, 2003, p. 50) diz que “se e quando (...) o linchamento de assassinos sexuais de crianças deixar de ofender a consciência de porção suficiente da comunidade, o patrocínio dessa atividade pelo Estado será presumivelmente compatível com o devido processo legal”.

Com efeito, não sendo possível realizar uma crítica externa, o relativismo moral, ainda que implicitamente, endossa o comportamento de uma comunidade que crê na tortura de crianças como um meio de torna-los vigorosos; as ações da Ku Klux Klan; a perpetuação da perseguição religiosas; a escravidão etc.

Em crítica a tal posicionamento, os não-relativistas admitem ser possível criticar padrões morais de uma comunidade a partir de argumentos racionais para a adoção ou rejeição daqueles padrões.

Na seara jurídica, Hans Kelsen desenvolveu e consolidou a ciência do direito a partir da premissa do relativismo moral. Para ele, não existia nenhum grau de objetividade axiológica, isto é, os valores morais dependeriam do juízo de cada um, variando de pessoa para pessoa.

Entretanto, Kelsen se equivocou com tal afirmativa, pois certos valores possuem objetividade, independentemente das valorações feitas pelos indivíduos. Sobre a crítica prolatada ao relativismo moral, eis o exposição de José Juan Moressso (apud PIRES; MARTINS, 2012, p. 66):

El relativismo como una doctrina global es, efectivamente, una concepción muy inestable que probablemente se autodestruye. La proposición con arreglo a la cual todo es relativo es o bien absolutamente verdadera o bien relativamente verdadera. Si lo primero, entonces no todo es relativo; si lo segundo, entonces el relativismo no puede ser una doctrina global (...); y por otra parte, los debates acerca de la corrección moral de la guerra de Irak o de la práctica de la ablación del clítoris no se terminan arguyendo que éstas son las convicciones en mi cultura o en mi foro interno. ‘Aquí lo hacemos así’ no es un buen argumento en moral” (La Constitución: modelo para armar, p. 25)

Assim, a rejeição da universalidade dos valores é a própria essência do relativismo. Como diz Gilbert Harman (apud SMITH, 2009, p. 147), “o relativismo moral nega que haja exigências morais básicas universais e diz que pessoas diferentes estão sujeitas às exigências morais básicas diversas, dependendo dos costumes, práticas, convenções, valores e princípios sociais que aceitam”.

Porém, os argumentos relativistas não merecem prosperar, já que alguns valores básicos para a convivência harmônica em sociedade são universais. Um valor é universal somente se puder pertencer a qualquer pessoa, sem o uso de referências particulares de lugar ou tempo. O relativismo moral constitui caminho seguro até o “suicídio coletivo” (PÉREZ LUÑO, 2011, p. 112).

Não se desconhece que as sociedades democráticas contemporâneas são plurais e complexas. Há de se respeitar, por óbvio, a diversidade de valores existentes na democracia constitucional. O que se procura demonstrar, todavia, é um mínimo de unidade na pluralidade. Como ensina Luís Roberto Barroso (2013, p. 111), “a filosofia grega antiga esteve centrada na busca por um princípio último – um substrato comum para todas as coisas, um elemento integrador subjacente à diversidade – um problema conhecido como (...) a unidade na pluralidade”.

Calha destacar, ainda, a pesquisa desenvolvida por Lawrence Kohlberg, que retomou a investigação empírica de Piaget, mas com estudos longitudinais (ao longo da vida de uma pessoa) e transculturais (Estados Unidos, América Central e Oriente). Na pesquisa, Kohlberg submetia os sujeitos a controvérsias morais, as quais envolviam o valor da vida e direitos em confronto com a autoridade, propriedade ou com a ordem posta. O exemplo mais utilizado contava a história de um homem que precisava de um remédio para tratar o câncer da esposa. O farmacêutico solicitava dez vezes o preço do remédio. Após esgotar todos os recursos e recorrer a amigos para obter dinheiro, o homem roubava a farmácia e pegava o remédio. Kohlberg perguntava às pessoas se o homem agiu corretamente. Em última análise, a questão era saber se, de acordo com o juízo das pessoas, a vida podia ser sacrificada diante da lei, da ordem e da propriedade. Pelas respostas, constataram-se três níveis de juízo moral. Como as pesquisas foram realizadas em diversas culturas e também tiveram como objeto as mesmas pessoas em fases diferentes da vida, Kohlberg sustentava que as conclusões eram universais.

Segundo a pesquisa, os princípios moralmente superiores são formulados pelos sujeitos não com base em regras simples, a partir de seus interesses ou fundamentados na autoridade ou da lei e da ordem. São formulados pela convicção de que as pessoas possuem direitos intransigíveis, e que o valor da vida é superior ao da propriedade e ao da lei e da ordem. Nesse estágio superior de raciocínio, os indivíduos realizam reflexões mais complexas do que a mera observância de um sistema normativo ou o respeito às normas convencionais e à tradição. Os princípios moralmente superiores ou universais resultam da própria razão do sujeito e, portanto, em termos kantianos, não são heterônomos. (FELIPPE, 2014, p. 66/67).

Numa analogia em relação à pesquisa desenvolvida por Kohlberg, o positivismo, ao repousar a sua definição sobre a ideia de autoridade, ampara-se na observância simples e direta de regras. A superação do positivismo, portanto, corresponderia a um desenvolvimento superior do pensamento jurídico, especificamente na direção de juízos ético-universais (princípios).

Assim, os direitos fundamentais respondem a um sistema de valores de alcance universal que hão de informar todo nosso ordenamento jurídico, conforme já decidiu o Tribunal Constitucional espanhol (STC de 15 de junho de 1981, em BJC, 1981, n. 4, p. 265).

A pretensão de objetividade ou universalidade da moralidade básica se confirma com a ideia de dignidade da pessoa humana e de democracia constitucional. Ao passo que todos os seres humanos devem ser considerados como fins – e não como meios – e que devem ter condições que lhes permitam eleger livremente seus planos de vida, eles também devem ser vistos como seres comunicativos e sociais, que vivem em diálogo através de uma linguagem racional, capaz de construir conceitos gerais e abstratos (MARTÍNEZ, 2004, p. 202). A universalidade moral, portanto, corresponde a valores mínimos que tornam possível uma vida social conforme a dignidade humana, através de uma organização democrática.

## **6.2 Universalidades dos princípios da dignidade da pessoa humana e da sociedade democrática**

Atualmente, o elemento integrador subjacente à diversidade ou o valor mínimo compartilhado numa sociedade plural é, no plano individual, o princípio da dignidade da pessoa humana. Já no plano comunitário, o paradigma compartilhado pela contemporânea civilização ocidental é, sem dúvida, a democracia constitucional.

Passemos a analisar, ainda que brevemente, cada um desses paradigmas, que servirão de linguagem comum e comparativa para identificar o peso abstrato de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade etc.

### 6.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com a normatividade direta dos princípios (neoconstitucionalismo), a dignidade da pessoa humana começou a ser usada, não raras vezes, de forma arbitrária e inconsequente, servindo apenas como fórmula retórica para justificar preferências subjetivas e ideológicas do intérprete/aplicador. O uso arbitrário e inconsequente é proporcionado pelo conteúdo vago, ambíguo, fluido, ambivalente e indeterminado do princípio da dignidade humana, o que dificulta uma adequada justificação filosófica.

Oportuno lembrar as observações (pessimistas) feitas por Friedrich August von Hayek em relação à indeterminação da expressão “justiça social”, as quais são pertinentes, ao menos no nível da prática judicial, ao princípio da dignidade humana. Disse o economista austríaco (1985, p. XI e XII):

A questão que eu mais desejava demonstrar era que as pessoas nunca poderiam chegar a um acordo quanto às exigências da “justiça social”.

(...)

Nas minhas primeiras tentativas de criticar o conceito tive o tempo todo a sensação de que me estava debatendo num vazio e, por fim, procurei, coisa que em tais casos se deve fazer antes de mais nada, elaborar a melhor defesa do ideal de “justiça social” de que fosse capaz. Foi somente então que me dei conta de que o rei estava nu, isto é, de que a expressão “justiça social” era inteiramente vazia e desprovida de significado. Como o garoto da história de Hans Christian Andersen, eu “não conseguia ver coisa alguma porque não havia nada para ser visto”. Quanto mais me esforçava para conferir-lhe um significado preciso, mais ela se desintegrava – o sentimento intuitivo de indignação que inegavelmente experimentamos muitas vezes em circunstâncias específicas mostrou-se irredutível a uma justificação por uma norma geral, tal como o exige a concepção de justiça. Mas demonstrar que uma expressão de uso universal, que para muitas pessoas encarna uma fé quase religiosa, não tem conteúdo algum e serve apenas para insinuar que devemos consentir nas exigências deste ou daquele grupo é muito mais difícil do que mostrar que uma concepção é errônea.

(...)

Em tais circunstâncias, (...) era necessário explicar que a expressão não significa coisa alguma e que emprega-la é ou uma irreflexão ou uma fraude. Não é agradável ter de argumentar contra uma superstição sustentada com o maior entusiasmo por homens e mulheres frequentemente considerados a nata de nossa sociedade, contra uma crença que se tornou quase uma nova religião de nosso tempo (e na qual ministros das religiões tradicionais encontram refúgio) e que passou a ser marca registrada do homem bom. Mas a atual universalidade dessa crença não prova a realidade de seu objeto mais do que o fazia a crença universal em bruxas ou na pedra filosofal. (...). Senti meu dever pelo menos tentar libertá-los desse pesadelo que atualmente transforma sentimentos delicados em instrumentos de destruição de todos os valores de uma civilização livre (...).

Por inexistir previsão expressa à dignidade da pessoa humana no texto constitucional norte-americano e fiel à sua filosofia de interpretação, o *Justice* Antonin Scalia, segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 44/56), também rejeita a legitimidade do uso da dignidade humana como conceito jurídico, porque “ela não é mencionada no texto da Constituição dos Estados Unidos”. Ademais, afirma Scalia que a dignidade possui conteúdo vazio, sendo invariavelmente um apelo retórico para brandir uma “coleção de adjetivos que simplesmente ornamentam um juízo de valor e camuflam um julgamento político”.

Sem uma maior preocupação ou justificação teórica, é comum aplicar, no âmbito jurisprudencial, o princípio da dignidade humana para as mais diversas e inusitadas situações, transformando-o em mero apelo emocional para conquistar o auditório. Como já ressaltou o Ministro Dias Toffoli, há certo

(...) abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas (...), transformando a conspícua dignidade humana, (...) em verdadeira panaceia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá (...). Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma (STF, RE n. 363.889/DF).

A corroborar a mencionada banalização, verifica-se que as mais altas instâncias do Poder Judiciário do país já tiveram oportunidade de aplicar o princípio da dignidade humana para fins de: a) inconstitucionalidade da transformação de taxistas autônomos em permissionários (STF, RE 359.444); e, b) inconstitucionalidade da “briga de galo” (STF, ADI n. 1856/RJ); c) incorporação de gratificação por cargo de confiança exercido por vários anos (TST, RR n. 392441-61.1997.5.06.5555); d) condensação dos princípios da hierarquia e disciplina militares (STM, Processo n. 2009.01.051387-6); e) resolução de casos envolvendo adoção e disputa de guarda de menor (STJ, RESP 1.068.483/RO e CC 108.442/SC); e, f) impossibilidade de extinção, por acordo coletivo, de horário de pausa para alimentação e descanso do trabalhador (TST, RR n. 452564-72.1998.5.03.5555).

Em que pese as premissas e dificuldades teóricas já expostas, seria lamentável, como ensina Ronald Dworkin (2011, p. 204), “abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação”.

A dignidade há de ser vista, portanto, como princípio originário do qual nascem todos os direitos humanos fundamentais (vida, liberdade, honra, propriedade, ambiente ecologicamente equilibrado etc), estes, sim, de conteúdos menos imprecisos e indeterminados, que servem para delimitar as pretensões de cada parte nas relações jurídicas existentes no interior da sociedade.

Como já asseverou a Corte Constitucional da Alemanha, citado por Luís Roberto Barroso (2013, p. 21), “a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado”.

Os direitos fundamentais em espécie, em outras palavras, são normas subordinadas ao princípio da dignidade humana. A dignidade os pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais). Não se pode imaginar o direito à vida ou à liberdade sem antes pressupor que o indivíduo possui certa dignidade inviolável. Qualquer motivação para suprimir a vida de alguém, por exemplo, parte do pressuposto de que a mesma não detém dignidade, sendo pura animalidade ou coisificação.

O Tribunal Constitucional alemão afirma que o princípio da dignidade humana é o ponto de partida de outros direitos fundamentais, reforçando o vínculo com estes. Mas a Corte Constitucional germânica “maneja o art. 1º, I (...), sem invocar a dignidade humana de modo inflacionário, evitando sua desvalorização. Ela não é utilizada em argumentação de forma panfletária”, conforme ensina Peter Haberle (2009, p. 57).

Essas breves considerações já são suficientes para justificar uma redução no uso inflacionário do princípio da dignidade humana na prática judicial nacional. Porém, como se não bastasse a “trivialização” do argumento atinente à dignidade na jurisprudência, é possível encontrar essa mesma desvalorização em diversos documentos normativos, por exemplo, a previsão da dignidade humana como: a) princípio da política agrícola e fundiária na Constituição da Bahia; b) princípio da pesquisa tecnológica na Constituição do Rio Grande do Sul; c) princípio do planejamento urbano na Constituição do Ceará; d) princípio para manutenção de casas-albergues para idosos, mendigos, crianças e adolescentes abandonados na Constituição do Rio Grande do Sul (MENDES, 2013, p. 88).

Para evitar a banalização de relevante princípio, o intérprete necessita de delimitação conceitual para a adequada aplicação no caso concreto, para que com isso possa controlar racionalmente suas decisões.

### **6.2.1.1 Definição conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana**

Desde a antiguidade clássica ocorriam lutas entre indivíduos, a fim de assegurar o gozo de alguns direitos fundamentais básicos, entre eles a vida e a liberdade. A proteção de tais direitos, no plano filosófico, remonta ao estoicismo (Grécia), com o nascimento (ainda prematuro) da ideia de dignidade da pessoa humana. No plano religioso, remonta ao judaísmo e ao cristianismo, com base

na ideia de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus. Com isso, ao homem seria assegurado alguns direitos elementares, decorrentes de “leis divinas, imutáveis e eternas”.

Posteriormente, no contexto renascentista, Giovanni Pico della Mirandola, ao explicar a ideia de superioridade do homem em relação aos outros seres, afirmou que, sendo criatura de Deus, ao indivíduo foi outorgada uma essência indefinida, para que fosse o artífice da sua própria vida, dotado de capacidade de ser e obter aquilo que desejar (SARLET, 2004, p. 30).

No século XVI, ou seja, no auge da expansão colonial espanhola, Francisco de Vitória sustentou, relativamente ao processo de exploração e escravização, que os índios do continente americano eram, por natureza, livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direito, pouco importando o fato de não serem cristãos (SARLET, 2004, p. 30).

A partir do pensamento filosófico de Immanuel Kant (1724-1804), a dignidade passa a ser vista como qualidade inerente a todo ser humano. Ela transforma o homem em um fim em si mesmo, e não em um meio para a consecução de projetos alheios (de outros indivíduos ou do próprio Estado).

Kant, ao enunciar a fórmula da humanidade, assevera: “Aja de tal modo que possa tratar a humanidade, seja em sua pessoa ou na pessoa de outro, sempre ao mesmo tempo como um fim e nunca apenas como um meio”. Para o filósofo alemão, a capacidade de adotar um fim – qualquer que seja ele – é o que caracteriza a humanidade. Portanto, é a capacidade racional (e moral) do ser humano que o habilita a escolher seus fins. Tratar uma pessoa meramente como um meio – e não como um fim – é igualá-la a uma coisa, sem propósitos próprios ou com valor simplesmente instrumental (SMITH, 2009, p. 193/195).

Resumidamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 23), existe

(...) para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. (...) O Estado somente é democrático, em sua concepção, constitucionalização e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com essas considerações, tem-se que a dignidade humana pode ser explicada, atualmente, a partir de três componentes fundamentais: a) valor intrínseco do ser humano; b) autonomia da vontade; e, c) princípios restritivos da liberdade.

#### **6.2.1.1.1 Valor intrínseco do ser humano**

O valor intrínseco do ser humano advém da sua racionalidade e sensibilidade. As coisas inanimadas possuem valores extrínsecos, ou seja, têm valor apenas se - e à medida que - os indivíduos as valorizem. Uma coisa só tem valor quando uma pessoa a considera, por exemplo, bela ou útil (valor extrínseco). Contudo, uma pessoa tem valor intrínseco devido à sua racionalidade e sensibilidade, independentemente de seu valor aos outros. Enquanto as coisas possuem preço, os indivíduos possuem dignidade.

A racionalidade a configurar a dignidade humana está intimamente relacionada com a capacidade moral do indivíduo para adotar fins para si mesmo. Logo, todo ser humano merece respeito, mesmo aqueles criminosos contumazes, vez que permanecem seres morais com a capacidade de melhorar. Além da racionalidade, a sensibilidade e o bem-estar são inerentes ao ser humano, o que faz com que o valor intrínseco da dignidade também esteja presente em recém-nascidos e pessoas com deficiência mental.

Segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 76/77),

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Corresponde ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um status especial e superior no mundo, distinto do de outras espécies. O valor intrínseco é oposto ao valor atribuído ou instrumental, porque é um valor que é bom em si mesmo e que não tem preço. A singularidade da natureza humana é uma combinação de características e traços inerentes que incluem inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar. Há uma consciência crescente, todavia, de que a posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral, incluindo os animais irracionais, que possuem a sua própria espécie de dignidade. Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem comum um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental.

Com fulcro no valor intrínseco do ser humano, a Corte Constitucional alemã deixou registrado que a pena de morte é incompatível com a dignidade humana, pois tal reprimenda nega “uma confissão (ou comprometimento) com o valor básico da vida humana (...), a qual ninguém pode perder, nem mesmo por comportamento tido por socialmente indigno” (COSTA NETO, 2014, p. 104).



Do mesmo modo, ante o valor inerente à vida, o *BVerfG* declarou ser a lei de segurança aérea incompatível com a dignidade humana. A lei, ao autorizar que o Ministro da Defesa ordenasse o abatimento de aeronaves sequestradas por terroristas dispostos a utilizá-las contra algum alvo em terra, diminuía o valor das vidas dos passageiros (inocentes) do avião. Suas vidas possuem, pois, valor intrínseco, não podendo ser comparadas ou “ponderadas” (em quantidade) com outras vidas a serem salvas em terra, sob pena de a vida se transformar em valor meramente utilitarista (COSTA NETO, 2014, p. 101).

#### **6.2.1.1.2 Autonomia da vontade**

A autonomia da vontade se manifesta com a possibilidade de autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Sob a vertente da autonomia, o princípio da dignidade da pessoa humana confere ao ser humano o direito de ser o árbitro do seu próprio destino, buscar a sua própria felicidade, tudo isso sem interferências alheias injustificadas. O homem não se torna um projeto de outrem, mas de si mesmo.

É o elemento ético da dignidade humana e fundamento do livre arbítrio dos indivíduos. A autonomia significa capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de vida boa.

Ninguém pode renunciar à sua liberdade de julgar e pensar o que bem desejar. Cada um é senhor dos seus próprios pensamentos e escolhas. A autonomia, própria do juízo moral, é obtida pelo sujeito na medida em que ele constrói respostas sobre o que deve fazer.

A confirmar a autonomia kantiana, tomemos emprestadas as palavras de Jean Paul Sartre, para quem o “homem está condenado a ser livre”. Para o existencialista francês, toda pessoa é completamente livre para decidir o que quer ser e fazer (STEVENSON; HABERMAN, 2005, p. 6).

Conforme ensina Sartre, somos radicalmente livres e nunca podemos fugir à necessidade da escolha individual, razão pela qual temos que aceitar essa condição e fazer nossas opções com máxima consciência.

Sendo livres para agir por razões morais – e não apenas a partir de desejos egoístas -, também somos responsáveis pelas nossas escolhas e ações. É com base na autonomia da vontade e, por conseguinte, na dignidade humana que se louva certos atos e se recrimina outros, recompensando-os ou punindo-os.

O mal resulta de nossa própria opção, do equivocado uso da liberdade de que somos dotados. Todos os aspectos de nossa vida, segundo Sartre, são de algum modo nossa escolha e, em

última análise, de nossa responsabilidade. A liberdade e responsabilidade do indivíduo abrange tudo o que pensa, sente e faz (STEVENSON; HABERMAN, 2005, p. 178).

Cada momento da vida requer uma escolha do indivíduo, razão pela qual sempre haverá uma “angústia” em tal escolha. A angústia não é o medo de algo externo, mas a plena consciência que a escolha a ser tomada enseja a abdicação de outras escolhas ou opções.

Em sua palestra “O existencialismo é um humanismo”, Sartre exemplificou a angústia de uma escolha no caso de um jovem francês na época da ocupação nazista. Tinha ele diante de si a escolha entre juntar-se às forças francesas na Inglaterra ou ficar em casa com a mãe, que vivia só para ele. Consultado pelo jovem, Sartre só foi capaz de dizer que ele era livre, “logo, faça uma opção!”.

A autonomia da vontade individual retrata, pois, a necessidade de a ação do sujeito não ser “heterodeterminada”. A autonomia reforça o conteúdo antipaternalista da dignidade humana, ou seja, a impossibilidade de usurpação do processo de tomada de decisão pelo indivíduo consciente e racional (COSTA NETO, 2014, p. 35)

O *BVerG*, fundamentado na autonomia da vontade, decidiu que o transexual pode alterar seus registros pessoais, após realização de cirurgia de mudança de sexo. A esfera privada e as preferências sexuais e de gênero devem ser administradas individualmente pelos próprios sujeitos interessados. A autodeterminação sexual do indivíduo afasta qualquer possibilidade de ingerência paternalista do Estado ou de outras pessoas (COSTA NETO, 2014, p. 106).

### **6.2.1.1.3 Princípios restritivos da liberdade e princípios sociais**

Luís Roberto Barroso (2013, p. 87/88) denomina de “valor comunitário” o terceiro elemento subjacente ao conceito de dignidade da pessoa humana. Ele ensina que o valor comunitário deve ser entendido como dignidade enquanto restrição ou dignidade como heteronomia. Afirma o jurista fluminense que:

Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. Contudo, como na famosa passagem de John Donne, “nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma”. A expressão “valor comunitário”, que é bastante ambígua, é usada aqui, por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: 1. Os compromissos, valores e “crenças compartilhadas” de um grupo social, e 2. As normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva (...). A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no

estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa.

De fato, cabe ao intérprete tolher interpretações excessivamente egoístas e individualistas da dignidade humana. A dignidade, independentemente da identidade social, pode ensejar certa alienação do indivíduo, pois este é, antes de tudo, um ser gregário por excelência, ou seja, vive em comunidade (e não isoladamente), dividindo responsabilidades e benefícios com seus pares. E essa comunidade se mantém por diversas razões: parentesco, vínculo de sangue, consciência de solidariedade etc.

Luís Roberto Cardoso de Oliveira, citado por Julia Maurmann Ximenes (2010, p. 119), conclui que há necessidade de se

discutir a dimensão substantiva da solidariedade, indissociável da esfera do vivido ou das representações culturais que lhe dão sentido, e constitutiva da identidade de qualquer pessoa ou cidadão. Ademais, é preciso reconhecer a dignidade do cidadão enquanto membro de uma comunidade, onde a identidade dos cidadãos tenha um mínimo de substância que lhes garanta um tratamento que não seja estritamente formal e coisificador.

Assim, a dignidade humana não representa apenas a autonomia individual contra eventuais arbitrariedades (estatais ou particulares), mas também a autodeterminação de uma comunidade com valores em comum.

Nessa linha, como lembrado por Julia Maurmann Ximenes (2010, p. 119),

o próprio significado de Constituição reflete um projeto comum, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns de determinada sociedade. Os direitos fundamentais compreendidos como liberdades positivas demandam, em essência, uma cidadania ativa, participativa no processo de deliberação pública.

Em suma, sendo um ser social, o homem, para atingir a felicidade, deve procurar não apenas o seu próprio bem, mas também a do grupo social a que pertence. Em verdade, o homem não é um indivíduo em si, isto é, ninguém possui uma personalidade autônoma, mas uma personalidade proveniente de experiências familiares, coletivas etc. Nem mesmo o nome pelo qual o indivíduo é identificado (símbolo máximo de individualização) tem plena autonomia, sendo composto pelos sobrenomes dos seus pais.

Sobre a falsa ideia de uma absoluta autonomia individual, o sociólogo Gláucio Ary Dillon Soares (2012, p. 23) afirma, em adequada síntese, que

(...) desde cedo, sem que tenhamos consciência disso, somos colocados em trilhos invisíveis que podem durar a vida inteira. Uns estão condenados a uma vida difícil e outros a uma confortável. O que somos e o que não podemos ser já foi decidido, mas não por nós. Herdamos muitos limites e oportunidades. Temos alguma

escolha, mas não podemos escolher qualquer caminho. Escolhemos dentro de limites que não escolhemos (...).

Não se desconhece que cada geração se reconhece em uma grande figura mitológica ou lendária, que reinterpreta em função dos problemas do momento. Hodiernamente, essa figura mitológica é Narciso, que, aos olhos de inúmeros pesquisadores, simboliza os tempos atuais (LIPOVETSKY, 2005, p. 31). O lema da atual geração é “amar a mim mesmo o bastante para não precisar de outra pessoa para me fazer feliz”, como diz J. Rubin (apud LIPOVETSKY, 2005, p. 36). Vivencia-se uma cultura radicalmente individualista, quase suicida. Cultua-se o desejo e a satisfação imediata do “eu”. O conhecimento de si está acima do reconhecimento.

O pós-modernismo aumenta as possibilidades individuais de escolha, o que é essencial para a dignidade humana e democracia constitucional, devendo sempre ser salvaguardada. Por outro lado, “o hedonismo tem por efeito inevitável a perda da *civitas*, o egocentrismo e a indiferença pelo bem comum, a ausência de confiança no futuro, o declínio da legitimidade das instituições (...)”, consequências nefastas para a uma necessária ligadura ou coesão social (LIPOVETSKY, 2005, p. 104).

Esclarece Lipovetsky (2005, p. 106) que

A indiferença pura e a coabitação pós-moderna dos contrários andam lado a lado: não votamos, mas fazemos questão de poder votar; não nos interessamos pelos programas políticos, mas queremos que haja partidos (...). O processo de personalização trabalha para legitimar a democracia, na medida em que ele é por toda a parte um operador de valorização da liberdade e do plural.

Contudo, na qualidade de ciência prescritiva que é o direito, não se deve perder de vista a elementar natureza social e comunitária do ser humano. Com efeito, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), em sua parte introdutória, afirma que a Constituição é um ordenamento de valores na defesa da dignidade humana, sendo sua concepção de homem, contudo, não a do indivíduo autocrático, mas a da personalidade integrada na comunidade e a esta vinculada de múltiplas formas.

Assim, a autonomia da vontade individual não pode ser absoluta. Deve ser compreendida dentro de um espaço comunitário, de valores mínimos compartilhados. Em que pese a definição de “valor comunitário” proposta por Luís Roberto Barroso, tem-se que o conceito é teoricamente insuficiente. Diz ele que os contornos da dignidade são moldados pelas relações dos indivíduos com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. Mas quais são os valores ou princípios comunitários a justificar uma limitação da autonomia individual? Como são moldadas ou a partir de que princípios são moldados os comportamentos dos indivíduos para com os outros? Barroso traz à

tona, corretamente, porém sem maiores aprofundamentos, os princípios do dano (John Stuart Mill) e da ofensa (Feinberg). Em verdade, deve-se indagar, em última análise, quais são os princípios restritivos da liberdade individual, bem como aqueles condizentes com uma convivência harmônica em sociedade? É o que a seguir procurar-se-á demonstrar, aprofundando a descrição teórica dos princípios do dano e da ofensa, além de acrescentar outros à temática.

#### **6.2.1.1.3.1 Princípio do dano ao outro**

O princípio do dano ao outro, segundo Joel Feinberg, consiste em evitar prejuízo aos direitos de outrem ou, então, punir o sujeito causador do dano. Deve-se punir em razão do dano causado ou prevenir a exposição dos outros a algum dano. A lei visa a coibir e evitar danos (graves) aos outros, como, por exemplo, homicídio, estupro, lesão corporal, furto, roubo, calúnia etc. Ao contrário do que pensava John Stuart Mill, o princípio do dano ao outro não é o único propósito para o qual o poder pode ser exercido adequadamente sobre a vontade do indivíduo. Evitar o dano ao outro ou punir o sujeito que o pratica é o primeiro, mas não o único, propósito da lei (SMITH, 2009, p. 92).

E nem todos os danos ao outro são ilegais. Portanto, não merecem ser proibidos ou reparados. Sendo os danos legais ou moralmente justificados, não há de falar em princípio restritivo da liberdade (p.ex, legítima defesa, lesão corporal decorrente de consentimento voluntário em hipótese de cirurgia etc).

#### **6.2.1.1.3.2 Princípio do dano (involuntário) a si mesmo**

Assevera Luís Roberto Barroso (2013, p. 96/97) que

O dano a si mesmo pode também constituir uma base aceitável para a limitação da autonomia pessoal, como anteriormente mencionado, mas nesse caso o ônus de comprovar a sua legitimidade vai usualmente recair sobre o Estado, uma vez que o paternalismo deve normalmente levantar suspeitas.

De fato, o paternalismo jurídico trata o indivíduo adulto como um ser racionalmente incapaz. Ofende, pois, a sua autonomia e autodeterminação para guiar o seu projeto de vida conforme a sua própria concepção de bem ou de “vida boa”. Enquadram-se, segundo alguns autores, como leis paternalistas aquelas que obrigam o uso de cinto de segurança e capacete; que vedam o uso de certas drogas; que proíbem a eutanásia voluntária, a prostituição e os jogos de azar (SMITH,

2009, p. 96/97). John Stuart Mill, citado por Paul Smith (2009, p. 98), já dizia que “sobre si, seu corpo e mente, o indivíduo é soberano”.

Como a própria nomenclatura já dispõe, o paternalismo se justifica para a proteção de crianças, ou seja, sujeitos de direito com discernimento e autodeterminação incompletos. Da mesma forma, protege adultos com doenças graves ou incapazes, pois estes não possuem capacidade de julgar, com plena consciência, seus interesses em jogo. Porém, como justificar o paternalismo jurídico em face do adulto capaz, que deseja correr riscos voluntariamente e, conseqüentemente, provocar danos a si mesmo.

Com efeito, deve-se distinguir o paternalismo “forte” do “fraco”. Aquele é o paternalismo propriamente dito, onde se busca a prevenção do dano voluntário a si. Já o “paternalismo fraco” é a prevenção do dano involuntário a si. Este, em verdade, não é um paternalismo, esclarece Feinberg, porque não impede alguém de fazer o que quiser; ao contrário, impede-o de fazer o que não quer e por isso não viola sua autonomia da vontade (SMITH, 2009, p. 100).

Para o paternalismo fraco ou “não-paternalismo”, segundo Feinberg (apud SMITH, 2009, p. 100), o Estado “tem o direito de impedir a conduta prejudicial a si apenas quando ela for involuntária, ou quando for necessária uma intervenção temporária para estabelecer se ela é voluntária ou não”, ou quando se presume que ela não seja voluntária.

Assim sendo, o adulto pode escolher soberanamente uma vida não saudável, como, por exemplo, o consumo diário e excessivo de cigarros. A decisão voluntária do sujeito, porém, exige que ele, para decidir conscientemente, seja corretamente informado dos males da intoxicação. Logo, a venda e compra de cigarros para adultos são permitidas, desde que veiculadas as devidas advertências. Os adultos capazes, portanto, devem ser alertados dos malefícios do cigarro, mas não impedidos de enfrenta-los.

O “paternalismo fraco” não propõe a vedação e punição do dano involuntário a si. Na verdade, ao impedir um dano ou perigo involuntário, trata-se de um princípio protetor da liberdade.

E quando o adulto capaz, bem informado e de maneira voluntária consente em ser escravizado, ferido ou morto? A lei deve proibir o dano voluntário a si?

Tomando por empréstimo os ensinamentos de Feinberg, Paul Smith (2009, p. 102/103) esclarece que

O direito dos adultos à soberania pessoal implica o direito a perder voluntariamente a vida, os membros ou a liberdade. Tratando-se de um adulto capaz, informado e não obrigado a consentir, não há mal nisso. Portanto, em princípio, deve-se permitir que adultos consentam com a própria morte, mutilação ou escravidão. Porém, a proporção de voluntariedade necessária para a aceitabilidade varia de acordo com a gravidade do dano, sua probabilidade e

irrevogabilidade. A escravidão, a mutilação e a morte são gravemente prejudiciais e irrevogáveis. Então, o padrão de voluntariedade exigido deve ser bem alto. A aparente voluntariedade da morte, da mutilação ou da escravidão não seria certa o suficiente, de modo que é mais seguro presumir que sejam involuntárias para evitar o risco da escravidão, mutilação ou morte. Em particular, o desejo de ser morto (...) sugere uma racionalidade fraca e, portanto, uma voluntariedade insuficiente para a permissão.

Portanto, nessas hipóteses, pode-se presumir a natureza presumidamente involuntária do consentimento, tendo em vista a gravidade e irrevogabilidade do dano.

### 6.2.1.1.3.3 Princípio da ofensa

O princípio da ofensa, para Feinberg, busca ser um meio eficaz de evitar ofensas graves. A conduta não é moralmente errada em si, mas eventual imposição de uma experiência sobre vítimas a contragosto é errado e deve ser vedada. São exemplos: atividade sexual, defecação ou nudez em público; demonstração pública de pornografia; demonstração pública de insígnias nazistas ou racistas; profanação pública de um símbolo religioso. Há, nessa hipótese, uma tênue linha a separar a liberdade e a prevenção da ofensa.

A liberdade, especificamente a de expressão, deve ser sopesada com tais ofensas, a saber: se a nudez em público for praticada em um espetáculo teatral? E do mesmo modo a demonstração pública de pornografia e a demonstração de insígnias nazistas?

Segundo Feinberg, citado por Paul Smith (2009, p. 95/96), na aplicação do princípio da ofensa, os legisladores e juízes devem pesar a gravidade da ofensa contra a sua aceitabilidade. Determina-se a gravidade por quatro fatores:

Primeiro, a intensidade e a duração: ofensas intensas e prolongadas são melhores candidatas à proibição do que as triviais ou passageiras. Segundo, a gravidade da ofensa depende de sua capacidade de difusão (...). A ofensa não precisa ser tão difundida a ponto de ser universal em uma sociedade, como acreditava Feinberg. O padrão da universalidade não protegeria certos grupos raciais, étnicos ou religiosos de insultos ofensivos. Terceiro, a gravidade de uma conduta ou material ofensivo depende do quanto são evitáveis. A conduta ou exibição de material ofensivo em lugares públicos não é facilmente evitável, então pode ser proibida nesses lugares e restrita a lugares privados ou determinados. Aqueles que se ofenderiam com nudez, sexo, prostituição ou pornografia podem então evitar facilmente esses lugares. As pessoas que se ofenderiam por isso podem evitar facilmente certos livros, revistas, filmes, programas e sites, cujo potencial de ofensa (por conterem nudez ou sexo, ou por questionarem, desafiarem ou escarnecerem de crenças religiosas) não seria então um bom motivo para a censura. Quarto, caso alguém se exponha à ofensa voluntariamente (defensores da censura às vezes veem deliberadamente o material que os ofende), então isso não é uma ofensa injusta, pois o ofendido consentiu com ela.

Como dito, o princípio limitador da ofensa, não raras vezes, entra em tensão com a liberdade (de expressão), fruto da autonomia da vontade. Sendo essencial para a democracia e para a própria dignidade humana, deve ser dada uma presunção de prioridade axiológica à autonomia (liberdade). Nesse aspecto, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana é rica e esclarecedora, já que a liberdade de expressão consiste justamente na liberdade para ideias que odiamos – e não somente para ideias com as quais concordamos.

A liberdade de expressão, assim como a de imprensa, é essencial ao sucesso de uma democracia plural. O juiz federal de primeira instância de Nova York Learned Hand chegou a afirmar que o compromisso constitucional dos Estados Unidos da América dependia da “livre expressão da opinião como fonte suprema de autoridade” (LEWIS, 2011, p. 47).

No caso *Whitney vs California* (1927), o *Justice Brandeis* redigiu um voto, acompanhado pelo *Justice Holmes*, que alguns consideram a melhor manifestação judicial da causa da liberdade de expressão. Ele dizia, basicamente, que (LEWIS, 2011, p.52/53):

Aqueles que conquistaram nossa independência (...) acreditavam que a liberdade era o segredo da felicidade e que a coragem era o segredo da liberdade. Acreditavam que as liberdades de pensar como se quiser e de falar o que se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e a disseminação da verdade política; que sem as liberdades de expressão e de reunião a discussão seria fútil; que com elas a discussão geralmente fornece proteção adequada contra a disseminação de doutrinas perniciosas; que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político; e que esse deve ser um princípio fundamental do governo americano. Eles reconheciam os riscos a que todas as instituições humanas estão sujeitas. Mas sabiam que a ordem não pode ser garantida meramente pelo medo da punição por infringi-la; que é arriscado desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera a repressão; que a repressão gera o ódio; que o ódio ameaça a estabilidade do governo (...) Acreditando no poder da razão aplicado por meio da discussão pública, eles evitaram o silêncio coagido por lei – o argumento da força em sua pior forma. Reconhecendo as tiranias ocasionais das maiorias governantes, eles emendaram a Constituição para que as liberdades de expressão e de reunião fossem garantidas.

O simples medo de danos sérios não pode justificar a repressão da liberdade de expressão e de reunião. Muitos temiam bruxas e queimaram mulheres (...).

Em conformidade com as terminologias empregadas na presente dissertação, interpreta-se a expressão “simples medo de danos sérios”, ao final da transcrição acima, como sendo “simples medo de ofensas sérias”.

#### **6.2.1.1.3.4 Bens públicos**



Outra forma de restringir a liberdade individual é a coerção do Estado quando da prática da tributação, visando a suprir bens públicos, total ou parcialmente. São exemplos de bens públicos: exército nacional, polícia, tribunais, prisões etc. Os bens públicos beneficiam todos. Mas a única maneira de se obter esse fornecimento do Estado é permitir a contribuição compulsória através dos impostos daqueles membros da comunidade mais abastados. Como ensina Paul Smith (2009, p. 109),

A obrigatoriedade possibilita ao público conseguir o bem público que quiser, mas que não possa obter por outros meios. O suprimento estatal de bens públicos, ao mesmo tempo em que limita a liberdade dos contribuintes de gastar seu dinheiro como quiserem, aumenta a liberdade dos cidadãos de terem esses bens.

#### **6.2.1.1.3.5 Justiça social**

Em que pese as dificuldades teóricas de definição da ideia de justiça social, conforme já apresentadas no início deste artigo, tomar-se-á como parâmetro a sistemática e influente concepção delineada por John Rawls.

Partindo de um “consenso sobreposto”, Rawls defende que a comunidade deve buscar melhorar a vida de grupos menos favorecidos, o que justifica a imposição de leis sobre salários mínimos, higiene, saúde e segurança no trabalho (princípio social). A justiça social justificaria uma igualdade política entre os cidadãos, sendo que os ricos não podem comprar influência política. A igualdade exige acesso universal à educação, saúde, previdência social etc (SMITH, 2009, p. 109/110).

Com essas considerações, foi possível delimitar um conteúdo mínimo ao princípio da dignidade da pessoa humana, parâmetro a ser utilizado na fixação de pesos abstratos aos demais direitos fundamentais em espécie.

#### **6.2.2 Democracia constitucional**

Outro paradigma a ser utilizado como linguagem comparativa entre os direitos fundamentais é a democracia constitucional, forma de governo amplamente aceita e difundida na cultura ocidental e também em considerável extensão do oriente.

A teoria democrática tradicional afirma que a legitimidade do poder reside na vontade pré-definida do indivíduo e organizada pela regra da maioria, vez que a possibilidade da unanimidade seria um voo imaginário em tempos de sociedades abertas, plurais e complexas.

Por sua vez, a moderna teoria democrática é de cunho deliberativo, ou seja, a tomada de decisão deve ser sustentada por meio da deliberação de indivíduos em fóruns de debate e negociação. É o “governo por meio do debate” (expressão utilizada originariamente por Walter Bagehot), onde os cidadãos deliberam e trocam opiniões sobre os respectivos argumentos num exercício da razão discursiva (SEN, 2011, p. 358).

Para que isso aconteça, torna-se imprescindível o pleno acesso e a ampla circulação da informação de interesse coletivo, possibilitando, assim, a intensa participação política, a interação pública e o diálogo sincero. A vontade do indivíduo não é pré-definida, mas formada a partir de um processo de comunicação em espaços públicos formais e informais.

A deliberação é, portanto, um procedimento de tomada de decisão fundamentada numa discussão pública, na qual prevalecem os critérios de racionalidade e imparcialidade (OVEJERO, 2008, p. 163). As pessoas diretamente afetadas pelas decisões participam do processo deliberativo.

Vê-se, então, que o princípio democrático encontra fundamento (prático e político) na regra majoritária. No processo de tomada de decisão coletiva, decisiva e vinculativa, a regra majoritária confere concretude à ideia de liberdade, isto é, cada participante é livre para formular e decidir os seus próprios conceitos de justiça. Também confere concretude à ideia de igualdade, ao asseverar que nenhuma pessoa é superior a outra, possuindo a posição de cada participante o mesmo valor intrínseco em relação ao outro participante. Pela regra majoritária, “*todos devem valer como um e ninguém mais que um*” (Bentham), conforme ensina Robert Dahl (2012, p. 132).

No mundo contemporâneo, a aprovação à ideia de democracia é praticamente inegociável (SHAPIRO, 2006, p. 245). O princípio fundamental da democracia é de que o povo sabe se autogovernar, sendo que o debate (livre) assegura às pessoas a possibilidade de formarem suas opiniões de maneira adequada.

Locke e Rousseau recomendaram a unanimidade no instante do contrato original que forma o Estado, mas, daí em diante, a prevalência da maioria (DAHL, 2012, 211).

Segundo do domínio da maioria, todos os votos possuem idênticos pesos e são igualmente contados. O resultado obtido após a contagem, observada a regra da maioria, maximiza, ainda, o número de pessoas que podem exercer a autodeterminação nas decisões coletivas, isto é, maximiza a liberdade individual e a racionalidade da maioria dos participantes, que, no âmbito coletivo, viverão sob normas que escolheram para si próprios (DAHL, 2012, p. 213/216).

Porém, na atualidade, a democracia constitucional é a síntese entre democracia (governo da maioria) e constitucionalismo (*rule of law*). A tensão entre ambos reside no fato de que a vontade majoritária pode ser impedida de deliberar diante de determinados conteúdos e valores substanciais ou processuais previstos na Constituição (direitos fundamentais).

A proteção da minoria é alcançada com liberdades fundamentais, decorrentes do valor primordial da dignidade da pessoa humana. Assim, no Estado democrático de direito, a democracia (regra da maioria com participantes em condições livres e iguais de exposição, discussão e argumentação) sempre permanecerá em contínua tensão (e conciliação) com o constitucionalismo.

Com efeito, a regra majoritária não significa “tirania da maioria” em face da minoria. A democracia, dentro do Estado de direito contemporâneo, é limitada pelo constitucionalismo. Vale dizer, a regra majoritária somente deve ser aplicada em assuntos que estejam abertos à deliberação política, ou seja, assuntos disponíveis ao legítimo jogo de poderes. Direitos primários ou básicos da minoria (direitos fundamentais) não estão suscetíveis de apreciação no debate político ordinário, por opção de uma decisão política de envergadura hierarquicamente superior (Constituição).

O debate democrático busca a realização progressiva de valores essenciais da convivência humana em sociedade. Ao atingir tais valores, através de um consenso mínimo, são criados os direitos fundamentais do indivíduo. E tais direitos são colocados, a partir daí, à margem de qualquer decisão majoritária momentânea e ocasional.

Em outras palavras, a Constituição possui duas funções principais: a) veicular consensos mínimos e essenciais para a dignidade da pessoa e para a harmônica convivência social, que não podem ser reduzidos por majorias políticas ocasionais; b) garantir o espaço próprio do pluralismo político, consistente nas deliberações e decisões coletivas que não podem ser subtraídas dos órgãos de legítima representação popular.

Essa constante tensão entre democracia e constitucionalismo encontra seu ápice no controle de constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, na legitimidade da jurisdição constitucional. Institui-se uma Corte Constitucional com finalidade essencialmente contramajoritária, quer dizer, com o intuito de suspender ou eliminar atos normativos editados pelo Poder Legislativo (órgão de representação da vontade majoritária), se contrários a regras e princípios constitucionais.

Apenas a título de ilustração, cabe ressaltar que mesmo a função contramajoritária da Corte Constitucional é exercida através da regra majoritária, porquanto a decisão do colegiado sobre a aplicação de determinado direito fundamental é obtida pelo voto da maioria dos magistrados integrante do tribunal. Assim, mesmo a observância do constitucionalismo em face da vontade majoritária é, em sua essência, uma deliberação a ser decidida pela regra majoritária.

A aceitabilidade social da democracia, através da regra majoritária, dá-se em razão de conferir maior probabilidade na geração de decisões substancialmente corretas, desde que suscetíveis, por óbvio, à deliberação política. Aristóteles, lembra Robert A. Dahl (2012, p. 221), acreditava que os juízos combinados de várias pessoas diferentes tendem a ser mais sábios e menos

sujeitos a graves erros que os juízos de uma ou poucas pessoas. Há quem defenda, ainda, que a produção democrática de decisões é intrinsecamente boa. Como assevera Hurd (2003, p. 318),

Embora possa falhar na consecução de resultados que se harmonizem com o equilíbrio de razões para a ação (ausentes as razões proporcionadas pelo bem intrínseco da própria democracia), estabelece, a despeito disso, certos valores que outros procedimentos de produção de decisões não conseguem estabelecer.

A aceitabilidade social do constitucionalismo, por outro lado, impõe o dever de afastar da deliberação política democrática alguns valores indisponíveis (direitos fundamentais), com vistas a garantir a existência da minoria e a possibilidade de se tornar, futuramente, maioria. Porém, a matéria suscetível de apreciação, uma vez colocada em deliberação, deve obedecer a regra majoritária, sob pena de ofensa ao princípio democrático.

## 7 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 7.1 Evolução histórica

É de suma importância, desde logo, buscar a adequada compreensão da evolução histórica dos direitos fundamentais, conforme a perspectiva política e ideológica de cada tempo.

Desde a antiguidade clássica ocorriam lutas entre os indivíduos a fim de assegurar o usufruto de alguns direitos fundamentais básicos, entre eles a liberdade. A tutela dos direitos fundamentais, no plano filosófico, remonta ao estoicismo, na Grécia, assim como ao judaísmo e cristianismo, no plano religioso, segundo os quais o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus.

Contudo, é a partir de 1215, na Inglaterra, com a edição da *Magna Carta Libertatum*, que são garantidos certos direitos fundamentais. Posteriormente, surgiu a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689. Nos Estados Unidos da América, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776.

No sistema jurídico do *civil law*, após a ruína do absolutismo monárquico na Europa, ocupa a burguesia o centro do poder político e econômico, já nos fins do século XVIII. Com base nos ideais iluministas, surge o Estado liberal, com o propósito de assegurar a liberdade individual, não devendo o Poder Público se intrometer na vida privada das pessoas. À exceção daquelas funções eminentemente estatais (defesa da soberania, justiça e diplomacia), todo o resto deveria se submeter à iniciativa privada, corolário do princípio maior da autonomia da vontade (GERA, 2004, p. 55).

Nesta fase, buscava-se a liberdade pública, ou seja, a defesa do indivíduo contra os abusos cometidos pelo Estado. No pensamento liberal então vigente, o Estado era o monstro que atemorizava o indivíduo, enquanto ser singular e auto-suficiente. Emanavam do Estado as mais graves ameaças à liberdade do indivíduo, resquícios do poder absoluto das monarquias.

O Estado-Leviatã deveria se abster (*non facere*) em intervir na esfera dos seus súditos, deixando tudo, ou quase tudo, a cargo da livre manifestação de vontade dos indivíduos. O interesse público seria obtido através do simples somatório dos interesses individuais realizados.

Com a Declaração de Virgínia, nos Estados Unidos da América, e, principalmente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, surgem, de modo incontroverso, os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração). São os direitos civis e políticos, que tutelam, sobretudo, a liberdade e a propriedade.

Numa segunda fase, já no século XIX, ocorre a chamada Revolução Industrial, donde emerge uma nova classe social: o proletariado. Com a exploração demasiada de mão-de-obra infantil e a jornada penosa de trabalho, que chegava a 14 (catorze) horas por dia, questiona-se as condições desumanas vividas no ambiente de trabalho e, por via de consequência, critica-se a lógica perversa do capitalismo selvagem. A classe operária inicia movimentos grevistas, objetivando, em última análise, a conquista de direitos sociais.

Diante da realidade, o Estado sai de sua postura inerte, de mero espectador, que o caracterizou na fase anterior (*laissez-faire*), e começa a atuar concretamente no cenário econômico, alargando sobremaneira suas atribuições, até então de pouco relevo. É afastada, portanto, a neutralidade estatal perante a dinâmica social. Surgem aí os direitos sociais, econômicos e culturais, configurando os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (BONAVIDES, 1996, p. 183/187).

Tutela-se o direito de associação, de greve, de lazer, de limitação da jornada de trabalho, de remuneração não inferior ao salário mínimo etc. Em suma, houve a proteção jurídica da igualdade material – e não apenas da igualdade formal, preconizada pela primeira dimensão dos direitos fundamentais –, com a atuação positiva e concreta do Estado para corrigir as desigualdades injustificadas existentes entre os particulares. Na nova ordem constitucionalista, o reconhecimento desses direitos fundamentais aparece nos textos da Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

A partir do fim do século XX, segue-se a terceira dimensão dos direitos fundamentais, representados pelo respeito mundial à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade. São também conhecidos por direitos de fraternidade ou de solidariedade, eis que visam tutelar o gênero humano.

Tais direitos foram proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Assembleia Geral da ONU e na Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972, entre outros documentos de relevância histórica.

A respeito da terceira dimensão, eis lição de Paulo Bonavides (2000, p. 525):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro como destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua firmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Sendo assim, o homem é considerado não mais na sua individualidade ou na condição de membro de uma coletividade social ou, ainda, na qualidade de integrante de uma comunidade

politicamente organizada (Estado), mas, sim, na condição de sujeito de direitos perante a ordem jurídica internacional.

Conquanto haja controvérsia doutrinária, algumas vezes identificam, atualmente, uma quarta dimensão de direitos fundamentais, caracterizada pela globalização dos direitos fundamentais, consistente na universalização no plano institucional do Estado Social.

Por fim, oportuno asseverar que, mesmo diante do reconhecimento de um catálogo cada vez mais extenso de direitos fundamentais, o verdadeiro desafio do século XXI adstringe-se à real capacidade de o Estado e a sociedade concretizarem tais direitos. Nos dizeres de Norberto Bobbio (1992, p. 24), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los”. Assim, os direitos fundamentais são frutos de uma conquista do homem, conquista ainda em processo, na medida em que, para se tornar efetiva, necessita de múltiplos instrumentos de salvaguarda.

Do mesmo modo, afirma Robert Alexy, diante da realidade alemã, que os direitos fundamentais necessitam de concretização jurisprudencial, pois não se pode coligir a sua representação a partir do sucinto texto da Lei Fundamental, mas, sim, a partir das dezenas de volumes de Sentenças do Tribunal Constitucional Federal, registradas desde o dia 07 de setembro de 1951.

## 7.2 Natureza jurídica

Os direitos fundamentais, essenciais para a ideia de Estado Constitucional, constituem a principal garantia com que contam os indivíduos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político se orientarão no respeito e promoção da dignidade humana (PÉREZ LUÑO, 2011, p. 16).

Tais direitos se apresentam na normativa constitucional, continua Antonio E. Pérez Luño (2011, p. 16), como um conjunto de valores objetivos básicos (a doutrina alemã os qualifica de *Grundwert*), bem como um marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.

Sobre a ideia de “valores objetivos básicos”, os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, obtido a partir das relações de tensão e dos esforços de cooperação em relação a metas comuns. São os pressupostos do consenso (e da abertura ao dissenso, acrescento) sobre os quais se deve edificar qualquer sociedade democrática (PÉREZ LUÑO, 2011, p. 17). Continua Pérez Luño (2011, p. 131/133):

La fundamentación iusnaturalista crítica permite conciliar las dos exigencias básicas de nuestro estatuto constitucional de los derechos fundamentales:

a) De un lado, la de que nuestros derechos fundamentales constituyen un sistema de valores objetivos dotados de una unidad de sentido y que representan la suprema expresión del orden axiológico de nuestra sociedad, así como también de la comunidad internacional a la que pertenecemos. La existencia de esa unidad de sentido es la que explica la razón de ser de la solemne afirmación constitucional de la dignidad de la persona, en el propio quicio del Título. Una unidad de sentido de que los derechos y libertades constitucionales sean interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, en materia de derechos fundamentales. Unidad que se refleja también en el reconocimiento constitucional de un contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que supone aceptar que éstos poseen un núcleo previo cuya objetividad deberá respetar el propio legislador.

b) Pero, junto a esa unidad básica, nuestro orden axiológico constitucional responde a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, consagrado también en nuestra Ley de leyes como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro estatuto de derechos y libertades se halla, de este modo, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, acorde con las aspiraciones sociales expresadas por las mayorías. De igual modo, el propio proceso hermenéutico constitucional actúa como un cauce abierto a las distintas exigencias y alternativas prácticas, es decir, como una instancia crítica capaz de ‘ponderar los bienes’, a fin de resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional.

Para Lorenzo Zucca (2011, p. 125), os direitos fundamentais possuem caráter híbrido, já que são normas jurídicas que encapsulam valores morais. Pertencem os direitos fundamentais, portanto, ao âmbito jurídico e também ao campo da moral.

Em resumo, os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, são o conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas de uma sociedade. O Tribunal Constitucional espanhol já teve oportunidade de asseverar que “os direitos fundamentais respondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que (...) deve informar todo nosso ordenamento jurídico” (apud PÉREZ LUÑO, 2011, p. 18).

No que tange à dimensão objetiva, os direitos fundamentais, além de estarem posicionados no grau mais elevado da estrutura escalonada do direito, devem se irradiar sobre todo o ordenamento. Além disso, eles veiculam objetos de maior importância, referentes à própria estrutura fundamental do Estado e da sociedade. São, ainda, de abertura extensa. São aquilo que são sobretudo através da interpretação (ALEXY, 2014, p. 127/131).

No que tange à dimensão subjetiva, os direitos fundamentais estabelecem o estatuto jurídico do cidadão, especialmente em face da onipotência do Estado. Cuida-se de um “projeto de não-governo” (ZUCCA, 2011, p. 12), onde é forjada uma esfera de soberania individual em face do



Poder Público. E os protetores dessa soberania individual são, sem dúvida, os tribunais e seus juízes.

Além das dimensões subjetiva e objetiva, os direitos fundamentais podem ser construídos sob a forma de regra ou princípio.

Sendo regras, são aplicados sem a necessidade de ponderação. As regras constitucionais fundamentais são excluídas da possibilidade de juízos de ponderação por parte dos órgãos de aplicação, uma vez que são normas jurídicas de comando definitivo e, por sua estrutura, já foram anteriormente ponderadas pelo órgão competente. Assim, a regra, por definição, é uma norma definitiva, isto é, já ponderada anteriormente. Não se pode admitir nova ponderação da regra, sob pena de lhe subtrair o caráter de definitividade e, portanto, de transformá-la em princípio. Em resumo, se houve a possibilidade da ponderação no caso da regra, torna-se evidente que esta não era um comando específico e definitivo de conduta e, por essa razão, em termos de estrutura, não era verdadeiramente uma regra.

Exemplificando, a garantia constitucional de inadmissibilidade da prova ilícita, conforme previsto no art. 5º, LVI, da CF/88, é estruturalmente uma regra constitucional de natureza fundamental, não podendo ser ponderada, por exemplo, com o princípio do interesse público na eficácia da repressão penal.

Assim decidiu o STF, como visto, nos autos do HC 79.512-9/RJ, onde restou consignado que não cabe ao tribunal realizar nova ponderação quando a própria Constituição já fez uma ponderação anterior mediante o estabelecimento de uma regra. Consoante afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, não se pode opor, em nome da proporcionalidade, a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita ao interesse público na persecução criminal. Isso porque a “Constituição mesmo que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – por valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita”.

Porém, os casos difíceis são solucionados justamente pela técnica da ponderação, que permite definir as restrições a direitos fundamentais e seus núcleos essenciais. Conceitos vagos e indeterminados como liberdade, igualdade, segurança etc geralmente entram em tensão com outros direitos fundamentais ou mesmo entre si, motivo pelo qual se faz mister recorrer a razões argumentativas para fins de restrição aos direitos. Isso leva, inevitavelmente, à técnica da ponderação para a solução da tensão, caracterizando as estruturas de tais normas fundamentais como principiológicas. Apenas excepcionalmente os direitos fundamentais são estruturados enquanto regras. Em geral, são estruturados enquanto princípios.

Por exemplo, a liberdade de religião (assim como tantas outras liberdades) não pode ser vista na condição de comando definitivo (regra), sob pena de se admitir o sacrifício com seres humanos – se assim determinada religião o exigir. Logo, torna-se imperioso recorrer a formas de restrição a direitos como liberdade, vida etc, o que leva invariavelmente a uma ponderação.

Conforme ensina Alexy (2014, p. 149),

A construção em princípios procura solucionar esse e inúmeros outros problemas da dogmática dos direitos fundamentais tratando os direitos fundamentais como princípios, ou seja, como comandos de otimização.

O significado do caráter dos princípios resulta sobretudo de sua conexão com a máxima da proporcionalidade. Essa conexão é tão estreita quanto possível. Ela consiste em uma relação de implicação mútua. A máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, segue-se logicamente da definição de princípios, e esta se segue daquela. Isso significa, então, que se os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios, a máxima da proporcionalidade vale, e que se a máxima da proporcionalidade vale na aplicação dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios. O núcleo da construção em princípios resiste nesse vínculo necessário entre direitos fundamentais e proporcionalidade.

A configuração dos direitos fundamentais como princípios foi objeto de críticas doutrinárias de Jurgen Habermas, segundo as quais isso ocasionaria o risco de desequilibrar o modelo institucional dos poderes constituídos no Estado constitucional. Para Habermas, os direitos fundamentais, enquanto princípios, dizem demasiado pouco. Os juízes, assim, obteriam um incremento considerável de poder, em detrimento do Legislativo e do Executivo. A tirania dos princípios acarretaria, sem dúvida, uma anulação ou estrangulamento do Legislativo, que perderia toda a sua margem de atuação normativa.

Desse modo, a estrutura principiológica dos direitos fundamentais poderia causar um desequilíbrio político no Estado democrático e constitucional, correndo-se o risco de a “onipresença da Constituição” ser substituída pela “onipotência dos tribunais”.

Contudo, não se pode concordar com a preocupação de Habermas, porquanto os direitos fundamentais são princípios dotados de originalidade e superioridade material, configurando os valores aceitos pela sociedade.

Com efeito, os direitos fundamentais, na qualidade de princípios, exibem intenso e expresso caráter moral, que, por sua vez, não se pode perceber nas regras. São, pois, estruturalmente, normas vagas, gerais, abstratas, indeterminadas, etc. O reconhecimento dos direitos fundamentais como princípios leva à conclusão inevitável de que, não raras vezes, eles podem entrar em rota de colisão

com outros, que podem vir a suplantá-los num determinado caso concreto, mediante aplicação da técnica de ponderação.

Ademais, o incremento de poder aos juízes – em detrimento do legislador e do administrador – deve-se a uma opção feita pela própria Constituição, que impregnou o seu texto de normas conceitualmente indeterminadas e vagas, porém de eficácia vinculante direta e imediata. Como se não bastasse, os direitos fundamentais, enquanto princípios, são o que são sobretudo através da interpretação (ALEXY, 2014, p. 130). Interpretação esta que cabe, em última análise, ao Poder Judiciário, ao resolver o conflito nos casos concretos. As críticas à estrutura principiológica dos direitos fundamentais, portanto, não deve servir para questionar a sua existência, mas apenas para que haja, por parte do juiz, uma preocupação em seguir uma metodologia rigorosa e específica na solução dos casos difíceis.

## 8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PESOS EM ABSTRATO

Enfatizar-se-á, a partir de agora, a primeira fase da chamada “lei da ponderação”. Nesta fase, há de ser apreciado o grau de não satisfação de um dos princípios fundamentais em tensão. Trata-se do “peso” do princípio, que, por seu turno, pode ser dividido em “peso abstrato” e “peso concreto”.

Especificamente quanto ao “peso abstrato”, demonstrar-se-á uma precedência axiológica relativa (portanto, não absoluta) entre direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Diante dos inúmeros direitos elencados no texto constitucional, torna-se obrigatório delimitar o tema, o qual ficará restrito à análise daqueles direitos fundamentais previstos no art. 5º, *caput*, da CF/88: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Muitos dos demais direitos fundamentais em espécie podem ser enquadrados em algum desses direitos ora mencionados, que possuem uma maior envergadura valorativa.

Após o devido desenvolvimento argumentativo, ficará demonstrada a existência de uma ordenação abstrata e flexível de valores ou preferências *prima facie*, que, obviamente, será complementada por características relacionadas ao caso concreto.

De fato, inexistente uma hierarquia normativa absoluta entre direitos fundamentais – o que não é posto em dúvida momento algum. Porém, a inexistência de hierarquia normativa não significa a inexistência de uma precedência axiológica relativa ou condicionada entre direitos fundamentais. Como efeito prático, a clareza a respeito da precedência axiológica relativa entre direitos fundamentais ensejará uma maior previsibilidade nas interpretações dos casos difíceis, permitindo, com isso, um maior controle das decisões judiciais baseadas na máxima da proporcionalidade.

### 8.1 Direito à vida

A vida, mais que um direito propriamente dito, é a condição mesma para a própria existência humana. Sendo uma condição para o homem enquanto tal, é uma condição para o Direito em si. Vale dizer, sem vida não há pessoa; sem pessoa não há direito; logo, sem vida não há direito. Sem vida não há exercício dos demais direitos.

Nesse sentido, Robert Alexy, citado por Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 13), sustenta, por exemplo, que

(...) a vida humana tem, em abstrato, um peso superior à liberdade geral de fazer ou de não fazer o que se queira. Então, a importância que tenha a proteção da vida

em uma situação determinada pode determinar-se, de uma vez, segundo o peso abstrato da vida e segundo o risco que corre no caso concreto.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 9/11) afirma, ainda, que

este direito não depende, para ser reconhecido, de um certo grau de desenvolvimento das propriedades típicas do ser humano, mas é pressuposto mesmo para que tal desenvolvimento ocorra. O direito à vida assenta-se apenas na realidade da existência de um ser humano (...) A vida é o pressuposto para todos os direitos fundamentais. É curial, portanto, que se reconheça ao direito à vida uma primazia no contexto dos demais direitos. É defensável dizer que o direito à vida não é absoluto, sob a nossa Constituição, que prevê a possibilidade, ainda que restrita, da pena de morte em caso de guerra declarada. Em outros casos, não parece que o Estado disponha do poder de ponderar vidas, sobretudo com outros direitos fundamentais, e tomar deliberações que importem o sacrifício de existências humanas.

Jan R. Sieckmann, citado por Gonet Branco (2009, p. 195), assevera que o Estado, em determinadas situações, não deve ter nenhuma prerrogativa de ponderação. Diz ele que

Por exemplo, a proteção do princípio sobre a vida e a integridade corporal não há de ser ponderada com interesses de utilizar os órgãos de pessoa viva para a salvação da vida de outras cinco pessoas, pois o sentido da proteção dos direitos fundamentais está em que o Estado não deve realizar uma tal ponderação.

Em resumo, não há respeito à dignidade da pessoa quando se menospreza a sua própria existência (BRANCO, 2011, p. 11).

Lembra Gonet Branco (2011, p. 12) que

Ganhou notoriedade o julgamento de 15 de fevereiro de 2006 da Corte Constitucional alemã, que fulminou de invalidez ato normativo que conferia poderes para o Ministro da Defesa abater avião civil, quando as circunstâncias levassem a crer que o aparelho haveria de ser usado contra a vida de outros e se a derrubada do avião fosse o único meio para rechaçar o perigo.

O ato normativo, datado de 2004 – portanto, no contexto das angústias mundiais que se seguiram ao ataque de 11 de setembro de 2001 –, foi considerado inadmissível, já que causar a deliberada morte de pessoa inocente, mesmo que para prevenir a morte de outras mais, viola o direito fundamental à vida. A Corte afirmou que a morte provocada dos passageiros civis inocentes, ‘como meio para salvar outros, (significa) trata-los como meros objetos, o que lhes nega o valor que é devido ao ser humano por si mesmo.

A Corte, portanto, não aceitou ponderar o número de vidas que seriam salvas com as vidas que seriam perdidas no avião alvejado. O princípio da dignidade humana, que reconhece à vida humana status acima de todo o valor, não se compadece de comparações, que visem a apurar, num caso concreto, se a vida humana deve ceder a outro interesse qualquer nem que seja o de outra vida humana. A Corte tampouco deixou-se abalar pela eventual curta expectativa de vida dos passageiros sequestrados. Proclamou-se que a “vida humana e a dignidade humana gozam da

mesma proteção constitucional, independentemente da duração da existência física de cada ser humano”. (...) certos direitos fundamentais não admitem ponderação com pretensões contrárias. No sentido de reconhecer que certos direitos fundamentais são insuscetíveis de ponderação e de aplicação modulada segundo o princípio da proporcionalidade, vale referir o HC 80.949 (RTJ 180/1001).

É compatível com a jurisprudência da nossa Suprema Corte, portanto, e não destoia da inteligência elaborada em outras jurisdições ou da mais atenta doutrina, afirmar que o direito à vida, pela sua própria importância e significado para o sistema constitucional, não admite ser ponderado com outras pretensões, se a alternativa dada para a solução do conflito é o sacrifício certo de uma existência humana.

(...)

Destarte, a vida seria um *prius* em relação aos demais direitos, um pressuposto sobre o qual descansam todas as possibilidades da liberdade e da dignidade humana. Já teve oportunidade de asseverar o Tribunal Constitucional espanhol que o direito à vida é “essencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985, FJ 3), razão pela qual é o primeiro do catálogo dos direitos fundamentais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também definiu o direito à vida como um pressuposto para o gozo de todos os demais direitos. Não são admissíveis interpretações ou enfoques restritivos de tal direito (MAUÉS, 2008, p. 51).

A vida, em última análise, é o primeiro bem jurídico e principal valor moral de todos os seres humanos. E nenhuma vida humana é superior ou diferente de outra. Nenhuma vale mais nem menos do que outra (DALLARI, 1998, p. 21).

Logo, não se pode concordar com a afirmativa de Joseph Raz (2004, p. 73) de que a vida humana não é de modo nenhum intrínseca e incondicionalmente valiosa. Tal assertiva atenta contra a própria ideia de dignidade.

Sobre o direito à vida, os tribunais ingleses, no caso das gêmeas siamesas Jodie e Mary, viram-se obrigados a decidir se ordenava a operação que as separaria, o que mataria Mary, ou se concordava com os pais, que se recusavam a permitir a operação, com o que as duas irmãs morreriam em poucos meses. A vida de Mary foi definida como parasitária da vida de sua irmã. A vida de uma competia contra a vida da outra. Uma devia ser sacrificada para salvar a outra. O médico sustentava que a única maneira de salvar Jodie era matando Mary. Porém, os pais rejeitavam aceitar a morte de uma para salvar a outra, baseando-se em razões religiosas. A decisão final concluiu que Mary devia ser sacrificada, com o escopo de salvar Jodie. Porém, válidas foram as palavras constantes do voto vencido do Juiz Ward (apud RAZ, 2004, p. 75), da Corte Suprema, que afirmou, com acerto, que:

Decidir no que se baseia o bem-estar de Mary é mais difícil. O juiz sentenciou, e concordo com ele, que o seu estado é deplorável e não tem esperanças de

melhora... Para mim, a principal dificuldade está na sua sentença de que, se Mary não for separada, os poucos meses de vida que lhe restam `seriam muito dolorosos, sem valor nenhum para ela´. Isso o levou a concluir que `prolongar a vida de Mary por esses poucos meses seria agravar fortemente o seu estado´.

Nesse caso, o que importa não é se esses meses que lhe restam seriam dolorosos ou não. O que importa realmente e o que é de interesse público é a avaliação de que a vida de Mary não vale nada... A doutrina da inviolabilidade da vida é tão consagrada como um princípio fundamental da lei e exige tanto respeito da lei que sou forçado a interpretar que cada vida tem um valor inerente a si mesma, por mais grave que seja a debilitação de algumas das funções do corpo. Fico satisfeito em saber que a vida de Mary, desenganada como está, ainda possui um valor e uma dignidade indelévels. No meu juízo, o douto juiz errou em sentenciar que ela não valia nada. Também estava errada a sua sentença de que prolongar a vida de Mary seria agravar fortemente o seu estado.

Equivocadamente, a Corte inglesa decidiu que “embora Mary tenha o direito à vida, ela tem pouco direito de estar viva”, e julgou que o melhor interesse das gêmeas, tomadas como uma só entidade, seria atendido pelo sacrifício do interesse de Mary ao de Jodie (RAZ, 2004, p. 75/76).

A vida é um pressuposto ontológico para vivenciar experiências, agir conforme a razão e emoção, relacionar com outras pessoas etc. Somente a vida permite as sensações do desejo e a atividade do pensamento, acarretando, com isso, situações de felicidade ou sofrimento, que, por sua vez, são inerentes à condição humana. As capacidades de agir, pensar e sentir são inseparáveis da vida. Assim, a própria existência é boa em si mesma, ainda que o seu titular possa experimentar situações contínuas e graves de sofrimento.

### **8.1.1 Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Aborto (ou interrupção da gestação) de fetos com anencefalia**

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 54, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. Restou assentado, em suma, a impossibilidade de a legislação ordinária criminalizar a interrupção da gravidez no caso de feto com anencefalia.

Como bem destacado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na referida ADPF, “tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana”.

Para o Ministro Marco Aurélio, a gestante não poderia ser coagida pelo Poder Público a carregar em seu ventre um feto que, invariavelmente, estaria fadado a nascer morto ou a viver durante exíguo tempo (COSTA NETO, 2014, p. 132). Diz ele que eventual direito à vida do “feto

anencéfalo, acaso existisse, cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde”. Admitir o contrário seria coisificar a mulher e ferir sua dignidade (COSTA NETO, 2014, p. 135).

O voto vencido do Ministro Cezar Peluso, contudo, é o que melhor resolve a controvérsia sob o ponto de vista da dignidade e vida humanas. Para o referido Ministro, a dignidade abrange a natureza humana como um todo, sem que se possa fazer qualquer distinção arbitrária. Deve ser protegida a autonomia do nascituro, assim como resta salvaguardada a autonomia (ainda incompleta) das crianças ou bebês recém-nascidos. Asseverou o Ministro Peluso que “os fetos anencéfalos, a menos que já estivessem mortos, são dotados de capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe seria imanente” (apud COSTA NETO, 2014, p 137). Para ele, se o anencéfalo morre, é porque estava vivo. Ressaltando o valor intrínseco da vida humana, o voto vencido ainda aduziu que “o simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana garantir-lhe-ia, apesar da deficiência, proteção jurídica e constitucional”.

Consoante destacado por João Costa Neto (2014, p. 137/138), ao comentar o voto do Ministro Peluso,

Tanto a vida intrauterina quanto extrauterina guardam idêntico nível de dignidade constitucional, porque a dignidade humana não admite graus. Ninguém é ser humano de segunda classe.

Para o Min. Peluso, embora (...) ainda sem personalidade civil, o nascituro seria investido pelo ordenamento, portanto sujeito de direito, não coisa ou objeto de direito alheio. De fato, se, nos termos dos votos anteriores, o nascituro não possui dignidade, teria ele a natureza de coisa? Não se pode, nessa perspectiva, vislumbrar, na ínfima possibilidade de sobrevivência, na sua baixa qualidade ou na efêmera duração pressuposta, um argumento para, ignorando o valor supremo à vida humana, a qual não se poderia ser relativizada segundo critérios sempre arbitrários, aceitar o aborto de feto anencéfalo.

Com o devido respeito, os votos vencedores na ADPF n. 54 não observaram o valor intrínseco da vida humana. Como se isso não bastasse, em sociedades pluralistas contemporâneas, embora possam discordar em relação a questões religiosas e da esfera privada, os interlocutores devem conferir eficácia à autonomia, no sentido de encarar os fetos como únicos autores de sua própria história de vida. Nessa perspectiva, o aborto seria contrário à própria ideia de liberdade ou escolha. De fato, diz Jurgen Habermas que “vivenciamos nossa própria liberdade tendo como referência algo que, pela própria natureza, não está à nossa disposição”. Em outras palavras, precisamos ser capazes de imputar nossas origens “a um início que escapa ao controle humano”, um



início que surge de “algo – como Deus ou a natureza – que escapa ao controle de outro indivíduo” (HABERMAS, 2010, p. 58/59).

O autor germânico defende uma necessária e imprescindível ligação entre a contingência do início de uma vida, que não está sob nosso controle, e a liberdade de conferir uma forma ética à vida de alguém. Em suma, nossa liberdade de seres morais iguais depende de termos uma origem que esteja além da manipulação ou do controle humanos.

Assim, o voto vencido do Ministro Peluso convoca os futuros tribunais a repensar as decisões, motivo pelo qual não se pode olvidar do ensinamento do *Justice Charles Evans Hughes* apud LEWIS, 2011, p. 52), para quem “votos vencidos são um apelo ao espírito cismante da lei”.

### **8.1.2 O suicídio assistido**

O suicídio assistido é o ato pelo qual uma pessoa provoca a sua própria morte com a ajuda de terceiro (BARROSO, 2013, p. 106). Via de regra, a questão sobre o suicídio assistido envolve doentes em fase terminal, que passam por dores e sofrimentos prolongados.

Na cultura ocidental, de modo geral, prevalece a ilicitude do suicídio assistido. Conquanto os defensores de tal medida afirmem se tratar de um exercício consciente da liberdade de escolha pelo próprio titular do bem tutelado (vida), os opositores alegam que a supressão da vida de um doente em fase terminal atentaria contra a concepção do ser humano enquanto fim em si mesmo, uma vez que a decisão de privar a própria vida consistiria em coisificar a pessoa, tomando-a como um meio.

O suicídio assistido continua ilícito na maioria dos países do ocidente, sendo exceções apenas alguns poucos Estados (Bélgica, Colômbia, Holanda, Luxemburgo e Suíça). A Corte Europeia de Direitos Humanos deixou registrado, no caso *Pretty vs United Kingdom*, que não há um direito fundamental ao suicídio com assistência médica. Por maioria apertada, a Suprema Corte do Canadá reconheceu a constitucionalidade da criminalização da assistência ao suicídio, sob o argumento de que o Estado tem interesse na proteção da vida e dos vulneráveis, devendo este interesse prevalecer sobre as reivindicações de autonomia pessoal, integridade física e psíquica etc (BARROSO, 2013, p. 107).

## **8.2 Direito à liberdade**

A liberdade já teve as mais diversas definições ao longo da história. Para Montesquieu, “liberdade é o direito de fazer aquilo que a lei permite” (Do espírito das leis); para J. J. Rousseau,

“liberdade significa obediência à lei que nós nos prescrevemos” (Contrato social); segundo Benjamin Constant, liberdade é a “fruição pacífica da independência individual ou privada” (Liberdade antiga e moderna).

A filosofia moderna, por sua vez, distingue o conceito liberal do conceito democrático de liberdade. No primeiro, liberdade significa ausência de coerção e, no segundo, é sinônimo de autonomia, de poder de autodeterminação.

Sob a influência da definição de Benjamin Constant, o filósofo político Isaiah Berlin, em conferência intitulada “Dois conceitos de liberdade”, proferida em Oxford em 1958, distinguiu liberdade negativa da positiva. A liberdade negativa representaria ausência de coerção (conceito liberal de liberdade) e a liberdade positiva seria definida como um desejo de governar-se, um anseio de autonomia (conceito democrático de liberdade).

Para Berlin, são exemplos de liberdade positiva a fruição de intitamentos, a autonomia em expressar crenças etc. A liberdade positiva não representa, pois, *liberdade de*, mas *liberdade para*. Enquanto a liberdade negativa significa independência de interferências e constrangimentos ilegítimos, a liberdade positiva está relacionada à incorporação de controle (apud MERQUIOR, 1991, p. 25).

Conquanto não sejam conceitualmente idênticas, ambas as liberdades compartilham um mesmo âmbito em comum: autodeterminação. As liberdades negativa e positiva, portanto, não se opõem, mas se complementam. Sobre a diferenciação entre as liberdades, Norberto Bobbio esclarece que a liberdade negativa procura responder à seguinte questão: “Que significa ser livre para o indivíduo considerado isoladamente?”. Já a liberdade positiva, para o autor italiano, relaciona-se com a seguinte pergunta: “Que significa para o indivíduo ser livre como membro de um todo?”. (apud MERQUIOR, 1991, p. 26/27).

É através da liberdade que se concretiza o ideal de autodeterminação do indivíduo, conforme sua razão e ação moral. Constranger a liberdade de forma ilegítima é diminuir a capacidade racional e sensível do homem, violando, dessa maneira, a ideia de dignidade e ética kantiana.

Assim, a liberdade negativa deve ser entendida como liberdade de escolha. Mesmo a “não escolha” é uma escolha, razão pela qual estamos condenados à liberdade, já dizia Sartre. A liberdade de escolha implica enormes responsabilidades, pressupondo acertos e erros, uma vez que todas as consequências de um ato não podem ser previstas pelo indivíduo.

A liberdade negativa consiste na autonomia da vontade, que se manifesta com a possibilidade de autodeterminação consciente e responsável da própria vida. A concepção negativa de liberdade confere ao ser humano o direito de ser o árbitro do seu próprio destino, sem

interferências alheias injustificadas. É ele um fim em si mesmo, e não um projeto de outrem. A autonomia significa, então, a capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas ao longo da vida, baseadas na concepção individual de vida boa. Cada um é senhor dos seus pensamentos e escolhas. Há um vínculo entre consciência e liberdade, o que molda a existência humana. Não se pode concordar, portanto, com a definição de que a existência determina a consciência (Karl Marx). Ao contrário, é a consciência que determina a existência.

Em outras palavras, a ideia de liberdade negativa está intimamente relacionada com a concepção de autonomia da vontade, um dos elementos básicos integrantes da própria dignidade da pessoa humana.

Já esclarecia Espinosa (1998, p. 308) que

Ninguém pode renunciar à sua liberdade de julgar e pensar o que quiser, e se cada um é senhor dos seus próprios pensamentos por superior direito de natureza, jamais será possível, numa comunidade política, tentar sem resultados funestos que os homens, apesar de terem opiniões diferentes e até opostas, não digam nada que não esteja de acordo com aquilo que prescrevem as autoridades.

De igual modo, salientou José Ortega y Gasset (apud DIAS JÚNIOR, 2012, p. 46), em seu texto “A rebelião das massas”, que o liberalismo é

a forma suprema de generosidade: é o direito assegurado pela maioria às minorias e, portanto, o apelo mais nobre que já ressoou no planeta (...) A determinação de conviver com o inimigo e ainda, o que é mais, com um inimigo fraco. (...) O liberalismo, antes de ser questão de mais ou de menos política, é uma ideia radical sobre a vida: é crer que cada ser humano deve permanecer desimpedido para preencher seu individual e intransferível destino.

Por seu turno, a liberdade positiva deve ser entendida como a possibilidade de emancipação do indivíduo numa sociedade democrática. Há de se ter em mente que o conflito (impossibilidade de harmonização perfeita entre os arbítrios de duas pessoas) é o motor das mudanças históricas. A liberdade positiva ampliaria as oportunidades de igualdade a todos os cidadãos. É aceitável, destarte, a intervenção estatal como atividade distributiva de prerrogativas ou capacidades, desde que tal fato não signifique cerceamento das liberdades individuais.

Com a ideia de liberdade positiva, os homens livres e racionais deliberam, e o que deliberam tende a ser a vontade geral. Estão submetidos apenas a si mesmos e, por isso, são livres (conceito democrático).

Para Rawls, são liberdades básicas: a política (direito ao voto e a um cargo público), a de pensamento, consciência, expressão, associação, reunião, profissão, direito de ir e vir etc. Essas

liberdades estão relacionadas a valores morais centrais nas sociedades tidas democráticas, plurais e abertas. São direitos que todos os indivíduos, enquanto seres racionais, possuem, servindo para concretizar o ideal de autodeterminação pessoal. Constranger a liberdade de forma ilegítima seria o mesmo que diminuir a capacidade racional e sensível do homem, o que não é possível em um sistema de valores constitucionais que tem como fundamento central a dignidade da pessoa humana. A liberdade, em suma, seria a tábua de salvação contra toda tirania.

Vale destacar que a liberdade de expressão, por exemplo, é inerente à própria racionalidade humana, não podendo ninguém transferir a outro a faculdade de emitir seus próprios juízos.

Para a Corte Constitucional alemã, o direito de liberdade de expressão, enquanto “manifestação imediata da personalidade humana na sociedade, é, absolutamente, um dos direitos humanos mais nobres (...). Para uma ordem constitucional liberal-democrática, ele é constitutivo por excelência” (*BVerfGE* 7, 198, 208).

A liberdade para dizer e escrever o que se quer “é uma necessidade inescapável da democracia” (LEWIS, 2011, p. 13). A liberdade de pensamento é essencial ao sucesso de uma sociedade plural e complexa, já percebia, de há muito, o *Justice* Holmes. A imprensa livre também deve ser protegida com o fito de informar as pessoas e revelar os segredos do governo, que deve ser, via de regra, o governo do público em público (Bobbio).

Já a liberdade de reunião pacífica é um direito cognato aos de livre expressão, razão pela qual a realização de reuniões visando ação política pacífica não pode ser vedada (LEWIS, 2011, p. 135). E, como disse o juiz Roberts (LEWIS, 2011, p. 137), “a despeito da probabilidade de ocorrência de excessos e abusos, essas liberdades são, a longo prazo, essenciais para a opinião esclarecida e a conduta correta por parte dos cidadãos de uma democracia”.

A abertura ao dissenso e, portanto, ao conflito, motor das mudanças históricas, pode ser visualizada no voto do Justice Jackson (apud LEWIS, 2011, p. 139/140), que asseverou:

A unificação compulsória da opinião só alcança a unanimidade do cemitério. (...) Só podemos ter o individualismo intelectual e a rica diversidade cultural que temos ao preço de ocasionais excentricidades e atitudes anormais. Quando elas são tão inofensivas para outros ou para o Estado como aquelas com que lidamos aqui, o preço não é grande demais. Mas a liberdade de divergir não se limita a coisas que não importam muito. Isso seria uma mera sombra de liberdade. O teste de sua substância é o direito de divergir quanto a coisas que tocam o cerne da ordem existente (...).

O pluralismo implica, portanto, liberdade individual, de modo que o próprio sujeito é o único ser capaz de construir permanentemente sentidos múltiplos e provisórios de vida (LIPOVETSKY, 2005, p. 10). No mundo contemporâneo, aumenta-se a liberdade individual e,

portanto, a responsabilidade individual. Isso porque cada um se torna autor do estatuto moral ao qual adere. O objetivo é o livre desenvolvimento da personalidade íntima, motivo pelo qual se torna imperioso reconhecer as singularidades subjetivas, as aspirações e realizações do ser humano etc.

Isaiah Berlin faz uma distinção entre a liberdade e as condições de seu exercício (p.ex, renda, saúde etc). Como assevera Paul Smith (2009, p. 84/85), citando Berlin,

A pobreza, a ignorância e a falta de saúde diminuem o valor da liberdade, não ela em si. Isso quer dizer que esses fatores não devem ser considerados como limitações da liberdade. No caso de Berlin, essa restrição não expressa indiferença à pobreza, ignorância e falta de saúde ou oposição à ação governamental para combatê-las. Pelo contrário, ele diz que a liberdade `vale pouco sem as condições suficientes para o seu exercício'. Opõe-se apenas à descrição de tais condições como restrições da liberdade e à ação governamental corretiva como promotora da liberdade. Promover a educação, a saúde e a prosperidade, diz ele, é correto, mas não promove a liberdade: `a liberdade é uma coisa, as condições para ela são outra coisa (...) Tudo é o que é: liberdade é liberdade, e não igualdade, retidão ou justiça (...).

John Rawls também acredita que a pobreza e a ignorância afetam o valor das liberdades básicas dos indivíduos. Vale repetir, afetam não a liberdade em si, mas o seu valor para os indivíduos. Nas palavras de Paul Smith (2009, p. 85),

Ele (Rawls) acredita que essas coisas afetam o valor das liberdades básicas dos indivíduos. Todos podem ter os mesmos direitos por lei, mas o valor das liberdades varia com os meios da pessoa (dinheiro, conhecimento e autoridade) para atingir seus fins. A justiça social, na teoria de Rawls, exige liberdades básicas iguais para todos os cidadãos. Ela permite renda e bens desiguais e, portanto, permite o valor desigual dessas liberdades. Porém, exige que os mais pobres tenham as melhores condições de vida possíveis, o que tem o efeito (e, segundo Rawls, o objetivo) de melhorar o valor das liberdades básicas para os menos favorecidos.

Portanto, Berlin e Rawls dizem que pobreza, ignorância e falta de saúde afetam não a liberdade, mas seu valor para os indivíduos. Eles concluem que essas coisas não devem ser consideradas restrições da liberdade. O pensamento por trás disso pode ser uma distinção entre aquilo que não é permitido pelos outros (por exemplo, por lei), fazendo-se o que se poderia querer, e aquilo que não se é capaz de fazer (por causa de pobreza, ignorância ou falta de saúde). O primeiro caso, mas não o último, caracteriza a falta de liberdade (...).

Em suma, a pobreza diminui a capacidade para o seu exercício, mas não a liberdade em si mesma. Trata-se de uma limitação ao exercício da liberdade, motivo pelo qual se faz necessário analisar o valor subjacente aos direitos econômicos, sociais e culturais: a igualdade.

### **8.3 Direito à igualdade**

Alguns argumentam que o princípio da igualdade é de conteúdo vazio. Seus requisitos, afirma Peter Westen (apud HURD, 2003, p. 308), possuem menos conteúdo do que por vezes se supõe, não acrescentando nada ao que já sabemos.

Não acolhendo a perspectiva de Westen, tem-se que o princípio da igualdade possui, sim, um conteúdo teórico mínimo, a ser adequadamente desvelado pelo intérprete.

Como é cediço, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Essa concepção se refere ao aspecto meramente formal do princípio da igualdade (“igualdade perante a lei”). Cuida-se do indivíduo de forma abstrata e genérica, ignorando a realidade concreta de eventual opressão e injustiça para com os menos favorecidos. Como já bem assinalou o escritor francês Anatole France, e cuja sentença define com exatidão a igualdade formal, “a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem, e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz”.

A igualdade formal pode ser vista sob três aspectos: a) igualdade enquanto generalização, que expressa a superação de eventual privilégio outorgado a um grupo de indivíduos e a construção das normas jurídicas como dirigidas a um abstrato *homo iuridicus* (ser humano); b) igualdade processual, que supõe a existência de um mesmo procedimento para todos, de regras gerais, prévias e imparciais para resolver os conflitos; c) igualdade como equiparação, ou seja, um mesmo órgão não pode alterar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais (MARTÍNEZ, 2004, p. 182).

Porém, nem mesmo a igualdade formal era válida e aplicável a todos. Nunca assaz lembrar que o sufrágio universal (direito ao voto), típico direito civil e político, embora previsto na Constituição de 1891, exigia a alfabetização para o seu exercício. Com a imensa taxa de analfabetismo no Brasil, havia, em verdade, uma espécie de voto censitário disfarçado. Os analfabetos só ganharam, definitivamente, o direito de voto com a promulgação da EC n.º 25, de 15 de maio de 1985. Já as mulheres, após lutas e lutas de emancipação política, conseguiram o direito de voto apenas em 1932.

Com o advento do Estado social, busca-se uma maior igualdade material ou substancial entre os indivíduos, a fim de garantir condições mínimas de vida digna para todos. O foco passa do homem abstrato para o concreto, de carne e osso, que possui necessidades materiais que precisam ser atendidas.

Como exemplo dessa igualdade material, pode-se citar a política de ações afirmativas (cotas nas universidades, nas empresas, nas representações políticas etc). “Ações afirmativas” é uma

expressão adotada nos Estados Unidos da América sob a denominação de “*affirmative action*” e na Europa sob o título de “*discrimination positive*” ou “*action positive*”.

Para Flávia Piovesan (2005, p. 39), ações afirmativas são medidas concretas que viabilizam o “direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através dela transita-se da igualdade formal para a igualdade substancial”.

Reflexo das ações afirmativas, a Lei 9.504/97 fixa que 30% (trinta por cento) dos candidatos de cada partido nas eleições proporcionais sejam mulheres. Já a Lei 8.213/91 dispõe que as empresas privadas mantenham em seu quadro um determinado percentual de empregados portadores de necessidades especiais. Ademais, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n. 186) proposta pelo partido político Democratas (DEM), que questionava a constitucionalidade de cota (20% das vagas) na Universidade de Brasília (UnB) no processo de seleção para o ingresso de estudantes, com base no critério étnico-racial. Ao julgar constitucional a ação afirmativa, o STF decidiu que a igualdade material somente seria alcançada por meio da denominada justiça distributiva, que permitiria a superação das desigualdades no mundo dos fatos, por meio de intervenção estatal que realocasse bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício de todos. Sinalizou-se que a aplicação da política de ações afirmativas consistiria em técnica de distribuição de justiça, com o objetivo de promover a inclusão social de grupos excluídos, especialmente daqueles que, historicamente, teriam sido compelidos a viver na periferia da sociedade.

Além das visões igualitárias acima aduzidas, Michael Walzer desenvolveu uma peculiar concepção denominada “igualdade complexa”. Para ele, nenhum bem social pode servir de meio de dominação de um grupo sobre outro. Propugna pelo fim das bajulações e adulações; fim dos senhores; fim dos escravos etc. Em suma, diz Walzer que não é a “esperança da eliminação das diferenças; não precisamos ser todos iguais nem ter a mesma quantidade de coisas iguais. Todos são iguais entre si (para todos os fins morais e políticos importantes) quando ninguém possui nem controla os meios de dominação” (WALZER, 2003, p. 16).

O professor norte-americano, em favor de sua tese acerca da “igualdade complexa”, distingue “predomínio” e “monopólio”. Denomina de “bem predominante” aquele bem social em que os “indivíduos que o possuem, por tê-lo, podem comandar uma vasta série de outros bens. É monopolizado sempre que apenas uma pessoa, monarca no mundo dos valores – ou um grupo, oligarcas – o mantém com êxito contra todos os rivais” (WALZER, 2003, p. 11).

Assim, a igualdade complexa, principal foco de reflexão de Walzer, é a declaração de que se deve abrir caminho para a distribuição autônoma de todos os bens sociais, ou seja, é o mesmo que afirmar que o predomínio é injusto. Logo, a preocupação teórica de Walzer envolve a redução

do “predomínio”, ao contrário, por exemplo, da teoria da justiça da Rawls, que discute a diminuição do “monopólio” da riqueza (princípio da diferença).

Refletir criticamente sobre a igualdade complexa seria adentrar em aspectos referentes ao reconhecimento, educação etc. Contudo, este não é o propósito do presente trabalho, que permanecerá adstrito à teoria distributiva dos bens ou oportunidades, ou seja, à igualdade formal e material.

Com efeito, a promoção da igualdade (material) e, por consequência, a redução das desigualdades continua sempre na ordem do dia. Contudo, uma sociedade absolutamente igualitária não passa de um sonho irrealizável. Admitir uma sociedade igualitária ao extremo seria desconhecer o indivíduo enquanto ser singular e moral

Como ensina Gregorio Peces-Barba Martínez (2004, p. 186),

La igualdad material no es tanto una igualdad en el punto de llegada (como dice Bobbio, frente a la igualdad formal que es un punto de partida), sino que es una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible, pero sin sustituirlo. Pretende dar igual peso a todos para poder alcanzar el objetivo. Se sitúa frente a una concepción de la sociedad de seres humanos aislados, egoístas y centrados en el amor propio, y frente a otra donde el individuo desaparece integrado en el todo colectivo; es un marco social cooperativo, donde los individuos construyen una sociedad justa a través del intercambio de criterios y posiciones ilustradas.

La igualdad material debe situarse en el ámbito de la consideración de las circunstancias de la realidad como relevantes o irrelevantes para conseguir un igual peso, para poder alcanzar el objetivo, para poder llegar a la meta de la independencia y de la libertad moral, con uso adecuado de la libertad social política y jurídica y de los derechos que en ella se fundan.

Em outras palavras, a justiça impõe, diz Margaret Holmgren (apud SCHMIDTZ, 2009, p. 84), que sejam assegurados a cada indivíduo os benefícios mais fundamentais da vida, compatíveis com os benefícios semelhantes que são conferidos a todos. A partir dessa igualdade no ponto de partida, deve-se ter em mente que a oportunidade de progredirmos através dos nossos próprios esforços constitui um interesse primordial. Consoante assevera Richard Miller (apud SCHMIDTZ, 2009, p. 85), “a maioria das pessoas (incluindo a maioria dos que se acham em piores condições) quer usar os recursos de que já dispõem de maneira ativa, a fim de prosperar por conta própria, e isso reflete uma avaliação adequada das aptidões humanas”.

A igualdade no ponto de partida permite que as pessoas sejam tratadas como responsáveis por suas próprias condutas, o que vai ao encontro da ideia de dignidade. Logo, equivocada a assertiva de Bobbio no sentido de que a igualdade de que se fala para justificar a democracia é um



ponto de chegada (2010, p. 38/39). Destarte, a igualdade não é um dever final a ser realizado, mas uma obrigação inicial e mínima a ser garantida.

O tratamento igualitário não coincide, portanto, com a ideia de que todos devem ter porções ou partes iguais. Pensar desse modo é tratar as pessoas unicamente como contingências históricas, sem aspirações próprias. Nos dizeres de Schmidtz (2009, p. 174/180),

O objetivo da igualdade, a meu ver, é o de melhorar as perspectivas de vida das pessoas, inclinando-se em favor daqueles que se acham em piores condições e em favor daqueles que realizaram o melhor que se poderia racionalmente esperar, com as cartas que o destino lhes distribuiu (...). As sociedades cujos membros não crescem, não se transformam e não se distinguem dos demais, não sobrevivem; um igualitarismo capaz de funcionar tem de abrir espaço para o crescimento e a mudança. Existe espaço, entretanto, dentro de uma teoria genuinamente liberal, para um igualitarismo com vistas ao melhoramento (e não ao nivelamento) das perspectivas gerais de vida – à remoção de barreiras a fim de que as pessoas tenham condições de melhorar sua própria situação, não porque as barreiras permitem o entricheiramento das desigualdades, mas simplesmente porque barreiras são barreiras (...).

Somente a justa igualdade de oportunidades significa respeitar a individualidade das pessoas e, portanto, a dignidade e a autonomia da vontade. A igualdade no ponto de partida busca evitar a miséria e a privação econômica, motivo pelo qual se justifica, com base na ideia de justiça social, uma redistribuição parcial da renda dos mais abastados para os menos. Como se pode vê, a razão para a igualdade no ponto de partida é atender às necessidades dos mais pobres. Censura-se a pobreza, não a desigualdade.

A desigualdade acima de determinado nível mínimo é moralmente irrelevante. O Estado deve prover as necessidades básicas para que ninguém fique abaixo desse nível, ou seja, todos devem ter o suficiente para atender ao que precisam para uma vida decente. Cuida-se do princípio da suficiência, nas palavras de Harry Frankfurt (apud SMITH, 2009, p. 142). De acordo com essa concepção, o que é moralmente relevante não é que todos devem ser o mesmo, mas que cada um deve ter o suficiente. E, vale salientar, as necessidades básicas a serem atendidas não são de ordem subjetiva, mas objetivas e fruto de uma deliberação argumentativa.

A objeção à pobreza – e não à desigualdade em si – parece ser a opção tomada pelo Constituinte ao elaborar a Lei Fundamental de 1988. Dispõe o art. 3º da Constituição: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Enquanto a pobreza deve ser erradicada, as desigualdades não de ser apenas reduzidas. As desigualdades, até porque não poderia ser diferente, não podem ser erradicadas, já que as sociedades cujos membros não se distinguem dos

demais, como visto acima, não sobrevivem. Uma sociedade igualitária, obrigatoriamente, deve abrir espaço para o crescimento, mudança e diferenciação entre seus membros.

### 8.3.1 Tensão entre liberdade e igualdade

As teorias morais contemporâneas não utilizam a liberdade e a igualdade como valores conflitantes entre si. Com efeito, para elas a “liberdade é uma das coisas a que a igualdade se destina e a igualdade é um dos caminhos pelos quais as liberdades podem ser distribuídas” (SMITH, 2009, p. 133).

De fato, qualquer teoria moral deve se comprometer com a igualdade em um nível fundamental, caso contrário se fundamentará em discriminação arbitrária. Mas para além dessa igualdade fundamental ou mínima, há uma tensão entre liberdade e igualdade? Certamente que sim, mas não uma incompatibilidade definitiva.

O jurista austríaco Theodor Tomandl afirma ser algo inevitável que o reconhecimento dos direitos sociais no direito positivo implica uma relativização das liberdades. Ao explicar a referida tensão, Ekkehart Stein sintetiza que os direitos de liberdade asseguram e protegem as peculiaridades da vida própria de cada indivíduo dentro da sociedade, buscando, assim, evitar uma nivelção ou unificação. De outro lado, os direitos sociais que estabelecem a igualdade tutelam os indivíduos em face de eventual discriminação perante outros, o que exige necessariamente uma determinada nivelção e unificação (apud PÉREZ LUÑO, 2011, p. 203).

O atrito existente entre liberdade e igualdade pode ser resolvido a partir da ideia de igualdade enquanto instrumento ou meio para uma liberdade substantiva ou real. O combate às desigualdades básicas é justificável, pois, sob o ponto de vista de que se alcançará mais liberdade para levar o tipo de vida que se tem razão para valorizar (SEN, 2010, p. 28).

Amartya Sen (2010, p. 31) destaca que a

a liberdade política e as liberdades civis são importantes por si mesmas, de um modo direto; não é necessário justificá-las indiretamente com base em seus efeitos sobre a economia. Mesmo quando não falta segurança econômica adequada a pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis, elas são privadas de liberdades importantes para conduzir suas vidas, sendo-lhes negada a oportunidade de participar de decisões cruciais concernentes a assuntos públicos. Essas privações restringem a vida social e a vida política, e devem ser consideradas repressivas mesmo sem acarretar outros males (como desastres econômicos).

Continua o economista indiano (2010, p. 33),

A análise do desenvolvimento apresentada neste livro considera as liberdades dos indivíduos os elementos constitutivos básicos. Assim, atenta-se particularmente para a expansão das capacidades (*capabilities*) das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam – e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pelas políticas pública (...).

A liberdade, portanto, possui uma presunção abstrata de prioridade em relação ao direito geral de igualdade (econômica, social, cultural etc). A única igualdade que se equipara em termos de prioridade com a liberdade é aquela relativa ao mesmo ponto de partida, sem a qual a liberdade substantiva para se chegar a uma meta própria é inalcançável.

Acerca da prioridade da liberdade em face da igualdade no ponto de chegada, eis o seguinte trecho da obra de Amartya Sen (2010, p. 46):

Esse argumento pode ser ilustrado com os debates em torno da natureza do trabalho escravo no Sul dos Estados Unidos antes da abolição. O estudo clássico sobre esse tema, empreendido por Robert Fogel e Stanley Engerman (*Time on the cross: the economics of American Negro slavery*), inclui uma notável descoberta sobre as “rendas pecuniárias” relativamente elevadas dos escravos (as controvérsias quanto a algumas questões abordadas no livro não solapam essa descoberta). As cestas de mercadorias consumidas pelos escravos eram comparativamente superiores – e não inferiores, com toda certeza – às rendas de trabalhadores agrícolas livres. E a expectativa de vida dos escravos, relativamente falando, em verdade não era baixa – “quase idêntica à expectativa de vida em países tão avançados quanto França e Holanda”, e “muito maior (do que) as expectativas de vida (dos) trabalhadores industriais urbanos livres dos Estados Unidos e Europa”. Ainda assim, escravos fugiam, e havia excelentes razões para presumir-se que o interesse dos escravos não era bem atendido no sistema escravista.

John Rawls também defende uma prioridade das liberdades formais (direitos políticos e civis básicos). Ele propõe, numa sociedade ideal, dois princípios de justiça. A fábula do “véu da ignorância” consiste em pressupor que numa posição original hipotética ninguém conhece o lugar que ocupa na sociedade, sua classe, condição econômica ou mesmo suas forças de trabalho e aptidões intelectuais e físicas. Nessas condições ideais e hipotéticas são escolhidos os princípios da justiça. Segundo Rawls (1993, p. 291), os dois princípios da justiça são:

Cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos.

As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeira, elas devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Segunda, elas devem ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos.

O primeiro princípio é denominado de liberdades básicas iguais (p.ex, liberdades de pensamento, consciência, expressão, associação, reunião, direito ao voto etc). O segundo princípio pode ser dividido em duas partes: a) o princípio da igualdade de oportunidades, isto é, pessoas com os mesmos esforços e talentos têm expectativa de vida iguais, independentemente de suas classes sociais; b) o princípio da diferença, ou seja, são permitidas diferenças de renda e riqueza, desde que as desigualdades beneficiem os menos favorecidos.

O primeiro princípio (liberdades) tem prioridade sobre o segundo (e a primeira parte do segundo princípio – igualdade justa de oportunidades – tem prioridade sobre o princípio da diferença). A prioridade do primeiro princípio descarta a troca de direitos ou liberdades básicas por vantagens econômicas. A prioridade do primeiro princípio significa que o segundo deve ser aplicado nas instituições que satisfaçam o primeiro. O princípio da diferença, portanto, deve aumentar o valor das liberdades básicas para os menos favorecidos (SMITH, 2009, p. 213).

As liberdades, para Rawls, não devem ser sacrificadas mesmo em favor dos menos privilegiados. Diz ele (apud SMITH, 2009, p. 292/293) que os menos privilegiados devem ter certeza de que suas liberdades não serão objeto de um futebol político, nem uma instituição que os legisladores possam sacrificar em busca de objetivos paternalistas (p.ex, benefícios que tornem os remédios gratuitos) que, na prática, sempre parecem muito mais urgentes e concretos do que os ideais de liberdade.

Segundo Rawls, o princípio da diferença não dita quanta liberdade devemos ter. É justamente o contrário. Para Schmitz (2009, p. 293), a teoria de Rawls estabelece

um compromisso com a máxima liberdade que possa ser igual para todos dita o escopo de que os legisladores dispõem para arranjar as estruturas básicas que possam redundar no máximo de benefício para os menos afortunados. (...) a liberdade é uma precondição desde o início para que possa surgir tal maré econômica crescente, especialmente o tipo de maré econômica capaz de elevar o nível de vida de todas as classes.

E a intensidade das necessidades econômicas aumenta – e não diminui – a urgência das liberdades políticas. Portanto, a tensão entre liberdade política e igualdade econômica não se traduz em incompatibilidade. Com efeito, três diferentes considerações conduzem-nos na direção de uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos. Segundo Sen (2010, p. 195),

- 1) Sua importância direta para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social)
- 2) Seu papel instrumental de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas)

3) Seu papel construtivo na conceituação de necessidades (como a compreensão das necessidades econômicas em um contexto social).

De fato, para expressar publicamente aquilo que valorizamos e exigir que se dê a devida atenção a isso (liberdade substantiva ou real), precisa-se, previamente, de liberdade de expressão e escolha democrática (SEN, 2010, p 201).

Amartya Sen (2010, p. 199/203) diz, ainda, que

Os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada. A resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos (votar, criticar, protestar etc). pode realmente fazer diferença (...) Mas nunca uma fome coletiva se materializou em um país que fosse independente, que tivesse eleições regularmente, partidos de oposição para expressar críticas e que permitisse aos jornais noticiar livremente e questionar a sabedoria das políticas governamentais sem ampla censura (...). O exercício de direitos políticos básicos torna mais provável não só que haja uma resposta política a necessidades econômicas, como também que a própria conceituação – incluindo a compreensão – de “necessidades econômicas” possa requerer o exercício desses direitos. De fato, pode-se afirmar que uma compreensão adequada de quais são as necessidades econômicas – seu conteúdo e sua força – requer discussão e diálogo. Os direitos políticos e civis, especialmente os relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas. Esses processos são cruciais para a formação de valores e prioridades, e não podemos, em geral, tomar preferência como dadas independentemente de discussão pública, ou seja, sem levar em conta se são ou não permitidos debates e diálogos (...). Os direitos políticos, incluindo a liberdade de expressão e discussão, são não apenas centrais na indução de respostas sociais a necessidades econômicas, mas também centrais para a conceituação das próprias necessidades econômicas.

Destarte, a presunção de prioridade axiológica em abstrato recai sobre a liberdade. A igualdade, nesse aspecto, é um complemento da liberdade, esta entendida como valor a garantir uma real ou substantiva autonomia na vida social. A igualdade não é um fim em si, mas um instrumento para se chegar à liberdade substantiva.

Sem a liberdade substantiva, diz Sen (2010, p. 361), a pessoa não pode ser responsável por fazer ou deixar de fazer algo. Porém, ter efetivamente a liberdade e a capacidade para fazer algo impõe à pessoa o dever de refletir sobre fazê-la ou não, e isso envolve responsabilidade individual. É nesse sentido que a liberdade se torna necessária e suficiente para a responsabilidade.

A igualdade deve prover o mesmo chão para todos, no qual florescerá a liberdade. É, pois, um instrumento, e não uma meta. Em outras palavras, devem ser garantidas oportunidades iguais para escolhas substantivas ou reais desiguais. A igualdade no ponto de partida requer a criação de um nível mínimo de segurança para todos, sendo que a partir daí são permitidas desigualdades de

renda. A igualdade, dessa forma, existe para as pessoas serem diferentes – e não para as diferenças humanas serem niveladas e abolidas (DIAS JÚNIOR, 2012, P. 135). No seu âmago, os direitos sociais são direitos de liberdade. Como já disse Martin Kriele (apud PÉREZ LUÑO, 2011, p. 213), os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos de liberdade individual.

Os direitos econômicos, sociais e culturais (e seu valor subjacente da igualdade de oportunidades) não tende a anular a liberdade individual, mas, ao contrário, garantir o pleno desenvolvimento da subjetividade humana (PÉREZ LUÑO, 2011, p. 21). Com efeito, o aumento nas possibilidades reais de escolha de vida do indivíduo é o principal objetivo da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e econômicas.

A presunção de prioridade valorativa a ser conferida à liberdade também reside no fato de que, numa sociedade democrática, o dissenso – e não o consenso – é o motor transformador da história. Enquanto a igualdade é fundamental na obtenção de um consenso provisório, a liberdade é essencial para a abertura ao dissenso e, portanto, ao pluralismo. Não é possível o consenso sem prévia abertura ao dissenso. O dissenso fomenta a (r)evolução das sociedades; caracteriza a instabilidade e a incerteza como marca singular da realidade social e do próprio homem como ser histórico; promove o aperfeiçoamento dos indivíduos e de suas condições/oportunidades de vida (DIAS JÚNIOR, 2012, p. 93).

A democracia, antes de ser o regime baseado no consenso, deve permitir e respeitar o dissenso. Só a liberdade pode proporcionar o dissenso. E a divergência é que permite verificar se o consenso é autêntico (e não coagido). É a presença do dissenso que possibilita verificar a efetividade do consenso. Apenas através da liberdade é que se permite, numa democracia, ratificar acertos e corrigir erros. A verdade, mesmo parcial e provisória, só encontra seu caminho mediante o dissenso e o conflito.

Com tais considerações, não se pode concordar com a assertiva de Dworkin (2012, p. 168) no sentido de que “qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder”.

#### **8.4 Direito à segurança**

O valor “segurança”, conforme previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, possui três dimensões ou categorias básicas: estabilidade, previsibilidade e ausência de perigos.

À exceção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, a estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas são mantidas em conformidade com as prescrições legais. A lei visa a impedir ações casuísticas ou arbitrárias do Estado ou de outros particulares, razão pela

qual a previsibilidade permite aos destinatários da norma que estabeleçam, de maneira responsável, seus planos de ação. A lei, então, se torna veículo primordial para o exercício da liberdade individual.

Dessa forma, a segurança jurídica, valor fundamental do sistema jurídico, possui a finalidade de complementar e reforçar a liberdade. A segurança é a moral que torna possível a liberdade através do direito. Como diz Gregorio Peces-Barba Martínez (2004, p. 161), a segurança jurídica pressupõe a criação de um âmbito de certeza, que pretende eliminar o medo e favorecer um clima de confiança nas relações sociais.

A segurança é um valor instrumental, que pretende criar condições mínimas para a existência da liberdade moral, através de uma liberdade de escolha. Assim, contribui para a liberdade mediante a fixação de procedimentos e regras formais, além de princípios de organização (MARTÍNEZ, 2004, p. 162). Ela busca a tranquilidade e a previsibilidade, sem as quais as relações jurídico-sociais seriam caóticas.

Com efeito, a liberdade inerente ao pluralismo democrático somente é possível, na prática política, mediante um mínimo de segurança jurídica.

De igual modo, a segurança jurídica não pode perder de vista a ideia de igualdade. Na sua acepção formal, o valor da segurança exige a fixação de critérios gerais, impessoais e abstratos de aplicação e interpretação da norma, que obstaculizem, dessa forma, eventuais arbitrariedades.

Sendo, ainda, o sistema jurídico um sistema aberto e dinâmico, que recebe uma série de demandas sociais do ambiente através de um processo de entrada (*input*) e devolve ao ambiente uma série de respostas normativas (*output*), a segurança jurídica não pode servir de pretexto para engessar necessárias alterações ou progressos normativos. A igualdade de oportunidades básicas a ser conferida aos mais necessitados também justifica (e impõe) modificações legislativas, não podendo a segurança normativa ser invocada para a manutenção, por si só, do *status quo*.

A segurança, nesse particular, há de ser vista como uma ausência de perigos ou, então, uma segurança de cunho social, privilegiando a igualdade de oportunidades no ponto de partida entre os competidores no interior da sociedade. Os próprios direitos econômicos, sociais e culturais se fundamentam, em parte, nesse tipo de segurança social, pois procuram dar tranquilidade e esperança aos mais fracos em face dos mais fortes. Cuida-se de uma segurança social mínima frente à desesperança (MARTÍNEZ, p. 2004, p. 172).

A segurança social, portanto, objetiva concretizar igualdades básicas, o que justifica certas limitações da autonomia da vontade nos contratos de trabalho, nos contratos de consumo etc.

A segurança, seja ela jurídica ou social, é um valor instrumental tanto à consecução da liberdade quanto à da igualdade. Assim, a presunção de prioridade valorativa em abstrato deve recair sobre a liberdade ou igualdade, e somente após no direito à segurança.

Não se desconhece a existência de tensão entre segurança social e liberdade. A promoção da segurança social requer, via de regra, a restrição da liberdade, enquanto esta somente pode ser ampliada à custa da segurança comunitária. A máxima da proporcionalidade deve encontrar o equilíbrio, no caso concreto, entre tais valores fundamentais, ciente de que a preferência abstrata deve ser concedida à liberdade. Como esclarece o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2003, p. 24), “segurança sem liberdade equivale à escravidão (...); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado”. E abstratamente falando, pode-se dizer que é preferível *prima facie* estar perdido e abandonado que escravizado.

### **8.5 Direito à propriedade**

Conquanto seja um direito fundamental do ser humano, a propriedade não pode ser vista com o mesmo *status* ou prioridade axiológica que a vida, a liberdade, a igualdade ou a segurança.

Desde logo, oportuno deixar registrado que alguns autores (FERRAJOLI, 2001, p. 30), adeptos da teoria do garantismo jurídico, não reconhecem a propriedade como direito fundamental do indivíduo. O direito à propriedade não possuiria a característica de universalidade, sendo um privilégio de poucos. Assim, não seria um direito fundamental do ser humano em razão da sua própria escassez.

Tais críticas não merecem prosperar. O direito à propriedade, assegurado na Constituição de 1988 em seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), há de ser interpretado como o direito potencial à propriedade e de proteção àquela já existente, seja material ou imaterial.

Conforme esclarecem alguns, o direito fundamental à propriedade deve ser visto como um direito do cidadão de que o Estado não lhe obstaculize eventual aquisição de propriedade (prestação negativa). Também deve ser visto como o direito de o cidadão não perder a propriedade pelo Estado sem o devido processo legal.

Já dizia Locke que o Estado deve garantir ao indivíduo a potencialidade de adquirir propriedade. É por esta razão que o indivíduo possui motivação para trabalhar. Para ele, se não há motivação para adquirir propriedade, não há motivação para trabalhar. Chegava a afirmar Locke que o principal objetivo do agrupamento dos homens em sociedade seria desfrutar de suas propriedades em paz e segurança (LOCKE, 1998, p. 427).



De igual modo, não se pode olvidar que o fundamento do direito de propriedade reside no fato da concretização do espaço de privacidade do indivíduo, indispensável ao exercício da cidadania. O direito à propriedade não significa defesa da riqueza, mas, antes de tudo, defesa de bens e objetos que se ligam à nossa identidade cultural, especialmente na atual era da pós-modernidade.

Com efeito, a propriedade é um direito próprio da pessoa e indispensável para a proteção de outros direitos fundamentais, como a liberdade, intimidade etc. De qualquer forma, embora seja um (controverso) direito fundamental, é inegável que a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança possuem uma maior valoração abstrata que a propriedade. Por isso, entre os valores mencionados, a propriedade ocupa uma posição inferior de preferência ou prioridade em abstrato.

Não se pode olvidar que, atualmente, a propriedade possui, ao contrário de sua origem liberal, não apenas uma função privatista, mas também social, econômica e ambiental. A propriedade enquanto direito fundamental deve, obrigatoriamente, atender as funções constitucionalmente previstas para ela. Nos dizeres de Ricardo Aronne (apud CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 233),

Isso é uma expressão da repersonalização do Direito, que importa em deslocar o enfoque protetivo do campo jurídico da pertença para a pessoa, em seu sentido ontológico. Trazer o ser humano, existencializado e concreto, para o núcleo do sistema e derivar o patrimonialismo natural do liberalismo jurídico e econômico, para as periferias do ordenamento. Tutelar o ser e não o teor, em *prima facie*. Com isso, a propriedade perde sua condição de fim para ostentar uma condição de meio; um papel social a ser desempenhado e não um destino que engolfa a sociedade e dá sentido material ao mercado que constitui um *homo economicus* (...). A propriedade privada é composta do encontro de dois princípios especiais. O princípio da garantia da propriedade privada, como concretização do princípio geral da liberdade, e o princípio da função social da propriedade, que concretiza o princípio geral da igualdade.

## 9 PRESUNÇÃO DE PRIORIDADE ABSTRATA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme visto alhures, os pesos abstratos entre os direitos fundamentais previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, são diversos e, por isso, podem ser ordenados e escalonados. Desse modo, resta evidenciada uma precedência axiológica, nessa ordem, do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Calha destacar que o estabelecimento de pesos abstratos não afasta a possibilidade de que, no caso fático-concreto, um direito ou valor oposto seja mais pesado do que o princípio concretizado pela norma abstrata. Os pesos abstratos são apenas indicativos ou guias para decisões menos criativas e voluntaristas por parte do juiz. Tais pesos devem ser verificados no caso concreto, podendo ceder ou não diante das particularidades e singularidades da realidade social.

Busca-se, então, neste trabalho, demonstrar que alguns valores são abstratamente mais importantes que outros. Com isso, possibilita-se impor na aplicação e interpretação das normas um maior afinamento das margens de subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões, que são ocasionadas, não raras vezes, pelo inadequado uso da técnica da ponderação.

Pautando-se num critério axiológico ou valorativo, parece-nos cristalino que há uma hierarquia móvel ou condicionada entre princípios constitucionais, até porque quem ousaria dizer que o direito à vida é de igual ou menor importância que o direito à propriedade? Por outro lado, no plano processual, parece-nos evidente que o princípio do devido processo legal encontra-se no topo dos princípios constitucionais processuais.

É cediço que o escalonamento entre valores constitucionais encontra resistência em considerável corrente doutrinária especializada, que entende que faltaria uma estrutura clara e critérios objetivos aptos a permitir um controle público da decisão (PULIDO, 2007, p. 201-202). O escalonamento axiológico seria preenchido por apreciações subjetivas e ideológicas do intérprete. Não existiria, segundo Ernst-Wolfgang Böckenförde, citado por Paula Fernanda Gorzoni (2011, p. 17), “nem fundamentação racional para os valores e sua ordem como um todo, nem sistema de preferências racional, reconhecível e discutível para a determinação das preferências dos valores (...)”. Além do mais, não seria possível aferir uma unidade comum para comparar os valores em jogo (TSAKYRAKIS, 2009, p. 469).

Em resposta a tais críticas, é possível, sim, aferir uma unidade comum para comparar os valores em jogo. A dignidade da pessoa humana e a democracia constitucional são as linguagens comuns que permitem a comparação entre os valores em disputa.

Além disso, os valores não expressam apenas uma preferência subjetiva do intérprete, mas preferências compartilhadas intersubjetivamente. Em outras palavras, expressam a identidade de uma comunidade jurídica e política. Ao buscar estabelecer um ranking axiológico *prima facie*, as contradições e incoerências nas decisões judiciais proferidas no caso concreto serão reduzidas.

Segundo a doutrina do primado da liberdade, por exemplo, ensina Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 251), a Constituição

(...) consagra uma ordem escalonada de valores, no âmbito da qual a liberdade ocupa posição de primazia. Em função disso, a tarefa de solucionar conflitos entre direitos fundamentais há de ser orientada por uma presunção inicial em favor da liberdade humana. Tal presunção corresponde à noção de que as liberdades devem ser interpretadas extensivamente e os limites a elas opostos, restritivamente, sendo que, em caso de dúvida, deve prevalecer a liberdade.

Nunca assaz repetir que se cuida de uma precedência axiológica flexível - e não absoluta e imutável -, ou seja, conforme as circunstâncias do caso concreto, o escalonamento abstrato entre os valores em tensão poderá ser afastado pelo intérprete.

Sem adentrar no mérito em si, o voto do Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento do HC n. 82.424 (caso Ellwanger), por exemplo, asseverou que as liberdades de expressão e imprensa, por serem elementos imprescindíveis do Estado democrático, devem gozar de uma garantia maior do que outros princípios constitucionais.

O desenvolvimento teórico a respeito dos pesos abstratos de certos direitos fundamentais vai ao encontro da preocupação externada por Daniel Sarmento (2007, p. 138/139), segundo o qual, para evitar um decisionismo judicial demagógico, o intérprete deve, num plano abstrato, empregar

uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como o fruto exclusivo dos caprichos e das predileções dos seus prolores (...)

Diante da fixação de precedências valorativas em abstrato, o ônus argumentativo do juiz, diante da singularidade do mundo fático, será um tanto menor para a manutenção da precedência e, por outro lado, será sensivelmente maior para a superação da referida presunção de prioridade abstrata.

Com efeito, o reconhecimento de determinadas relações de preferência permite ordenar os elementos envolvidos.

## **10 PRESUNÇÃO DE PRIORIDADE E REDUÇÃO DO VOLUNTARISMO NAS INTERPRETAÇÕES REFERENTES À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.**

O simples uso de regras linguísticas, por si só, já comporta uma pluralidade de significados dentro do espaço interpretativo. Diante das situações concretas passíveis de surgir, o texto poderá ser relativamente indeterminado. Como rotineiramente se expõe, não há texto puro e simples, mas norma interpretada que dele se extrai. A norma a ser aplicada, pois, é um significado atribuído ao texto.

O subjetivismo na interpretação é inafastável, uma vez que o juiz se interpõe entre o texto e a norma para a plena concretização, em tempos de neoconstitucionalismo, dos valores albergados pela Carta Política. Valores estes que são modificados em razão do tempo, da consciência social etc (PALOMBELLA, 2005, p. 280). Nunca assaz lembrar que os direitos fundamentais, especialmente em razão de suas conexões com valores, são normas de elevado grau de indeterminação, o que favorece o subjetivismo ou discricionariedade forte do intérprete.

Contudo, o subjetivismo interpretativo não é absoluto. Uma primeira restrição é o vínculo que se estabelece pela indedutibilidade de um significado qualquer a partir da mesma expressão textual. As palavras têm significados relativamente determinados, decorrentes de âmbitos linguísticos ordinários, por exemplo. Outra restrição às extrapolações voluntaristas do intérprete é o próprio conteúdo ou valor dado a certas expressões linguísticas pelas convicções da sociedade. Há, portanto, um núcleo de significado relativamente constante, o que permite uma redução da ambiguidade e da vagueza na atribuição de mais de um significado ao texto (PALOMBELLA, 2005, p. 283).

A fixação de presunção de prioridades axiológicas em abstrato possibilita um maior controle em relação ao poder interpretativo do juiz. Busca-se, com isso, uma redução das zonas de penumbra das normas. A racionalidade permite justificar preferências a partir da remessa a outros juízos valorativos subjacentes, os quais traduzem as convicções mínimas compartilhadas por uma sociedade democrática e respeitadora da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, as precedências abstratas e relativas entre os direitos fundamentais confere primazia à coerência ou congruência, pois os valores organizados segundo uma escala de prioridades asseguram uma maior transparência na tomada de decisão. Além do mais, tais precedências garantem uma melhor distribuição do ônus argumentativo do juiz conforme as particularidades fáticas do caso concreto.

Afirma Lorenzo Zucca (2011, p. 33) que, quando começamos o processo interpretativo com uma prioridade clara, pode-se elaborar sofisticados argumentos a favor da derrota dessa prioridade. Discorda-se de Zucca, contudo, quando este afirma que a vantagem da presunção de prioridade é evitar a ponderação, porquanto a ponderação não pode ser afastada da interpretação dos inúmeros e diversos casos difíceis, de hoje e amanhã. A vantagem, certamente, não é evitar a ponderação, mas reduzir o grau de subjetivismo do intérprete quando do uso da técnica da ponderação.

Nos Estados Unidos da América, o conflito entre intimidade e liberdade de expressão, por exemplo, é resolvido mediante uma presunção de prioridade à liberdade. Diante de tal presunção abstrata, pode-se concluir que na maioria dos casos concretos o conflito é vencido pela primeira emenda.

Em solo brasileiro, e no mesmo sentido jurisprudencial norte-americano, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (APC 2012.01.1.143846-9. Ac. n. 812879. Rel. Des. Simone Lucindo. 1ª Turma Cível. Julgado em 14.08.2014, DJe de 22.08.2014, p. 44) já afirmou que

(...) nos conflitos entre direito à informação e proteção aos direitos da personalidade, tanto a doutrina pátria quanto o Supremo Tribunal Federal vem fixando o entendimento de que na ponderação entre liberdade de informar e o direito de imagem, a Constituição fez uma clara opção pela primeira, buscando prioritariamente resguardar a liberdade de imprensa.

Destarte, o desenvolvimento teórico a respeito da presunção de prioridade em abstrato permite uma redução do voluntarismo ou das preferências ideológicas do intérprete quando da aplicação da máxima da proporcionalidade. Permite, em suma, delimitar com maior precisão a primeira fase da denominada “lei da ponderação”, especialmente o estabelecimento do “peso” abstrato do princípio. Com isso, há um maior controle e, por consequência, uma menor discrepância entre decisões judiciais que aplicam a máxima da proporcionalidade.

## 11 CONCLUSÃO

Consoante aduzido acima, Alexy sustenta que os princípios, quando entram em colisão (ou tensão), um deles há de ceder frente ao outro, mas sem que isso signifique declarar inválido o princípio desprezado no caso concreto. Em outras palavras, diante de determinadas circunstâncias um dos princípios prevalece sobre o outro, mas em face de outras circunstâncias a prevalência pode se inverter. É isto o que ele quer dizer quando diz que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso.

O estabelecimento de precedências axiológicas em abstrato de direitos fundamentais não significa a aceitação de uma ordenação fixa e absoluta entre os valores em disputa. Cuida-se apenas de uma preferência abstrata, com vistas a distribuir com clareza o ônus argumentativo na aplicação da máxima da proporcionalidade. Para a superação da mencionada preferência, sobre o juiz recairá um maior ônus argumentativo na valoração das circunstâncias fáticas do caso sob exame.

A presunção de prioridade, ademais, concilia os princípios em tensão mediante a ponderação das particularidades do caso com a exigência de universalidade, impessoalidade e generalidade das normas em geral. A ordenação abstrata entre direitos fundamentais, ainda que elaborada de maneira parcial, limita eventuais voos imaginários nos processos interpretativos.

Conforme racionalmente argumentado, é possível atribuir precedências axiológicas (e abstratas) entre aqueles direitos fundamentais previstos no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. Portanto, há uma primazia *prima facie*, nessa ordem, para os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, cujos critérios comuns de comparação foram a dignidade humana e democracia constitucional.

Lembra Gonet Branco (2009, p. 165),

a teoria de Alexy consegue armar uma estrutura do discurso apta para formalizar racionalmente uma deliberação jurídica. Não fornece, entretanto, uma teoria material da razoabilidade, nem aponta para critérios que resolvam o problema da escolha de uma entre duas ou mais opções possíveis. Alexy não pretende mais do que oferece, porém. Satisfaz-se com a potencialidade da teoria do discurso de reduzir a margem de irracionalidade das decisões. A sua teoria efetivamente restringe o risco de decisões irracionais, ainda que não forneça garantia plena de racionalidade das conclusões que propicia. A decisão tomada não tem como deixar de incorporar um elemento de vontade, subjetivo. A deliberação não será, porém, arbitrária ou desarrazoada, em virtude do modo como a ela se achegou.

Para Alexy, o sistema jurídico não permite um arranjo fechado e prefixado de princípios hierarquizados entre si. A sua teoria dos princípios se completa com a ponderação, segundo uma

hierarquia de valores que se constitui em conformidade com as circunstâncias de cada caso concreto (BRANCO, 2009, p. 169).

A hierarquia de valores, com efeito, deve ser considerada, de modo definitivo, a partir das particularidades do mundo fático. Contudo, tal circunstância não afasta a necessidade de se proceder a uma hierarquia móvel ou relativa entre valores constitucionais considerados em abstrato. Com regras claras de preferências valorativas em abstrato, busca-se reduzir, ainda mais, a margem de irracionalidade das decisões.

Em resumo, a grandeza dos princípios não deve ser vista apenas sob a ótica do caso concreto, mas também na sua acepção abstrata (BRANCO, 2009, p. 181). O estabelecimento de pesos abstratos, ademais, é comum na jurisprudência e na doutrina. Como aduz Alexy (2012, p. 136), “as discussões acerca da máxima *in dubio pro libertate*, por exemplo, dizem respeito a pesos abstratos, já que essa máxima expressa a precedência básica dos princípios que se referem à liberdade jurídica individual”.

Portanto, a possibilidade do escalonamento axiológico, em abstrato e relativo, dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, contribui para uma melhor definição (analítica) da equação do sopesamento e, por conseguinte, para uma redução na discricionariedade judicial quando da aplicação da máxima da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria do discurso do direito*. Trad. Alexandre Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

\_\_\_\_\_. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. In *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Madri: Aguilar, 1980.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Qual democracia?* Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo G. *Proteção do Direito à Vida. A Questão do Aborto*. DPU n.º 19 – Ano 5. 2011.

\_\_\_\_\_. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK (Coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.



COING, Helmut. *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. 5ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DAHL, Robert A. *A Democracia e seus críticos*. Trad: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIAS JUNIOR, Antônio Carlos. *O liberalismo de Ralf Dahrendorf: classes, conflito social e liberdade*. Florianópolis: Ed. UFSC, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

ESPINOSA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Direito e Moral*. São Paulo: Estúdio editores, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. *Ponderação e Critérios Racionais de Decidibilidade na Argumentação Judicial*. 98 fl. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jurgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Trad. Karina Jannini. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HAYEK, Friedrich A. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Vol. II. São Paulo: Visão, 1985.

HOLMES, Oliver W. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, Vol. 10. p. 457-478. trad. GARBES, C. La senda del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959.

HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*. trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

HURD, Heidi M. *O combate moral*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana*. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Hierarquização dos direitos fundamentais?*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 9, n.º 34, jan/mar, 2001.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Hierarquização de direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 51, 2005.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. *O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A (Coord). *Direitos Humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 2, jul./dez. 2013.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Trad. de Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1991.

OVEJERO, Félix. *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*. Buenos Aires: Katz conocimiento, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005

PEREIRA, Jane Reis G. *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.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos*. In: SANTOS, Sales Augusto (Org). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POPPER, Karl R. *O Mito do Contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas: Lisboa, 1996.

POSNER, Richard. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Harvard Law Review, Vol. 111, n. 7, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. *Grundrechtsprinzipien in Spanien: Rationalität und Grenzen der Abwägung*. In SIECKMANN, Jan-R. *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007.

RAWLS, John. *Political liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993.

RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Trad. Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Interesse Público, ano 1, n.º 4, p. 23/48, out/dez. 1999

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

SANCHÍS, Luís Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. *Diez argumentos a propósito de los principios*. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coord). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e Aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann/Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SMITH, Paul. *Filosofia moral e política: liberdade, direitos, igualdade e justiça social*. Trad. Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009.

SOARES, Gláucio Ary D. *Os trilhos da vida*. Correio Braziliense. Caderno Opinião. dez./2012.

STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David L. *Dez teorias da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TSAKYRAKIS, Stravros. *Proportionality: An assault on human rights? International Journal of Constitutional Law* 3. 2009.

VILAJOSANA, Josep M. *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

XIMENES, Julia Maurmann. *O Supremo Tribunal Federal e a Cidadania à Luz da Influência Comunitarista*. Revista Direito GV. Jan/Jun 2010. São Paulo. 6 (1).

ZUCCA, Lorenzo; LARIGUET, Guillermo; ZORRILLA, David Martínez; ÁLVAREZ, Silvina. *Dilemas constitucionales: un debate sobre sus aspectos jurídicos y Morales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.