

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

BÁRBARA CRISTINE REIS SILVA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL NO
BRASIL**

**ARACAJU
2014**

BÁRBARA CRISTINE REIS SILVA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL
NO BRASIL**

Monografia submetida à coordenação de Graduação em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe FANESE, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Dr. LUCAS GONÇALVES DA SILVA

**Aracaju
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

S586d SILVA, Bárbara Cristine Reis

Direitos Fundamentais e a Aplicação da Eficácia Horizontal / Bárbara Cristine Reis Silva. Aracaju, 2014. 60 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Departamento de Direito, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

1. Eficácia Horizontal 2. Direitos Fundamentais 3. Sopesamento.

I. TÍTULO.

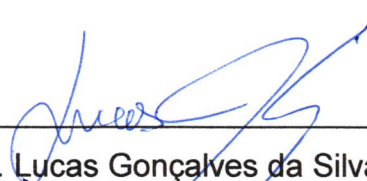
CDU 342.7 (813.7)

BÁRBARA CRISTINE REIS SILVA
DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL NO
BRASIL

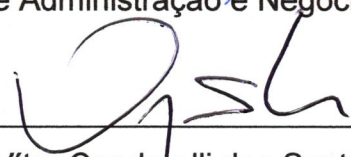
Monografia submetida à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe FANESE, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 29 / Novembro / 2014

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - Fanese
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Vítor Condorelli dos Santos - Fanese
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Augusto César Leite de Resende - Fanese
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho primeiramente a Deus pela força nessa longa caminhada que me foi concedida para superar os mais diversos obstáculos, a meus pais, familiares e amigos pelo incentivo, apoio e credibilidade na realização desse sonho.

AGRADECIMENTOS

Sinceros agradecimentos aos meus pais, **Manoel de Jesus** e **Joselita**, por me amarem antes de tudo, por me educarem com carinho, me ensinando qual o caminho que devo seguir sempre com conselhos amorosos. Não queria ter outros pais. Amo vocês.

A toda minha família, em especial as minhas irmãs **Fabiana** e **Lorena** pelo apoio e carinho, aos meus cunhados e sobrinhas, em especial ao meu filho **Pedro Henrique** por tantas ausências, fiz tudo por você em especial.

A te **Gianluigi**, non importa quanta distanza ci separi, i nostri cuori saranno sempre uniti. Ti voglio tanto bene.

Aos meus inestimáveis amigos adquiridos nessa jornada, pelo companheirismo de longa data e amizade sincera.

Ao meu orientador, Prof. Dr. **Lucas Gonçalves da Silva**, pela direção e apoio nessa fase final do curso. Obrigada.

Aos meus professores pelos ensinamentos e apoio indispensáveis nessa caminhada.

Apressa-te a viver bem e pensa que cada dia é,
por si só, uma vida.

Lúcio Aneu Séneca

RESUMO

Esta monografia busca fundamentar e analisar a eficácia horizontal de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Objetivou-se em demonstrar que a eficácia horizontal é a teoria mais conveniente e salutar para a nossa realidade atual. Vê-se que os direitos fundamentais são o cerne material da Constituição de 1988 e que não se limitam apenas a serem direitos de proteção em face do Estado. Para tanto, recorreu-se ao estudo bibliográfico do tema, com ênfase descritiva, explicativa, analítica e interpretativa, visando uma abordagem qualitativa, pautada no método de análise de conteúdo. Constatou-se que a eficácia horizontal necessariamente implica em conflitos de direitos fundamentais, os quais podem ser dirimidos pelo sopesamento. Igualmente que com base na doutrina de Robert Alexy princípios e valores constitucionais são o mesmo, e que a valoração dada pelo operador do Direito é o próprio valor/princípio em si. Além disso, que o preâmbulo da Constituição Federal/88 é a *mens legis* constitucional, no qual há princípios reitores e os objetivos maiores do sistema jurídico que devem pautar o correto sopesamento entre os direitos conflitantes. Conclui-se sob essa perspectiva que alguns fundamentos fortalecem a aceitação da teoria da eficácia imediata no nosso ordenamento jurídico pátrio, bem como as principais doutrinas sobre a problemática, realçando a importância da harmonia entre valoração dada pelo operador do Direito e a valoração já prevista na Carta Magna.

Palavras-chave: Eficácia Horizontal. Direitos Fundamentais. Sopesamento.

ABSTRACT

This graduation thesis is based on a research on the horizontal effect of the Brazilian human rights. Your target is to demonstrate how the horizontal effect is the best theory for your modernity. You can see that human rights are the nucleus of the constitution of 1988 and you can observe that they aren't only a protection from the State. For this reason, you make a recourse to the bibliographic study of the topic, with emphasis descriptive, explanatory, analytical and interpretive, focusing on a qualitative approach, modeled on the method of content analysis. You make mention that the horizontal effect implicate a collision of principles that can only be resolved by balancing.

You can assert, in according to the Robert Alexy doctrine, that the constitutional principles and constitutional values are the same thing and the rights operator's principles estimation is based on the same values/principles.

You study that the foreword of the Constituição Federal/88 is the constitutional "mens legis", there are governing principles and the highest aims in it. These principles must regulate the correct balance between conflicting rights.

You conclude that some basic rules strengthen the acceptance of the direct effect theory in our legal system, as well as the main doctrine on the issue, emphasizing the importance of harmony between the valuation date by the operator of law and the promotion already provided in the Carta Magna.

keywords: Horizontal Effects. Human Rights. Balancing.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ASPECTOS TEÓRICOS.....	14
2.1. Definições Terminológicas.....	14
3. PROGRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
3.1. Perspectiva Histórica.....	20
3.2. Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	23
4. A EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....	26
4.1. Teorias sobre a Constituição e a Teoria Material.....	26
4.2. Princípios da Constituição de 1988.....	36
4.3. Perspectiva Jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais.....	47
4.4. Concepção Geral dos Direitos Fundamentais e a CF/88.....	53
5. CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo tempo na história brasileira. Estabeleceu uma nova ordem jurídica, sedimentaram valores até então apenas sonhados, protegeu direitos fundamentais que há décadas eram suprimidos inescrupulosamente pela ditadura. Contudo, a imensidão de seus propósitos parece que ainda não foi compreendida nem pela sociedade nem pelos Poderes Públicos.

A Constituição já não é mais encarada como antes. Não se trata mais apenas do paradigma jurídico, mas opera como estatuto da coletividade social, dando norte às relações sociais, jurídicas ou não. Alguns resquícios da visão positivista da Carta Maior ainda persistem sinuosamente, porém com muita dificuldade ainda encontram fôlego. Os direitos fundamentais configuram-se como o cerne material da Constituição, e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico. São o coração do sistema. Por um simples silogismo, constata-se que aplicar os direitos fundamentais é o mesmo que obedecer fielmente aos ditames da nova ordem político-jurídico-social instaurada em outubro de 1988.

A realidade brasileira padece ainda de inúmeros males. Não se deve acreditar que todas as mazelas do país serão resolvidas pelas vias judiciais. Entretanto, tem o judiciário grande responsabilidade na luta pela concretização da Constituição e dos seus objetivos. Uma maneira hábil para tanto consiste no desenvolvimento dogmático-jurisprudencial e aplicação da eficácia horizontal de direitos fundamentais. Horizontal, pois atua em um mesmo plano: em ambos os lados, há um indivíduo, titular de direitos fundamentais.

A teoria, como aqui será demonstrada, revela-se como a mais conveniente para o nosso ordenamento, além de se configurar como a mais afinada com o projeto social insculpido na Constituição de 1988. Contudo, essa vinculação dos particulares a certos direitos fundamentais – pois alguns deles são dirigidos exclusivamente ao Estado – e a sua consequente horizontalidade acarreta em conflito entre valores igualmente protegidos pela Carta Maior. Para o solucionamento do choque não cabe a decretação da nulidade de algum direito conflitante. Entra em ação a técnica do sopesamento, a qual definirá qual o peso de cada direito no caso concreto e qual aquele que deve ter prioridade.

Muitos são os fundamentos constitucionais que corroboram a aceitação e a aplicação da teoria da eficácia imediata, tais como a supremacia da Constituição, a

unidade material do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade.

Apesar da relativa pouca exploração do tema na doutrina, a ideia tem demonstrado cada vez mais força e começa a fincar raízes na concepção jurídica dos aplicadores do nosso Direito.

Fundamento pressupõe a ideia de base, sustentáculo, o qual serve de início para algo, seja uma edificação, uma tese ou um sistema jurídico. É impossível que algo se desenvolva e se aprimore complexa e pertinentemente sem a devida observância dos seus fundamentos primeiros.

É fato incontroverso a afirmação de que a Constituição Federal – enquanto norma suprema do ordenamento jurídico – tem como uma de suas primordiais funções a garantia de direitos primários, básicos, os quais protegem os cidadãos da intervenção estatal, ao passo que também lhe garante o adimplemento de necessidades básicas para a manutenção de uma vida humana digna. Tanto assim é que o sempre citado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição.” De acordo com Sarlet, com isso, lançou-se as bases dos núcleos materiais das primeiras constituições escritas, as quais tinham essência liberal-burguesa: a limitação do poder do Estado por meio da instituição de alguns direitos fundamentais e da separação dos poderes¹.

Como veremos adiante, o desenvolvimento dos direitos fundamentais na história manifesta-se como resultado do estabelecimento do que poderíamos designar como “esferas de responsabilidade jurídica estatal”. Isto pode se dar por meio da criação de uma redoma invisível ao redor dos cidadãos e intransponível para o Estado, bem como por meio de imposições de deveres do Poder Público para a sociedade. “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” é, para Konrad Hesse, àquilo que aspiram os direitos fundamentais².

Os grandes estudiosos do tema afirmam reiteradamente que tais direitos revelam carga axiológica altamente densa, além de serem cruciais para a criação e

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.58.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.560.

manutenção do Estado e da sociedade, neles imprimindo o(s) objetivo(s) primordial(ais) insculpidos na Carta Política, sendo o cerne do desenvolvimento da teoria material da Constituição, que veremos oportunamente.

Funcionam ainda como norteadores da ordem constitucional, consignando no bojo da Lei Maior diversos pontos de observância legislativa necessária, para que as disposições infraconstitucionais não venham a macular posteriormente as suas ideias-chaves. Dessa forma, pode-se inferir de que tais direitos podem ser assimilados como as fontes dos ditames maiores da Carta da República, como se fossem verdadeiros princípios dos princípios constitucionais.

Igualmente, é inconteste a constatação de que um Estado precisa necessariamente de cidadãos, os quais carregam e carregarão comumente a língua, os costumes, o passado e o futuro do país. Sem nacionais não há qualquer subsídio para a edificação e/ou manutenção de um Estado. Ressalte-se ainda que a infinita maioria das relações jurídicas ou extrajurídicas existentes nem país advém dos particulares e suas circunstâncias, os quais dão vida ao Estado, contratando serviços entre si, criando cultura e costumes, reformulando a linguagem, gerando novas pessoas e famílias.

A aplicação dos direitos basilares, no tocante à relação entre Estado e cidadão, é obrigatória e facilmente percebida, posto que o próprio Poder Público deve e busca seguir as diretrizes impostas pela Carta da República. É a chamada eficácia vertical, que parte do Estado, superior, com seu poder de império, e o cidadão, abaixo, subordinado aos ditames que a ele cabem obediência. Todavia, no que diz respeito à aplicação entre cidadãos entre si, nas suas relações particulares, é de se questionar pela possibilidade de fundamentação constitucional da eficácia horizontal de direitos fundamentais, além de se perquirir a forma e o alcance dessa vinculação, haja vista que, nos dizeres de Steinmetz, não há uma “evidência constitucional” que defina incontestavelmente a possibilidade ou não dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais³.

Assim, nas relações Estado/Indivíduo temos aquele que reconhece e estabelece os direitos fundamentais contra um destinatário do conteúdo protetivo dessas normas. Desta feita, é pressuposto inicial da concepção de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais o conflito entre os dois ou mais titulares desses

³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.64/65.

direitos. Portanto, indagar sobre a existência dessa horizontalidade significa decidir, ainda de acordo com Steinmetz,

se existe no mundo das relações jurídicas interprivadas (intersubjetivas e plurissubjetivas) uma zona de exclusão de direitos fundamentais. E se as relações entre particulares não forem território livre de direitos fundamentais, então é preciso decidir quais, como e em que medida direitos fundamentais vinculam os partícipes dessas relações.⁴

Mostra-se com base nas lições do professor Robert Alexy, que princípios são valores, e que os valores são a própria valoração tomada por cada um. Assim, realçaremos a ideia de que a valoração pessoal do aplicador do Direito deve submeter-se à valoração já posta e ordenada pela Constituição, sob pena de incursão em análise inconstitucional dos fatos. Pontuaremos também a importância da ideia do sopesamento para o solucionamento dos conflitos entre direitos fundamentais.

Ressalta-se a importantíssima função jurídico-objetiva que os direitos fundamentais encartam, haja vista que não mais funcionam como mera proteção para o cidadão ante o Poder Público, nem como rol de deveres estatais de atuação, mas transcendem para um outro nível, para juntos formarem um sistema valorativo de observância necessária por todos os componentes da sociedade, o que implica na sua assimilação como sendo princípios axiológicos cogentes.

Ademais, almeja-se nesta monografia dissertar sobre o cabimento de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais no Brasil, expondo os fundamentos da nossa Carta da República de 1988 que permitem tal construção, além das teorias da dogmática constitucional que discorrem sobre essa hipótese.

Convém salientar que todos os assuntos que aqui serão levantados, apesar de correrem o risco de serem interpretados *a priori* como provável desvio do objetivo, são, em verdade, fundamentos para o desenvolvimento do tema propriamente dito, na medida em que trarão subsídios para a montagem da ideia final.

⁴ STEINMETZ, Wilson. op.cit., p.36.

2 ASPECTOS TEÓRICOS

2.1 Definições Terminológicas

Conforme Wilson Steinmetz, o tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é relativamente novo na dogmática constitucional mundial – iniciando-se na década de 1950- além de ser também pouco esmerilhada pela jurisprudência⁵. A questão começou a ser levantada na Alemanha, a partir de alguns julgados oriundos do Tribunal Federal do Trabalho, sob influência do juiz Hans Carl Nipperdey, além da célebre decisão proferida pelo tribunal Constitucional no caso Luth, em 1958, que será devidamente examinada ao seu tempo.

Ainda de acordo com Steinmetz, percebe-se que há na literatura especializada (e principalmente na Alemanha, Portugal e Espanha) uma aceitação comum de que determinados direitos fundamentais têm ou devem ter eficácia nas relações jurídicas entre os particulares⁶. Contudo, apesar das recentes monografias atinentes ao problema, não há uma sólida e harmônica construção doutrinária que disserte sobre a forma e a medida dessa eficácia. Tanto assim é que Ingo Sarlet afirma que, apesar de estarmos “em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita”⁷.

Convém que primeiramente se esclareça as razões que orientaram a terminologia aqui empregada, haja vista que existem divergências entre os estudiosos do tema sobre quais seriam as designações mais apropriadas. Contudo, frise-se que não nos aprofundaremos nesta seara, haja vista a enorme capacidade do tema em gerar por si só inúmeras monografias. Assim, bastará para os efeitos deste trabalho a exposição dos principais conceitos doutrinários correlatos ao tema que aqui estudaremos.

A vinculação dos cidadãos a direitos fundamentais ora se apresenta como questão de “vigência”, ora como problema de “validade”, ou mesmo como de “eficácia”. Cada termo indica substâncias jurídicas diferentes, sendo que a utilização indiscriminada de um pelo outro não atenta para a rigidez terminológica necessária para o desenvolvimento de qualquer trabalho correlato ao problema. Filiamo-nos a

⁵ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.31.

⁶ Id. Ibid., p.32.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p.21.

Steinmetz e a Sarlet ao concordarmos que o tema se trata verdadeiramente de indagações sobre a “eficácia”, o que pode facilmente ser constatado já no título deste trabalho.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior – citado por Steinmetz – a vigência é

uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração⁸.

Desta forma, infere-se desta conceituação que, para se constatar empiricamente a vigência de determinada norma, basta se observar se a mesma preencheu os pré-requisitos legislativos no ordenamento, como sua regular promulgação e publicação. É, portanto, o nascimento da norma no mundo jurídico, ainda que não tenha aptidão para deflagrar efeitos regulares, já que uma norma pode ter entrado em vigor sem ser válida, o que é ressaltado por Luís Roberto Barroso⁹.

Para o mestre José Afonso da Silva, mencionado por Sarlet

consiste na qualidade da norma em que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz¹⁰.

A vigência não se confunde com a validade, apesar de terem significados próximos. A validade atém-se aos moldes hierárquicos que a norma deve obedecer, principalmente com relação aos limites impostos pela Carta da República e às funções por ela atribuídas. O desrespeito aos paradigmas constitucionais pela norma inferior indica vícios que impedem sua plena validade, que pode se desdobrar tanto na validade formal quanto na material. A validade formal refere-se ao cumprimento dos rituais de processo legislativo atinentes ao regular nascimento da norma, bem como a competência pessoal e material do órgão deflagrador de sua elaboração. A validade material, de acordo com Steinmetz, “é determinar pela não contradição entre o conteúdo da norma inferior e o de norma(s) superior(s)”¹¹.

De fato, a simples existência dos mecanismos de controle de constitucionalidade traduz-se na demonstração inocente de que nem toda norma

⁸ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.40.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang .op. cit., p.236.

¹⁰ Id. Ibid., p.236.

¹¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.41.

¹² Id. Ibid., p.42.

vigente é perfeitamente válida, já que basta haver, *verbi gratia*, no bojo da lei infraconstitucional, a violação de algum princípio ou garantia fundamental para se constatar os vícios da disposição específica.

A eficácia, por seu turno, é a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos. Para Steinmetz, “é o predicado da norma que se refere à capacidade técnica de produzir efeitos jurídicos”¹². Aqui cabem algumas considerações importantes.

Percebe-se na doutrina embates a respeito das múltiplas facetas que a eficácia de uma norma pode apresentar.

Segundo Sarlet, para José Afonso da Silva, é preciso se distinguir a “eficácia social” e a “eficácia jurídica” da norma, sendo que esta última, para o aludido professor, significa “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados”. Já a “eficácia social” seria o mesmo que “efetividade”¹³. Para Luís Roberto Barroso, citado por Sarlet, a efetividade é a concretização do Direito em sua função social, na medida em que materializa no mundo fático os preceitos legais.¹⁴

Ressalta-se ainda que o conceito de “aplicabilidade” é também amplamente difundido, e há quem entenda que “eficácia”, “aplicabilidade” e “executoriedade” da lei são a mesma coisa. Outros, como é o caso de José Afonso da Silva, assimilam diferentemente, separando os significados desses termos, apesar do ilustre autor não dissecar com rigorosa precisão lógica sua conceituação.¹⁵ Particularmente, diante do impasse sobre a precisão da ideia da “aplicabilidade”, assimilamos o termo como sendo referente à possibilidade de determinada norma juridicamente eficaz ser saudavelmente praticável no caso concreto. Explica-se.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang .op. cit., p.237.

¹⁴ Id. Ibid., p. 237.

¹⁵ Nesse sentido, interessante são as observações de Wilson Steinmetz sobre as clássicas definições de Afonso da Silva na sua obra Aplicabilidade das normas constitucionais: para ele, o renomado constitucionalista criou tautologias para a definição de “aplicabilidade”. Tautologia é dizer aquilo que já está dito, não ampliando o conceito a ser explicado. Exemplo factível: tem-se uma tautologia quando, ao se perguntar a uma criança por que os pássaros voam, ela responder que voam “porque são pássaros”. Muitíssimo longe de afirmar que o mestre José Afonso da Silva seja (ou tenha escrito como se fosse) uma criança, mas sua explicação para “aplicabilidade” revela-se fatalmente como uma tautologia, conforme salientou Steinmetz. Para José Afonso da Silva, a “aplicabilidade significa qualidade daquilo que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Assim, conclui-se que não há qualquer razão para se distinguir eficácia de aplicabilidade. Para mais, Id. Ibid., p.45.

Conforme os excertos doutrinários aqui já postos, a norma quando é juridicamente eficaz pressupõe o cumprimento de uma série de elementos anteriores indispensáveis a sua regular permanência no ordenamento legal. Assim, uma lei juridicamente eficaz indica que a mesma também é vigente e válida (formal e materialmente). Acontece que é totalmente possível que, em alguns casos práticos, essa mesma lei eficaz, válida e vigente (e que com quase absoluta certeza se verificará não ser a única aplicável ao problema), ao se ponderar as consequências de sua possível concretização, não se revele como sendo a melhor escolha a fazer.

Exemplificando, feita a pesquisa sobre os fatos e o sopesamento do direito a ser finalmente emoldurado à situação, pode-se, diante da possível engendração de resultados não convenientes à sociedade, concluir pela não aplicação daquela norma. Sendo certo que uma infinidade de circunstâncias podem ser reputadas pelo(s) aplicador(es) como sendo “inconvenientes”, fato é que nos parece, sem maiores conturbações, que o conceito de aplicabilidade está umbilicalmente ligado às “previsões jurídicas” oriundas da aplicação de uma norma qualquer.¹⁶

Portanto, reconhecemos, juntamente com a doutrina dominante, a íntima conexão entre as ideias de “eficácia jurídica” e “aplicabilidade”, apesar de cada uma possuir nuances peculiares que as separe. Esta, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, “é um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia”.¹⁷ Para os efeitos deste trabalho, sempre que nos referimos a uma norma eficaz significará que a mesma também possui aplicabilidade plena, desde que nenhuma ressalva em contrário seja tecida.

Com relação ao predicado jurídico da “eficácia social” ou “efetividade”, é de se salientar que não obstante o profícuo desenvolvimento doutrinário – que por muitas vezes não é pacífico – observa-se, porém, certa concordância no que tange aos elementos que aproximam as ideias de “eficiência social” (efetividade) e a “eficiência jurídica”, sendo esta pressuposto da primeira, como se fossem dois lados de uma mesma moeda, conforme ensina Sarlet.¹⁸

¹⁶ A questão da modulação dos efeitos legais no controle de constitucionalidade parece-nos ser exemplo pertinente disto que afirmamos. Por vezes, o Supremo Tribunal Federal decide pela alteração da regra *ex nunc* das declarações de inconstitucionalidade, ora determinando o caráter *ex tunc* das decisões, ora chegando até a inovar na modulação, atribuindo condições específicas para o início da eficácia dos julgados conforme aquilo que o caso demande. Leia-se o artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang .op. cit., p.239.

¹⁸ Id. Ibid., p. 238/ 239.

¹⁹ Id. Ibid., p.240.

São diferentes pontos de vista de um mesmo fenômeno jurídico, o que torna forçoso reconhecer que toda e qualquer norma jurídica precisa necessariamente atentar para ambas as facetas do predicado “eficácia”, caso queira verdadeiramente ser concretizada na sociedade.¹⁹ É de se notar, todavia, que podem existir normas juridicamente eficazes, ou seja, aptas para a produção de efeitos jurídicos, mas que, em certas situações, não demonstre eficácia social (efetividade), na medida em que não se materializam com sucesso no mundo fático.

Portanto, vital é a definição de Ingo Sarlet para “eficácia jurídica”: esta é a “possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”²⁰.

Assim, a problemática da eficácia horizontal de direitos fundamentais não pode ser uma questão de “validade”, já que as normas definidoras de direitos fundamentais são insculpidas no bojo da própria Constituição. Como a “validade” indica a consonância formal e material em relação à Lei Maior, não há sentido de se divagar sobre a pertinência constitucional de normas que são, para o mestre Paulo Bonavides, nada menos que “a alma das Constituições”.

Não se trata, do mesmo modo, de uma questão de “vigência” de direitos fundamentais nas relações privadas, posto que esse predicado remeta à regular inserção da norma no mundo jurídico. Ocorre que há direitos fundamentais que são naturalmente dirigidos para o Poder Estatal, e para ele tão somente, sendo ilógico querer interligá-los entre cidadãos, como o caso dos direitos de nacionalidade, conforme Steinmetz ensina.²¹ Poderíamos inserir neste rol de exemplos os direitos fundamentais insertos no artigo 5º da Constituição Federal, incisos XXXIII²² e XXXV²³. Outros direitos possuem caráter típico de norma programática, pois contêm mandamentos para o legislador infraconstitucional, tais como as normas dos incisos XXXII²⁴, LXXIV²⁵ e XLV²⁶.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.590.

²¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.50.

²² Art. 5º, XXXIII – Todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

²³ Art. 5º, XXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

²⁴ Art. 5º, XXXII- “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Não se discute a vigência dessas disposições de direitos fundamentais. Contudo, mesmo sendo plenamente vigentes, não são passíveis de aplicação nas relações privadas, o que implicaria, em síntese, na conclusão de que as mesmas são vigentes em um âmbito mas não em outro. Não há uma terceira opção: a norma não pode ser e não ser vigente ao mesmo tempo, o que demonstra que o tema não se clarifica com o uso do predicado de “vigência” dos direitos fundamentais.²⁷

Por derradeiro, realçamos que o presente trabalho visa averiguar a possibilidade da eficácia horizontal de direitos fundamentais, e não dos direitos fundamentais, haja vista que, conforme já dito, não são todas as normas dessa estirpe que comportam requerimentos dos cidadãos entre si, mas apenas cabem nas relações verticais (Estado e indivíduo). A preposição escolhida, remete a um grupo mais restrito do que o qual aquele outro indica.

Filiamo-nos a Steinmetz ao defender a pertinência e suficiência da expressão “eficácia horizontal”, que merece aqui a nossa transcrição:

Aqui, tem-se como apropriado o uso da expressão ‘eficácia horizontal’, porque entende-se que a horizontalidade da relação entre particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (I) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (II) direitos e obrigações, nas relações que mantêm entre si, são regidos, de modo preponderante, pelo direito privado; (III) no âmbito dos negócios jurídicos e de outros atos jurídicos da vida privada, a autonomia privada, que é a faculdade de livremente autodeterminar-se e autovincular-se para a consecução do auto interesse, opera como princípio fundamental; (IV) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, por que essa competência é exclusiva do Estado. Em suma, do ponto de vista jurídico-formal, os particulares estão em um mesmo “horizonte”²⁸

Concluimos, então, pela adequação do termo “eficácia” na problemática aqui analisada. A eficácia pode perfeitamente possuir níveis de graduação, ao contrário dos outros elementos. Ademais, as diversas adjetivações que podem agregar-se ao termo (“social”, “externa”, “privada”, “horizontal”, “frente a terceiros”) mostram as inúmeras facetas que a ideia pode representar diante de um mesmo fenômeno jurídico sem que se desfigure seu substrato²⁹.

²⁵ Art. 5º, LXXIV – “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

²⁶ Art. 5º, XLV – “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

²⁷ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.51.

²⁸ Id. Ibid., p. 58.

²⁹ Para completo panorama sobre as variadas possibilidades, Id. Ibid., p. 40/50.

3 PROGRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Perspectiva Histórica

A marcha do reconhecimento dos direitos fundamentais desde seus primeiros esboços filosóficos e jurídicos até o reconhecimento positivado nas primeiras cartas constitucionais passa por três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que equivale ao período de elaboração da doutrina jus naturalista e da afirmação dos direitos imanentes ao ser humano; c) a fase da efetiva inserção dos direitos fundamentais nos documentos jurídicos, iniciada em 1776 com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados norte-americanos, conforme ensina K. Stern, citado por Sarlet³⁰.

Assim como a grandíssima maioria das concepções protetoras do ser humano em geral, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade entre os homens, encontram berço nos ideias da filosofia greco-romana, além de forte inspiração no pensamento doutrinário cristão.

No Torá judaica – que é composta pelos cinco primeiros livros do Antigo Testamento Bíblico³¹ - o homem é obra direta do Criador, o qual fora moldado à imagem e semelhante de Deus, forjado do pó da terra, recebendo sopro de vida nas narinas.³² Com o nascimento de Cristo³³, essa noção é ainda mais reforçada pela sua declaração de que “amar a Deus acima de todas as coisas” e “amar ao próximo como a ti mesmo” resumiria toda a imensidão das disposições da Torá e dos ensinamentos dos profetas.³⁴ Tal noção é fortemente ratificada que Cristo chegou a afirmar que um simples gesto de compaixão e bondade feito a alguém equivaleria a uma caridade feita ao próprio Cristo, bem como que o desprezo deliberado por qualquer indivíduo significaria uma rejeição ao próprio Jesus.³⁵

Na Idade Média, brotou a ideia da existência de postulados que pairariam acima dos textos, os quais atuariam como critérios de legitimação de sua própria

³⁰ SARLET. Ingo Wolfgang.op.cit.,p.58.

³¹ São os livros de Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio.

³² Livro de Gênesis, cap.2, verso 7, Bíblia Sagrada.

³³ Não olvidar que o próprio Jesus era judeu. Daí a menção ao seu reforço da essência da mensagem insculpida na Lei Mosaica.

³⁴ Livro de Mateus, cap.22, verso 34 ao 40.

³⁵ Livro de Mateus, cap. 25, verso 31 ao 46.

aplicação. Santo Tomás de Aquino tratou de asseverar a existência de duas ordens distintas de justiça, uma formada pelo Direito Natural, e outra pelo Direito Positivo. Segundo Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida, para Tomás de Aquino, “o que é justo por natureza não pode estar plenamente contido no direito. O direito não é justiça, a maior das virtudes, mas busca a realização da justiça”³⁶.

A doutrina jusnaturalista, a partir do século XVI, sobretudo nos séculos XVII e XVIII, alcança o ápice de seu desenvolvimento. Segundo Bittar e Almeida, com o jusnaturalismo, Deus desocupa o centro das emanações das produções jurídicas, haja vista que, independentemente do credo religioso do indivíduo, todos possuem o entendimento racional da ordem das coisas, discernindo entre o pensamento teocêntrico para o antropocêntrico, visto que, conforme a máxima de um dos expoentes da Escola Clássica do Direito Natural, o holandês Hugo Grócio, “o Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas”³⁷.

Nesta trilha, além de Grócio, Samuel Pufendorf, John Locke e Thomas Hobbes fortaleceram a ideia de direitos naturais do homem inalienáveis, como a vida, a liberdade, a propriedade e a resistência. A contribuição de John Locke revela-nos altamente pertinente, pelo que pedimos *vênia* para transcrição literal de Bittar e Almeida sobre o filósofo inglês:

A originalidade da obra de Locke está em sua radical defesa pelos direitos naturais, que não são inatos, mas de fácil apreensão pela razão e não podem ser desrespeitados pelo estado civil que é instituído, exatamente, com o intuito de assegurar sua proteção. A sociedade é, então, apenas o artifício para manter-se os direitos naturais, e não pode corrompe-los, desvirtua-los ou suprimi-los.³⁸

Todavia, é com Immanuel Kant que a construção da concepção de postulados suprapositivos ganha robustez e densificação. Para ele, a existência do imperativo categórico deveria comandar todas as movimentações da vida humana, ao ponto de ser plenamente capaz de irradiar-se sobre todos os indivíduos no mundo, agindo como um norte comum nas ações e relações humanas, jurídicas ou não. De acordo com Bittar e Almeida, o imperativo categórico de Kant é este: “Age

³⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 204.

³⁷ Id. Ibid., p.228 / 236.

³⁸ Id. Ibid., p. 234.

de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal³⁹.

Assim sendo, o imperativo possui natureza a priori, não derivando da experiência, mas da própria Razão, a qual seria conveniente e suficientemente capaz de regulamentar a legislação própria de cada ser humano. Contudo, essa auto determinação humana jamais feriria a liberdade do outro, mas teria automaticamente um respeito para com a esfera de liberdade do próximo a tal ponto que conviveria em perfeita harmonia com todos, independentemente de estipulações estatais. É dizer: cada homem se autodeterminaria já ciente dos limites estabelecidos pela esfera pessoal dos demais. Desta feita, a razão humana passa a ser, agora com mais convicção e solidificação, o centro propulsor do Direito, o que acabou por iniciar um distanciamento do jusnaturalismo para uma aproximação com o racionalismo.

Essencial é a sintetização de Norberto Bobbio sobre a função do Direito para o filósofo de Königsberg, pelo que merece nossa menção:

sua função não é de prescrever este ou aquele dever substancial com relação aos sujeitos dos vários arbítrios, mas de prescrever-lhes a maneira de coexistir, ou seja, as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros. De fato, podemos dizer que, segundo Kant, o direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios dos simples. Enquanto tal, é a condição ou o conjunto das condições segundo as quais os homens podem conviver entre si, ou o limite da liberdade de cada um, de maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal. Finalmente, o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade de um não se transforma numa não-liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele⁴⁰.

O primeiro esboço histórico dos direitos fundamentais encontra-se na *Magna Charta Libertatum*, que foi um acordo firmado entre o rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses em 1215. Conforme Sarlet, apesar desse documento não ter servido para assegurar e estender garantias em prol dos cidadãos em geral, funcionou como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade⁴¹.

Ainda na Inglaterra, as declarações do século XVII fizeram com que alguns direitos fundamentais já conhecidos à época abarcassem todos os cidadãos,

³⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. op. cit.; p. 271.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fialt. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 114.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit.; p.41.

limitando cada vez mais o poder monárquico em face do Parlamento. Nesse ponto, merece destaque a *Petition of Right*, de 1628, firmado por Carlos I, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento. Aqui a concepção de direitos fundamentais começa a se enraizar nos ideais políticos europeus; todavia, esta positivação dos direitos e liberdades civis na Inglaterra não pode ser considerada como marco inicial dos direitos basilares, posto que não houve sua devida constitucionalização, mas apenas uma “fundamentalização”⁴².

Filhos da Grã-Bretanha, os primeiros Estados norte-americanos incorporaram em seus textos políticos iniciais a marca do reconhecimento expresso e positivado dos direitos fundamentais, sobretudo a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, a qual, entre outras, abria margem para a vinculação de todos os poderes públicos, consignando ainda a impossibilidade de qualquer privação ou redução legislativa posterior⁴³. Assim, os direitos naturais do homem, tão acuradamente desenvolvidos na idade média e séculos XVII e XVIII, agora ganham força e caráter jurídicos.

Nesta senda, também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, resultante da Revolução Francesa, representa um marco vital na consolidação dos direitos fundamentais na história. Destaque para o fato de que as disposições lá percebidas, profundamente inspiradas pelos ideais jusnaturalistas, destacando sua pretensão de abrangência universal, e não de apenas certas classes sociais⁴⁴.

3.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

É preferência da doutrina hodierna a utilização do termo “dimensões” de direitos fundamentais ao invés de “gerações”, pois este termo traduz a ideia de substituição de uma geração por outra. Afirma Sarlet que

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit.; p.43.

⁴³ *Declaration of Rights* de Virgínia, art. 1º: “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem em estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, provar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”, em STEINMETZ, Wilson. op. cit.; p.68.

⁴⁴ Id. Ibid., p.44.

com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais⁴⁵.

A primeira dimensão de direitos fundamentais possui caráter do movimento social que deflagrou: a Revolução Francesa, que rompeu com o antigo regime e estabeleceu postulados de essência liberal-bruguesa, além de também emprestar seu lema – liberdade, igualdade e fraternidade – às dimensões de direitos fundamentais que viriam.

Podem ser designados como direitos de cunho “negativo”, pois demarcaram uma esfera jurídica intransponível de cada particular. Desta forma, vedou-se a intromissão do Poder Público nos pontos que hoje são indiscutíveis, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada e à igualdade formal (ou seja, perante a lei). Por esta razão, são de igual modo comumente intitulados de direitos de liberdade. Para Paulo Bonavides, esta primeira dimensão traça direitos que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico”⁴⁶.

A próxima dimensão – que traçou do direitos da igualdade – que refletiu a preocupação de impelir o Estado a promover ativamente o preenchimento de certas necessidades sociais, as quais não se adimpliriam com a simples abstenção outrora garantida. Era preciso uma postura proativa, não-inerte. Como salientou Bonavides, “os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade”.⁴⁷ Sendo assim, não se tratava mais de liberdade perante o Estado, mas liberdade por intermédio do Estado, como salienta Sarlet⁴⁸.

A terceira dimensão, que trouxe à lume os chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade, modificam o destinatário das normas de direitos fundamentais. Assim, nessa fase, as normas desprendem-se inicialmente “da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família,

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit.; p.45.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.562/563.

⁴⁷ Id. Ibid., p.565.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.47.

povo, nação)⁴⁹. Alguns dos direitos conjuntamente referidos pela doutrina são os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, o direito à conservação e uso do patrimônio público e à comunicação⁵⁰.

Neste contexto, Sarlet cita o escólio de Perez Luno, o qual afirma que essa dimensão originou-se como reação ao fenômeno da “poluição das liberdades”, que seriam uma compressão estatal dos direitos fundamentais em face do advento das novas tecnologias. Desta forma, o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, tal qual o direito de liberdade de informática nada mais são do que movimentos jurídicos protetores da liberdade humana enquanto perpetrada pelos meios cibernéticos ou por eles afetados.

Ocorre que, como frisa Sarlet, questiona-se fortemente a própria reputação dos mesmos como sendo de fato direitos fundamentais, pois sua titularidade demonstra-se, na sua grande maioria, como indefinível⁵¹. Apenas a título de exemplo: contra quem o cidadão deve fazer valer seu direito basilar a um meio ambiente saudável? Contra o Município, ou mesmo a União? Contra as grandes pessoas jurídicas poluidoras? Contra seu vizinho que costuma jogar lixo na cabeceira do riacho? Ou contra todos esses, em litisconsórcio passivo?

A história mundial, a qual registra as inovações tecnológicas e reformulações de paradigmas morais e culturais, acabou por despertar o gênero humano para a cautela que era (e ainda é) devida a certos riscos até então nunca notados. O Homem, enquanto ser dotado de racionalidade e moral parece despir-se destas características que lhe são singulares quando se trata de conter sua própria capacidade para criar, e, sobretudo para destruir. Convém destacar afirmação de Bonavides:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em face de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade. Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade⁵².

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.48.

⁵⁰ Id. Ibid., p.48.

⁵¹ Id. Ibid., p.49.

⁵² BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.569.

Alguns estudiosos – e no Brasil ergue-se como desbravador deste ideal o professor Paulo Bonavides – declaram que a universalização prática e concerta de todas as dimensões dos direitos fundamentais desembocariam no reconhecimento de uma quarta dimensão, que pugnaria, *verbi gratia*, pelos direitos fundamentais à democracia, à informação ao pluralismo, entre (poucos) outros. Essa democracia a que se refere o constitucionalista cearense “há de ser, de necessidade, uma democracia direta”, a qual já teria hoje seus requisitos tecnológicos à disposição, bem como o contexto apropriado para vingar, a saber, as aberturas pluralistas do sistema estatal⁵³.

Ocorre que a formulação de uma quarta dimensão de direitos fundamentais ainda não é compartilhada por boa parte da doutrina mundial, haja vista que as metas por ela almejadas encontram ainda dificuldade de assimilação. Sarlet sintetiza a questão, ao expressar que essa pretensa quarta dimensão de direitos fundamentais não passa, por exemplo, de uma “justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica”⁵⁴.

Não devemos olvidar, a despeito dessa constatação, de que todos os ideais jurídicos que estão positivados foram outrora meras elucubrações filosóficas e esboços “proféticos” dos pensadores que os idealizaram. Assim, em nada se vislumbra numa quarta dimensão de direitos fundamentais impossibilidades prévias tamanhas que obstem sua própria concretização.

4 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

4.1 Teorias sobre a Constituição e a Teoria Material

Inúmeras são as concepções passíveis de tentar explicar o que vem a ser uma Constituição. Pode-se perfeitamente mostrar toda uma biblioteca somente com obras colimadas para a explanação do tema. Todas as conceituações naturalmente priorizam a visão da Carta Maior sob o seu prisma característico. Assim, as teorias sociológicas sobre a Constituição irão dissertar a partir do ponto de vista da

⁵³ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.571.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.51

assimilação e repercussão da Lei sobre o corpo social; as teorias políticas darão primazia aos contornos e aspectos políticos, e assim sucessivamente.

Nos dizeres do mestre Bonavides, o termo “Constituição” abarca uma gradação de significados, os quais podem apontar tanto para significados mais largos como para outros mais específicos, como no caso do uso da palavra quando se quer fazer referência aos caracteres peculiares de algo, ou ainda no sentido político, o qual é rotineiramente comentado pelos juristas⁵⁵.

Há muito que se questiona sobre o que seja uma Constituição. Ferdinand Lassale, ao iniciar a palestra que deu origem a sua célebre obra, indaga de pronto o que significa uma Constituição⁵⁶. Ao longo do seu discurso, usa de exemplos e situações hipotéticas para demonstrar que, mesmo que todas as leis do seu país fossem destruídas – de forma que não se encontrasse mais um único exemplar das leis e da própria Constituição – alguns limites concretos revelar-se-iam existentes de imediato, com pujança e solidez dignas de um verdadeiro mandamento constitucional.

Declara que a Constituição é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. A partir do momento em que as verdadeiras forças controladoras do país passam a ter guarida na “folha de papel” da Constituição, absorvendo características jurídicas positivadas, nesse momento então, os fatores de poder se tornam Direito através das inúmeras instituições jurídicas resultantes dessa “transmutação”.

Devemos destacar: a palestra ministrada por Ferdinand Lassale em 16 de Abril de 1862 não trouxe à lume críticas inovadoras para à época, mas tratou de sintetizar todo um conjunto de manifestações que combatiam uma corrente tanto formal quanto abstrativista dos estudos sobre as Constituições. Assim, Lassale proferiu suas palavras “buscando assim explicar cientificamente, de modo deveras percursor, o fracasso da Constituição inspirada por dogmas meramente jurídicos e normativos”⁵⁷.

De fato, as considerações realizadas por Lassale revelam uma elevada carga de irresignação contra o ideal meramente positivista do que seria a Carta

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. op. cit.; p.80.

⁵⁶ LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Disponível em: < [http:// www.ebooksbrasil.com](http://www.ebooksbrasil.com)>. Acessado em: 10 jul. 2014.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.96.

Constitucional. Ademais, as críticas por ele tecidas demonstram o alto nível de absorção da realidade sócio política do seu país, a Prússia.

O referido autor, por meio de diversas ilustrações altamente factíveis, conseguiu transmitir a mensagem de que há em uma nação diversos centros concentradores de poder. Não um poder institucionalizado, juridicizado, mas diluído, difuso, invisível aos olhos estatais, tais como a aristocracia, a grande burguesia, o operariado e os banqueiros.

Grande destaque na história do Direito mundial é devido também ao positivismo jurídico, ensinado por juristas consagrados da chamada Escola de Viena.

A escola positivista, que teve como representante máximo Hans Kelsen, primava pelo esmero e dedicação quase obsessivos pela letra da Lei. O ânimo formalista dessa escola era o de tentar expurgar da Ciência do Direito todos os elementos que lhe fossem estranhos⁵⁸. Para tanto, tolhia-se ao máximo quaisquer concepções que não se encaixassem nos padrões da metodologia das ciências exatas. Para os positivistas, o Direito somente trataria de questões normativas, insculpidas nos textos legais. Fora da norma, não haveria Direito; daí a origem da sua rotulação. Conforme Bittar e Almeida,

é a colocação da realidade fática como único objeto merecedor de consideração por parte da Ciência Jurídica que faz com que a razão de ser do positivismo jurídico reduza-se à compreensão da norma e do sistema jurídico no qual ela está inserida. De fato, será o reducionismo uma característica fundamental dos positivistas⁵⁹.

Os adeptos dessa escola doutrinária proclamavam que a Constituição seria apenas uma “lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos”, segundo ensina Bonavides⁶⁰. O sistema normativo seria perfeitamente hermético e pleno, sem qualquer necessidade de complementação cognoscitiva de algum outro ramo do saber humano. O ordenamento jurídico seria autônomo por natureza, um ideal pleno em si mesmo. Seria o alfa e ômega de si próprio. Assim, não havia espaços para a utilização de conhecimentos sociológicos, filosóficos, políticos, éticos e afins.

⁵⁸ Daí o nome da obra que suficientemente representa todo o movimento, a saber, a Teoria Pura do Direito, de Kelsen.

⁵⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. op. cit., p.328.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.171.

A célebre pirâmide jurídica Kelseniana revelaria os degraus hierárquicos e existenciais do ordenamento, de forma que a Constituição seria o cume do edifício. Toda a legislação abaixo dela deveria manter pontos de interligação formal entre o topo da pirâmide, instaurando a ideia do encadeamento lógico necessário ascendente. É dizer: as normas da base devem ter conformação total com a Constituição e todas as outras leis posicionadas acima, o que limitava o aplicador do Direito (?)⁶¹ a, de forma cartesiana, verificar a validade das leis inferiores com aquelas localizadas acima na pirâmide.

Ocorre que, partindo de normas inseridas na parte baixa do edifício Kelseniano, a regressão ascendente em busca de sua validade jurídica seria infinita, haja vista, que toda norma teria um pressuposto validante anterior⁶². O problema seria solucionado pela “norma fundamental”, a qual seria todo o ordenamento e responderia por toda a validez maior do sistema.

A princípio, deduzir-se-ia que esta, seria a Constituição a qual conhecemos; todavia, não é⁶³. Como ensinam Bittar e Almeida, a norma fundamental seria apenas um pressuposto lógico do sistema, inexistindo tanto histórico como fisicamente. Sua matéria seria tão somente lógica, como meio de interromper o regresso *ad infinitum* do movimento perquiridor da validade normativa⁶⁴.

Aqui encontramos o que é, para nós, o grande disparate da formulação positiva de Hans Kelsen. A essência maior do ideal da Escola de Viena é a primazia absoluta e irrestrita da norma jurídica em relação a todo outro e qualquer conhecimento que possa ser rotulado como “não jurídico”. A sua metodologia científica cartesiana, lógico-dedutiva, é o que dá direcionamento aos seus estudos. As lentes pelas quais enxergam o Direito são preenchida pelo causalismo

⁶¹ Deixamos propositadamente este ponto de interrogação para manifestar tacitamente a ideia de que, nos moldes positivistas, a lei era compulsivamente idolatrada e estudada, e tudo a pretexto de ser corretamente aplicada. Ocorre que a Lei não abarca o Direito, mas sim o Direito que, por ser infinitamente maior, abarca a Lei. Assim, entendemos que a atuação jurisdicional Kelseniana fazia de tudo, menos aplicar o Direito.

⁶² Exemplifica-se: uma regulamentação presidencial sobre artigo de lei que preveja o uso de determinados materiais de construção civil deve, obrigatoriamente, estar em consonância com o artigo que regulamente e com essa mesma lei. Essa lei, por sua vez, deve estar de acordo com as disposições do Código Civil vigente. Por fim, esse Código precisa estar em harmonia com os mandamentos da Constituição, que é a fonte de validade de todo o ordenamento.

⁶³ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em nota adicional presente na obra de Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida, a questão sobre o que seria a “norma fundamental” da concepção do mestre de Viena paira sem respostas. Poderia ser um ato ou um fato de poder, um princípio lógico, uma construção histórica, entre outras. Para mais, ver BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. op. cit., p.339.

⁶⁴ Id. Ibid., p.338/339.

científico⁶⁵. Tamanha fixação pela “racionalização pura” do Direito desembocou na ideia de que apenas a busca pela validade da norma (nos moldes já comentados) bastaria para o correto desempenho da atividade jurisdicional.

Acontece que a Constituição, que dentro da engendração positivista – que poderia perfeitamente figurar como ápice indiscutível e “sagrado” de todo(s) o(s) sistema(s) jurídico(s) – é relegada a segundo plano na importância do sistema, haja vista que ela não seria o fundamento maior do ordenamento. Ao invés disso, a Constituição perderia seu lugar de lastro supremo para uma suposta “norma fundamental”, de comprovação jamais verificada. Em outros termos: no positivismo, ninguém precisa dizer com precisão o que ela é, mas apenas concebê-la como barreira abstratamente concebida para impedir o colapso lógico de seu desenvolvimento causalista⁶⁶.

Outro traço marcante seu é a completa distinção entre Estado e sociedade. Localizando-se em polos opostos, como se aquele não fosse formado e sustentado pelos integrantes do povo. Ressalte-se ainda a identificação conjunta feita entre o sentido formal e o material da Constituição, que não dissociava os dois aspectos, gerada pelo “fruto da confiança otimista dos positivistas”, conforme Bonavides relata⁶⁷.

Inocência Mártires Coelho aponta ainda a existência de diversas outras concepções sobre a Constituição. Uma delas a trata como processo político, ideia esta desenvolvida pelo professor germânico Peter Haberle. Para este,

a constituição escrita é como ordem-quadro da República, uma lei necessária mas fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação, do que decorre, por outro lado, que a verdadeira Constituição será resultado – sempre temporário e historicamente condicionado – de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade⁶⁸.

Esse processo de interpretação alhures citado faria parte da mecânica típica de uma sociedade aberta e pluralista, onde os cidadãos influenciariam na hermenêutica e no manejo da Constituição, manifestando verdadeira democracia.

⁶⁵ É dizer: para cada causa, há um efeito correspondente. De igual forma, não há efeito sem causa. A aglutinação do estudo de diversos efeitos poderia deflagrar na descoberta das causas originárias do fenômeno estudado, possibilitando a sistematização e o desenvolvimento crescente do conhecimento. Essa é, em grosso modo, a conceituação daquilo que hoje entendemos por “Ciência”.

⁶⁶ Ou seja, existe porque precisa existir; caso contrário, todo o ideário está errado.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.172.

⁶⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência; BRANCO, Paulo. Curso de direito constitucional.4.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.7.

Ainda conforme Coelho há a perspectiva da Constituição enquanto legitimação do poder soberano segundo a ideia de Direito, que fora arquitetada por Georges Burdeau. A lei maior seria o estatuto do poder, judicializando aquilo que Lassale chamou de “fatores reais de poder”, insculpindo-os na Carta Política. Assim, a Constituição seria a criadora do Estado de Direito, pois

se antes dela o poder é mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas que o disputam, com a Constituição esse poder muda de natureza, para se converter em Poder de Direito, desencarnado e despersonalizado⁶⁹.

Ressalta-se também a moderna contribuição de Konrad Hesse, que desenvolveu a ideia de Constituição como “ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”⁷⁰. Esse alvo somente se alcançaria devido a capacidade da Lei Maior de moldar a unidade política e a atuação estatal por meio de princípios, além de fixar os postulados gerais da ordem jurídica, visando a resolução dos conflitos internos⁷¹.

Como reação ao extremismo desenvolvido pela escola positivista, despontou, entre outras, a teoria constitucional de Carl Schmitt. Este elaborou uma separação entre a “constituição” e a “lei da Constituição”, o que deveria ser, para ele o ponto de partida de todo estudo sobre a Carta Magna. Para Schmitt, a “Constituição” seria a escolha política da nação; consubstanciar-se-ia na essência mais densa do Estado, onde constariam todas as matérias reitoras da construção e manutenção da ordem político-jurídica do país.

Segundo Bonavides, a Constituição, para Schmitt, diante da sua magnitude axiológica, não caberia em nenhuma lei ou norma, e seriam exatamente isso que diversificaria os dois elementos. A “lei da Constituição” cuidaria, por sua vez, de estipular os procedimentos jurídicos e as mecânicas necessárias para a elaboração de todo e qualquer sistema jurídico.

Trataremos agora de, a partir da conceituação teórica colacionada anteriormente, analisar brevemente a Carta da República Brasileira de 1988⁷².

⁶⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. op. cit., p.10.

⁷⁰ Id. Ibid., p.11.

⁷¹ Id. Ibid., p.11.

⁷² Faremos posteriormente um estudo mais detido sobre a Constituição/88 com base nos moldes da teoria material da Constituição. Aqui trataremos apenas de delinear os paradigmas iniciais cabíveis.

Conforme a teoria material da Constituição, esta é muito maior e mais complexa do que primeiramente se possa parecer. Emerge da sintetização que a nossa verdadeira Constituição não se resume ao texto promulgado em 05 de outubro de 1988 pela nossa Assembleia Constituinte. De fato, o texto normativo ali inserido apenas seria a exteriorização da verdadeira Constituição Brasileira, posto que essa, por sua grandeza, não poderia ser totalmente abarcada por nenhuma codificação.

É cediço o conhecimento da situação política e social que margeou a elaboração da Constituição Federal de 1988, pelo que não descreveremos aqui⁷³. Notória é a percepção da preocupação da Assembleia Constituinte e da sociedade em geral em renovar o quadro em que o país se encontrava.

A Carta Política vigente inicia-se com o preâmbulo. A doutrina realça a força hermenêutica dos Preâmbulos Constitucionais na medida em que operam como vetor da interpretação da Carta. Conforme salienta Inocêncio Coelho – em obra lavrada juntamente com Gilmar Mendes e Paulo Branco – lá encontramos a expressão do mandato popular outorgado à Assembleia para redigir a nova Lei Maior. Tamanha importância impeliu Peter Haberle a declarar que sua função seria a de “Constituição da Constituição”, funcionando ainda como “pontes no tempo” para trazer à lume a vontade jurídica que impelia a formação do Texto⁷⁴.

Ora, o preâmbulo, de fato, espelha o espírito alavancador da Assembleia Constituinte, a qual elaborou o novel paradigma jurídico-político-social do país. É uma tomada de posição, um direcionamento consensual de todo o povo, que, devidamente representado, homologa o estabelecimento de um novo sistema. Entendemos que é aqui onde se avista com maior facilidade a “Constituição” oriunda da doutrinação de Carl Schmitt.

Ao se observar a parte introdutória da Constituição/88, vislumbra-se o espírito que imbuía os trabalhos,

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a segurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁷³ Apenas a retratação histórica das Constituições brasileiras ofereceria subsídios para a confecção de um sem-número de monografias.

⁷⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. op.cit., p.28/29.

Primeiramente, devemos dissecar, ainda que brevemente os pontos vitais dos dizeres preambulares da Constituição/88.

A Assembleia Constituinte teve como objetivo primordial a criação de um Estado Democrático. Apesar de não ter feito constar expressamente o complemento nominal “de Direito” logo após a palavra “Democrático”, pode-se serenamente perceber sua colocação subliminar, o que se torna insofismável logo após, na cabeça do Artigo 1º⁷⁵.

A destinação desse novo Estado Brasileiro recém-pactuado, concebido popularmente pela representação no Congresso, é assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, além de um grande e novo rol de valores. São eles: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Estes, por sua vez, foram idealizados como “valores supremos” de uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”, a qual deve fundar-se na harmonia social. Esse mesmo Estado decidiu primar pelo solucionamento pacífico das controvérsias, tanto na ordem interna como externa. Por derradeiro, invoca a proteção de Deus para inaugurar a nova ordem político-jurídico-social do país.

Não relutamos em afirmar que o parágrafo anterior tem carga de conteúdo vasta o suficiente para ser destrinchado em um trabalho exclusivo. Entretanto, atendo-nos às limitações deste estudo, frisaremos aquilo que mais nos fornecerá substratos para a construção do tema.

A maior parcela da doutrina constitucional no mundo profere a impossibilidade de se atribuir efeitos normativos aos preâmbulos, pois não garantem direitos por si só, nem estabelecem deveres autonomamente. Desta, feita, não se poderia alegar judicialmente a ofensa a algum preceito contido no preâmbulo constitucional, apesar do mesmo ditar diretrizes hermenêuticas robustas.

Ressaltamos o seu caráter hermenêutico imprescindível, desponta o ensinamento Coelho, o qual descreve importantíssimas lições de Javier Tejada. Tamanha é a contribuição dos autores que nos torna obrigatória sua transcrição,

Aquilatando o valor dos preâmbulos como vetor da interpretação constitucional, Javier Tejada invoca ensinamentos de outro jurista de relevo, Martin Casals, para ressaltar que, sob estes aspectos, o texto preambular tanto pode ser encarado como o cânone hermenêutico principal e vinculante, vale dizer, como o primeiro e obrigatório, dentre os critérios de

⁷⁵ “Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”.

interpretação, quanto ser visto como regra hermenêutica suplementar – de natureza teleológica ou psicológica –, a ser utilizada livremente pelos operadores da Constituição, sendo regra de interpretação. Se valorado como o principal cânone interpretativo e com caráter vinculante – porque se supõe nele positivados o sentido, objetivos e finalidade do texto a que se precede –, isso implicará que o articulado constitucional há de ser entendido em conformidade com o preâmbulo, o que além de limitar a liberdade do intérprete, relega a segundo plano os demais cânones hermenêuticos, os quais, de resto, não são hierarquizados, nem se apresentam em *numerus clausus*⁷⁶.

Retomaremos, no seu devido tempo, a questão aqui suscitada. Por agora, basta-nos registrar que as lentes hermenêuticas do operador do Direito deverão ser necessariamente preenchidas pelos valores insculpidos no Preâmbulo da Constituição, sob pena de, apesar da sinceridade intelectual e racional do operador, descumpri-la do modo mais nocivo possível. Salientamos desde já a importância capital dessa noção no solucionamento dos problemas oriundos da aplicação da teoria da eficácia imediata de direitos fundamentais, que, em essência, é a própria ideia da eficácia horizontal dos mesmos.

Proclama igualmente o artigo 1º da constituição os fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil⁷⁷. Pelo propósito deste estudo, destacamos aqui os pilares dos incisos II e III, que são, respectivamente, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o artigo 3º da Constituição elenca objetivos fundamentais da República Brasileira⁷⁸, sendo que frisamos aqueles trazidos nos incisos I e IV, a saber, a construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de preconceitos ou discriminações.

Portanto, da seção introdutória da Constituição – e nesta principalmente – até o artigo 3º podemos afirmar que encontramos o espírito legal da Carta Magna, a *mens legis* de todo o ordenamento político-jurídico-social do Brasil.

Assim, conjugando a vontade política que propulsionou a elaboração da nova Constituição, bem como os fundamentos da República do artigo 1º, além dos

⁷⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. op. cit., p.34.

⁷⁷ Artigo 1º - “A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político”.

⁷⁸ Artigo 3º - “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

objetivos fundamentais do artigo 3º, é possível constatar, com clareza solar, qual o norte de todo o novo ordenamento jurídico inaugurado em 05 de outubro de 1988. Esse norte, que é o caminho efetivador das disposições constitucionais, é a decisão político-jurídica deflagrada na Constituição, a qual é positivamente destrinchada no preâmbulo da Carta Magna. Talvez por ter assim também entendido foi que o mestre alemão Haberle tenha atribuído imenso valor às introduções constitucionais.

A força hermenêutica do preâmbulo da Constituição/88 se afigura crucial, pelo que concordamos com Coelho, o qual citando Karl Larenz, declarou brilhantemente que “se for verdade que um texto só responde a quem o interroga corretamente, então parece elementar que a Constituição se recuse a falar com quem não saiba dirigir-se a ela”⁷⁹.

Por outro viés, é inocente a ideia de que tudo se interpreta, até mesmo o silêncio. A interpretação de qualquer texto não pode se desconectar da realidade de onde o mesmo surgiu. Sem olvidar ainda que é preciso, para se entender plenamente a mensagem transmitida pelo autor, conhecer ao máximo quem ele é e em que contexto escreveu. Não há sombra de dúvidas de que a própria Constituição, a despeito de todo seu conteúdo abstrato e valorativo, é um texto.

Os juízes, aplicadores do Direito por excelência, são constitucionalmente incumbidos da (imensa) responsabilidade de “dizer o Direito” nos casos concretos que lhes chegam. Pacificam as controvérsias, definem a mais prudente solução jurídica à lide. Buscam rentabilizar a paz social ferida. Considerando que a Carta da República é a nova diretriz comum da nação, que estabelece todas as bases do novo ordenamento jurídico, e que a *mens legis* de todo o sistema pode ser captada no preâmbulo da Carta⁸⁰; atentando-se ainda para sua supremacia – que é ajustada consensualmente por toda a população (ainda que apenas em tese) – é de se concluir pela apreensão imediata do espírito constitucional (inserto no preâmbulo) pelo aplicador do Direito e sua subordinação direta.

Com isso, é possível afirmar que a Constituição/88, enquanto ponto de partida e de chegada da aplicação legal, demanda para sua concretização, uma mesma pré-compreensão jurídica de todos os aplicadores do Direito brasileiro, sob pena de desrespeitá-la racional e sinuosamente. Realçaremos a ideia a seguir

⁷⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo, op. cit., p.34.

⁸⁰ Não vimos em doutrina ou jurisprudência nenhuma concepção que já afirmasse isto.

4.2 Princípios da Constituição Federal de 1988

Deixa-se aqui consignado de antemão que, na eficácia horizontal de direitos fundamentais, sempre há conflitos de princípios constitucionalmente protegidos. Temos um titular de direitos fundamentais contra outro, sendo que ambos os direitos são albergados e merecem proteção da Lei. Assim, no caso concreto, dois ou mais princípios se chocam. Para o solucionamento da lide, não cabe decretar a invalidade ou a nulidade de um princípio em detrimento do(s) outro(s); na decisão judicial, um deles demonstrará, por meio da lei do sopesamento, um volume, um peso maior e, por isso, deve ter prevalência sobre o(s) outro(s).

Antes de colacionar-se alguns princípios pilares da Constituição que laboram em favor da existência da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, convém delinear sumariamente aqui o que significa o termo “princípios”, quais as funções e primordiais características, sua convergência com a ideia de valores e em que consiste o instrumento hábil para dirimir as colisões entre os princípios, a saber, a lei do sopesamento. Para tanto, nos basearemos nas lições do professor germânico Robert Alexy.

Já no posfácio de sua maior obra, a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy defende basicamente que “os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização”⁸¹. Portanto, crucial para toda sua argumentação é a definição do que sejam os princípios. Para o autor, princípios são

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 jurídicas⁸².

Desta forma, seguindo os parâmetros estabelecidos no início desta monografia, os princípios sempre possuem certo nível de eficácia, o qual varia conforme as circunstâncias do caso concreto analisado. Ademais, também sempre revelam um certo grau de aplicabilidade, na medida em que dependem do contexto jurídico em que brotaram, além das consequências tanto fáticas como jurídicas que indiquem que irão deflagrar no ordenamento jurídico e na sociedade.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.575.

⁸² Id. Ibid., p.90.

Importante ainda frisar que, para Alexy, quando dois princípios colidem entre si, um deles preponderará, revelando assim que um dos princípios prevalece sob o outro em determinadas condições. Não se trata, porém, de afirmar a invalidade do princípio “derrotado”: trata-se apenas de constatar que, mediante a lei do sopesamento, a colisão entre os princípios se resolverá atribuindo a um deles um peso maior sobre o outro⁸³.

Conforme o mestre alemão, “princípios e valores estão intimamente relacionadas”, ao ponto de afirmar que “a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual de valores”⁸⁴. No entanto, apesar da grande similaridade entre si, valores e princípios se distinguem em um ponto importantíssimo, que impede que o manejo da teoria seja atacado por meio da alegação de que os raciocínios jurídicos e a segurança jurídica se perderiam em um decisionismo judicial e em uma diluição dos preceitos constitucionais, haja vista que cada aplicador do Direito poderia facilmente subsumir quase toda e qualquer decisão sua numa “fundamentação valorativa pessoal”.

Princípios e valores são diferentes porque os primeiros atuam na esfera do dever ser, ou seja, da deontologia, enquanto que os valores indicam aquilo que é, ou seja, referem-se ao plano axiológico. Tomando em consideração que o Direito trata daquilo que deve ser, logo o modelo dos princípios obtém de imediato a simpatia e a tolerância dos operadores do Direito, realçando o autor também que “o conceito de princípios suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor”, o que se revela correto de pronto⁸⁵. A segurança jurídica deve ter guarida primordial nos sistemas, sob pena do ordenamento se diluir em casuismo e dirigismos, transferindo-se assim, quase todo o poder estatal não mão dos novos absolutistas, os juízes.

Aqui cabem alguns comentários sobre o que Alexy registrou sobre os valores enquanto critérios de valoração.

CrITÉRIOS de valoração são usados pelos seres humanos a todo momento, em toda a vida. Dizer que “isto é melhor que aquilo outro” traz consigo um juízo de valor formulado com base em determinados filtros seletivos que apontam o que seja

⁸³ ALEXY, Robert. op.cit., p.93. Retomaremos o tema mais adiante quando tratarmos da parte central deste estudo, a saber, as teorias concernentes à eficácia horizontal de direitos fundamentais.

⁸⁴ Id. Ibid., p. 144.

⁸⁵ Id. Ibid., p. 153.

bom ou não para cada pessoa, quais os fatores mais importantes e de que forma eles evoluem na escala de qualidade pessoal.

Alexy sempre utiliza-se, no decorrer de sua obra, de exemplos fáticos e principalmente jurídicos para elucidar as ideias que descreve; contudo, buscamos neste estudo, sempre que possível, condensar as abstrações nos formatos de nosso cotidiano. Assim, trazendo para nossa realidade brasileira, podemos descrever a ideia da valoração da seguinte maneira: se alguém, na sala de tv de sua casa, ao assistir os desfiles das escolas de samba do Rio de Janeiro, diz que determinada escola é melhor do que outra, é porque, nos seus critérios de julgamento, essa escola preenche 'melhor' os requisitos que ele entende como necessários para se definir o que seja uma boa escola de samba.

Talvez o critério seja a qualidade do samba-enredo tocado ou talvez a criatividade das fantasias ou mesmo o primor técnico aplicado nos carros alegóricos. Todos esses elementos são levados em consideração; todavia, sempre haverá um ponto de vista prevalecente sobre os demais, o qual é tomado pela pessoa como sendo de maior valor na decisão sobre quem deve ser consagrada a melhor.

Ocorre que seria um grande absurdo dizer que essa ou aquela escola de samba é um valor em si. É dizer: é inconcebível afirmar que a escola de samba A é o valor preferido por si só, mas apenas com relação a determinados critérios e em cotejo com as outras competidoras é que esse juízo de valor pode ser completado. Desta forma, seria aceitável ouvir que, no aspecto da criatividade, a escola A é melhor que a escola B; porém, ninguém diria que a escola A é criatividade, ou que a escola A é mais criativa que a outra. Como declara Alexy.

como objetos de valoração, eles [no exemplo, as escolas de samba; portanto, leia-se 'elas'] têm um valor e, com certeza, um valor distinto, dependendo de qual dos critérios contrapostos a valoração toma como ponto de partida. Não são os objetos, mas os critérios da valoração que devem ser designados como 'valor'⁸⁶.

Portanto, infere-se da assertiva anterior que o alvo das valorações, que (referindo-se agora à seara jurídica) seriam os bens jurídicos encontrados nos casos concretos levados à Juízo, não possuem um valor em si, mas sim, os critérios da valoração tomados como referência pelo julgador é que são os próprios valores em si, posto que cada perspectiva somente é erigida como sua essência o valor que lhe é maior. Assim sendo, vem então declarar o mestre que "a aplicação de critérios de

⁸⁶ ALEXY, Robert. op. cit., p.150.

valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios”⁸⁷.

De acordo com o professor, a aplicação dos princípios constitucionais equivale a uma aplicação do Direito baseado em determinados valores, haja vista que princípios e valores equivalem estruturalmente entre si. Tanto assim é que afirma que

o modelo de princípios e o modelo de valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom). Diante disso, as objeções às teorias valorativas dos direitos fundamentais podem atingir também a teoria dos princípios⁸⁸.

Por conseguinte, podemos desde já formular o seguinte raciocínio: 1) os objetos de valoração não são valores em si, mas apenas os critérios pelos quais são analisados. Nas decisões jurídicas, esses objetos serão os bens jurídicos conflitantes no caso concreto; 2) os critérios de valoração, por sua vez, são os próprios valores em si, pois são formados em sua essência pelo próprio valor que lhe é maior; 3) os princípios atuam exatamente da mesma forma que os valores, tendo como única diferença que os primeiros tratam daquilo que deve ser, enquanto que os valores tratam daquilo que é; 4) assim, os valores são princípios, e vice-versa.

A doutrina compatriota que se opôs à concepção de Alexy, encabeçados, sobretudo por Forsthoff, declara que a teoria dos valores simplesmente iria levar a uma “dissolução da clareza conceitual e falatório”, a uma “dissolução da lei constitucional”, bem como à “perda não apenas de racionalidade, mas também de nível científico”⁸⁹. Como veremos adiante, essas são exatamente as mesmas críticas tecidas contra a eficácia horizontal de direitos fundamentais aqui no Brasil. Realçamos o que diz Alexy

tanto a validade desses critérios quanto as valorações que a partir deles são possíveis não são objetos de alguma forma de evidência, mas uma questão de fundamentação. A fundamentação depende do tipo de validade de que se trata: jurídica, social ou ética⁹⁰.

Assim, a higidez e a força argumentativa e jurídica da aplicação de determinado princípio não se pode explicar racionalmente, mas precisam

⁸⁷ ALEXY, Robert. op. cit., p.150.

⁸⁸ Id. Ibid., p.153.

⁸⁹ Id. Ibid., p. 155.

⁹⁰ Id. Ibid., p.157.

necessariamente de uma correta fundamentação, a qual pode transitar em diversos âmbitos, como o jurídico, o social, o ético, entre outros.

Outro ponto basilar para a compreensão da mecânica empregada nas colisões entre princípios constitucionais é a lei do sopesamento. Esta é expressa por Alexy da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁹¹. Com isso quer dizer que, em uma situação em que um princípio deva ser submetido a outro, a não concretização desse princípio ‘perdedor’ deve ser diretamente proporcional à importância que a aplicação do princípio ‘vencedor’ deve ter. Quanto maior o grau de ‘diminuição’ de um princípio, isso espelhará numa maior gravidade que se reputa à aplicação do outro princípio.

O sopesamento deverá considerar qual o peso que cada direito fundamental tem, assim como qual a importância tanto da efetivação quanto do desprezo de cada um deles. Ou seja, perceber se o grau de não-satisfação do princípio ‘perdedor’ equivale ao grau de importância que tem a satisfação do princípio ‘vencedor’.

É exatamente por isso o ataque maior que é feito à ideia do sopesamento é o que afirma que a mesma “não é um modelo aberto a um controle racional”, posto que o sopesamento “ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa”⁹². De fato, como disse o autor

o estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. São seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados⁹³.

Assim, teríamos brechas enormes para o decisão dos julgadores, o que faria ruir toda a segurança dos sistema jurídico. Como salienta Alexy, essa crítica procede apenas se com isso ela quiser afirmar que o sopesamento não seja um meio de se obter um “resultado único e inequívoco”. Contudo, não procede se quiser com isso dizer que “é um procedimento não-racional ou irracional”⁹⁴. Para tanto, o professor proclama a existência de dois modelos diferentes de sopesamento: o modelo decisionista e o modelo fundamentado. O primeiro modelo dispensa maiores explicações, pois é passível de dedução e compreensão imediatas. Já o segundo mereceu os cuidados de Alexy. Diante da crucial relevância da ideia diz:

⁹¹ ALEXY, Robert. op. cit., p.167.

⁹² Id. Ibid., p.164.

⁹³ Id. Ibid., p.164/165.

⁹⁴ Id. Ibid., p. 164.

em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.

Exemplificando: em um conflito de princípios constitucionais, os quais vão priorizar cada um o bem jurídico que lhe é afeto, o resultado do sopesamento que definirá essa 'disputa principiológica' no caso concreto deve ser construído racionalmente através de um conjunto de condições de primazia jurídica a priori. Em outros termos: deve-se definir prévia e racionalmente um catálogo de situações hipotéticas, nas quais se estabelecem os princípios e valores a serem 'vencedores' nos conflitos.

E esse conjunto de condições de primazia jurídica que nos referimos deve, obviamente, ter sua fundamentação conforme o âmbito de validade com que se trabalha.

Esse enunciado de preferência condicionadas de que tratou Alexy deve ser desenvolvido de maneira racional, lógica, a fim de que a construção do sopesamento seja passível de acompanhamento, o que enseja a abertura para discordâncias e construções em contrário.

Ou seja, o modelo fundamentado possibilita o contraditório em relação ao sopesamento efetuado pelo aplicador do Direito. Neste ponto, o enunciado de preferências condicionadas deve ser racionalmente desenvolvido a partir dos valores insculpidos na seção constitucional em que se avista mais claramente a nova escolha político-jurídica da nação: a *mens legis* da Constituição, ou seja, o preâmbulo da Constituição/88.

Com isso, corrobora a seguinte assertiva de Robert Alexy:

assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas⁹⁵.

⁹⁵ ALEXY, Robert. op. cit., p.166.

Como já mencionamos anteriormente, percebe-se na parte introdutória da Constituição/88 quais forem as diretrizes fincadas para o novo tempo inaugurado pela Carta. Tamanha é a sua densidade valorativa e principiológica que autorizada doutrina mundial afirma que o preâmbulo se trata de um verdadeiro cânone interpretativo vinculante e necessário⁹⁶. Assim, os parâmetros que nortearão quais princípios devem prevalecer em uma colisão de direitos fundamentais devem ser logicamente erigidos sobre o piso deontológico da *mens legis* constitucional, o que diminuiria e muito o raio das alegações juridicamente aceitáveis para a decisão.

Ocorre que, como salientou Alexy, “um tal conjunto de razões – que inclui valoração – é algo característico da fundamentação jurídica”⁹⁷. A todo momento os operadores do Direito manejam suas atribuições jurídicas imbuídas de sua própria carga subjetiva de valores e concepções morais, éticas e outras. Afirmar que o uso de valores no sopesamento obstará à possibilidade de uma fundamentação racional das ponderações é ter que expurgar da própria Ciência do Direito, elementos que lhe são inerentes e que lhe servem desde sua gênese⁹⁸.

Convém ressaltar que a problemática a respeito da existência da eficácia horizontal de direitos fundamentais em face da Constituição/88 tem origem na ausência de um dispositivo constitucional capaz de sepultar a questão definitivamente. Como bem relata Steinmetz, mesmo em alguns países que têm em suas Cartas Políticas normas que vinculam expressamente os particulares aos direitos fundamentais como Portugal, Rússia e Suíça, ainda há indagações sobre como (forma) e em que medida (alcance) essa vinculação deve ocorrer.

Apesar da existência do artigo 5º, inciso 1º da Constituição/88, a questão nesse ponto específico, continua pairando sem um esclarecimento normativo positivado, haja vista que esse parágrafo não esclarece sobre a aplicação das normas de direitos fundamentais entre os cidadãos. Apenas garante a sua aplicabilidade imediata, sem mais. Acrescenta-se a isso a questão aqui já ventilada de que nem todos os direitos fundamentais são cabíveis de serem exigidos pelos cidadãos entre si, posto que muitos deles sejam direcionados exclusivamente ao Estado.

⁹⁶ Citação 37, desta monografia.

⁹⁷ ALEXY, Robert. op. cit., p.172.

⁹⁸ Id. Ibid., p. 172.

O estudo sobre o qual deve ser a melhor interpretação sobre o artigo 5º, revela-se muito vasto e polêmico na doutrina, de forma que não nos aprofundaremos nele. Cabe-nos tão somente, com vistas a sintetizar e consignar brevemente a celeuma, concordar com Sarlet quando declara que, para ele, o citado parágrafo se trata de “norma de cunho inequivocamente principiológico”, tal qual a definição do mestre alemão Robert Alexy, a saber, que são “mandamentos de otimização”.

Com isso se afirma que os aplicadores do Direito devem perseguir o máximo de eficácia possível das normas institucionalizadoras de direitos e garantias basilares, ainda que o teor da norma indique claramente a necessidade de uma atividade legislativa infraconstitucional, ante ao fato de que todas as normas constitucionais são dotadas de um valor mínimo de eficácia.

A ausência de previsão constitucional sobre a personalidade de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais não impede que a ideia seja desenvolvida e reconhecida. Muitos princípios constitucionais são implícitos, deduzidos da concatenação de outros princípios e disposições expressas. Como exemplo maior temos o princípio da vedação da autoincriminação, o qual, a despeito de não ser encontrado literalmente na Carta da República, é inferido de outros pilares insculpidos nela.

Conforme Steinmetz existem alguns fundamentos constitucionais com maior força dogmática do que outros, mas todos eles se entrelaçam formando um feixe de princípios que, juntos, testemunham que a eficácia horizontal não se trata de “mera faculdade constitucional”, mas sim, “uma imposição (exigência) básica da Constituição Federal”⁹⁹.

Por fim, deve-se consignar que os princípios que serão a seguir explanados não se correlacionam como sinônimo de valores, como já mencionamos. Assim, não apresentam conteúdos próprios, mas prendem-se a noção de prioridade e precedência para o operador do Direito, pois são cânones de interpretação jurídicos pacificamente aceitos pela doutrina¹⁰⁰, e não ‘mandamentos de otimização’, conforme Alexy.

A supremacia da Constituição é o primeiro princípio lastreante da eficácia horizontal de direitos fundamentais. Também nomeado como “princípio da

⁹⁹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.102/103.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.371.

constitucionalidade”, pontifica a superioridade absoluta da Carta Maior sobre todo o ordenamento jurídico do país. Mais que isso, a Constituição desponta como cerne de toda a sociedade; é a escolha político-jurídica-social instaurada pela Assembleia Constituinte. De acordo com Steinmtz,

o princípio da constitucionalidade condiciona a validade, formal e material, de todos os atos dos poderes públicos à relação de conformidade normativa entre esses atos e as normas constitucionais, escritas e não-escritas. A Constituição é o fundamento jurídico último de validade de todas as normas do ordenamento jurídico. Ela é a norma normarum. Imediata ou mediata, direta ou indiretamente, todos os atos dos poderes públicos devem ser conformes à Constituição ou com ela não contraditórios¹⁰¹.

Mais do que o novo paradigma jurídico do país, a Constituição/88 erigiu-se como novo modelo reitor de todos os âmbitos da vida social. Corroborando com isso é que Bonavides declara incisivamente que

a Constituição é mesmo a Lei das Leis e o Direito dos Direitos; o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculando a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade¹⁰².

A Carta não se resume a ser a instauração de somente um novo sistema jurídico nacional; a Constituição/88 almeja instituir (ao mesmo tempo em que fortalece) novos padrões valorativos individuais e coletivos, os quais lhe devam observância fiel. Para constatar isso, basta uma simples leitura do preâmbulo constitucional e se perceberá o nível de comprometimento deliberado da sociedade em instalar moldes político-jurídico-sociais mais elevados e eficazes. Contudo, percebemos que, não obstante o caráter dirigente da Constituição também em relação às esferas políticas e sociais apreende-se que apenas no âmbito jurídico a mesma é objeto de defesa e refinação.

Outro princípio que arrima a eficácia horizontal de direitos fundamentais é o da “unidade material do ordenamento jurídico”. Como já declaramos a Constituição/88 não deflagrou apenas uma nova conceituação e um novo direcionamento no âmbito jurídico do Brasil, mas se propõe a estreitar um novo rol de valores e objetivos em todos os setores da sociedade, como os âmbitos políticos e sociais. Assim, toda a Constituição/88 prescreve uma ordem única e homogênea para todos os segmentos possíveis de sua observância, e isso obviamente inclui as relações jurídicas e extrajurídicas dos cidadãos brasileiros entre si.

¹⁰¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.80.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.585.

Os direitos fundamentais são o núcleo material das Constituições contemporâneas; portanto, deve-se dizer que o efeito horizontal de direitos fundamentais entre particulares e a sua consequente vinculação aos mesmos (aos direitos) é, ao mesmo tempo, “exigência e consequência da unidade material do ordenamento jurídico”¹⁰³.

Para Luís Roberto Barroso, essa unidade significa dizer que, diante de colisão de princípios constitucionais – e sendo indubitável que não há hierarquia entre eles, pois gozam do mesmo status maior – deve ser empregada a técnica da ponderação, a fim de se coadunar a aplicação dos mandamentos conflitantes¹⁰⁴. Importante são as palavras proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o assunto, as quais são citadas por Barroso e que merecem nossa transcrição:

uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa unidade interna. O princípio mais importante da interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal¹⁰⁵.

O princípio da interpretação conforme a Constituição é também instrumento hermenêutico crucial. Assemelha-se, de certa forma, ao princípio da unidade material citada anteriormente, haja vista que orienta o operador do Direito à concretizar a interpretação que melhor se coadune com o espírito da Constituição/88. Conforme Barroso,

Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta em legislador positivo¹⁰⁶.

A decomposição didática do processo que engendra esse cânone interpretativo pode ser segmentada em quatro partes distintas, segundo Barroso: primeiramente, o aplicador do Direito deve filiar-se à interpretação da norma legal que se harmonize com a Constituição/88, caso outras leituras também sejam possíveis. Em segundo lugar, tal interpretação deve perseguir um “sentido possível

¹⁰³ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 104.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p.374.

¹⁰⁵ Id. Ibid., p.202.

¹⁰⁶ Id. Ibid., p.373.

para a norma”, visando imprimir na extração do texto a vontade daquela lei. Terceiro: depois de eleita uma diretriz hermenêutica, deve-se excluir todas as outras que conduzem a um resultado inconstitucional. Por derradeiro, tal mecanismo, diante das suas peculiaridades, atua e deve atuar para o aplicador como mecanismo de controle de constitucionalidade, pelo qual “se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”¹⁰⁷.

Outro princípio da Constituição/88 que desponta incontestavelmente como base para a horizontalidade de direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido como fundamento da República Brasileira no inciso III do artigo 1º. O aludido fundamento contém carga axiológica extremamente densa e provocaria dezenas de monografias sem que se esgotasse sua potencialidade acadêmica. Diante de sua enorme complexidade, apenas explanaremos o tópico com concisão.

Utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como pilar de alguma decisão jurídica significa primeiramente dizer o que exatamente é essa dignidade, quais seus fundamentos e características. Somente assim é possível, diante de um caso concreto, se aferir a violação ou não da dignidade da pessoa humana. Conforme salienta Steinmetz, o conceito é muito vago e dar uma definição cabal e bastante não é fácil tarefa. Certo é o que muitas situações fazem saltar aos olhos de qualquer um as flagrantes irregularidades e abusividades que maculam a pessoa humana; já outros casos não permitem um diagnóstico tão imediato¹⁰⁸.

Certo é que a doutrina constantemente aponta como pilar a filosofia moral de Immanuel Kant, já referido por nós anteriormente. Para o filósofo, os seres humanos, por serem racionais, não são meios, mas fins em si mesmos. Devido a isto, jamais poderia dispor de si mesmo ou de outros humanos como um meio¹⁰⁹. A concepção do imperativo categórico, a qual já citamos, também foi expressada pelo filósofo de Königsberg de outros modos na obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”. Uma delas – diversa daquela já mencionada – revela-nos pertinentes neste momento, qual seja: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p.194.

¹⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.113.

¹⁰⁹ Id. Ibid., p.115.

pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”¹¹⁰.

Ainda sobre a dignidade humana, importantes são as palavras de Kant sobre a distinção entre preço e dignidade, as quais foram citadas por Steinmetz e que se tornam necessárias neste contexto:

no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹¹¹

Por fim, a definição de dignidade da pessoa humana de Ingo Sarlet – que é citada por Steinmetz – brota como importante para a compreensão plena do mesmo. Assim, para o citado autor, a dignidade da pessoa humana é

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradantes e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹¹²

4.3 Perspectiva Jurídico-Objetiva dos Direitos Fundamentais

O tema dos direitos fundamentais, na medida em que se torna objeto de reiterados estudos da dogmática constitucional, acaba por convergir para conceitos sobremodo importantes. Um deles é a percepção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva. Conforme salienta Steinmetz, essa nova visão a respeito do tema parece ser a “construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional alemão em matéria de direitos fundamentais”. Ressalta também que é o arrimo do ideal dos efeitos irradiantes e da eficácia horizontal¹¹³.

O marco inicial da construção da dupla perspectiva (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais é considerado pela doutrina como sendo o célebre e sempre citado caso Lüth, cuja sentença data de 15 de janeiro de 1958, exarada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

¹¹⁰ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.114/115.

¹¹¹ Id. Ibid., p.115.

¹¹² Id. Ibid., p.117.

¹¹³ Id. Ibid., p.105.

Durante um festival cinematográfico que ocorria em 1950, Erich Lüth, que era Presidente do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, pronunciou-se publicamente contra o diretor de um dos filmes em que estavam sendo exibidos no evento. Lüth acusou Harlen, diretor do filme *Unsterblich Gelibte* (Amante Imortal), de dirigir, a serviço da ideologia nazista, películas anti-semitas durante a chancelaria de Adolf Hitler. A produtora do filme pediu explicações a Erich Lüth, o qual lavrou uma carta aberta à imprensa exortando as sociedade alemãs que trabalhavam na seara cinematográfica a não comercializar o filme, além de pedir ao público que não o assistisse. A produtora, diante da resposta, ingressou com ação cível no juízo de Hamburgo, obtendo medida cautelar para impor a Lüth a proibição de sua exortação, o que foi confirmado na sentença final, dando ganho de causa para a autora.

Contra essa decisão, Lüth impetrou reclamação constitucional ante o Tribunal Constitucional Federal, alegando violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão. E a decisão proferida por aquela Corte Suprema instituiu, pela primeira vez, um novo olhar sobre a temática dos direitos fundamentais, que reconheceu o caráter estatalmente transcendente dos mesmos.

Sobre a histórica decisão, vemos na obra de Robert Alexy, jurisdicionado daquele Tribunal, excertos cruciais. Para aquele Corte de Justiça,

os direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos. Igualmente correto é que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores. Esse sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, deve velar, como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito¹¹⁴.

A densidade do conteúdo observado na citada decisão de onde surgiu o excerto seria capaz de gerar, por si só, vários estudos sobre essa nova perspectiva dos direitos fundamentais. Vislumbra-se na doutrina que o assunto ainda está em processo de desenvolvimento, haja vista sua relativa juventude nos estudos constitucionais da doutrina mundial. Realçamos aqui os pontos de maior relevância para esse estudo.

Primeiramente, deve-se atentar para os dizeres do Tribunal Constitucional Federal alemão quando afirmou que a intenção da Constituição não é ser imparcial quanto aos valores que estabelece. Em outros termos, seria dizer que a Carta

¹¹⁴ ALEXY, Robert. op. cit., p.154.

Magna não se resumiu a tão somente traçar o novo *modus operandi* do ordenamento jurídico que inaugurou; não se contentou em meramente dizer que os novos parâmetros do Direito nacional, como numa imposição fria e calculista de um novo rumo, sem envolvimento e sem comprometimento com a essência do Estado e da sociedade. A Constituição definiu, assim como fez com o âmbito jurídico, uma nova ordem axiológica geralmente aplicável.

E a nossa Constituição/88 é insofismável quanto a este ponto. Não foi em nenhum momento a intenção do Constituinte Brasileira elaborar uma Lei Maior inerte na seara valorativa. Basta lembrar a situação deplorável e sufocante de que emergiu o país quando iniciaram os trabalhos para a confecção da nova Carta. Seria impossível conceber que o Poder Constituinte Originário não tivesse em mira a correção da calamitosa ordem jurídica que regia o país. Acima de tudo, seria inimaginável ter como fruto dessa reviravolta político-jurídico-social uma Constituição que definisse uma ordem valorativa neutra ou imparcial.

Assim foi com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que foi promulgada no ano de 1949, ou seja, distante apenas 04 (quatro) anos ao término da 2ª Grande Guerra, a qual devastou quase a Europa inteira, e, sobretudo a própria Alemanha, que, liderada por Hitler, atraiu a ira e o repúdio de inúmeros países. A destruição causada, as atrocidades cometidas em nome de supostas pesquisas médicas, o genocídio perpetrado em nome de uma utópica superioridade étnica, e tantos outros fatores, desencadearam no povo alemão a necessidade de se romper radicalmente com o passado tenebroso e recentíssimo até então.

O Brasil, apesar de não ter sido o centro convergente da fúria bélica de quase todos os países do mundo, passou por momentos históricos delicados. Complicações internas e desentendimentos dentro de sua própria ordem; todavia, a despeito de não ter sofrido um abalo súbito e visivelmente perceptível como o visto na Alemanha, o Brasil acumulou silenciosamente décadas de torturas, fechamentos do Congresso Nacional, sepultamento dos direitos fundamentais da liberdade de expressão, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, entre outras barbáries.

Assim, apesar da diferenciação que houve nos dois países em relação à duração cronológica da perversão estatal e a abruptude dos danos, em ambas as nações houve, por parte do Constituinte, um contra-ataque, o qual se materializou por meio da promulgação de uma Lei deliberadamente formatadora de uma nova

ordem axiológica. O cerne dessa ordem exemplifica-se incontestavelmente nas normas de direitos e garantias fundamentais, assim como proferiu aquele Tribunal estrangeiro.

Conforme ressalta Bonavides, o conteúdo jurídico-objetivo cria a chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais”. No entanto, também traz “o rompimento e a mudança de relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado e vice-versa”¹¹⁵. Assim, os direitos fundamentais passam do status de cerca protetora da esfera pessoal do cidadão em face do Estado para transcender a um nível muito mais elevado. É nesse sentido que Bonavides, citando Böckenförde, afirma que os direitos fundamentais adquirem, sob prisma de sua objetividade,

uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbora de todo ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula¹¹⁶.

Entendemos que o fundamento da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais se acha na constatação de que os mesmos são racionalmente comprovados, ainda que não sejam inerentes ao Homem. De fato, como a doutrina unanimemente afirma, somente podem ser reputados como fundamentais aqueles direitos albergados pelo texto Constitucional. É nesse sentido que Sarlet declara que “os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”¹¹⁷.

Não encontramos na doutrina utilizados elementos que pudessem explicar o porquê da existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em outras palavras: não vislumbramos nas obras atinentes aqui estudadas qual seja a razão que faz com que os direitos fundamentais transcendam as relações indivíduo/Estado e operem como verdadeiros mandamentos de observância necessária e inescapável por todos, principalmente nas relações indivíduo/Estado. Os autores enfatizam a sua colossal importância para o dogmático constitucional mundo afora, sobretudo nos países onde a efetivação das normas basilares ainda é bastante precária. Todavia, limitam-se a descrever quando teve início as análises, bem como as consequências de sua apreensão para o Direito em geral.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.587/588.

¹¹⁶ Id. Ibid., p.35.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.35.

Acima de tudo, a definição precisa do que venha a ser essa dimensão objetiva não está de todo clara entre os estudiosos, ao ponto de Steinmetz declarar que muitas vezes essa conceituação mais parece uma “intuição jurídica”. Ademais, diz ainda que, por ser uma construção altamente abstrata – e por isso mesmo muito imprecisa – até nos melhores textos sobre o tema é comum uma linguagem perifrástica, meramente tangencial ao centro do problema¹¹⁸.

Robert Alexy, ao tratar do problema, diz que somente uma interpretação pode vingar quando do estudo da perspectiva objetivo-jurídica dos direitos fundamentais: aquela que declara que “objetivo é aquilo que sobra quando se desconsidera ou se abstrai o lado subjetivo dos direitos fundamentais”¹¹⁹. Porém, alerta a insatisfação do próprio conceito. Chegando à conclusão de que os princípios constitucionais atuam como valores objetivos e supremos, que podem, todavia, ser usados racional ou irracionalmente¹²⁰. Assim, passa a estudar as teorias da aplicação dos direitos fundamentais entre os indivíduos.

Diante da lacuna doutrinária e apesar de ser crucial para o entendimento pleno de todas as querelas envolvidas sobre a eficácia horizontal de direitos fundamentais, contornaremos brevemente algumas linhas acerca da questão.

Na Constituição/88, todo poder emana do povo. A Constituição disserta e governa sobre os assuntos do Estado Brasileiro; assim, o Estado detém o poder oriundo do povo para que possa servir, priorizando sempre que possível o interesse público sobre o privado. Contudo, é de se indagar: será que todo o poder dos cidadãos é delegado ao Estado? Em outras palavras: será que o Estado, almejando a satisfação do interesse geral, pode absolutamente tudo? A resposta obviamente é negativa. Não é todo o poder transferido ao Estado, pois cedê-lo por completo seria criar fatalmente um abismo irrevogável entre povo e Poder Público.

Daí advém à primeira assimilação dos direitos fundamentais. São classificados em uníssono pela doutrina como redomas de proteção de um perímetro mínimo em volta do cidadão que é intransponível pelo Poder Público. Configuram-se, portanto, como uma espécie de reserva legal de segurança; é a parcela de poder não cedida ao Estado, para que cada um se resguarde de eventuais afrontas dele. Pode-se questionar o seguinte: se é assim, e sendo certo

¹¹⁸ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.109.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. op. cit., p.526.

¹²⁰ Id. Ibid., p.527/528.

que se observam ao longo da história séculos e séculos nos quais não houve qualquer menção a direitos fundamentais, então onde os mesmos estariam, já que não eram respeitados, ou muito menos positivados em Constituições? Não existiam ainda?

Existiam, mas não tinham sido ainda reconhecidos, não tinham força suficiente para se impuserem sobre os sistemas políticos de outrora.

O ser humano, enquanto ser vivo provido de razão é capaz de discernir imediatamente quando uma determinada situação demonstra sua incoerência e injustiça. Algo desperta um incômodo interior, uma inquietação. Mesmo em tempos em que não haviam positavações de direitos fundamentais, a essência substancial dos mesmos nunca deixou de existir, pois são oriundos não da condição humana em si, mas são logicamente inferidos das relações humanas como sendo necessários e coerentes. Não nos parece coincidência o fato de que a propugnação pelos direitos fundamentais em todo o mundo quase sempre acontece depois de grandes tragédias e atrocidades múltiplas e constantes.

E aqui percebemos nitidamente a confirmação dos ensinamentos do filósofo inglês John Lock, que já no século XVII concebera a existência de direitos naturais ao homem, não derivados de sua própria condição humana, mas facilmente constatáveis pela razão e que não poderiam em nenhuma hipótese ser relegados pelo Estado.

Por conseguinte, vislumbramos a existência autônoma dos direitos fundamentais em relação a quaisquer sistemas jurídicos, pois sua essência não advém do reconhecimento constitucional que lhes é conferido, mas são anteriores às leis. Para tanto, bastaríamos elucubrar um Poder Constituinte originário que declarasse na sua nova lei Maior que é proibido o direito de propriedade, ou mesmo que não haveria determinação e desenvolvimento da personalidade humana, pois esses assuntos iriam ferir diretamente os interesses estatais. Tais disposições jamais seriam sequer cogitadas nos nossos tempos, e sim convertidas em leis, pois não são os direitos fundamentais que se ordenam conforme as leis, mas aqueles é que formatam e dirigem estas.

Assim sendo, os direitos fundamentais possuem raiz na própria condição humana, e é nesse ponto que boa parte da doutrina admite-se como tendo similaridades com os direitos humanos. É nesse sentido que Sarlet afirma que

não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados com tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não-positivados¹²¹.

Uma das consequências da descoberta da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais relaciona-se com os próprios direitos fundamentais, pois como novamente proclama Bonavides,

já não se circunscrevem à esfera subjetiva confinada ao confronto indivíduo-Estado, numa relação onde se patenteia sempre a exterioridade do ente individual frente ao Estado, em antagonismo com este, isto é, em oposição ao seu poder. Tornaram-se, assim, direitos fundamentais expansivos, que abarcam todas as províncias do Direito, que se assenhoreiam, num certo sentido, de todo o direito privado – via constitucional – e se transformam numa espécie de bússola da Constituição, norteando e governando todo o ordenamento jurídico. São esses direitos fundamentais a Constituição mesma em seu teor máximo de materialidade¹²².

A doutrina alemã, ao desmembrar os efeitos teóricos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, aponta para sua função de impulsionador e pilar reitor da aplicação e da interpretação das normas infraconstitucionais: seria a eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

4.4 Concepção Geral dos Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988

Iniciamos de forma genérica e sintetizada sobre a concepção dos direitos fundamentais insculpidas da Constituição/88, dando prioridade para aqueles cujo conteúdo permite um desenvolvimento da eficácia horizontal de direitos fundamentais.

Sobre a manufatura da Constituição/88, é de vital importância as considerações tecidas por Ingo Sarlet.

A ideia que permeia toda a Constituição/88 é o pluralismo político, um dos fundamentos maiores da República.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.29/30.

¹²² BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.632.

O posicionamento textual do catálogo no âmbito dos direitos fundamentais diante do bojo da Constituição/88 aponta para a relevância da matéria no âmbito constitucional, haja vista que se encontra logo nas primeiras partes da Carta, o que indica uma predileção do tema pelo constituinte. Sarlet ainda explica que o simples uso da terminologia “direitos e garantias fundamentais” traduz-se em novidade, pois as Constituições nacionais anteriores usavam a expressão “direitos e garantias individuais”¹²³.

Todavia, a maior das renovações neste âmbito foi a inserção do parágrafo 1º no artigo 5º da Constituição/88, a qual proclama que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Notadamente quis o Constituinte priorizar a efetividade das normas fundamentais da Carta, e tamanha preocupação materializou-se na previsão da aplicabilidade imediata destas. Evidente que os acontecimentos históricos, notadamente do século XX, repercutiram nas escolhas constitucionais de diversos países, os quais, almejando se prevenir expressamente a possibilidade de aplicar imediatamente os direitos fundamentais basilares.

Na lição de Paulo Gonet Branco,

o significado essencial dessa cláusula [artigo 5º, parágrafo 1º] é ressaltar que as normas que definem os direitos fundamentais são normas de caráter perceptivo, e não meramente programático. Explica-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas ¹²⁴.

Percebe-se a primazia dos direitos fundamentais no ordenamento nacional, ao ponto de ser correto afirmar que a legislação infraconstitucional jamais poderá violar direitos fundamentais do cidadão. Tamanha pujança traduz-se na inversão dos paradigmas: não são direitos basilares que devem ser moldados conforme a lei; mas esta é que deve respeito àqueles.

Uma questão relativamente nova na doutrina constitucional mundial diz respeito sobre a possibilidade da existência de um sistema de direitos fundamentais na Constituição. Seu representante maior fio o alemão Günter Dürig, o qual via na Lei Fundamental da República Alemã um sistema de direitos fundamentais, cuja pedra angular seria o princípio fundamental da dignidade humana, além dos

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.66.

¹²⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. op.cit., p.285.

postulados gerais que complementaríamos a selagem do sistema, como direito geral da liberdade e o de igualdade. O princípio da dignidade da pessoa humana – que tem tenacidade pétrea por força do artigo 79, inciso III, da Lei Fundamental Alemã – preencheria de um autêntico sistema de direitos basilares¹²⁵.

Ocorre que a ideia sofreu inúmeros revezes na própria Alemanha, sendo um dos críticos da teoria o professor Konrad Hesse. Basicamente o ataque consiste na presença difusa de direitos fundamentais pelo corpo da Constituição, além da falta de um nexo de fundamentalidade direto entre todas as normas de direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A defesa da existência de um sistema hermético de direitos fundamentais na Constituição/88 releva-se insubsistente, haja vista, entre outros elementos, a expressa previsão constitucional da abertura conceitual dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º, parágrafo 2º, que tem aqui seu teor mencionado: parágrafo 2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, abre-se a possibilidade de se reconhecer como direito fundamental outras disposições que afluam de feixes principiológicos do nosso Direito, sem perigos justificados de subjetivismo judicial.

Todavia, é de ressaltar: se levado aos últimos desdobramentos, poder-se-á então chegar ao ponto de se defender o caráter de fundamentalidade a todo e qualquer direito, bastando para isso interligá-lo com qualquer uma das várias disposições de essência organizacional e programática que há na Constituição/88. Sarlet alerta para o fato de que as normas que tratam do regime e dos princípios fundamentais da Carta Maior encontram-se no Título I da Constituição que cobre dos artigos 1º ao 4º.

Diante da inteligência do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição, Sarlet cogita duas espécies de direitos fundamentais: os direitos formal e materialmente fundamentais, que possuem abrigo formal; e os direitos apenas materialmente fundamentais, sem lastro no texto da Carta¹²⁶.

Nessa esteira, Paulino Jacques, citado por Sarlet afirma que

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.70.

¹²⁶ Id. Ibid., p.80.

o legislador-constituente, ao referir os termos 'regime' e 'princípios', quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos que pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da 'equidade' e da 'construção jurisprudencial', que informam todo o direito anglo-americano, e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também entre nós, não é a lei a única fonte de direito, porque o 'regime', quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os 'princípios' da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos¹²⁷.

Com isso, ratifica-se a possibilidade de que as diretrizes jurídicas do sistema, quando harmonizadas entre si, resultem na percepção de novas proteções. De fato, a dinâmica da vida humana, a qual impregna o Direito com a mesma plasticidade, demanda necessariamente a existência de válvulas interpretativas nos textos legais para a inserção dos novos anseios (e solucionamento de novos problemas) surgidos naturalmente pelo desenrolar do tempo.

Ademais, é de se concordar com Sarlet quando diz que a imensa variedade de direitos fundamentais (sociais, individuais, político, etc.) insculpidos na Constituição/88 impede o agrupamento de todos eles sob um mesmo lastro, além de não ser possível a correlação direta com um único princípio reitor (da dignidade da pessoa humana)¹²⁸.

A ideia de sistema de direitos fundamentais presentes na Constituição/88 não subsiste quando é feita uma análise da fundamentalidade das normas dispersas no bojo da Carta Maior. Isso significa dizer que existem várias normas de direitos fundamentais que estão fora do catálogo do Título II da Constituição/88, que abarca desde o artigo 5º até o artigo 17. Como reforça Sarlet, exemplo claro disto extrai-se da decisão exarada pelo STF, de relatoria do Min. Sydney Sanches, e que declarou que o princípio da anterioridade tributária, prevista no artigo 150, incisos III, alínea b, afigura-se como direito e garantia do cidadão-contribuinte¹²⁹.

Entretanto, uma simples leitura dos dispositivos atinentes aos direitos e garantias fundamentais da Constituição/88 fará emergir imediatamente a noção de uma certa unidade e coerência interna entre eles. De fato, não se pode desprezar que os direitos fundamentais, na medida em que são frutos históricos de movimentos filosófico-político-sociais, apresentam-se assinalados com a essência do movimento em que foram reconhecidos. Assim, nada mais natural que a

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.80.

¹²⁸ Id. Ibid., p.71.

¹²⁹ Decisão proferida na ADIN nº939-7, publicada no DJU em 18 de março de 1994. Para mas Id. Ibid., p.80.

percepção de afinidade entre uns e outros, haja vista serem coerdeiros do mesmo legado.

Nesta esteira, explana Ingo sarlet,

Tendo em vista que um certo grau de coerência interna é algo inerente à noção de sistema, é possível falar de uma unidade do sistema dos direitos fundamentais, que, todavia, como oportunamente lembra Vieira de Andrade, consiste numa unidade apenas relativa, fruto de uma convivência marcada pela necessidade de harmonização de posições jurídicas muitas vezes conflitantes entre si, uma vez que correspondentes a valores fundamentais distintos, ligados a situações historicamente localizadas, as quais, inobstante sejam resultado da luta histórica pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo essencial de todas as reivindicações e do qual constituem explicitações de maior ou menor grau, não podem, neste contexto, ser deduzidas diretamente de 'um único valor (unicitário) – que assim se dividiria em frações de soma igual à unidade'¹³⁰.

Não se pode olvidar aqui da contribuição de Konrad Hesse para o entendimento da formalidade e da materialidade dos direitos fundamentais. Para o professor alemão, o sentido formal é definido como “aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo”. Já no sentido material, direitos fundamentais são todos aqueles que, mesmo fora do rol constitucional próprio para tanto, podem ser equiparados àqueles formalmente insculpidos graças ao seu conteúdo e importância¹³¹.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.72.

¹³¹ Id. Ibid., p.80.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a problemática é mesmo uma questão sobre a eficácia de determinados direitos fundamentais, e não de vigência ou de validade. Mostramos também que desde a idade média os filósofos já percebiam a existência de postulados supralegais que emprestariam legalidades aos sistemas jurídico-políticos, bem como que os direitos fundamentais possuem tal natureza, pois frutificam da razão humana e da sua concepção daquilo que seja justo.

Vimos também que os direitos fundamentais, em verdade, possuem essência estatalmente autônoma, não se limitando à função de direitos de proteção em face do poder público. Da mesma forma, não se restringem a criar uma redoma de inviolabilidade apenas em relação ao Estado, mas asseguram contra qualquer manifestação de poder, inclusive aqueles poderes difusos que Lassale realçou e que são tão presentes quanto o “oficial”, mas invisível sob o prisma jurídico-estatal.

Mostramos que a Constituição Federal de 1988, apesar de não ter dispositivo expresso atinente à aplicação imediata dos direitos fundamentais entre os particulares, diversas bases extraídas de seu texto fortalecem e viabilizam a aceitação e a aplicação da eficácia horizontal. Percebemos que são vários e fortes os lastros que arrimam a teoria da eficácia imediata na Constituição/88, em destaque a supremacia da Constituição, a unidade material do ordenamento, a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade.

Também vimos que a Constituição tem como seu centro material os direitos fundamentais, que são a expressão maior da carga axiológica condensada no texto da Lei Magna.

Defendemos aqui, a ideia de que o espírito da Lei Maior, a *mens legis* da Constituição/88 encontra-se primordialmente gravado no seu Preâmbulo, pois ali se percebe qual o projeto a ser seguido, a nova e consensual vontade da Nação e o que deve ser para o Brasil. Demonstramos a técnica do sopesamento, a qual é apta para o solucionamento de conflitos entre princípios e/ou direitos fundamentais, bem como que o enunciado de preferência condicionada de que falou Robert Alexy se encontra na parte introdutória da Carta Maior, e que deve funcionar como piso deontológico das construções jurídicas do país.

Frisamos a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, repisando a independência existencial dos mesmos em face da produção estatal.

Por fim, dissertamos sobre as principais teorias que versam sobre a problemática aqui estudada, demonstrando a pertinência da corrente em relação ao nosso ordenamento e a sua vocação para solucionar os problemas jurídicos de forma mais constitucionalmente afinada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de filosofia do direito**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GOMES, Marcelo Kokke. **O ser humano como fim em si mesmo**. Imperativo categórico como fundamento interpretativo para normas de imperativo hipotético. Jus Navigandi, Terezina, ano 8, n. 326, 29 de maio de 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5175>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.