

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E POLÍTICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**



Dissertação

**Os Direitos Humanos Fundamentais na Teoria de
Robert Alexy**

Marielena da Cunha Faria Torrescasana

**PELOTAS / RS
2015**

MARIELENA DA CUNHA FARIA TORRESCASANA

**OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE
ROBERT ALEXY**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Adriano Ferraz

Pelotas/ RS
2015

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

T693d Torrescasana, Marielena da Cunha Faria
Os direitos humanos fundamentais na teoria de robert
alexey / Marielena da Cunha Faria Torrescasana ; Carlos
Adriano Ferraz, orientador. — Pelotas, 2015.
89 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação
em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política,
Universidade Federal de Pelotas, 2015.

1. Direitos humanos fundamentais. 2. Robert alexey. 3.
Regras e princípios. 4. Dignidade da pessoa humana. I.
Ferraz, Carlos Adriano, orient. II. Título.

CDD : 101.1

Marielena da Cunha Faria Torrescasana

Os Direitos Humanos Fundamentais na
Teoria de Robert Alexy

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de
Mestre em Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia,
Universidade Federal de Pelotas.

Data da Defesa:

Banca Examinadora:

.....

Prof. Dr.

Doutor em pela Universidade.....

.....

Prof. Dr.

Doutor em pela Universidade.....

.....

Prof. Dr.

Doutor em pela Universidade.....

Dedico este trabalho à minha inesquecível mãe, Esther da Cunha Faria, que foi minha jardineira e minha alfabetizadora, e ao meu inesquecível pai, Felicíssimo de Faria, pela educação que juntos me deram, tornando-me uma pessoa honesta, produtiva e feliz.

Ao meu querido Zeca pela força amorosa que me ampara e fortalece.

Aos meus queridos José Antônio, Rosele, Ana Helena, Rafael, Aline, Pedro, Henrique, Gabriela, Rodrigo e Sophia, pelo intercâmbio do amor que nos envolve sempre.

Carrego, no peito guardado, o tesouro desses amores.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Carlos Adriano Ferraz, pela permanente orientação e incentivo neste Curso de Mestrado na UFPEL.

Ao Professor Doutor Cezar Saldanha, pela confiança, consideração e estima durante a minha docência na Faculdade de Direito da UFRGS, e pelos seus valiosos ensinamentos no Curso de Pós-Graduação na UFRGS.

Aos demais mestres deste Curso de Mestrado, pelos ensinamentos e pela imensa compreensão.

À Célia, minha incansável governanta, quem ajudou a criar meus filhos, sempre presente fazendo parte da nossa felicidade..

“Se, com efeito, fosse suprimida a razão não só de discutirmos como também de vivermos (o que aliás mais competiria à razão), em que consistiria precisamente a vida?”

CÍCERO. Dos Deveres (De Officiis). 44ª.C. Tradução Carlos Humberto Gomes. Ed. Edições 70. Lisboa. Portugal. P.79.

Resumo:

TORRESCASANA, Marielena da Cunha Faria. **Os Direitos Humanos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy**. Dissertação ~ Programa de Mestrado em Filosofia, Universidade Federal de Pelotas. Pelotas/RS. 2015.

A presente dissertação versa sobre os direitos humanos fundamentais a partir da teoria de Robert Alexy, e tem como objetivo analisar os fundamentos que legitimam o modelo de regras e princípios, seus critérios de distinção, a dignidade da pessoa humana como valor essencial, e a garantia dos direitos fundamentais numa sociedade democrática, buscando compreender a dimensão axiológica desses direitos e sua eficácia no Estado Democrático e Social de Direito, e contribuir para uma reflexão sobre a responsabilidade da sua proteção e efetividade.

Palavras chaves: Robert Alexy; direitos humanos; direitos fundamentais; regras e princípios; dignidade da pessoa humana.

Abstract:

TORRESCASANA, Marielena da Cunha Faria. **Os Direitos Humanos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy**. Dissertação ~ Programa de Mestrado em Filosofia, Universidade Federal de Pelotas. Pelotas/RS. 2015.

This dissertation is about the “fundamental human rights from the theory of Robert Alexy, and aims to analyze the reasons that legitimize the model rules and principles, their distinguishing criteria, the dignity of the human person as an essential value, and the guarantee of fundamental rights in a democratic society, trying to understand the axiological dimension of these rights and their effectiveness in democratic and Social State of Law, and contribute to a reflection on the responsibility for their protection and effectiveness.

Keywords: Robert Alexy; human rights; fundamental rights; principles and rules; dignity of the human person.

Lista de Abreviaturas

As abreviaturas referem-se à citações inseridas na pesquisa, cuja referência completa encontra-se no final do trabalho.

CD	Constitucionalismo Discursivo	- Robert Alexy
DRD	Direito, Razão e Discurso	- Robert Alexy
TDF	Teoria dos Direitos Fundamentais	- Robert Alexy
TAJ	Teoria da Argumentação Jurídica	- Robert Alexy
CVD	Conceito e Validade do Direito	- Robert Alexy
CB	Constituições do Brasil	- Cezar Saldanha e Souza Junior
ASD	A Supremacia do Direito	- Cezar Saldanha e Souza Junior
L	Leviatã	- Thomaz Hobbes
FMC	Fundamentação da Met. Dos Costumes	- Immanuel Kant
MC	Metafísica dos Costumes	- Immanuel Kant
FDH	Filosofia dos Direitos Humanos	- Heiner Bielefeldt
ADC	A Democracia na Constituição	- Luis Fernando Barzotto
LDS	Levando os Direitos à Sério	- Ronald Dworkin
AEDF	A Eficácia dos Direitos Fundamentais	- Ingo W. Sarlet.
DPHDF	Dignidade da PH e DF	- Ingo W. Sarlet
CDC	Curso de Direito Constitucional	- Paulo Bonnavides
DP	Direito dos Povos	- John Rawls
TDP	Tratado de Direito Privado	- Pontes de Miranda
CD	Consenso e Democracia	- Cezar Saldanha e Souza Junior
SD	Supremacia do Direito	- Cezar Saldanha e Souza Junior
DL	Direito e Legitimidade	- Cláudia Toledo

Sumário

Introdução.....	12
1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.	16
1.1 O Conceito de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	18
1.1.1 Os direitos fundamentais da primeira dimensão.....	22
1.1.2 Os direitos fundamentais da segunda dimensão.....	22
1.1.3 Os direitos fundamentais da terceira dimensão.....	23
1.1.4. Os direitos fundamentais da quarta dimensão.....	24
2 A Teoria dos Princípios de Robert Alexy,	28
2.1 A Distinção entre Regras e Princípios.....	30
2.2 Os Critérios de distinção	32
2.3 A máxima da proporcionalidade	39
3 A Dignidade da Pessoa Humana – Principio e Valor Essencial.	42
3.1 Os Fundamentos Éticos da Dignidade da Pessoa Humana.....	53
4 A Garantia dos Direitos Fundamentais.....	56
4.1 A Prioridade dos Direitos Liberdades.....	64
5 Considerações Finais.....	69
Referências Bibliográficas.....	72
Anexos.....	75
A – Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	75
B – CF/88 Título I Art. 1º - Título II Dos direitos e garantias.....	82

Introdução

O crescimento das desigualdades sociais e o enfraquecimento dos valores éticos nas políticas públicas, que tornam vulnerável a Democracia contemporânea, justificam o empenho para a realização desta pesquisa sobre “Os direitos humanos e os direitos fundamentais a partir da Teoria de Robert Alexy”.¹

Ante a preocupação crescente com a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana e a constatação de que os valores da civilização estão em decadência preocupante, é oportuno que se identifiquem, se estabeleçam e se estruturem as condições necessárias e essenciais à consolidação desses direitos e ao seu efetivo exercício.

Um exemplo, o descaso com a saúde pública, mostrado diariamente nos veículos de comunicação, com pessoas humanas atendidas em corredores de hospitais, ou nem isso, morrendo sem atendimento digno. O rapto de um bebê na maternidade da Santa Casa de Porto Alegre, recentemente. O nível educacional cada vez mais deficiente.² A falta de segurança nas ruas, nas escolas, em casa, e em todos os lugares. Os valores morais são igualmente aviltados: quando crianças são submetidas a abusos; quando idosos são maltratados, quando se materializam preconceitos de raça, sexo, religião, quando são postos à luz através dos veículos de comunicação o trabalho infantil e o trabalho escravo³, quando os próprios detentores do poder usam as reservas públicas, auferidas com o trabalho e o dinheiro dos cidadãos e resvalam pelo caminho obscuro e repugnante da corrupção e da insensatez, quando as manchetes anunciam massacres e atentados terroristas dizimando comunidades, em várias partes do mundo.

As atribuições da vida moderna em todos os quadrantes do mundo e a constante transformação de hábitos e costumes, remetem a humanidade para as incertezas e a fragilidade de entendimento sobre a sociedade e sobre os direitos

¹ Consagrado pensador e filósofo alemão. Em 14/06/2012, foi agraciado no Brasil com o título “Doutor Honoris Causa”, pela Universidade Federal do Piauí, durante o II Congresso de Ciências Políticas e Direito Eleitoral do Piauí.

² MIURA, Ernani. *O fracasso do Brasil: A educação*. **Zero Hora**, Porto Alegre, 5 de jul. 2014. P. 18

³ BORTOLON, Eugenio. *Aumenta trabalho escravo*. **Correio do Povo**. Caderno de Economia, Porto Alegre, 4 de jul.2014, p. 6. E portal.mte.gov.br/trab_escravo.

inerentes à pessoa humana. Muitas vezes, isto se verifica por falta de atendimento às dimensões do humano, contribuindo para uma desagregação dos valores morais que sustentam a dignidade da pessoa humana, quando por exemplo ocorrem comportamentos cruéis, desumanos, até mesmo no seio das universidades, nos trotes grosseiros e até letais em alunos que estão ingressando na vida universitária, atitudes e atos que são amplamente divulgados nos meios de comunicação. Vale acrescentar a ocorrência de discriminação em todas as suas formas, a violência crescente, a tortura e os seqüestros abomináveis, como atitudes contrárias à evolução da dignidade do homem e que continuam aterrorizando os povos.

Essa violação dos direitos fundamentais é fruto da fragilidade na educação dos sentimentos e da ignorância ao princípio da moralidade e da ausência de um sentido para a vida. É preciso penetrarmos o entendimento de que são os valores trabalhados e incorporados na infância, na oficina do lar, que estruturam a personalidade do ser humano, com a argamassa do amor, do afeto e do respeito, tornando-o uma pessoa humana realizada, produtiva e feliz. Ensinar a aprender o que é bom e útil, a amar, a respeitar, a ser honesto, a ser generoso, são os ensinamentos mais verdadeiros para a formação do ser humano.

Precisamos, pois, em alguma medida da vida em grupo para o pleno desenvolvimento de nossas faculdades. Quando ausentes os valores morais comunitários, as conseqüências são o alto índice de criminalidade, porquanto, a sociedade somente pode florescer, individual e coletivamente, se trabalhar pelo bem comum. E, porque direitos individuais e sua reivindicação pressupõem deveres relativos ao bem comum.⁴

Marco Túlio Cícero, no final do ano 44 a. C. no seu tratado de moral, de forma filosófica e, ao mesmo tempo pedagógica e didática dirigida a seu filho que estudava Filosofia em Atenas, questiona: “*Se, com efeito, fosse suprimida a razão não só de discutirmos como também de vivermos (o que aliás mais competiria à razão), em que consistiria precisamente a vida?*”.⁵

Neste sentido importante o ensinamento de Lymm Nunt, quando afirma:⁶

⁴ FERRAZ, Carlos Adriano. *Direitos, Bem Comum e Florescimento Humano*. Texto apresentado no Iº Workshop: Filosofia do Direito. UFPEL/RS. Setembro/2013. Ps.1 e 26..

⁵ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres (De Officiis)*. Tradução Carlos Humberto Gomes. Edições 70, Lisboa/Portugal . p. 79.

⁶ NUNT, Lymm. *A Invenção dos Direitos Humanos. Introdução*. P. 24

A existência dos direitos humanos depende tanto das emoções quanto da razão. A reivindicação de auto-evidência se baseia em última análise num apelo emocional: ela é convincente se ressoa dentro de cada indivíduo. Além disso, temos muita certeza de que um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados pela sua violação.

Significando que é nesta conexão com o outro, com a natureza e consigo mesmo, que o ser humano encontrará um sentido para a vida. Consequentemente, aprenderá a respeitar os direitos dos outros.

Não obstante a valorização dos direitos humanos na área política e no âmbito do direito internacional nos últimos decênios, o mundo ainda se detém na falta de moralidade e convive com a inobservância e o desrespeito a esses direitos, afirma Heiner Bielefeldt.⁷

Compreendendo a importância da pesquisa e do estudo cuidadoso, busca-se analisar na Teoria de Robert Alexy, um fio condutor que oportunize maior conscientização sobre o compromisso de todos na efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Para que, verdadeiramente, se vislumbre um caminho que conduza à proteção, à garantia e à efetividade dos ‘*direitos humanos*’, é imprescindível o conhecimento do conceito de “*direitos humanos, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*” – seus fundamentos axiológicos, suas dimensões.

Portanto, este trabalho de pesquisa tem sua justificativa na importância que o assunto representa em todos os âmbitos da vida e da atuação do homem. E, porque os “*direitos fundamentais*” da Pessoa Humana e os princípios defendidos por Alexy, se constituem em diretriz aos apelos pela igualdade, liberdade e garantia aos valores institucionais, com uma visão humanista para todos os povos.

Os “*direitos fundamentais*” abordados neste estudo correspondem aos “*direitos humanos*” inseridos no nosso ordenamento jurídico e em algumas constituições de outros povos, reconhecendo e protegendo a dignidade da pessoa humana.

No *primeiro capítulo* deste trabalho, procuramos analisar o “*conceito de direitos humanos e direitos fundamentais*”, no sentido do seu reconhecimento pelas constituições democráticas.

⁷ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. (Fócus 4). P. 15

No *segundo capítulo* abordamos “a Teoria dos princípios de Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios, critérios de distinção, a máxima da proporcionalidade”, com a intenção de explicitar a importância de uma axiologia de valores para alicerçar a teoria dos direitos fundamentais no texto constitucional.

No *terceiro capítulo* “a dignidade da pessoa humana – princípio e valor essencial, e os fundamentos éticos da dignidade da pessoa humana”, analisando a importância deste princípio constitucional como parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No *quarto capítulo* apresentamos uma abordagem sobre “a garantia dos direitos fundamentais numa sociedade democrática e a prioridade dos direitos liberdades, na concepção de Robert Alexy, um dos expoentes da filosofia política.

Eis o escopo deste trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, que é de construção permanente através da própria evolução humana e de suas crescentes necessidades, nem de aprofundar aspectos em questões de abrangência universal. Nossa intenção é contribuir de forma humilde e singela, mas verdadeira e sincera, para uma reflexão responsável no seu desenvolvimento, na tentativa consciente e persistente para explicar o verdadeiro e quase sagrado direito à dignidade da Pessoa Humana, cuja culminância é a consagração dos direitos humanos fundamentais.

E este momento no mundo está clamando pela efetividade dos direitos humanos violados e implorando resguardo e garantia dos poderes constituídos.

1 OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em todos os ângulos das relações no cotidiano dos povos, ressurge o questionamento sobre os direitos humanos fundamentais e a garantia da sua efetividade. Esta iniciativa é importante para a devida compreensão que devemos ter sobre a necessidade de proteção aos valores essenciais da vida. E porque este tema integra a rotina de todos, nas atividades de cada dia, seja onde for.

A necessidade do convívio entre os homens, desde o início da civilização, tem se constituído numa construção constante e infinita ao longo dos milênios. Palmilhando essa longa e muitas vezes penosa estrada da evolução humana, abre-se ao homem a consciência para a sustentação da vida, permitindo o entendimento sobre a nobreza das idéias democráticas, e a importância dos seus postulados para a proteção aos direitos humanos.

Os direitos humanos deitam raízes na antiguidade diz Robert Alexy, portanto eles não são uma descoberta do século XX. A marcha dos direitos fundamentais pelos séculos espelha, também, a marcha das lutas moral-políticas reais.⁸

Assim é que as instituições, que se valem do homem, vão enriquecendo-se pelo concurso da experiência. E nessa dimensão afloram os valores. E o valor dos valores é a pessoa humana, que é o fundamento axiológico de essência do ideal democrático⁹.

Os direitos humanos, historicamente, originados da própria existência do homem no planeta, no enfrentamento dos desafios e lutas pela sobrevivência, e na defesa de suas liberdades, vão se estruturando e adquirindo novas dimensões.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é um marco histórico que evoluindo no decorrer dos tempos, vem contribuindo para a universalização do

⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011. Ps, 94 e 96.

⁹ BRASIL. *Constituição Federal. promulgada em 1988. 16 Ed Art. 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; II a dignidade da pessoa humana*

direito e para a noção de inclusão que hoje felicita os povos, no sentido da erradicação de todo tipo de preconceito, discriminação racial, entre outros. No seu Preâmbulo designa “os *direitos do homem* como o *ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações*”.¹⁰

A História, nesse trabalho contínuo de evolução, mostra-nos a transformação dos mundos, das suas leis e de seus protagonistas. O crescimento universal é resultado da soma da melhoria individual, e essa equação se concretiza porque a pessoa humana é a base do constitucionalismo. Por exemplo, a nossa CF 88 faz referência expressa:

ao estado democrático de direito. Empostou um belo sistema de direitos fundamentais, no tripé direitos liberdades, direitos sociais e direitos políticos. Aprimorou mecanismos novos de controle de constitucionalidade. E – o que é mais importante – aderiu ao constitucionalismo de valores ao declarar: a) como fundamento dos fundamentos do estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); e b) como finalidade das finalidades o bem comum,, ou seja, bem de todos, naquilo que todos temos em comum (art, 3º, IV)¹¹

A compreensível confusão que é comumente feita acerca das expressões “direitos humanos e direitos fundamentais”, é Ingo Sarlet quem explica:

o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, e revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹²

Alexy pondera que direitos do homem e direitos fundamentais estão intimamente relacionados, identificando nos direitos do homem as cinco importantes

¹⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011. P. 41.

¹¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2002. P. 86.

¹² CANOTILHO J. J. Gomes, *Direito Constitucional*. P.528 apud SARLET, Ingo *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P. 29.

características. Eles são universais, fundamentais, preferenciais, abstratos e morais. Esta última característica, a moralidade, confere aos direitos humanos um caráter suprapositivo. Nisto, exatamente, reside a distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais.

1.1 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos, em nossos dias são reivindicados em todos os segmentos da sociedade. E, cada vez mais, postulam-se reconhecimento e respostas aos anseios de liberdade e equilíbrio ameaçados, segundo Heiner Bielefeldt, pela submissão e pelas tentativas de sua restrição ou repressão que ainda vigoram em alguns países. E, afirma que *“a resposta baseada por direitos humanos encontrada para a crise da era moderna primeiramente no Ocidente aplica-se hoje a situações de análoga injustiça e crise em muitas partes do mundo”*.¹³ E leciona:

Os direitos humanos representam a tentativa de garantir condições elementares de vida digna, do ponto de vista político e jurídico. Isto ocorre, de um lado, como reação a situações concretas de injustiça e de ameaça à humanidade, [...] Essa resposta através desses direitos humanos [...], assume a incumbência ética como genuína chance de liberdade, dando-lhe validade política e jurídica pelo bem da dignidade humana. Em sentido duplo, portanto, os direitos humanos são um desafio da era moderna: considerando as ameaças modernas à vida humana, formulam, simultaneamente um novo ethos de liberdade que, pela crise dessa era, tornou-se possível e, ao mesmo tempo, imprescindível. (BIELEFELDT, FDH, 2000, p. 47).¹⁴

E entende que, na busca por equiparação de participação política nos postulados constitucionais democráticos é que incorporou-se a idéia de direitos humanos por igual liberdade. (BIELEFELDT, FDH, 2000, P.52).

Na verdade, diz ele, os modernos direitos humanos tornaram-se imprescindíveis universalmente, independentemente de serem um progresso em

¹³ BIELEFELDT, Heiner .*Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. (Fócus 4). P. 52 e 58.

relação às tradicionais figuras da ética, da política e do Direito. (BIELEFELDT, FDH, 2000, p. 59).

Alexy evoca lição de Norberto Bobbio, quando Bobbio, designou a *Declaração Dos Direitos do Homem* como a: “até agora maior prova histórica para o *consensus omnium gentium* com respeito a um sistema de valores determinado”, e acrescenta que está expresso no preâmbulo a designação dos direitos do homem “como o ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações”. Significando que os direitos do homem são um ideal universal, i.é, ratificando a sua universalidade. (ALEXY, CD, 2011,P. 41).

Quando se aborda a relação entre direitos humanos universais e pluralismo cultural importante manter o foco na cidadania e na economia modernas, caso contrário, se fechará os olhos para a realidade, abrindo as portas para o autoritarismo político. (HEINER BIELEFELD, FDH, 2000, p.58).

Os direitos humanos passaram, pois, por longas transformações até penetrar no texto das Constituições, constituindo-se numa esperança de garantia e efetividade para os povos, e passaram a ser considerados como *Direitos Fundamentais*.

Nesse caminho de transformação os direitos não perdem a validade moral, eles obtêm uma validade jurídico-positiva, ensina Alexy. A validade moral dos direitos do homem impede que eles sejam anulados por direito positivo. Ao contrário, a validade moral dos direitos do homem reclama, como um dos meios mais eficazes de sua imposição, a validade positiva para garantir a sua eficácia. Essa é “a conexão entre direitos fundamentais e direitos do homem. Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo”. E Alexy afirma, ainda: “direitos do homem, como fundamentais, são, no núcleo de seu significado, direitos” (ALEXY, C D, 2011,p. 96 e 93).

Ronald Dworkin afirma que “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm”¹⁵, isto é, os direitos são faculdades ou poderes de agir que são brandidos contra o Estado ou a sociedade. (BARZOTTO, ADC, 2003, p. 198).

Na teoria de Alexy os “direitos fundamentais no estado constitucional democrático”, significam a relação dos direitos fundamentais para com os direitos do homem, a democracia e a jurisdição constitucional. E explica a relação que

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira. Ed. Martins Fontes. São Paulo:2010. P. .XV.

existe entre eles: nos direitos do homem as cinco características que os definem, ou seja, eles são *universais, fundamentais, preferenciais, abstratos e morais*. A característica moral, lhes confere um caráter suprapositivo, é o que os distingue dos direitos fundamentais. E explica que os direitos fundamentais são os direitos que se acham positivados (ou institucionalizados) na constituição, conferindo-lhes a legitimidade jurídica, e garantindo o seu cumprimento, o preâmbulo expressa isso claramente quando ele diz que “*é essencial para proteger os direitos do homem pelo domínio do direito*”. E afirma que os direitos do homem formam um sistema. (ALEXY, CD, 2011, p. 10 e 14).

Alexy, conforme referido acima, define os direitos do homem por cinco características: 1ª) *universalidade* – significando que a titularidade dos direitos do homem é cada pessoa como pessoa; 2ª) *fundamentalidade de seu objeto* - significando que direitos do homem não protegem todas as fontes do bem-estar imagináveis, mas somente interesses e carências fundamentais; 3ª) *abstratividade* – significando que podemos, por exemplo, acordar sobre o fato de que cada um tem direito à saúde, sobre isto, o que isso significa no caso concreto, pode, porém, suscitar um litígio prolongado. 4ª) *moralidade dos direitos do homem*, significando que um direito vale moralmente quando perante cada um, que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificado; a existência dos direitos do homem consiste em sua fundamentabilidade e em nada mais; 5ª) *prioridade – dos direitos do homem* que deriva da sua moralidade, isto é, da sua validade moral :

Direitos do homem, como direitos moralmente vigentes, não podem por direito positivo, portanto, não por leis, regulamentos, contratos ou sentenças judiciais, ser deixados sem vigência. Leis, regulamentos, contratos e decisões judiciais, que se opõem a eles, são sempre juridicamente viciosos e, em casos extremos, até juridicamente nulos. Sua imposição é, então, o exercício de pura força. Direitos do homem têm, nesse sentido, uma prioridade perante o direito positivo. [...] essas cinco características, que caracterizam os direitos do homem, sobretudo, de outros direitos, estão juntas. (ALEXY, CD, 2011, p.95)

Alexy ensina que os problemas principais de sua institucionalização ou positivação resultam de sua abstratividade, porque esta requer máxima necessidade de interpretação e de ponderação. E, sobre a interpretação e a ponderação dos direitos fundamentais, cabe ao tribunal constitucional decidir em última instância e

não ao dador de leis. Daí suscitando uma relação de tensão entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional, de um lado, e democracia, do outro. (ALEXY, CD, 2011, p. 11).

É importante reiterar que, segundo Alexy a validade moral dos direitos do homem exige, como um dos meios mais eficazes de sua imposição, sua positivação. Essa é a conexão fundamental entre direitos do homem e fundamentais. (ALEXY, CD, 2011, p.96)

Sobre os direitos fundamentais, Robert Alexy acrescenta que são direitos humanos transformados em direito constitucional positivo, e que, por isso mesmo : *“o conceito do direito fundamental é, sem dúvida, ainda não determinado em todos os sentidos”. E aponta: “o que direitos fundamentais realmente são, de nenhum modo decide somente o texto constitucional”. Esclarecendo: “decisivo são a vontade política do povo, a situação econômica, a prática jurídica e a ciência do direito”.* (ALEXY, CD, 2011, p. 96).

Segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais¹⁶, representam, pelo menos nas primeiras constituições escritas, os direitos do indivíduo frente ao Estado, especificamente como direitos de defesa, demarcando uma esfera de autonomia individual ante o poder de intervenção do Estado. E, explica que são chamados *direitos negativos*, porque referem-se a uma abstenção e não a uma postura positiva do poder público, ou seja, são *“direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”*.¹⁷ E enumera como relevantes no rol desses direitos de *primeira dimensão*: *“os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei [...] complementados por um leque de liberdades: liberdades de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação etc.; e pelos direitos de participação política, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva”*.¹⁸

¹⁶ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P. 46, 47.

¹⁷ LAFER, C. apud Ingo Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P.47

¹⁸ Ibidem , 47.

1.1.1. Os direitos fundamentais da primeira dimensão

Assim, os direitos da primeira dimensão/geração são os direitos da liberdade, os primeiramente catalogados no texto constitucional, os direitos civis e políticos, ensina Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, CDC, 2002, p. 517).

Segundo Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração situam-se na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek, evidenciando a nítida separação entre a Sociedade e o Estado, na ordem dos valores políticos. É o reconhecimento desta separação que permite ressaltar o verdadeiro caráter anti-estatal dos direitos liberdades. Diz ele: “são direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.”¹⁹

Na lição de Ingo Sarlet, o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição), se incluem nesta categoria. (INGO SARLET, AEDF, 2012, p. 47).

1.1.2 Os direitos fundamentais da segunda dimensão

São os direitos sociais, econômicos e culturais, diz Ingo Sarlet, ressaltando a sua dimensão positiva, porquanto não se cuida mais de evitar a intervenção do Estado no âmbito da liberdade individual, mas promover o bem social.²⁰ Neste

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores., 2002. P. 517, 518.

²⁰ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P. 47.

sentido também ensina Celso Láfer, quando defende a importância de propiciar um “*direito de participar do bem-estar social*”²¹

Quanto aos direitos catalogados como de *segunda dimensão*, diz Ingo Sarlet, estão os direitos fundamentais que outorgam à pessoa humana direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.. e, que no corredor do século XX, restam consagrados em várias Constituições e figuram como objeto de pactos internacionais. (INGO SARLET, AEDF, 2012, p. 48).

Além dos direitos de cunho positivo, explica Ingo Sarlet, incluem-se nesta *segunda dimensão*, os direitos liberdades sociais, como as liberdades de sindicalização, do direito de greve, férias, repouso remunerado, garantia do salário mínimo, redução da jornada de trabalho, e outros, abrangendo bem mais do que os direitos de cunho prestacional. Além disso, explica, esses direitos sociais, não podem ser confundidos com os direitos coletivos e ou difusos da *terceira dimensão*, porquanto têm como sujeito de direito uma pessoa individual.

1.1.3 Os direitos fundamentais da terceira dimensão

Os direitos da *terceira dimensão*, reportam-se à proteção de grupos humanos, por isso são chamados coletivos. Seu espectro de proteção é mais amplo que o homem-indivíduo, é transindividual, abrange a família, a sociedade, a nação. E pelo seu caráter de universalidade são também denominados como direitos de solidariedade ou fraternidade.²² São direitos de titularidade coletiva ou difusa, leciona C. Lafer, referido por Ingo Sarlet.²³

Importante incluir entre os direitos fundamentais de terceira dimensão “os *direitos á paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação*”. (INGO SARLET, AEDF, 2012, p.48).

²¹ LÁFER, Celso apud SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P. 47.

²² SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P..48,49.

²³ LAFER C. apud Ingo Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P..48.

Fazem parte da *terceira dimensão* as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer com dignidade, o direito à mudança de sexo, adverte Ingo Sarlet. (INGO SARLET, AEDF, 2012, p.49).

Considerando o avançado processo de degradação que enfraquece gradualmente os direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo todo, especialmente ante o uso de novas tecnologias, como por exemplo a chamada espionagem digital através da invasão aos sites oficiais e particulares, importante ressaltar, diz Ingo Sarlet, que a terceira dimensão pode significar: *“uma resposta ao fenômeno denominado poluição das liberdades, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias”*.²⁴

Diante dessa possibilidade, vislumbra-se pertinente a idéia de que, na sua essência, todas as questões no âmbito dos direitos fundamentais, gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos superiores valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade, tendo como alicerce o valor dos valores – a dignidade da pessoa humana. (INGO SARLET, AEDF, 2012, p.50).

1.1.4 Os direitos fundamentais da quarta dimensão:

Na lição de Paulo Bonavides, evocada por Ingo Sarlet, os direitos fundamentais da *quarta dimensão*, ou dimensão da globalização dos direitos fundamentais, seriam os direitos à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. (INGO SARLET, AEDF, 2012, p. 51).

Importante salientar, conforme leciona Bonavides, que:

*Os direitos da primeira dimensão, direitos individuais, os da segunda dimensão, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política.*²⁵

²⁴ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P. 49.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores., 2002. P. 525. Sobre este ponto dos direitos fundamentais da quarta dimensão, Bonavides esclarece que eles não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira dimensão. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados

Ainda, segundo a posição de Bonavides, é correto afirmar que os direitos da segunda, da terceira e da quarta dimensões, não se interpretam, concretizam-se. Nesse desiderato está o fulcro do: “futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação”. (BONAVIDES, CDC, 2002, p.525).

Entretanto, embora os esforços de alguns, estes direitos ainda permanecem no papel. Sarlet cita os exemplos no Brasil, dos Conselhos Tutelares no âmbito da proteção da infância e dos jovens, e com as experiências do Orçamento Participativo, e outros de âmbito internacional, cuja efetividade ainda está longe de ser materializada plenamente pelos poderes constituídos.²⁶ Entre nós podemos citar o recente e comovedor caso do menino Bernardo, amplamente divulgado na imprensa, apontando flagrante omissão ao seu pedido de socorro.

E Paulo Bonavides ensina que os direitos de *quarta dimensão* “*compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política*”. E aponta que o direito à paz pela sua relevância, poderia constituir uma quinta dimensão dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, CDC, 2002, 526).

Segundo Norberto Bobbio:

o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.. (BOBBIO, AED, 1992, p. 1).

Neste contexto, Ingo Sarlet ao considerar a relevância transcendental da preservação da paz para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, comunga do pensamento de Bobbio ao referir: “*que a proteção dos direitos fundamentais do homem se integra ao conteúdo essencial do estado democrático,*

em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

²⁶ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. P. 51.

ao passo que a paz constitui pressuposto indispensável á proteção efetiva dos direitos do homem”. (INGO SARLET, AEDF, 2012, p. 54).

Segundo Bobbio:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia. Sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais. Haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo. (BOBBIO, AED, 1992, p.1).

A evolução dos direitos humanos – direitos fundamentais componentes de três dimensões sucessivas e cumulativas, a saber:

“direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal”. (BONAVIDES, CDC, 2002,p. 528).

Essa evolução dos direitos humanos desde o século XVIII até os dias de hoje, vem contribuindo para o florescimento democrático na alma dos povos, ensina Paulo Bonavides:

Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada. (BONAVIDES,CDC, 2002, P.528).

Conforme pontua Bolzan de Moraes, além do reconhecimento político-social, aos direitos do homem, é preciso dar-lhes eficácia jurídica e efetividade prática.²⁷

E John Rawls conferindo igual importância, classifica os direitos humanos como uma classe de direitos urgentes, e confere-lhes um papel importante como padrão necessário para o funcionamento adequado das instituições democráticas.

²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto alegre: Livraria do Advogado. 2002. P. 61.

Ele atribui aos direitos humanos propriedades especiais: “seu *cumprimento é condição necessária de decência das instituições políticas de uma sociedade*,; seu *cumprimento basta para coibir a intervenção internacional*; *esses direitos estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos*”. Rawls defende, ainda, que o Estado que viole os direitos humanos deve sofrer as sanções coercitivas e ou intervenção, porquanto a condição necessária referida, está vinculada aos poderes de soberania. (RAWLS, DP, 2001, ps, 103, 104, 105).

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

O estudo sobre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy remete-nos aos postulados de Ronald Dworkin, adotados por Alexy na estruturação dos seus conceitos, tornando evidente a forte influência daquele filósofo americano. Entretanto, ambos apresentam diversidade em seus conceitos. Alexy apresenta um modelo que busca a otimização, visando um resultado, e propõe um sistema de enunciados gerais de direitos fundamentais, corretos ou verdadeiros, ordenados da forma mais clara possível. A concepção da sua teoria é de uma teoria integradora, justamente para abraçar esses enunciados gerais, passíveis de serem formulados e combinados com otimização. (ALEXY, TDF, 2012, p. 39).

Segundo Alexy uma teoria integrativa necessita de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, para investigar estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, conferindo-lhe um caráter empírico-analítico. E revestindo-se de caráter normativo-analítico quando tratar sobre a questão da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais Explicando que: *“a medida de racionalidade do direito depende em grande parte do nível alcançado pela dimensão analítica”*. (ALEXY, TDF, 2012, p. 42, 49).

Alexy ressalta: *“se não há clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito”*. (ALEXY, TDF, 2012, P. 46). Mostrando-nos que esse trabalho na dimensão analítica favorece a isenção da ciência dos direitos fundamentais da retórica da política e das influências ideológicas. É imprescindível que haja clareza sobre os conceitos, por exemplo: de liberdade, de restrições ou de direito a prestações positivas e outros, para que sejam suscetíveis de uma análise racional, postula Alexy.²⁸

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 49.

Alexy salienta que a sua teoria estrutural faz parte da tradição analítica da jurisprudência dos conceitos, e realça a estreita conexão que existe entre esses dois conceitos: conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental. Mas adverte: *é recomendável tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental.* (ALEXY, TDF, 2012, p. 49, 50).

Por esta razão, é importante a compreensão sobre o conceito de norma de direito fundamental, que é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito. Entretanto, isto não significa que a utilização do termo norma se restrinja à Ciência do Direito, A abrangência do seu uso vai além da linguagem coloquial, e é empregada em outras ciências. (ALEXY, TDF, 2012, P. 51).

Na teoria defendida por Alexy, as normas de direito fundamental podem ser de duas categorias:

As normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas. Mas enfatiza que uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. (ALEXY, TDF, 2012, p. 73 e 74).

Para Alexy, no âmbito deste critério são levados em consideração os três critérios de validade: o jurídico, o sociológico e o ético para identificar normas de direito fundamental atribuídas. Entretanto a argumentação é que vai sustentar se a norma atribuída é uma norma de direito fundamental, porque: *“as normas de direito fundamental são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”*. Segundo Alexy, saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental vai depender da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente (ALEXY, TDF, 2012, os. 74, 75, 76)

Quanto às normas diretamente estabelecidas, Alexy explica que uma referência ao texto constitucional, isto é, à sua positivação, basta para as normas diretamente estabelecidas. E mesmo uma correta fundamentação referida a direitos

fundamentais, não elimina a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente.²⁹

Em relação aos princípios, Alexy defende que princípios podem se referir a direitos fundamentais, e, por isso mesmo, quando surgirem princípios contrapostos, ocorre o que ele chama de colisão, para cuja solução deve-se recorrer ao sopesamento ou ponderação. Essa lei é um dos fundamentos da teoria de Alexy.³⁰ Afirmando que:

Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Nos termos dessa lei, o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada, mas um problema de “afastamento de direito fundamental em relações individuais. (ALEXY, TDF, 2012, P. 99)..

2.1 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

Alexy afirma que o alicerce de sua teoria da fundamentação dos direitos fundamentais assenta-se na *distinção entre regras e princípios*, tornando-se essa distinção uma chave para a solução dos problemas da dogmática dos direitos fundamentais. E afirma que:

Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.. (ALEXY, TDF, 2012, p.85).

Neste sentido explica: “*essa distinção é também fundamento tanto para a dogmática dos direitos de igualdade e de liberdade, dos direitos a proteção, a organização e procedimentos e a prestações em sentido estrito*”. (ALEXY, TDF, 2012, p 85).

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 76.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 99, 114.

Portanto, a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy, serve de parâmetro para estruturar uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, e a sua utilização sistemática constitui-se no ponto inicial para responder à indagação sobre a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Por isso, Alexy considera essa distinção a viga de sustentação da sua teoria dos direitos fundamentais.³¹

A terminologia utilizada para diferenciar regras e princípios vem sempre mesclada de dúvidas. Mas, Robert Alexy afirma que tanto regras quanto princípios são normas, e devem conter expressões deônticas básicas do dever, de permissão e de proibição. E, explica que tanto princípios quanto regras, fundamentam juízos de dever-ser, mesmo que distintos. Segundo ele, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Uma distinção qualitativa. E exemplifica, afirmando que uma norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença, e uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que estabelece que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. (ALEXY, TDF, 2012, p. 87).³²

Ao explicar a extensão do conceito de princípio, Alexy³³ afirma que os princípios tanto versam sobre direitos individuais quanto sobre direitos coletivos. A teoria de Alexy transpira a influência de Ronald Dworkin, para quem a amplitude do conceito de princípio é mais restrita. Dworkin denomina *política* as normas utilizadas como razões para os interesses coletivos, e denomina *princípios* as normas que podem ser utilizadas como razões para os direitos individuais.³⁴

Assim se posiciona Dworkin:

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 85 e 86.

³² Convém esclarecer que generalidade e universalidade são conceitos distintos. As premissas “todos gozam de liberdade de crença” e “todo preso tem direito de converter outros presos à sua crença”, ambas expressam normas universais, elucida Alexy. O oposto de norma universal é a norma individual, explica. As premissas “o Senhor L. goza de liberdade de crença” e “o preso L. tem o direito de converter outros presos à sua crença” expressam normas individuais, com graus de generalidade diferentes, podendo uma ser considerada ‘relativamente geral’ e a segunda relativamente especial”. Toda norma é sempre ou universal ou individual. Já a generalidade, ou seu oposto, a especialidade, é um problema de grau. ALEXY .TDF, 2012. Nota de rodapé, 11, p. 87, 88.

³³ ALEXY, Rober. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. Ps. 114.e 115.

³⁴ DWORKIN, Ronald apud Robert Alexy, ibidem 2012. P. 116.

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Assim, padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (DWORKIN, LDS, 2010, p. 36).³⁵

Importante reiterar que Dworkin, cuja visão filosófica e jurídica foi considerada por Alexy, defende que os princípios são normas que têm uma dimensão de peso ou importância, ao passo que as regras não ostentam essa dimensão. E quando os princípios se contrapõem, na solução do conflito vai prevalecer a força relativa de cada um, ou seja, será preciso considerar o peso de cada um no caso concreto. As regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, se não for válida, em nada contribui para a decisão. Enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção. A diferença entre regras e princípios, para Dworkin, é de natureza lógica. (DWORKIN, LDS, 2010, p.35 e ss).

Alexy enfatiza que o ponto decisivo na distinção que defende entre regras e princípios é que *princípios* são mandamentos de otimização, são normas que ordenam que sua satisfação seja realizada na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e as possibilidades jurídicas existentes.. (ALEXY, TDF, 2012, p. 90).

2.2 CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

Entre alguns critérios utilizados para a distinção entre regras e princípios, Alexy explica que o critério da *generalidade* é o mais comum e o mais frequentemente utilizado. E enfatiza que os graus da *generalidade* variam entre princípios e regras, conforme esse critério, os princípios são normas com grau de

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª Ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010. P. 39.

generalidade relativamente alto, e quanto às regras, estas possuem um grau de generalidade relativamente baixo. E exemplifica:

Um princípio que é uma norma com grau de generalidade relativamente alta, seria a norma que ampara a liberdade de crença. E para uma regra que é uma norma de generalidade relativamente baixa, seria a norma que ampara o direito de um presidiário de converter outros presidiários à sua crença. (ALEXY, TDF, 2012, p. 87)

Segundo Alexy, além da *generalidade*, esse critério de diferença de grau entre princípios e regras, para distinguir corretamente regras e princípios precisamos de outro critério chamado *otimização*, defendendo a posição de que a diferença não é apenas de grau, mas de *qualidade*. (ALEXY, TDF, 2012, p 90)

Neste sentido, os *princípios são os mandamentos*³⁶ de *otimização*, cuja satisfação pode ser obtida em graus variados, porque dependem das possibilidades fáticas e, também, das possibilidades jurídicas, e o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes, porque os princípios estão sujeitos à lei da ponderação e da proporcionalidade. Enquanto que as *regras são normas* cuja satisfação sempre se realiza ou não. “As regras têm determinações, também, no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente o que ela prescreve, nem mais nem menos. E, portanto, toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Significando que a distinção entre regras e princípios não é uma distinção de grau, mas uma distinção qualitativa. (ALEXY, TDF, 2012, 90, 91).

No caso das *regras*, estas são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, esclarece Alexy. E, apresenta um exemplo de uma regra que elucida o que se quer dizer com isso:³⁷

..... no § 5º, 1, do Código de Trânsito Alemão, ultrapassagens são possíveis pela direita ou esquerda. A característica de poder ser ou

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 90. Nota Exp. O conceito de mandamento é aqui utilizado em sentido amplo, que inclui também as permissões e as proibições.

³⁷ ALEXY, Ibidem, p. 91. E em nota explicativa: no § 5º, 1, do Código de Trânsito alemão, ultrapassagens são possíveis pela direita ou esquerda. A característica de poder ser ou não ser cumprida não se limita a uma simples regra. Ela não depende do fato de que a ação obrigatória – proibida, permitida- somente pode ser realizada ou não. Mesmo as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus podem ter aquela qualidade.

não ser cumprida não se limita a uma simples regra. Ela não depende do fato de que a ação obrigatória – proibida, permitida – somente pode ser realizada ou não. Mesmo as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus podem ter aquela qualidade.

Neste sentido sendo válida a regra, deve-se fazer exatamente aquilo que ela prescreve, porque se constituem em determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, TDF, 2012, p 90).

Além disso, a distinção também pode emergir com propriedade quando nos deparamos com conflitos entre princípios e conflitos entre regras, prevalecendo a distinção pela solução alcançada no caso. (ALEXY, TDF, 2012, p. 91).

Tratando-se de *conflito entre as regras*, o importante é atentar-se para uma decisão de validade, explica Alexy, e acrescenta: “*válida a regra, o que ela exige deve ser cumprido, nem mais nem menos, porquanto, regras contém determinações dentro das suas possibilidades jurídicas e fáticas, não havendo distinção de graus, mas de qualidade.*” (ALEXY, TDF, 2012, P. 91).

Nesse caminho elucidativo, Alexy explica que vamos encontrar a distinção entre as normas, através da diferença qualitativa entre elas. E, neste caso, só é possível solucionar o conflito pela introdução em uma das regras de uma *cláusula de exceção* que o elimine, ou se pelo menos uma das regras seja declarada inválida, pois é impossível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em determinado caso, se constatar a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, ensina Alexy (ALEXY, TDF, 2012, os. 90 e 92). E cita um exemplo:

Um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si.

Esse conflito terá sua solução através da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção quando tratar do alarme de incêndio. Na impossibilidade da solução, uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso excluída do

ordenamento jurídico. Ao contrário do que acontece com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. ensina Alexy. (ALEXY, TDF, 2012, o. 92)

Assim, importante ressaltar que: se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Quando uma cláusula de exceção não é possível no conflito entre regras deve-se recorrer às regras: “*Lex posterior derogat legi priori e Lex specialis derogat legi generali*”³⁸ E vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. (ALEXY, TDF, 2012, p. 93).

Alexy afirma que a introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio, ao contrário do que sustenta Dworkin, que as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Impossível conservarmos a certeza de que, em novo caso, prescindiremos da introdução de uma nova cláusula de exceção. (ALEXY, TDF, 2012, p. 104).

Tratando-se de *conflito entre os princípios*, o conflito se resolve de maneira diversa, porque os princípios, diz Alexy, têm pesos diferentes, e, por isso, um terá precedência sobre o outro em determinadas condições. Assim, a solução do conflito entre princípios se dá no âmbito do peso, e explica: “*o conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, para definir qual dos interesses que pairam abstratamente no mesmo nível, apresenta maior peso no caso concreto.*” (ALEXY, TDF, 2012, p.95).

Para melhor compreensão da lei de colisão, Alexy cita o exemplo do caso *Lebach*, explicando que o canal de televisão ZDF programava a exibição de um documentário sob o título: “*O assassinato de soldados em Lebach*”. E cuja abordagem envolvia a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e as armas foram roubadas. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, §1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. Aqui,

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. Ibidem. Ps.92, 93.

notadamente, uma situação de tensão entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar através da radio difusão. (ALEXY, TDF, 2012, p. 1000). Esse conflito, diz Alexy:

Não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de sopesamento, no qual nenhum dos princípios, nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de “valores constitucionais”,- “pode pretender uma precedência geral”. Ao contrário, é necessário “decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais”. [...] Duas normas levam, se consideradas isoladamente, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto. (ALEXY, TDF, 2012, p. 99 e ss).

Alexy explica que o Tribunal Constitucional Federal, depois de constatar a colisão entre princípios cujos valores abstratos estão no mesmo nível, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar, no caso de uma “informação atual sobre atos criminosos”. No caso, uma relação de precedência geral ou básica, e portanto, significando que nem toda informação atual é permitida. E esclarece: “a condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula que permite o estabelecimento de exceções” (ALEXY, TDF, 2012, p.100 e ss.).

O Tribunal, ao constatar que havia no caso uma repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, e que colocaria em risco a ressocialização do autor, decide que a proteção da personalidade, tem precedência sobre a liberdade de informar, proibindo a veiculação do documentário. Ou seja, no caso, valeu o enunciado da preferência, porquanto essas quatro condições: *repetição, ausência de interesse atual pela informação, grave crime, risco à ressocialização*, formam uma estrutura que é proibida do ponto de vista dos direitos humanos. Portanto, Alexy enfatiza que vale a regra que corresponde ao enunciado de preferência no conflito entre regras e princípios, (ALEXY, TDF, 2012, p. 102).

Alexy ensina que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais como princípios, e cuja solução em caso de conflitos se fará

mediante sopesamentos, ponderações E explica que a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. A esse princípio mais amplo denomina princípio da proporcionalidade. (ALEXY, CD, 2011, P. 110.. E, cita decisões do próprio TCF alemão, quando formula mandamentos de otimização, como exemplos no caso da decisão sobre farmácias: Art. 12 § 1º, I *A escolha da profissão deve ser protegida o máximo possível contra intervenções dos poderes estatais*"; e na decisão sobre a regulação dos ofícios manuais: “ *a maior liberdade possível na escolha da profissão*”. (ALEXY, TDF, 2012, p.94).

Procurando tornar mais compreensível o seu pensamento, Alexy, ressalta o caráter “*prima facie*” das regras e dos princípios, indicando que os princípios exigem a realização de algo na maior medida possível face às possibilidades jurídicas e fáticas existentes. E, assim os princípios não contém um mandamento definitivo, mas apenas “*prima facie*”. Ao passo que as regras exigem que seja realizado aquilo mesmo que elas ordenam. E, como já foi referenciado, no caso Lebach, por exemplo, dois princípios são contrapostos: um garante um direito *prima facie* à proteção da personalidade, e o outro um direito *prima facie* à liberdade de informação. Já numa decisão sobre a capacidade para participar de audiência processual colidem os direitos à vida e à incolumidade física com o princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal, que é um princípio vinculado a um interesse coletivo, explica Alexy. (ALEXY, TDF, 2012, ps.103 e 104).

Ademais pode parecer que os princípios tenham sempre um mesmo *caráter prima facie*, elucida Alexy, e as regras, se não houver alguma exceção, tenham um mesmo caráter definitivo. Parece que Dworkin comunga deste pensamento, diz ele, ao afirmar que as regras quando válidas devem ser aplicadas de forma *tudo ou nada*, ao passo que princípios contém razões que indicam uma direção.

Alexy aponta também que regras e princípios são razões de naturezas distintas: *princípios são sempre razões prima facie e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas*. (ALEXY, TDF, 2012, p 106).

Quanto à caracterização dos princípios como razões para regras, Alexy reflete o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos do dever- ser. E explica que:

... se uma regra é uma razão para um juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida e infensa a exceções, ela é uma razão definitiva. E se o juízo concreto de dever-ser encerra o conteúdo de um direito de alguém, então, trata-se de um direito definitivo. Princípios são, ao contrário, sempre razões prima facie. O caminho que vai do direito prima facie até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. E a definição de preferência é, pela lei de colisão, a definição de uma regra. (ALEXY, TDF, 2012, p.107, 108).

E por isso, se pode dizer, que um princípio serve de fundamento para uma regra, quando se constituir em uma razão para um juízo concreto de dever-ser, esclarece Alexy. É assim que, tanto para Alexy quanto para Dworkin, quando um caso não pode ser decidido a partir de regras, recorre-se aos princípios. E, quando as regras positivadas em vigor não resolvem o caso de forma justa, pode-se recorrer à argumentação (procedimento). A argumentação prática constitui o fundamento da argumentação jurídica.³⁹

Na colisão entre uma regra e um princípio, Alexy enfatiza que a relação de primazia entre os dois níveis não é uma primazia estrita. Aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios: *“a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional”.* (ALEXY, TDF, 2012, p. 141).

Fernando de Andréa explica que tratando-se de colisão de direitos, esta não se coloca no plano de seu conteúdo, mas no de seu regular exercício. No caso Lebach, em que colidia de um lado o direito de personalidade contra o direito à liberdade de informação de outro, a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu, que diante das circunstâncias que o caso apresentava, a sua divulgação representaria um exercício irregular do direito à liberdade de informação, por ofender direito alheio, configurando, assim abuso de direito naquela divulgação. Prevalecendo, então, o exercício do direito da personalidade.⁴⁰

Alexy observa, ainda, que a teoria dos princípios estaria associada à teoria dos valores. Comparando princípios e valores, elucida que apesar da relação entre

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão de Claudia Toledo. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 2013. P. 278.

⁴⁰ ANDRÉA, Fernando. *Robert Alexy – Introdução Crítica*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 204.

princípios e valores, existe entre eles uma diferença, afirmando que aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor, é, no modelo de princípios, *prima facie* devido. E aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se somente em virtude de seu caráter deontológico - no âmbito do dever ser, do justo, do correto - no caso dos princípios e axiológico – no âmbito do melhor, do bom - no caso dos valores. (ALEXY, TDF, 2012, p.153).

Alexy explica que no Direito o que importa é o que deve ser. E isto milita a favor do modelo de princípios. E que podemos passar sem dificuldade da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Além disso, se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então é possível na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. Mas, adverte que no modelo de princípios, o caráter deontológico do direito se expressa de forma mais clara e que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. E considera, portanto, que ambos os aspectos são importantes para que se dê preferência ao modelo de princípios. (ALEXY, TDF, 2012, p. 153).

2.3 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Para Alexy o fato dos princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidade *jurídicas*, dão origem à *máxima da proporcionalidade*. E elucida, assim se entende esse vínculo: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Significando que a proporcionalidade com as suas três máximas parciais: *da necessidade* (mandamento do meio menos gravoso), *da adequação* e *da proporcionalidade em sentido estrito* (mandamento do sopesamento propriamente dito), lei da ponderação - originam-se da natureza dos princípios, isto é, a proporcionalidade decorre dessa natureza. E acrescenta que o próprio Tribunal Constitucional Federal afirmou que a máxima da proporcionalidade decorre, fundamentalmente da própria essência dos direitos fundamentais.⁴¹(ALEXY, 2012, p.117,118).

⁴¹ Explicando que a máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso não se trata, no entanto de um princípio no sentido aqui empregado,

E Alexy explica, ainda, que as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.

E afirma que as três máximas parciais devem ser consideradas como regras, e, quando uma norma de *direito fundamental* com caráter de princípio conflitar com um princípio contrário, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio contrário. Neste caso, a decisão resultará de um *sopesamento* ou *ponderação*, conforme a *lei de colisão*.⁴²

Explica que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é a expressão da otimização em relação aos princípios colidentes, e, acrescenta que ela é idêntica à de ponderação:⁴³ "*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*". Assim, a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento.⁴⁴

Para Alexy, o sopesamento ou ponderação não se constitui num procedimento abstrato ou generalizante. Ele produz um enunciado de preferências condicionadas, que consoante a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. E este modelo como um todo, oferece um critério, ao associar a lei de ponderação à teoria da argumentação jurídica racional. E a lei de ponderação diz o que deve ser fundamentado de forma racional, não sendo, portanto uma fórmula vazia. Quando um princípio é confrontado com outro princípio resultará numa ponderação, conforme prevê a lei de colisão e de sopesamento. (ALEXY, TDF, 2012, Ps. 173, 174, 176).

Alexy ensina que o sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional, com isso:

diz Alexy. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. A questão é se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 117

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. Ps.116, 117.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. P. 90

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 167 e 594.

a ponderação será racional, sempre que o enunciado de preferência condicionado puder ser fundamentado racionalmente.[...] o problema da racionalidade do sopesamento ou ponderação leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes. (ALEXY, TDF, 2012,:p. 165).

Como já descrito, Alexy associa a lei da ponderação à teoria da argumentação jurídica.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO E VALOR ESSENCIAL.

A dignidade da pessoa humana vem obtendo reconhecimento expresso nas Constituições depois de ser consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948, e desde então, vem recebendo a atenção devida no Direito Positivo, constituindo-se como fundamento do Estado democrático de Direito, no Art. 1º III, da nossa CF/88, ensina Sarlet. E acrescenta que esse supremo desejo dos povos ainda não foi integrado de forma definitiva em todas as Constituições de nosso tempo.⁴⁵

Os alicerces da noção de dignidade da pessoa humana estão vinculados à filosofia de Kant, consagrado filósofo da modernidade, com incontestável influência no pensamento humano até nossos dias. O processo de secularização da dignidade humana se completa com Kant, despojada de suas características sacrais e de um direito puramente natural, mantendo, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. (SARLET, DPH, 2006, p. 32).

A inegociabilidade da dignidade humana é defendida por Heiner Bielefeldt, porque implica igualdade de dignidade humana, independente de qualquer desigualdade social, posição ou prestígio. E afirma que a idéia de universalização da dignidade humana não se confunde com conceitos de honra e decência, embora isto não signifique a negação destas formas de civilidade e trato social. E diz que a dignidade da pessoa humana está voltada para a moralidade, consoante os postulados de Kant.⁴⁶

⁴⁵ SARLET, Ingo wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF de 1988*. 4ª Ed. Ver. e Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Ps. 64, 65..

⁴⁶ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. (Fócus 4). Ps. 83, 84, 85, 90, 92

Thomas Hobbes ensina que:

A palavra pessoa é de origem latina; para os gregos, pessoa era prósopon, que significa face, ao passo que persona, em latim, significa disfarce ou aparência exterior de um homem imitado no palco. (HOBBS, Leviatã, 2012, p.131)

Para Kant, os seres cuja existência depende da natureza e não da nossa vontade, se são seres irracionais, possuem apenas um valor relativo como meios e chamam-se "coisas", se são seres racionais chamam-se "pessoas", porque: *"a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio e é um objeto do respeito".* (KANT, FMC, 2009, p.72).

Kant defende, pois, uma distinção entre pessoa e coisa, lecionando que: *"pessoa é todo sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação, e coisa, é aquilo que não é suscetível de imputação".* E, elucida

A "personalidade moral", portanto, é tão somente a liberdade de um ser racional submetido a leis morais (a psicológica não passando, porém, da capacidade de tornar-se a si mesmo consciente da identidade de sua existência nos seus diferentes estados), donde se segue que uma pessoa não está submetida a nenhuma outra lei além daquelas que se dá a si mesma (seja sozinha ou), ao menos, juntamente com outras). : (KANT, 2013, MC, 1ª parte, p. 29 e ss).

Neste sentido, considerando a dignidade da pessoa humana e considerando esta pessoa como fim, e não como meio, é que Kant repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização de ser humano. Cujas concepções enriqueceu não só o pensamento filosófico, como também, influiu no âmbito jurídico. Não obstante tenha encontrado contrapontos, como por exemplo, em Hegel que sustenta que a dignidade é uma qualidade a ser conquistada.⁴⁷ Segundo Hegel (séc.XIX), aponta Sarlet:

A noção de dignidade está baseada na idéia de eticidade (instância que sintetiza o concreto e o universal, assim como o individual e o comunitário), de tal sorte que o homem não nasce digno, o homem só torna-se digno quando assume a sua condição de cidadão, ou

⁴⁷ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. P 36.

seja, ele concebe a dignidade como resultado de um reconhecimento, significando que “cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoa”. (INGO SARLET, DPH, 2006, p.36, 37).

Neste sentido, para Hegel a concepção de dignidade é o resultado de um reconhecimento, assentada na máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas, explica Sarlet:

afastando-se de Kant e de outros autores, notadamente ao não fundar a sua concepção de pessoa e dignidade em qualidades inerentes a todos os seres humanos, além de não condicionar a condição de pessoa, sujeito e dignidade à racionalidade.⁴⁸

Ao contrário de Hegel, Kant justamente por construir a sua concepção de pessoa e dignidade em faculdades inerentes aos seres humanos e por condicionar a pessoa, o sujeito e a dignidade à racionalidade, foi consagrado mesmo entre aqueles que negaram qualquer tentativa de fundamentação religiosa ou metafísica da pessoa humana, afirma Sarlet.. (SARLET, DPH, 2006, p.37).

E apesar de todas as sofridas experiências e transformações da sociedade até o século XXI, a dignidade da pessoa humana passou a ser o fundamento axiológico de essência do Estado Democrático e Social de Direito, nos textos constitucionais, como o centro do pensamento filosófico, político e jurídico. (SARLET, 2006, p. 38). Mesmo assim, muitos ainda não consideram “a dignidade da pessoa humana como uma qualidade ou faculdade inerente ao ser humano, e, para além disso, como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental”. (SARLET, DPH, 2006, p. 145). Para Barzotto, a pessoa humana:

é um ser concreto e individual que subsiste em si e para si, significando que a pessoa humana é mais do que a natureza humana, ou seja, é a natureza humana somada ao ato de existir de um indivíduo concreto. (BARZOTTO, ADC, 2003, p. 195).

É importante ressaltar que a nossa CF/88 transpira uma concepção de valores, quando aponta a pessoa humana como o valor dos valores. Quando enaltece a pessoa humana como valor-fonte de todos os valores individuais e

⁴⁸ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. P. 37.

coletivos, o legislador sabia que o homem não era um ser vivo como outro qualquer, mas um ser com diferença substancial dos outros seres vivos.⁴⁹

Para Thomas Hobbes, dignidade é a estima pública, o valor que o Estado confere ao homem, afirmando que:

O valor ou conceito de um homem é, como para todas as outras coisas, seu preço; isto é, depende de quanto seria dado pelo uso de seu poder. Assim, não é absoluto, mas apenas uma consequência da necessidade e do julgamento alheio. Um hábil comandante de soldados possui um alto preço em tempo de guerra, que se reduz em tempo de paz. Ao contrário, um juiz douto e incorruptível tem muito mais valor durante a paz do que na guerra. Mesmo que um homem se auto-valorize, atribuindo-se o maior valor possível, seu valor real é aquele que for estimado pelos demais. (HOBBS, 2012, p. 76).

Neste sentido para Hobbes a dignidade do homem significa o valor que lhe é conferido pelo Estado, isto é, a estima pública.⁵⁰

Segundo Cezar Saldanha a natureza humana é una, ensinando que:

Nessa unidade existe uma complexidade. Do eu pessoal, de suas dependências fundamentais às quais correspondem potencialidades de realização, ampliam-se áreas de atividades, dentro das quais o ser humano vai interagir com o ambiente natural e com as outras pessoas. Essas áreas com suas especificidades e autonomias legítimas podem ser chamadas de dimensões do humano'.⁵¹

Este ser humano assim, individual e social ao mesmo tempo é o que chamamos pessoa. Este é o conceito de pessoa humana que aparece 4 vezes na CF/88. Art. 1º III ; Art. 17 caput; Art. 34 VII, b e no Art.226 § 7º .⁵²

Art. 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: III – a dignidade da pessoa humana. [...].

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados... [...].

⁴⁹ REALE, Miguel. *Em defesa dos valores humanísticos. Artigo.* Disponível em [HTTP://miguelreale.com.br/artigos/defvhum](http://miguelreale.com.br/artigos/defvhum). Acessado em 18.05.2004.

⁵⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Rosina D'Angina. 2ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. P.77

⁵¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito*. Porto Alegre:2002. P.23e 24.

⁵² BRASIL. Constituição Federal, 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Ps. 3,18, 31, 116.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para [...] VII- assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] b) direitos da pessoa humana.[...].

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas [...].

O verdadeiro valor da pessoa humana se desvela através da História, e, é a qualidade intrínseca, cujo respeito e proteção necessitam garantia e efetividade. Significando que essa qualidade não pode ser retirada de nenhum ser humano, mas que, não raro, seja passível de ser violada a pretensão de respeito e proteção que dela decorre, ensina Sarlet. E justifica sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (SARLET, DPH, 2006, p. 29, 30).

Essa idéia do valor intrínseco da pessoa humana tem suas fontes no pensamento clássico e ideário cristão, afirma Ingo Sarlet:

Sem adentrarmos no problema do significado que se pode hoje atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão. [...] tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.(INGO SARLET, DPH, 2006, p. 29).

Igual entendimento comunga. Luís Roberto Barroso⁵³, reconhecendo esse valor intrínseco de cada ser humano como o fundamento da dignidade da pessoa humana. Ele aponta o fato de que diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica. Lembrando que o primeiro uso registrado da expressão “dignidade do homem” é atribuído ao estadista e filósofo romano Marco Túlio Cícero, no seu tratado *Dos Deveres (De Officiis)*, de 44 a. C., onde ele

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Tradução Humberto Laport de Mello. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 16. E nota de rodapé 17. P. 14.

distingue a natureza dos homens da natureza dos animais. – XXX, 105-107. Reafirmando que em relação às origens filosóficas da dignidade humana, esse grande orador romano Cícero foi o primeiro a empregar a expressão “dignidade do homem”.⁵⁴

Cícero, o filósofo da antiguidade, afirmou que é essencial ter sempre presente o fato de ser o homem naturalmente superior em relação aos animais domésticos e restantes feras, os quais agem por instinto. E a necessidade de compreender que o homem é dotado de razão, qualidade que o distingue dos animais. Como que a pontificar a dignidade da natureza humana . (CÍCERO, DDO, PORTUGAL, p.53/105 e 107)

Desde o início da utilização do conceito de dignidade da pessoa humana, surgido com contornos filosóficos, vem sendo associado com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais, ensina Barroso.⁵⁵ É de se observar, entretanto, que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito, e que há um consenso razoável de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. Reafirmando que a dignidade humana é um valor fundamental, mas não deve ser tomada como valor absoluto, não é também um princípio absoluto. E esclarece:

como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. De fato, se um princípio constitucional pode estar por trás tanto de um direito fundamental quanto de uma meta coletiva e se os direitos colidem entre si e com as metas coletivas, um impasse lógico ocorreria. Um choque de absolutos não tem solução .(BARROSO, 2014, p. 64.).

Em Kant, os seres irracionais possuem apenas um valor relativo como meios e chamam-se “coisas”, e os seres racionais chamam-se “pessoas”, porque: “a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Tradução Humberto Laport de Mello. 3ª Ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 16. E nota de rodapé 17. P. 14.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Constitucional Contemporâneo*. Tradução Humberto Laport de Mello. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 16.

não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio e é um objeto do respeito". (KANT, FMC, 2009, p.72).

Kant defende, por isso mesmo, que o ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo, caracterizado pela autonomia da razão, e que não é um objeto ou uma mercadoria passível de valoração. E, por isso mesmo, todos os seres humanos precisam ser tratados com igualdade. (KANT, FMC, 2009, p.72)

Segundo Kant, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico acerca da vontade humana, para representar necessariamente um fim para todos os homens, porque é fim em si mesmo, faça um princípio objetivo da vontade e venha a servir de lei prática universal. E aponta como fundamento deste princípio: a *natureza racional existe como fim em si*. E explica:

É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exatamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim. É portanto, simultaneamente um princípio objetivo, do qual como princípio prático supremo se tem de poder derivar todas a leis da vontade. O imperativo prático será pois o seguinte: Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (KANT, FMC, 2009, p. 73. (grifos nossos)

Heiner Bielefeldt aponta que o imperativo categórico é reconhecidamente formulado por Kant não apenas como busca pela universalização de máximas, mas, também, como imposição do respeito à dignidade humana: “...então a exigência por respeito à dignidade humana como ‘fim em si’ não pode ser colocada apenas ao lado da reivindicação por universalização, mas também deve permanecer em unidade com ela”.⁵⁶

No seu entendimento, Bielefeldt salienta que as diferentes formulações do imperativo categórico, ditadas por Kant na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, não são apenas complementares, mas que intimamente interligadas se explicam mutuamente, e, por consequência compõem o “imperativo”. (BIELEFELDT, FDH, 2000, p. 81)

⁵⁶ BIELEFELDT, Heiner .*Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. (Fócus 4). P 81..

Para Kant a experiência não pode fornecer ao homem o conhecimento sobre o necessário e universal, mas somente com a razão podemos encontrar o princípio supremo da moralidade. Princípio este que tem de ser sintético a *'priori'*, sobre o que devemos fazer, com um valor absoluto, e universal da dignidade da pessoa humana que suscita o respeito à pessoa. Esse princípio, reafirma, é o *"imperativo categórico"*: como princípio da capacidade de julgamento moral:

É um "imperativo" porque nos surge como uma ordem; é "categórico" porque se o aplica incondicionalmente (pelo simples fato de termos uma vontade racional), e não na condição de termos adotado determinados fins ou objetivos. O imperativo categórico subjaz a todos os nossos deveres morais específicos, que se nos impõem também categoricamente. (KANT, FMC, 2009, p.XII, XIV).

Esta concepção de ser humano, diz Ingo Sarlet, citando C. Starck, passou por um processo de secularização, notadamente no âmbito do pensamento Kantiano. Sarlet explica que para Kant a concepção de dignidade vem da autonomia ética do ser humano, considerando esta autonomia como fundamento da dignidade do homem, enfatizando que o ser humano não pode ser aviltado, nem tratado como objeto. (SARLET, DPH, 2006, p.30, 32).

Kant entende que a autonomia da vontade como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com as leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana, uma autonomia racional. Para ele:

o homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim'. (KANT, FMC, 2009, p. 71, 72).

Numa lúcida conceituação (jurídica) da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet diz:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir

as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (INGO SARLET, DPH, 2006, P. 60).

Santo Tomás de Aquino ensina que: *“Pessoa significa o que há de mais perfeito de toda a natureza, isto é, o que subsiste em a natureza racional.”*⁵⁷ E o Professor Barzotto ensina que *“identificar o ser humano como pessoa significa outorgar-lhe uma dimensão individual e ao mesmo tempo social, na medida em que o ser humano é pensado como sendo essencialmente relacional, social, aberto aos demais”*. E explica que o destino de todo ser racional é a sua auto-realização e o bem, e, portanto, a sua dignidade é afirmada, não podendo ser obstada sob nenhum pretexto. (BARZOTTO, ADC, 2003, os, 178 e 180).

Segundo Barzotto, por sua dignidade de ser racional, a pessoa humana deve participar nas decisões que afetem sua vida, ela exige justificativas racionais para os atos que emanam do poder. Isto faz parte do regime democrático de direito em que vivemos, sem esquecermos nossa condição civilizada no âmbito das relações, para a convivência harmonizada e feliz. (BARZOTTO, ADC, 2003, p. 181).

Pertinente considerar que a dignidade da pessoa humana não é apenas uma evocação ética, necessário que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa, adverte Sarlet. (SARLET, DPH, 2006, p.46).

Robert Alexy,⁵⁸ ardoroso defensor dos direitos humanos, ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana, que é precedência, fonte e princípio dos demais princípios, é, também, valor fundamental do Estado Democrático de Direito, e precisa estar revestido de efetividade e eficácia. (SARLET, DPH, 2006, p. 71).

Em Alexy é importante considerar que:

A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da “dignidade humana”, não é o princípio que é absoluto, absoluta é a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. (ALEXY, TDF, 2012, P. 113).

⁵⁷ AQUINO, /Santo Tomás. *Suma Teológica*.I. Questão 29,art. III, solução. Tradução portuguesa de Alexandre Correia. Vol III São Paulo:Indústria Gráfica Siqueira, 1946.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 106 e 138. *E Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. Ps. 111, 144.

Segundo Alexy, o princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. Embora prevaleça com maior grau de certeza sobre outros princípios, sob certas condições, não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio. Mas ressalta que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Valendo isto, também, para outras normas de direitos fundamentais, e que não afetam sua natureza de princípio. Alexy explica, ainda, que, por isso é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. E garante que a existência de uma regra e um princípio da dignidade humana é que suscita essa impressão de um caráter absoluto, essa impressão é reforçada pelo fato de que existe uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa humana tem prevalência, com grande grau de certeza, em face de todos os outros princípios. (ALEXY, TDF, 2012, p. 114).

Importante lembrar a lição de Pontes de Miranda sobre o exercício dos direitos, quando ele diz:

A propósito de exercício dos direitos, houve o princípio-tese da absolutidade do exercício dos direitos, com o aforismo “Qui iure suo utitur neminem laedit ou Nemo iniuria facit qui iure suo utitur. O princípio antítese foi o “summum ius summa iniuria”. A síntese operou-se pela inclusão do abuso do direito na classe dos atos ilícitos, ou empregando-se regra jurídica de inclusão, por meio de enunciado proibitivo. (Código Civil alemão § 226: “o exercício de um direito é proibido se somente pode ter por fim causar dano a outrem”).⁵⁹

É neste sentido que ele repudia as fórmulas de abuso no exercício do direito. (PONTES DE MIRANDA, TDP, Tomo LIII, § 5.500, 2ª edição, 1966, P 62).

O âmbito da validade de um princípio diz respeito à decisão sobre o que deve ser colocado dentro e o que deve ser deixado de fora do ordenamento jurídico, elucida Alexy.:

Se um princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo II. § 185. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. P. 291

*princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto.*⁶⁰

O art. 1º, § 1º, I da Constituição alemão estabelece: “ A dignidade humana é inviolável”, transpira a impressão de um caráter absoluto. Entretanto, Alexy explica que a razão para essa impressão não está no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de:

*A norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também pelo fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes.*⁶¹

E Alexy elucida que em relação ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana, disposto no Art.1º da Constituição alemã (...), tudo depende da definição das circunstâncias nas quais a dignidade humana pode ser considerada como violada. Neste sentido, o que determina o conteúdo da regra da dignidade humana é justamente a relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios.(ALEXY, TDF, 2012, P 110 e ss.).

Ademais, Alexy reforça o entendimento de que sob certas condições, o princípio da dignidade da pessoa humana terá precedência com maior grau de certeza sobre outros princípios. Segundo Alexy, essa tese sobre a existência de uma posição nuclear vale também para outras normas de direitos fundamentais, informando que ela não afeta sua natureza de princípio. Podendo-se afirmar que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto, como já referido.

E Barroso explica que o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana é :

funcionar como uma fonte de direitos - e, conseqüentemente, de deveres, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras. O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 111.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. Ps. 110, 111, 112.

direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto. Ela vai informar a interpretação de direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. E, também, nas lacunas no ordenamento jurídico, ambigüidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser um bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula". (BARROSO, 2014, p 66).

3.1 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

No pensamento de Tomás de Aquino, aponta Sarlet:

A noção de dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade.(SARLET, ADPH, 2006, P. 31).

Salientando que o Aquinate já expressara o termo '*dignitas humana*'.⁶²

E Tomás de Aquino explica:

*Pois, de serem representados nas comédias e nas tragédias certos varões famosos, veio a usar-se o nome de pessoas para significar os homens revestidos de certa dignidade; e daí o costume de se chamarem pessoas, nas igrejas, aos que têm alguma dignidade. [...] E como muito digno é o subsistir em a natureza racional, por isso se chama pessoa todo indivíduo de natureza racional.*⁶³

Nas lições extraordinárias de Sarlet, a dignidade da pessoa humana ocupa um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, especialmente para as ordens constitucionais que buscam a construção de um Estado Democrático de Direito. (SARLET, ADPH, 2006, p. 31e 38).

Qualquer reflexão mais ponderada sobre a dignidade da pessoa humana e direitos humanos fundamentais, remete-nos à uma relação estreita entre ambos. A dignidade da pessoa humana como valor fundamental que atrai o conteúdo de

⁶² SARLET, Ingo wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF de 1988*. 4ª Ed. Ver. e Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. P. 31.

⁶³ AQUINO, Tomás. *Suma Teológica. Da Trindade. Tradução Portuguesa por Alexandre Correia. Volume III*. São Paulo: Indústria Gráfica Siqueira, 1946. P. 70.

todos os direitos fundamentais,⁶⁴ exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

A afirmação do direito à vida, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, do direito geral da igualdade (princípio isonômico), constituem por si só corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado, e que também, foram consagrados na Declaração Universal da ONU: “*todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos*”. O direito de propriedade, que abrange um conteúdo social tutelado na carta magna brasileira, também se constitui em dimensão inerente da dignidade da pessoa, ensina o prof. Sarlet, porque é um pressuposto básico para uma vida digna.

⁶⁵

Além disso, a dignidade da pessoa humana abrange, necessariamente, respeito e proteção da integridade física e emocional em geral da pessoa, que fundamenta a proibição da pena de morte, da tortura, da aplicação de penas corporais e da utilização da pessoa para experiências científicas. E o direito à vida, tem âmbito de proteção próprio, diz Sarlet. (SARLET, ADPH, 2006, p. 89).

Importante registrar a lição de Barroso, ao caracterizar a dignidade humana como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio jurídico que:

Fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais; Exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambigüidades e colisões entre os direitos – ou entre direitos e metas coletivas-, bem como no caso de desacordos morais. Na verdade, o princípio da dignidade humana, tenta proporcionar um roteiro para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis, sem a pretensão de ser capaz de suprimir ou resolver os desacordos morais, uma tarefa inatingível.(BARROSO, 2012, p. 111).

Sustentando que a dignidade humana deve ser considerada um princípio jurídico e não um direito fundamental autônomo – para finalidades jurídicas e Barroso destaca três componentes na dignidade humana: *valor intrínseco*, que se

⁶⁴ SARLET, Ingo wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF de 1988*. 4ª Ed. Ver. e Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. P. 84 e ss.

⁶⁵ MOTA PINTO, Paulo. Apud Ingo Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF de 1988*. 4ª Ed. Ver. e Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. P. 86 e ss.

refere ao *status especial* do ser humano no mundo; *autonomia*, que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, capaz de tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e *valor comunitário*, convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal. (BARROSO, 2014, p. 112).

4 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy considera de extrema importância a reabilitação da teoria valorativa dos direitos fundamentais, enfatizando que a sua teoria dos princípios é uma teoria axiológica livre de suposições insustentáveis. Esta teoria dos princípios, explica, é imprescindível para uma adequada dogmática dos direitos fundamentais, ou seja da ciência do direito.⁶⁶ Valendo para uma correta aplicação do direito.

Invocando lição de Bonavides sobre os direitos fundamentais, ele afirma que os direitos fundamentais são a bússola das constituições, explicando que a pior das inconstitucionalidades é a inconstitucionalidade material, que deriva das estruturas constitucionais de países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, vulneráveis e suscetíveis aos reflexos de fatores econômicos, políticos e financeiros. Esses fatores aliados a outros fatores como a globalização, por exemplo, quando eivados de omissões, enfraquecem a soberania de um Estado e de um povo, fragilizando o espectro de proteção aos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, que são os de segunda geração. *“Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça” afirma.* (BONAVIDES, C.D, CONST. 2002. P 353, 354)

Na lição admirável de Bonavides, importante registrar:

*Os direitos humanos tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.*⁶⁷

⁶⁶ ALEXY, Rober. *Teoria dos Direitos Fundamentas*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 29.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002. P. 528.

E Alexis de Tocqueville⁶⁸, afirma que o escopo da Democracia “é proporcionar aos cidadãos o máximo de bem-estar e evitar-lhe ao máximo a miséria”, ratificando o valor dos direitos fundamentais da pessoa humana.

E Dworkin ao mostrar a necessidade e a relevância da garantia e proteção aos direitos fundamentais, enfatiza de forma veemente, o que deve fazer um governo que professa o reconhecimento dos direitos individuais:

A instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. Quando as divisões entre os grupos forem mais violentas, esse gesto, se o direito de fato funcionar, deve ser o mais sincero possível...

*...o governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à Lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.*⁶⁹

Na lúcida lição de Bonavides, compreendemos o descaso aos valores essenciais da vida, quando ele explica que a globalização neoliberal caminha silenciosa, sem referência a esses valores, e pontua que:

*Há uma outra globalização política, que se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, de outro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.*⁷⁰

Ainda, segundo Bonavides, a institucionalização do verdadeiro estado social e democrático dependerá da globalização política na esfera da normatividade jurídica, porquanto esta é que introduz os direitos *à democracia, à informação e o direito ao pluralismo – direitos de quarta dimensão*. Estes direitos da quarta dimensão sintetizam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os

⁶⁸ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Livro I Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 286.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2010. P. 314.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002. P. 524.

povos, diz ele, e tão somente com eles será legítima e possível a globalização política. (BONAVIDES, Dir. Const., 2002, p 525, 526).

Também Rawls construiu sua doutrina dos direitos humanos focando princípios de justiça capazes de assegurar os direitos liberdades. E classifica os direitos humanos como uma classe de direitos urgentes, atribuindo-lhes propriedades especiais:

*eles restringem as razões justificadoras da guerra e põem limites à autonomia interna de um regime. Dessa maneira, refletem as duas mudanças básicas e historicamente profundas em que os poderes da soberania têm sido concebidos desde a Segunda Guerra Mundial. Primeiro, a guerra não é mais um meio admissível de política governamental e só justificada em autodefesa ou em casos graves de intervenção para proteger os direitos humanos. E, segundo, a autonomia interna de um governo agora é limitada.*⁷¹

Neste sentido, o estado de direito, fundamento jurídico do regime democrático, surgiu para proteger a liberdade e os direitos do indivíduo, lastreado num quadro mínimo e básico de valores, decorrentes todos da dignidade única e superior da natureza humana, a saber: *liberdade*, que se ajusta à *igualdade pela justiça*, que perdura no tempo com a *segurança* e implica um equilíbrio entre *ordem* e *progresso*, num Estado Democrático e Social de Direito. Esses valores supremos do direito são as grandes aspirações éticas da humanidade, revigoradas com o desenvolvimento de uma consciência moral inoculada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que ecoam até hoje no corredor dos séculos.⁷²

Saldanha ensina que o direito é ineficaz se não se fundar na moral e evoca admirável lição de CARRÉ DE MALBERG:

Sempre chega um momento em que o direito é incapaz de assegurar por si só o bem da comunidade e de seus membros e em que a legislação positiva, ao sentir que se acaba seu poder, para conseguir seus fins, tem de recorrer às leis de ordem moral e à cultura moral dos cidadãos. (...) A influência do direito, comparada com a da moral, é, em definitivo, modesta. Essas verdades têm sido repetidas tantas vezes que parece pueril recordá-las. Sem embargo, há que repeti-las posto que subsistem ainda hoje muitas dúvidas sobre a distinção precisa que deve estabelecer-se entre a regra de direito e a regra

⁷¹ RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Ps. 103, 104.

⁷² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha e. *A Supremacia do Direito*. Porto Alegre: 2002. Ps. 54,59, 60, 180

*moral. (...) sem dúvida, não só que o direito é ineficaz se não o secunda a moral, mas também que ambas espécies de regras são de natureza muito diferente.*⁷³

A relação intrínseca entre esses valores e princípios preconizada por Alexy, e a exigência da racionalidade nas decisões, abrem caminho para a sua teoria da argumentação. Cláudia Toledo afirma que se o discurso é voltado para o agir humano, é *prático*, e se busca sua orientação, é *normativo*, e que a grande dificuldade com que se depara esse discurso para que seja ele racional, indo além da simples opinião, não é determinação de meios para que se atinjam fins desejados (normas técnicas), mas, do ponto de vista *procedimental*, a sua construção argumentativa de modo que se encontre o resultado correto. E acrescenta que a racionalidade e a universalidade proporcionam, no discurso jurídico, a legitimidade da legislação e a controlabilidade das decisões judiciais, o que favorece também a imparcialidade no discurso.⁷⁴

Alexy elucida que a teoria do discurso conduz ao estado constitucional democrático, em virtude das duas exigências fundamentais que expressa em relação ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia. (ALEXY, CD, 2011. P. 33).

Aponta-se, também, a preocupação de Alexy com a fundamentação das decisões jurídicas, ou seja, da racionalidade e controle na garantia e efetividade dos direitos fundamentais, que toma vulto não só na área jurídica, mas em todos os seguimentos da sociedade contemporânea.⁷⁵ E Alexy expõe: “...que a exigência da racionalidade é imprescindível não só para a cientificidade do Direito, como para a legitimidade das decisões judiciais, o que denota sua alta relevância prática.”⁷⁶

⁷³ CARRÉ DE MALBERG apud Cezar Saldanha e Souza Junior. *A Supremacia do Direito*. Porto Alegre: 2002. P. 39.

⁷⁴ TOLEDO, Cláudia na apresentação à edição brasileira da Teoria da Argumentação Jurídica de ROBERT ALEXY, 3ª Ed. Tradução Zilda H S Silva. Revisão /Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 201. Ps. 5,10.

⁷⁵ TOLEDO, Cláudia et alii *Direito e Legitimidade. Argumentação Jusfundamental em Robert Alexy*. in *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. P.. 232 e ss. Confira sobre o tema Alexy, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Apresentação à Edição Brasileira por Cláudia Toledo. P. 2.

⁷⁶ ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*. P. 19. apud Cláudia Toledo ET alii. *Direito e Legitimidade*. P, 232.

Essa preocupação impõe-se no âmbito do Direito conforme aponta Cláudia Toledo.⁷⁷ E Alexy. afirma como indispensável:

*Estabelecer dentro de um conjunto de princípios jusfundamentais, uma hierarquia axiológica, com a fixação de prioridade prima facie de alguns princípios, embora sejam todos eles constitucionais. Elucidando que essa prioridade prima facie significa que, em virtude do peso valorativo de que são dotados esses princípios, para a sua preterição, deve-se arcar com a carga da argumentação, isto é, eles têm a carga argumentativa a seu favor, como os princípios da liberdade – in dubio pro libertate – e igualdade jurídica – o tratamento igual é ordenado. As prioridades prima facie, ao contribuírem para a estruturação racional formal da argumentação, auxilia o seu desenvolvimento material.*⁷⁸

Alexy diz que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como o discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados. Por isso, é inevitável a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, mas adverte, esta deve ser uma abertura qualificada, que oportunize uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada, (ALEXY, 2012. Ps. 573 e 574).

O constitucionalismo dos últimos cinquenta anos enriqueceu a idéia da supremacia do direito ao abrir-se a uma constelação de valores, a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança e o desenvolvimento, em relações recíprocas de concordância prática; e esse valores supremos do direito são as grandes aspirações éticas da humanidade, que ganharam renovado impulso com o desenvolvimento de uma consciência moral, agora de âmbito universal, ensina o Professor Saldanha. Acrescentando que o mais importante documento jurídico do século XX a marcar o aparecimento dessa consciência foi a ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.’⁷⁹

⁷⁷ TOLEDO, Cláudia et alii..A argumentação jusfundamental em Robert Alexy in *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. P. 233.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Apud Cláudia Toledo. In *Direito e Legitimidade. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy*. São Paulo: 2003. P. 243.

⁷⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha e. *A Supremacia do Direito*. Porto Alegre: 2002. P. 60.

Ademais, a garantia institucionalizada pelo regime democrático de direito, assegura que nem o poder constituinte instituído poderá abolir a democracia e os valores supremos do direito, fincados nas exigências éticas da dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, respeitadas as instâncias dos fins políticos, o direito deverá ser sempre interpretado visando a máxima concreção dos valores constitucionais. (SALDANHA, SD, 2002, P 61).

Significando que os textos constitucionais, como o brasileiro por exemplo, abrigam os direitos e garantias individuais com o rótulo da proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los, ressalta Bonavides. Elucidando, ainda, que esta garantia se fortalece por igual com dispositivo idêntico tocante à separação dos poderes, pois sem esta não há liberdade nem direitos humanos debaixo da proteção constitucional. E alerta:

*Uma constituição aberta não deve abrigar preconceitos. Os grandes progressos já obtidos para a construção da sociedade justa, livre e igualitária são irrevogáveis. (...) É mister que o Estado esteja aparelhado de meios e órgãos eficientes para tornar eficaz os mecanismos de proteção aos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.*⁸⁰

Importante reiterar que Alexy denomina a sua teoria dos direitos fundamentais *de integrativa*, que passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Esta teoria estrutural investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais com vistas às tarefas práticas de uma teoria integrativa, ensina. Seu norte é a questão sobre a decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais, evidenciando, assim um caráter normativo-analítico. (ALEXY, TDF, 2012, p. 43).

Alexy explica que a dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais, afirmando:

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002. Ps. 530 e 531..

A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso pressupõe clareza tanto na estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.(ALEXY, TDF, 2012, p 43).

Neste sentido a ausência de clareza sobre a estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, impossibilita a clareza na fundamentação nesse âmbito, explica. (ALEXY, TDF, 2012, p. 45).

Outrossim, para que se entenda melhor a estrutura dos direitos fundamentais, é imprescindível o conceito de competência, diz Alexy, mostrando-nos a relevância desse conceito. A competência, explica, não se confunde com permissão, embora, uma ação resultante de uma competência pode ser também permitida. E ensina que a competência reflete um poder, uma capacidade ou a legitimidade conferida pela Constituição ao cidadão, para o exercício de algo, por exemplo: tanto a celebração de um contrato, ou de um casamento quanto a promulgação de uma lei ou a edição de um ato administrativo, expressam o exercício de uma competência.⁸¹

Tão importante é ela, que o não reconhecimento ou a eliminação de uma competência obstaculiza a liberdade do cidadão, diz Alexy.⁸² E, o reconhecimento de uma competência, tanto de direito privado, por exemplo a aquisição da propriedade, quanto o reconhecimento de uma competência de direito público, por exemplo o exercício do voto, promove e amplia a capacidade de agir de cada um, aponta Alexy.

Neste sentido, compreende-se a necessidade de maior amparo aos direitos liberdades, no que tange ao Estado.

Ademais, importante salientar o fato de que, para Alexy:

O exercício de competências acarreta obrigações, não-direitos e não competências; normas de direito penal que asseguram liberdades excluem a liberdade jurídica de se fazer aquilo que elas proíbem. E a satisfação de direitos a prestações sociais pressupõe

⁸¹ ALEXY, Rober. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. Ps. 235, 234 e ss.

⁸² Ibidem. P. 246.

*que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que restringe sua liberdade fática de ação.*⁸³

Por outro lado, destaca-se a necessidade de se controlar a aplicação da competência no âmbito administrativo e legislativo, combatendo o desvio de poder, através do exame da proporcionalidade, que emerge como uma forma de controle do abuso do poder, coibindo o cerceamento ao exercício dos direitos e liberdades fundamentais, ensina Fernando Andréa. E explica que o princípio da proporcionalidade ao proteger a liberdade, se refere, principalmente, ao problema da limitação do poder legítimo, conferindo o critério para o seu regular exercício.⁸⁴

Outra posição que importa destacar na teoria de Alexy, é o fato dele aproximar Direito e Moral, quando por exemplo, ressalta que a argumentação na decisão jurídica deve ter sempre um sentido juridicamente relevante de acordo com valorações moralmente corretas. (ALEXY, TAJ, 2013, P 26).

Enquanto Alexy sustenta uma relação de subordinação entre Direito e Moral, porque esta confere a correção ao discurso jurídico, Habermas enfrenta a lógica do discurso estipulando que somente um consenso fundado ou fundamentado serve como critério de verdade, explicando que no centro da lógica do discurso está o argumento. Para Habermas: *“um argumento é a fundamentação que nos motiva a reconhecer a pretensão de validade de uma afirmação, ordem ou valoração”*. (ALEXY, TAJ, 2013, P 116, 117).

A interpretação da teoria do discurso da racionalidade jurídica encontra sua expressão mais clara na tese do caso especial. O núcleo da tese do caso especial consiste em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas. (ALEXY, TAJ, 2013, P. 217). Mas estes pontos não serão aqui aprofundados.

⁸³ ALEXY, Rober. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 247.

⁸⁴ ANDRÉA, Fernando de .Robert Alexy- *Introdução Crítica*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Ps. 178, 179.

4.1 A PRIORIDADE DOS DIREITOS LIBERDADES

Segundo Alexy, no âmbito dos direitos fundamentais, para a teoria do discurso, a liberdade e a igualdade são constitutivas no discurso. E explica que o uso de liberdade é autonomia. Com o direito à liberdade e o direito à igualdade está fundado o núcleo dos direitos fundamentais, elucida:

Todos os outros direitos fundamentais são ou casos especiais de ambos esses direitos ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática. O último vale, por exemplo, para o direito a um mínimo existencial. (ALEXY, CONST. DISC., 2011, P 33, 34).

Alexy elucida que o conceito de liberdade pela amplitude que encerra, o seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado, pois quase tudo que, sob determinado ponto de vista, é considerado como bom ou desejável está ligado ao conceito de liberdade. Entretanto, a sua teoria trata apenas das posições jurídicas fundamentais

Daí decorre o questionamento sobre a correta distribuição das liberdades, afirma. E ressalta que o titular do direito fundamental tem o direito a uma ação estatal, que é imprescindível para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida, significando uma proteção positiva subjetiva de uma liberdade.⁸⁵

E, a efetividade desses direitos fundamentais é consagrada no Art. 1º da CF/88. E, está, também, insculpida em mais quatro artigos da nossa carta magna; no Art. 3º, I; no Art. 17 caput; no Art. 34, VII, b); no Art. 226 §7º.⁸⁶

Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união [...] tem como fundamentos: I - a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 3º, I- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade justa, livre e solidária II. Art. 17 – caput- É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os

⁸⁵ ALEXY, ibidem. P.250.

⁸⁶ BRASIL, Constituição Federal./88. Artigos: 3º, 17, 34,VII, b), 226, §7º;

direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos[...] Art. 34, VII- a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: b) direitos da pessoa humana; Art. 226 §7º A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e ..

Alexy reforça com propriedade, que o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual emanam os demais princípios e, sobre eles exercendo precedência,⁸⁷ impõe o respeito a determinadas exigências fundamentais que recebem o nome de *direitos humanos fundamentais da pessoa humana*. E os grandes direitos fundamentais estão na área das liberdades, que se confronta com a igualdade da natureza humana.

A liberdade indicando ao homem que ele é livre, isto é, expressando uma valoração positiva, explica Robert Alexy. (ALEXY, TDF, 2012, p. 219).

Em Thomas Hobbes o significado da palavra liberdade, em seu sentido próprio, “a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos ao movimento), e esse termo se aplica tanto às criaturas racionais como às irracionais e inanimadas”. Com esse genuíno e comum significado, um homem livre é aquele que não é impedido de fazer as coisas de que tem vontade e que as faz graças a sua força e engenho. (HOBBS, L, 2012, p. 169).

E Hobbes explica:

A expressão livre-arbítrio não significa liberdade da vontade, do desejo ou da inclinação, mas apenas a liberdade do homem, que consiste no fato de ele não se deparar com entraves para fazer aquilo de que tem vontade, pelo qual tem desejo ou inclinação.⁸⁸

Ademais, Alexy explica que é fundamental para o estado democrático que os direitos fundamentais assegurem tanto a autonomia privada como a pública:

“ocorre por um espectro amplo de direitos, que se estende da liberdade de opinião, sobre a liberdade de reunião e de imprensa até o direito de eleição geral, livre, igual e secreta. Desse modo nasce

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. P. 106 e SS. e *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P.111.

⁸⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2ª Ed. Tradução Rosina D’Angina São Paulo: Martin Claret 2012. P. 170.

uma união necessária entre direitos fundamentais e democracia. (ALEXY, CONST. DISC., 2011, P 34).

Alexy expõe que o princípio do discurso exige a democracia deliberativa, porquanto nela o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes buscam uma solução política correta. Enfatizando a importância da racionalidade discursiva para que a democracia não seja apenas uma quimera, cita uma proposição do tribunal constitucional alemão: *“a discussão livre é o verdadeiro fundamento da sociedade liberal e democrática.”*⁸⁹

A tentativa da institucionalização de razão e correção é que dá forma ao constitucionalismo como um todo. A Jurisdição constitucional é, portanto, exercício de poder estatal, e somente pode ser legítima se ela é compatível com a democracia. (ALEXY, CD, 2011, P 165, 162).

E a democracia tem como um de seus fundamentos a liberdade, ensina também Marcus Vinícius Ribeiro, explicando que : *“a regra é a liberdade; a restrição à liberdade é exceção. Indivíduo é livre desde que não atinja a liberdade alheia, visto que todos os direitos têm limites”.*⁹⁰

Neste sentido temos a lição de Pontes de Miranda:

*Repugna à consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito, não nos servem mais as fórmulas absolutas do direito romano. Ao neminem laedit qui suo iure utitur consagrou a jurisprudência européia limitações importantes, que chegaram ao conceito final do abuso do direito. Já a doutrina alemã, firmada em precisa concepção germânica, declarava que todos os direitos implicavam deveres e continha, pois, algo de indilutável; donde o limite moral inerente a todos (OTTO VON GIERKE, Der Entwurf eines BGB, und das Deutsche Recht, 183; Deutsches Privatrecht, 10 319-320).*⁹¹

O grande patrimônio legitimado pela Constituição da República Federativa do Brasil expressando tutela sublime e superior em torno da pessoa humana, assegura no seu Art. 5º:

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. P. 35.

⁹⁰ RIBEIRO, Marcus Vinícius. *Direitos Humanos e Fundamentais*. 2ª Ed. Campinas: Russell Editores, 2009. P. 49.

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. Tomo LIII. P. 62.

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*⁹²

Com efeito, como seria possível, em termos práticos, a democracia, sem o reconhecimento concreto do valor da pessoa humana, da sua liberdade, o respeito ao seu ser e ao seu pensar, questiona Saldanha. E afirma que é da dignidade da pessoa humana que se deduzem os dois valores apontados como básicos da democracia ocidental: a liberdade e a igualdade, explicando:

O primeiro, radicado preponderantemente na dimensão individual da pessoa, flui da capacidade de autodeterminação do ser que é dono de si mesmo. O segundo, projetando-se em direção à dimensão social da pessoa, flui da identidade fundamental de natureza que é compartilhada por todos os seres humanos. (...) Ao descrever o regime democrático, incluímos, entre seus valores básicos, a liberdade da pessoa, liberdade considerada como direito natural e fundamental do ser humano, anterior, portanto, ao Estado e irredutível às condições econômica e sociais, as quais, todavia, podem condicionar-lhe o exercício. (SALDANHA, SD, 2002, p.99, 102).

Refletindo sobre a liberdade, Ian Mackenzie esclarece que o governo democrático tem a ver não apenas com a proteção da liberdade ou a promoção de um Estado livre: tem a ver também, fundamentalmente, com a igualdade do direito de cada pessoa. Afirmando que:

*“o princípio “uma pessoa, um voto” resume essa dimensão central igualitária do ideal democrático. Essa dimensão igualitária da democracia nega quaisquer desigualdades naturais entre os indivíduos. Quer seja individual, quer seja coletiva, a liberdade que deriva da democracia, o aspecto porventura mais importante do governo democrático é que nos trata a todos como igualmente dignos de respeito, sejamos nós artesãos ou aristocratas”.*⁹³

⁹² BRASIL. CF/88. Art. 5º.

⁹³ MACKENZIE, Iain. *Política – Conceitos-chave em Filosofia*. Tradução Nestor Luiz João Beck. Porto Alegre: Artmed Editora, 2011. P 121.

Segundo lição de Saldanha, ao descrevermos o regime democrático, vale referenciar entre seus valores básicos, a liberdade da pessoa: *liberdade considerada como direito natural e fundamental do ser humano*, acima referida. (SALDANHA, CDC, 2002, p. 102). E adverte que é o momento de refletirmos sobre os caminhos, quase sagrados, da democracia, tão aviltada pelo avanço desenfreado do crime organizado, nacional e internacional. De um constitucionalismo fortalecido pelos ideais democráticos é que podem florescer propostas amadurecidas de institucionalização de um Estado de direito à altura de nossa época.(SALDANHA, SD, 2002, p. 188).

5 Considerações Finais

O ritmo fecundo das idéias de Robert Alexy, o credencia como um dos mais consagrados filósofos contemporâneos.

A sua Teoria dos Direitos Fundamentais, concebida como um sistema de valores, impõe-se como importante base para o constitucionalismo no mundo, inspirando constituintes e legisladores na sublime tarefa de fornecer à sociedade humana constituições que tenham como prioridade a pessoa humana como sujeito de valores.

Embora muitas Constituições ainda ignorem esse valor primordial em seus textos, esse valor primordial está cada vez mais enraizando-se no seio da humanidade e os apelos generosos ao bem comum ecoam em todos os continentes.

É necessário compreendermos que a pessoa humana é um ser ao mesmo tempo individual- porque é indivisível, insubstituível, uno, que não pode ser extirpado dos seus direitos fundamentais de liberdades,- e totalmente social- porque ninguém se realiza sozinho, sem o concurso do outro, sem a plenitude do amor que encontramos na família, e, é o fim último do Estado.⁹⁴

O homem assim considerado, como indivíduo e como coletividade, nas suas leis, no seu progredir, há de projetar-se para o futuro que o espera no momento decisivo da sua atual e mais elevada maturação biológica: “*o homem é o valor máximo, o centro dinâmico que sempre se reconstitui; é a fase de consciência alcançada; é a matriz de todas as construções futuras*”.⁹⁵

⁹⁴SOUZA JUNIOR. Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático*. Porto Alegre: 2002. P23, 24.

⁹⁵ UBALDI, Pietro. *A grande Síntese*. Tradução Mário Corbioli. São Paulo: Edição Lake, 1950. Os. 291 e 308.

Os Direitos Fundamentais abordados neste estudo correspondem aos direitos humanos inseridos no nosso ordenamento jurídico e em algumas constituições de outros povos, reconhecendo e protegendo a dignidade da pessoa humana.

A Teoria de Robert Alexy que tem por base a distinção entre regras e princípios que correspondem a espécies de normas jurídicas, em que os princípios são considerados mandamentos de otimização e as regras são normas que serão cumpridas ou não, utiliza, também, como fundamento da sua teoria a regra da *proporcionalidade*, vinculando-a à idéia de *argumentação* e define *ponderação* como o modo de proceder à harmonização dos princípios em si. (ALEXY, TDF, 2012, p.117).

A máxima *da ponderação* refere-se às possibilidades jurídicas, por serem atinentes ao peso dos valores em questão. Concluindo que através da ponderação chega-se ao grau de satisfação ou afetação de um princípio em virtude dos valores que encerram.⁹⁶ (CLÁUDIA TOLEDO, DL, 2003).

Podemos concluir com Alexy, que os conceitos de dignidade, liberdade, igualdade e bem estar de todos, são princípios que oferecem conteúdo substantivo do Direito, e que podem abranger quase tudo aquilo que deve ser ponderado.⁹⁷

Com a pretensão de enfatizar a posição que ocupa a dignidade da pessoa humana como norma jurídica – princípio e valor- fundamental presente no nosso ordenamento jurídico e também, por exemplo no constitucionalismo alemão, hispânico e lusitano, consoante ensina o Prof. Ingo Sarlet, ratifica-se a contribuição valiosa da Teoria de Robert Alexy para o Estado Democrático de Direito.

O estudo sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, oportuniza a compreensão de nós mesmos e dos outros, a termos um novo olhar sobre as pessoas, suas necessidades, seus anseios, suas diferenças, para lhes favorecermos melhores posições na sociedade. Entretanto, Alexy adverte:

Direitos fundamentais podem assegurar muita coisa, mas não tudo. Eles não são nenhum remédio universal. Existem numerosos problemas que não são solucionáveis por direito fundamentais, portanto, por direitos, mas somente por política ou moral. Quem

⁹⁶ TOLEDO, Cláudia et alii. *Direito e Legitimidade. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy*. São Paulo: 2003. P. 236.

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 159.

*carrega tudo nos direitos fundamentais os destrói. (...) Os direitos fundamentais, da lei fundamental são unidos essencialmente com a idéia do individualismo, que prima facie exige uma medida máxima de liberdade individual. E direitos individuais ilimitados de um, em regra, somente são possíveis à custa de direitos individuais de outros e ou bens coletivos. Mas isto não é um problema insolúvel. Assim como a democracia é solucionável no quadro de uma dogmática de espaços, assim o é o problema do individualismo no quadro de uma dogmática de barreiras. Sua parte nuclear forma o princípio da proporcionalidade. Seu núcleo é a ponderação. Ponderabilidade é o contrário de unilateralidade.*⁹⁸

Alexy defende que a sua teoria é uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Não se trata, diz ele, de uma filosofia dos direitos fundamentais, desatrelada do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou política. E usando uma terminologia clássica caracteriza sua teoria como uma parte da dogmática dos direitos fundamentais, com fulcro numa teoria de princípios, ou seja, afirma que é uma teoria axiológica isenta de suposições insustentáveis. (ALEXY, TDF, 2012, p 29).

Embora criticado por alguns teóricos, ao refletirmos sobre os postulados de Alexy, a regra da proporcionalidade, a lei de ponderação, o uso da racionalidade, os níveis do sistema jurídico: regras, princípios e argumentação, concluímos que a sua Teoria se constitui num extraordinário pilar ético-jurídico do Estado Democrático de Direito. Seus convincentes argumentos, certamente evoluirão. ainda mais, no sentido de consolidar a Democracia no mundo.

Finalmente concluímos que as lições de Alexy são uma inestimável contribuição para o entendimento sobre a necessidade da racionalidade na argumentação jurídica, para que as decisões sejam seguras, coerentes. E que a moral e a justiça estejam harmonizadas, tornando-se o suporte para a conduta correta dos homens na Terra. Essa a conclusão da reflexão que o estudo nos oportunizou.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Hedk. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2011. P. 102, 103.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993, p 106.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo:Malheiros Editores.2012.
- _____. *Direito, Razão e Discurso*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Silva. São Paulo: 2005.
- _____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luiz Afonso Heck. 3. Ed. rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveria Mendes.São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011.
- AQUINO, Santo Tomás. *Suma Teológica*. I. Questão 29,art. III, solução. Tradução portuguesa de Alexandre Correia. Vol III São Paulo:Indústria Gráfica Siqueira, 1946.
- ANDRÉA, Fernando de. *Robert Alexy- Introdução Crítica*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo/Vale dos Sinos/RS: Editora Unisinos, 2003.
- _____. *Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais...Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010*.
- BIELEFELDT, Heiner .*Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. (Fócus 4).
- BIRD, Collin. *Introdução à Filosofia Política*. Tradução: Saulo Alencastre. São Paulp: Madras Editora, 2011.

BRASIL. Constituição Federal/88. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. *"O Futuro da Democracia"*. 9ª Ed. Tradução Marco Aurélio nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 2004.

_____. *"A Era dos Direitos"*. 4ª Reimpressão. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONNAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional,. 12 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *'Proporcionalidade e Argumentação: A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos'*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CÍCERO. *Dos Deveres (DE OFFICIIS)*. Tradução Carlos Humberto Gomes. Lisboa, Portugal: Edições 70, .

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais.- Razoabilidade e Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª Ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda. 2010.

FERRAZ, Carlos Adriano. *Direitos, Bem comum e Florescimento Humano*. Texto apresentado no "1º Wokshop: Filosofia do Direito". Setembro/2013. UFPEL/RS.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves.. *"Direitos Humanos Fundamentais"*. 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

HOBBS, Thomas. *"Leviatã, 2ª. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil."* Tradução Rosina D'Angina.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução Clélia Aparecida Martins. Petrópolis/Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Tradução Paulo Quintela. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2009.

LAW, Stephen. *Guia ilustrado de Filosofia*. Tradução Maria Luiza S. de A. Borges, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2009.

MACKENZIE, Iain. *Política – Conceitos-chave em Filosofia*. Tradução Nestor Luiz João Beck. Porto Alegre: Artmed Editora, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NUNT, Lymm. *A invenção dos direitos humanos*. Introdução. Texto distribuído pelo Dr. Cláudio Leivas, no Curso de Mestrado/UFPEL/RS. Aula de 07/11/2011.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. Tomos II . 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial Tomo LIII*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. 1ª Ed 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Teoria da justiça*. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O Direito dos Povos*. Tradução Luis Carlos Borges e Ver. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O Liberalismo Político*. 2ª Ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *"Direitos Humanos e Fundamentais"*. 2ª Ed. Campinas/SP: Russel Editores 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Ed. Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *et alii Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional (organizador e co-autor)*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha e. *A Supremacia do Direito*. Porto Alegre: Novembro, 2002.

_____. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

_____. *Constituições do Brasil*. Porto alegre: Editora Sagra Luzzatto., 2002.

TOLEDO, Cláudia et alii *Direito e Legitimidade. Argumentação Jusfundamental em Robert Alexy*. in *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003

TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Livro 1 Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005..

ANEXOS

ANEXO A

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM⁹⁹

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades;

⁹⁹ Aprovada pela **Assembléia** Geral das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948.

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso;

A ASSEMBLÉIA GERAL PROCLAMA

A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, que tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III

Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que no momento da prática era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo homem tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crime de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar um família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo XVII

1. Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por qualquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.

Artigo XXII

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Todo home tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo XXV

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII

Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX

1. Todo homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de

satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

ANEXO B**CÂMARA DOS DEPUTADOS**

Centro de Documentação e Informação

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**PREÂMBULO**

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar 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.

TÍTULO I**DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

Art. 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.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo,

o Executivo e o Judiciário.

Art. 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.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
- VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
- VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

- XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
- XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
- XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
- XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
- XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;
- XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
- XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
- XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
- XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
- XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;
- XXII - é garantido o direito de propriedade;
- XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
- XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
- XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;
- XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;
- XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
- XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
 - b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
- XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;
- XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus* ;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm 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;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

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;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á *habeas data* :

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* , e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. *(Inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. *(Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. *(Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. *(Artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000) e (Artigo com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)*

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem

à melhoria de sua condição social:

- I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - fundo de garantia do tempo de serviço;
- IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
- V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998*)
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;
- XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006*)
- XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 2000*)

a) (*Alínea revogada pela Emenda Constitucional nº 28, de 2000*)

b) (*Alínea revogada pela Emenda Constitucional nº 28, de 2000*)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998*)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (*Parágrafo único com redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013*)

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

CAPÍTULO III

DA NACIONALIDADE

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; *(Alínea com redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007)*

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. *(Alínea com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)*

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. *(Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)*

§ 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas;

VII - de Ministro de Estado da Defesa. *(Inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)*

§ 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

- I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: *(Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)*

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; *(Alínea acrescida pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)*

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; *(Alínea acrescida pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)*

Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

§ 1º São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

CAPÍTULO IV

DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. *(Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)*

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja

substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. *(Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)*

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. *(Artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)*

Elaboração, Digitação, Formatação:



Marielena da Cunha Faria Torrescasana