



# EM BUSCA DE UMA RESPOSTA JURÍDICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Roberto Epífanio Tomaz

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto compreender, em breve análise, o conceito atribuído aos Direitos Fundamentais e o caminho a ser percorrido por uma resposta jurídica que se proponha contribuir para sua efetivação. Seu objetivo é avaliar a evolução histórica, conceitual dos Direitos Fundamentais e sua dimensão jurídica na qual se desencadeia a resposta jurídica. Para tanto, o trabalho foi dividido em dois momentos; no primeiro a evolução histórica e conceitual é apresentada; no segundo, a dimensão jurídica é avaliada, chegando-se a consideração de que uma resposta jurídica que se proponha a ser adequada aos Direitos Fundamentais, no sentido de contribuir para sua efetividade, será aquela que encontra respaldo na Constituição e no direito positivado do Estado o qual também estabelecerá os limites de sua interpretação. O método utilizado na fase de investigação e no relato dos resultados foi o indutivo, a abordagem é descritiva, com aportes analíticos e prescritivos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Sistema Jurídico. Estado. Constituição. Resposta Jurídica.

## INTRODUÇÃO

Na desafiadora tarefa do Estado<sup>1</sup> de cumprir os interesses da Sociedade<sup>2</sup> através da garantia dos Direitos Humanos e Fundamentais, deparamos, também, com a não menos desafiadora tarefa de dar uma resposta jurídica adequada aos Direitos Fundamentais que possam colaborar com sua efetividade, tendo em vista a ineficácia dos instrumentos postos à disposição para seu cumprimento.

---

<sup>1</sup> Trata-se do Estado Contemporâneo que na lição de Cesar Luiz Pasold, deve ser compreendido como sendo “[...] **um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria Sociedade**”. PASOLD, 2011. p. 44. Negritos no original.

<sup>2</sup> A categoria Sociedade é grafada, neste trabalho, com a inicial em maiúscula por ser criadora e mantenedora do Estado, conforme PASOLD, 2011. p. 21.



Somando-se a este desafio, há também uma indefinição na chamada interpretação jurídica que parece não ter limites quanto a decidir conforme o entender e o convencimento do intérprete, desde que lhe seja dada certa “fundamentação” atribuída muitas vezes aos Direitos Humanos ou Fundamentais<sup>3</sup> que, por vezes, ao invés de contribuir com sua efetividade tem provocado uma enorme margem de insegurança jurídica atestando também sua ineficácia.

Conhecer melhor, portanto, o conceito que se atribui a Direitos Fundamentais bem como analisar o caminho a ser percorrido em busca de uma resposta jurídica que lhe seja mais adequada no sentido de contribuir com a finalidade de tornar-lhes efetivos constitui-se objeto do presente trabalho. Seu objetivo é avaliar, ainda que em breve análise, o conceito de Direitos Fundamentais e sua dimensão jurídica como fundamentação a uma resposta jurídica que lhe seja adequada. Para tanto, o trabalho foi dividido em dois momentos: no primeiro é apresentada a evolução histórica e conceitual dos Direitos Fundamentais e, no segundo, sua dimensão jurídica é avaliada.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo<sup>4</sup>, no tratamento dos dados foi o cartesiano<sup>5</sup> e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva. As técnicas empregadas foram a do referente<sup>6</sup>, da categoria<sup>7</sup>, do conceito operacional<sup>8</sup> e da pesquisa bibliográfica<sup>9</sup> e documental, esta última, pela via eletrônica.

---

<sup>3</sup> Como se verá oportunamente no presente trabalho, ainda que se possa fazer referência a uma distinção entre as expressões Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos do Homem, neste primeiro momento, essas expressões são utilizadas como sinônimas.

<sup>4</sup> O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]”. PASOLD, 2011. p. 86.

<sup>5</sup> O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras “[...] 1. *duvidar*; 2. *decompor*; 3. *ordenar*; 4. *classificar e revisar*. Em seguida, realizar o Juízo de Valor.”. PASOLD, 2011. p. 204. Categorias grifadas em maiúscula no original.

<sup>6</sup> Denomina-se referente “[...] **a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.**” PASOLD, 2011. p. 54. Negritos no original.

<sup>7</sup> Entende-se por categoria a “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.**” PASOLD, 2011. p. 25. Negritos no original.

<sup>8</sup> Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, 2011. p. 198.

<sup>9</sup> Pesquisa bibliográfica é a “*Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas*”



## 1 Direitos fundamentais: revisão conceitual

Ainda que sua formação e fundamentação não deixe de ser questão de debate, o que se pode atualmente considerar como Direitos Fundamentais constitui-se no resultado de uma construção histórica que envolve, além das várias concepções do Direito, diversas conquistas humanas e sociais.

Segundo Peces-Barba (1982), os Direitos Fundamentais são conquistas históricas do mundo moderno que surge progressivamente a partir daquilo que chama de *trânsito à modernidade* que considera ser um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas que ao mesmo tempo soma-se a importantes elementos que já se anunciavam na Idade Média como elementos tipicamente medievais dando origem, até o século XVIII, à filosofia dos Direitos Fundamentais, que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que, segundo este autor, são os especificamente modernos que lhes dão pleno sentido.

Na análise de Brandão (2012), os Direitos Fundamentais de omissão do Estado para garantir os necessários espaços de liberdade do cidadão nasceram ainda no Estado de cunho individualista (Estado Moderno) e são conquistas do cidadão; os direitos de prestação, ou positivos, por parte do Estado para garantir a vida digna dos cidadãos, só nasceram e só poderiam ser conhecidos, enunciados e garantidos com o advento do Estado com compromisso social (Estado Contemporâneo), pois foi somente neste que passou a operar a noção de Sociedade Civil.

As considerações históricas dos Direitos Fundamentais levam também às ponderações relativas às conhecidas gerações<sup>10</sup>, sendo elas: primeira geração: direitos civis e políticos – direitos de liberdade; segunda geração: direitos

---

*legais*". PASOLD, 2011. p. 207.

<sup>10</sup> Karel Vasak criou o termo "gerações de direitos" em 1979, in VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Christophe (ed.). **Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet**. Genève - The Hague: ICRC - M. Nijhoff, 1984, tendo sido posteriormente complementadas por Norberto Bobbio in BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.



econômicos, sociais e culturais – direitos de igualdade; e terceira geração: direitos difusos – direitos de solidariedade.

Acerca dos direitos de primeira geração, traduzidos como direitos civis e políticos ou liberdades públicas, de cunho individualista e que serão direitos do cidadão ante o Estado, de não atuação do Estado, direitos de abstenção do Estado, os primeiros documentos gerados são frutos das revoluções liberais ou revoluções burguesas como o *Bill of Rights* inglês de 1689, as declarações norte-americanas de direitos de 1776 (especialmente a Declaração de Independência e a Declaração da Virgínia) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembleia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789.

Como lembra Garcia (2007), a primeira geração dos Direitos Fundamentais, as liberdades positivadas inicialmente como consequência das chamadas revoluções burguesas, são atualmente direitos reconhecidos em todas as constituições dos países democráticos do mundo ocidental e também catalogados em nosso atual texto constitucional no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os direitos de segunda geração são os de igualdade e na sua essência os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos de exigir prestação do Estado, entre eles os direitos do trabalhador a condições dignas de vida, de trabalho, de saúde, de educação e de proteção social. Nesta geração a coletividade assume a responsabilidade de atender aos Direitos Fundamentais, apesar do titular continuar sendo o homem na sua individualidade. Garcia (2007) menciona como exemplos históricos deste momento figuram nas Cartas Constitucionais, tais como a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de Weimar de 1919, a Constituição Republicana Espanhola de 1931 e a Constituição Brasileira de 1934. Atualmente os chamados direitos de segunda geração são direitos também reconhecidos nas constituições dos países democráticos do mundo ocidental e catalogados na Constituição Brasileira nos artigos 6º a 11.



Os direitos da terceira geração, por sua vez, deram origem ao processo de especificação pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos como criança, idoso, mulher, consumidor, etc., ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz. São também chamados de direitos coletivos e difusos<sup>11</sup>.

Pisarello (2007) ensina que as diferentes gerações históricas dos Direitos Fundamentais nos mostram que, longe de ser o produto de uma evolução harmoniosa e inevitável, estes foram o resultado de conflitos, às vezes amargos pela abolição de privilégios e a transferência de poder e recursos entre os setores sociais, às vezes, obtidos por persuasão e reformas legais, mas em outros casos, obtidos por rupturas e processos de autotutela, Em algumas ocasiões tiveram um alcance inclusivo e conseguiram melhorar as condições de vida de grandes grupos; já em outras, no entanto, tiveram um alcance limitado e exclusivo, mas, em qualquer caso, sempre foram conquistas precárias, nunca garantidas de uma só vez e, portanto, expostas a um progresso de destino aberto a retrocessos.

Por esta razão, Garcia (2007) apresenta que os Direitos Humanos podem modificar-se através dos tempos, com o advento de novas necessidades e com o fenômeno de novos direitos, ou seja, os Direitos Fundamentais são um processo aberto, não um conceito estático, imutável ou absoluto. Trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da Sociedade, das novas tecnologias e as novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.

Não se poderia, entretanto, fechar esta breve análise conceitual dos Direitos Fundamentais, sem fazer menção a suas dimensões ética, jurídica e social que visam sua efetiva realização.

---

<sup>11</sup> Uma quarta e quinta dimensão que são respectivamente referentes à bioética e as novas tecnologias da informação poderiam ser acrescentadas as demais segundo os estudos de Antônio Carlos Wolkmer, *in* WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos "novos" Direitos. *l/r*. \_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os "novos" Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30. 2003. p. 1-30



Na lição de Garcia (2007) a primeira dimensão (ética) está relacionada com a sua validade (fundamento-legitimidade), a segunda (jurídica) com sua vigência (positividade-legalidade) e, por fim, a terceira (social) com suas práticas sociais (eficiência ou efetividade).

A dimensão ética, na lição de Peces-Barba (1995), perpassa por uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas ideias de liberdade e igualdade, com matizes que apontam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno.

A dimensão ética, portanto, é indispensável para a legitimidade dos Direitos Humanos. Entretanto, como explica Robles (2005), os Direitos Humanos apenas se tornam Direitos Fundamentais quando adquirem verdadeira proteção jurídica, o que depende da dimensão jurídica. Esta posituação transforma o caráter daqueles Direitos Humanos, antes não positivados, uma vez que permite a transformação de certos critérios morais em autênticos direitos subjetivos dotados de maior proteção que direitos subjetivos tidos como não fundamentais.

Por fim, os Direitos Fundamentais perpassam, ainda, pela dimensão social. Na lição de Peces-Barba (1995) os Direitos Fundamentais devem ser atuantes na vida social e, portanto, condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade.

Não obstante a importância das dimensões ética, que se vincula principalmente à legitimidade, e a jurídica, vinculada a sua posituação, não haverá efetivo cumprimento dos Direitos Fundamentais sem se considerar a sua dimensão social.

Neste sentido nos lembra Garcia (2007) que a realidade social, o meio no qual serão aplicados os Direitos Fundamentais, será de extrema relevância para sua eficácia ou não. É a realidade social que determina fatores como: a conscientização da Sociedade em relação aos seus Direitos Fundamentais e às



suas prerrogativas como cidadão; a vontade política da Sociedade e de suas autoridades; as políticas públicas a serem incrementadas e que sejam verdadeiramente favoráveis aos menos favorecidos; a existência de uma real educação para a cidadania que preze por uma visão integral do conceito dos Direitos Fundamentais, entre outros diversos fatores.

Evidentemente que cada uma dessas ponderações, sejam aquelas ligadas às gerações e à evolução histórica dos Direitos Humanos e Fundamentais e, ainda em maior grau, aquelas ligadas às dimensões que apontam para a legitimidade, a positivação e a realidade social de aplicação dos Direitos Fundamentais, podem levar a inúmeras discussões, julgamentos e variações que, pela brevidade e objeto da presente pesquisa, seria impossível abordar.

Aceitando, no entanto, as considerações feitas acerca da evolução histórica e das dimensões ética, jurídica e social dos Direitos Fundamentais, se indaga sobre qual caminho deve percorrer uma decisão que se disponha a ser uma resposta jurídica mais adequada, ou seja, que contribua para a garantia e efetivação dos Direitos Fundamentais, análise que se faz a seguir.

## **2 Uma resposta jurídica aos direitos fundamentais**

Imperioso tecer alguns esclarecimentos iniciais quanto à referência de uma resposta jurídica aos Direitos Fundamentais. Não se trata da busca da "*one right answer*" defendida por Ronald Dworkin que ao procurar apresentar uma alternativa ao método que chama tradicional da interpretação jurídica (positivismo), propõe uma visão do Direito assente na distinção entre regras e princípios.

Para Dworkin (2007) o Direito é mais do que a totalidade das regras prescritas, sendo necessária uma convocação dos princípios para a determinação e integração das normas e sua aplicação ao caso concreto. A interpretação construtiva, segundo Dworkin, impõe um propósito a uma determinada prática social com o objetivo de torná-la a melhor possível; a integridade constitui-se o



valor político fundamental da comunidade que a convoca para uma coerência de princípios, de acordo com a qual a lei e as decisões judiciais devem ser interpretadas e moldadas em concordância com a história legal e o sistema de princípios éticos-políticos. Ao mesmo tempo a coerência constitui a essência de todo o sistema legal apresentado por Dworkin, conferindo também legalidade a uma disposição legal e permite o acesso ao Direito e é a chave para a resposta certa (*one right answer*), transformando o juiz, simultaneamente em um intérprete e autor do Direito.

Como se percebe, a perspectiva apresentada por Dworkin aumenta sobremaneira a ideia da aplicação do direito, colocando o juiz como o principal ator que, ao se deparar com aquilo que denomina *hard cases*, terá à sua disposição não apenas o conjunto de regras adotadas pelo sistema jurídico e submetidas à Constituição, mas os princípios não escritos que formam, segundo este autor, o conjunto de normas à disposição do intérprete que poderá utilizá-las conforme demandar seu convencimento, devendo apenas, sopesá-las procurando justificar, fundamentar<sup>12</sup> a decisão tomada.

Destarte, por certo, a ideia que se persegue em busca de uma resposta jurídica que seja adequada à efetivação dos Direitos Fundamentais não passa pela livre discricionariedade judicial, o que se pretende sugerir é que a dita resposta deva observar as dimensões alhures referendadas, ou seja, que se respeite, inicialmente, sua dimensão de justificação, passando, necessariamente, pela sua dimensão jurídica e, por fim, pela sua efetivação social.

Tendo em vista, entretanto, o objeto e o caráter resumido da presente pesquisa, pressupondo-se o aceite da dimensão ética que, segundo Peces-Barba (1995), se traduz no caminho para fazer possível a dignidade humana e a

---

<sup>12</sup> Nas palavras de Adela Cortina e Emilio Martinez, "fundamentar algo significa mostrar as razões que fazem desse algo um fenômeno coerente, razoável, não arbitrário". Ou ainda "(...) fundamentar é argumentar, oferecer razões bem articuladas para esclarecer por que preferimos alguns valores e não outros, certas teorias e não outras, determinados critérios e não outros. Ao mostrar os fundamentos que nos ajudam a manter o que cremos, fugimos da arbitrariedade e prevenimos o fanatismo próprio da crença cega e da adesão incondicional". CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 107.





consideração de cada ser humano como pessoa moral e que, por outro lado, explica sua aceitação na dimensão jurídica, reconhece e explica a incorporação dos Direitos Fundamentais ao Direito positivo, bem como o aceite da dimensão social que, segundo Brandão (2012), não obstante se reconhecer que a previsão legal é um passo importante para que se possa exigir o cumprimento e avançar no sentido da concretização dos Direitos Fundamentais, “não basta a declaração ou o enunciado de Direitos Fundamentais na ordem constitucional de qualquer Estado para que ele efetivamente opere”, ou na lição de Garcia (2007) que “para além de positivados os Direitos Fundamentais devem ter a possibilidade de ser exigidos perante as autoridades competentes”, objetiva-se, por ora, analisar sua dimensão jurídica, na qual se desenvolve a ideia de alcançar uma resposta jurídica mais adequada aos Direitos Fundamentais.

Primeiramente, ainda que se entenda que ditas expressões possam ser sinônimas, a distinção entre as expressões de *Direitos Humanos* e *Direitos do Homem* e *Direitos Fundamentais* são relevantes, neste estágio, para configuração de sua dimensão jurídica. Segundo Garcia (2007), Direitos Humanos ou do Homem fazem referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais (p.ex. Declaração Universal dos Direitos Humanos) já o termo *Direitos Fundamentais* é utilizado apenas para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado o que nos leva, conseqüentemente, à sua dimensão jurídica.

Destarte, como forma para previsão dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico de um Estado, imperativo lembrar as lições de Alexy (2008) ao propor três formas ou modelos distintos: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e o modelo misto de regras e princípios.

No primeiro modelo, segundo Alexy, em resumida síntese, os Direitos Fundamentais aparecem como um conjunto de normas na forma de princípios e para a solução de um eventual conflito se estabelece a prevalência desses em relação às demais normas (regras escritas) o que, por sua vez, também se constitui



no seu principal problema já que, neste modelo, não se leva em consideração as regras democraticamente estabelecidas na Constituição e no Ordenamento Jurídico, há que prevalecer o princípio estabelecido como de Direitos Humanos. O segundo modelo, baseado apenas em regras, apresenta também seus problemas, pois não considera, na interpretação e aplicação dos Direitos Humanos, princípios não escritos e não previstos na ordem positivada, as decisões devem ser baseadas apenas nas regras estabelecidas na Constituição e no Ordenamento Jurídico. O último modelo, estruturado em dois níveis de normatividade, o de princípios e o de regras, é considerado por Alexy (2008) a melhor forma de se inserir no ordenamento jurídico os Direitos Fundamentais. Neste modelo há Direitos Fundamentais em forma de regras e em forma de princípios que são em parte ponderados pelo legislador constitucional e admitidos no sistema jurídico em forma de regras constitucionais, o que, por conseguinte, retiraria do aplicador o direito de uma nova ponderação entre regras e princípios.

A simples verificação de Cartas Constitucionais como, por exemplo, a brasileira, a equatoriana e a boliviana<sup>13</sup> demonstram a recepção das gerações dos Direitos Fundamentais configurando o modelo de sistema jurídico baseado em normas que admitem princípios (escritos e não), bem como as regras apresentadas por Alexy, ultrapassando, por conseguinte, a condição da dimensão jurídica que condiz com sua admissão no sistema jurídico positivado do Estado e que também configura o primeiro estágio para uma decisão ou resposta jurídica que pretenda ser adequada à efetivação dos Direitos Fundamentais.

Uma decisão, portanto, que pretenda ser uma resposta jurídica adequada à concretização dos Direitos Fundamentais, numa eventual contradição entre normas compreendidas como um universo de princípios (escritos ou não) e

---

<sup>13</sup> Exemplos da Constituição Brasileira são mencionados no primeiro item da presente pesquisa, na Constituição do Equador pode verificar-se no Título II – Dos Direitos, Capítulo Primeiro – Princípios de Aplicação dos Direitos, Artigo 11, e na Constituição da Bolívia no Título II – Direitos Fundamentais e Garantias, Capítulo Segundo – Direitos Fundamentais, Artigo 15.



regras (escritas), colocará em relevância aquelas reconhecidas pela ordem legislativa democrática em detrimento de possíveis normas não recepcionados no Ordenamento Jurídico daquele Estado.

Esta primeira constatação, remete à análise de uma resposta jurídica adequada à garantia e concretização dos Direitos Fundamentais para a esfera de sua interpretação e aplicação.

“Leituras” da concepção do Direito apresentada por Dworkin, anteriormente mencionada, têm provocado um equivocado ativismo judicial o que faz lembrar as lições apresentadas por Streck (2010) ao dissertar que:

o Direito não é aquilo que o Judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras (Streck, 2010, p. 115).

Decorre daí, também, a indagação provocadora levantada pelo mesmo autor de:

por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos Direitos Fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ria)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos caso de regras (textos legais) que contenham vagezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados hard cases? (STRECK, 2010, p. 58).

Assim sendo, a esfera de interpretação e aplicação que leve a uma resposta jurídica adequada aos Direitos Fundamentais parece indicar, ao menos, duas necessárias reflexões sobre um sistema jurídico misto que contemple normas como princípios (escritos ou não), bem como regras (escritas): a possível contradição entre princípios de Direitos Humanos não admitidos na ordem jurídica estatal e princípios de Direitos Fundamentais admitidos, positivados ou garantidos no ordenamento; outrossim, quais são as regras e os limites para sua interpretação/justificação.

Quanto à primeira reflexão, a opção pelas normas (princípios e regras) positivadas, ou seja, recepcionadas no Ordenamento Jurídico, parece ser clara. O que faz lembrar a lição de Brandão (2012) ao dissertar que, no Brasil, há uma clara



opção pelos Direitos Fundamentais vinculados à Constituição, isto significa que o legislador constitucional realizou previamente a ponderação dos princípios e os estabeleceu como regra exatamente para colocá-los a salvo de qualquer forma de ponderação.

Em outras palavras, num possível conflito entre princípios de Direitos Humanos, não admitidos pela Constituição, e princípios de Direitos Fundamentais, admitidos pela Constituição e pela ordem jurídica estatal, há que prevalecer estes em relação àqueles. Igualmente, quando a Constituição dispuser que determinado Direito Fundamental deva ser regulado por regra, deve ser ponderada a regra específica em relação aos demais princípios; quando não houver previsão constitucional, ponderam-se os princípios, entretanto quando o princípio ou parte dele é previsto na Constituição, não há ponderação a fazer.

De outro modo, nas palavras de Streck, seria como dizer que a

Constituição permitisse que ela mesma fosse 'complementada' por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático). Isso seria uma 'autorização' para ativismos que, ao fim e ao cabo, deságuam em decisionismos. Ou seja, qualquer Tribunal ou a própria doutrina poderiam 'construir' princípios que substituíssem ou derogassem até mesmo dispositivos constitucionais, o que, convenhamos, é um passo atrás em relação ao grau de autonomia que o Direito deve ter no Estado Democrático de Direito (STRECK, 2010, p. 47-48).

Quanto aos limites da interpretação e a conseqüente justificação da decisão, novamente se fazem relevantes as lições de Streck ao dissertar sobre a importância da linguagem no exercício da hermenêutica jurídica: é a linguagem que "estabelece e descortina o mundo, é na linguagem que se dá a ação é na linguagem que se dá o sentido" (STRECK, 2010, p. 14).

Isto significa dizer que para que uma decisão possa configurar uma resposta jurídica adequada à garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais, o intérprete não poderá estar livre para "construir qualquer entendimento" a partir de seu próprio convencimento e consciência, há que se respeitar o mínimo de coerência e significação atribuído pela própria linguagem. Ou seja, o interprete



não pode fazer “uso” dos princípios (escritos ou não) e regras, constitucionais ou não, para impor uma interpretação de que o próprio senso convencional da linguagem não permite. Há um limite mínimo que necessariamente deve ser observado por qualquer intérprete e em qualquer exercício de interpretação que é o uso convencional à linguagem utilizada, o sentido convencional utilizado por uma Sociedade.

Portanto, uma resposta jurídica que pretenda contribuir com a garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais deve ter como norte as normas recepcionadas na Constituição e no Ordenamento Jurídico do Estado, deve, portanto, ser adequada à Constituição, submetendo-se a ela, como visto nos princípios (escritos ou não) e nas demais regras previstas no ordenamento jurídico, entretanto, e o “produto” do processo hermenêutico advindo desse exercício não pode, também, ficar à livre disposição da convicção do intérprete que necessita fazer um exercício mínimo de significação sobre as normas (princípios e regras) admitidas no sistema jurídico do Estado (exegese) e não uma interpretação que imponha sobre o texto as condições ou a interpretação que considera serem as mais adequadas segundo o seu livre convencimento (eisegese<sup>14</sup>).

A decisão jurídica, diz Streck:

não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do Direito projetado pela comunidade política (STRECK, 2010, p. 106).

Evidentemente que as ponderações tecidas não são as únicas a serem exercitadas na difícil tarefa das decisões jurídicas que se proponham a configurar uma resposta jurídica mais adequada à garantia e efetivação dos Direitos

---

<sup>14</sup> Exegese deriva de termo grego que significa *conduzir para fora*, no sentido de determinar o sentido, e eisegese deriva de outra palavra que significa *conduzir para dentro*, com objetivo de torcer o sentido convencional estabelecido. In GIBBS, Carl B. **Princípios de Interpretação Bíblica**. Global University. Tradução em português por Gordon Chown. Campinas: Faetad, 2006, p. 21.



Fundamentais, mas ao menos se dispõem a apontar um caminho e a provocar outros estudos que colaborem para sua reflexão e concretização.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho se destinou a compreender, em breve análise, o conceito atribuído aos Direitos Fundamentais, bem como os primeiros passos no caminho a ser percorrido por uma resposta jurídica que se disponha a contribuir para sua concretização e efetividade.

O primeiro item da pesquisa abordou questões acerca das gerações de Direitos Humanos que, posteriormente, foram recepcionados nos textos constitucionais da maioria dos Estados ocidentais contemporâneos, como também abordou às dimensões atribuídas aos Direitos Fundamentais (ética, jurídica e social), preponderantes para sua efetivação.

No segundo momento foi realizada uma análise mais pormenorizada da dimensão jurídica dos Direitos Fundamentais com objetivo de traçar considerações sobre o caminho a ser percorrido por uma resposta jurídica que pretenda ser a mais adequada para a garantia e efetivação desses.

Tendo por base as reflexões realizadas chega-se à consideração de que uma resposta jurídica aos Direitos Fundamentais deve, inicialmente, ser baseada nas normas (princípios ou regras) de Direitos Fundamentais recepcionadas pela Constituição e pelo Ordenamento Jurídico do Estado, respeitando o processo legislativo regulamentar do Estado Democrático de Direito.

Isto significa dizer que, ainda que se reconheça que a dimensão jurídica não é a única a garantir efetividade dos Direitos do Homem ou da Humanidade, estes só se tornam uma norma jurídica exigível no Estado a partir da possibilidade de seu ingresso no sistema jurídico positivado, o que se constitui o início de sua dimensão jurídica.

A partir do ingresso dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica do Estado, seja através de princípios admitidos pela Constituição ou estabelecidos



em regras previstas no Ordenamento Jurídico, uma resposta jurídica que se disponha a ser adequada aos Direitos Fundamentais respeitará, num possível conflito entre normas (princípios – escritos ou não – e regras), o estabelecido na Constituição ou disposto em regras determinadas pela Constituição, tendo em vista a ponderação prévia já estabelecida pelo legislador que retira do intérprete o direito a uma nova ponderação.

Por fim, o intérprete deve respeitar o sentido mínimo estabelecido pelo uso convencional da linguagem estabelecida pela ordem política e social usual. A Constituição ou o Ordenamento Jurídico estabelecido pelo Estado não pode servir como justificativa a um processo hermenêutico onde o intérprete constrói o sentido que considerar melhor segundo seu próprio convencimento, consciência ou escolha. Para dar uma resposta jurídica que seja adequada aos Direitos Fundamentais, o intérprete precisa estruturar sua decisão de acordo com o sentido do Direito projetado pela comunidade política da Sociedade.

Imperativo lembrar que uma resposta jurídica que pretenda ser adequada à garantia e efetivação dos Direitos Fundamentais não pode ignorar que estes estão em constante processo de desenvolvimento e que, portanto, o que pode ser considerado hoje fundamental pode sofrer mudanças, alterações conforme a evolução do próprio Direito e da Sociedade.

Por esta e por outras razões, se reitera, que a presente pesquisa não tem o condão de ser exauriente ou de estabelecer verdades absolutas acerca do tema, mas apenas se dispõe a contribuir para a discussão e a servir como elemento provocador de outros e mais aprofundados estudos que possam contribuir com sua concretização.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.



CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2343](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343)>. Acesso em junho de 2014.

GIBBS, Carl B. **Princípios de Interpretação Bíblica**. Global University. Tradução em português por Gordon Chown. Campinas: FAETAD, 2006.

MONTE, Mário Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso (coord.). **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

\_\_\_\_\_. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

\_\_\_\_\_. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Barueri: Editora Manole, 2005.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus Garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SWINARSKI, Christophe. **Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet**. Genève - The Hague: ICRC - M. Nijhoff, 1984.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.





Recebido em: 22/10/2015

Aceito em: 17/05/2016

### **Sobre o autor:**

#### **Roberto Epífanio Tomaz**

Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (UNIPG/2015 – Perugia/Itália), Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/2015 – Itajaí/Brasil), com período sanduíche realizado na Universidade do Minho em Braga (2013/UMINHO – Braga/Portugal), fomentado pela CAPES, Processo n.º 18033-12-1, professor colaborador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica e de Direito Empresarial dos cursos de graduação e pós-graduação (lato sensu) em Direito da UNIVALI onde coordena os cursos de pós-graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho, atua também como advogado, tomaz@univali.br.