

# TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY EM ANÁLISE COM FULCRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Renato José Dias Pereira<sup>1</sup>  
Luiz Renato Telles Otaviano<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo apresenta um panorama a respeito dos direitos fundamentais partindo da evolução dos referidos direitos, bem como a conceituação e estruturação das normas de direitos fundamentais a partir de ensinamentos de Robert Alexy. Para atingir tal objetivo, a metodologia de análise utilizada neste trabalho se deu através de leitura e interpretação da doutrina, além de artigos constantes da bibliografia, donde se extraiu os fundamentos teóricos acerca da discussão do tema, através do emprego do método lógico-dedutivo e técnica hermenêutica. Deve-se considerar não só a estruturação e normas dos direitos fundamentais, mas a efetividade dos mesmos, uma vez que, muitas vezes, as sentenças são decretadas sem argumentos e fundamentos e, portanto, não cumpridas. O tema é analisado com a finalidade de distinguir diversas atividades realizadas pelos intérpretes na concretização dos direitos, partindo do texto legal, verificando os mecanismos judiciais disponíveis. Para que direitos fundamentais à pessoa humana possam ser materializados, a concretização e gozo destes direitos se tornam imprescindíveis.

## PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais , Hermenêutica, Efetividade .

---

<sup>1</sup> Discente do 5º semestre do curso de Direito da UFMS. Bolsista Iniciação Científica-PIBIC. Email: renatojdpereira@gmail.com

<sup>2</sup> Professor Mestre da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Email: luiz\_rto@hotmail.com

## 1 Introdução

A concepção de direitos fundamentais em sua essência são direitos individuais, designados ao homem livre e, por certo, direito que ele possui frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. No entendimento de Silva (2013), a expressão mais adequada seria direitos fundamentais do homem, visto que, além de se referir a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política, é reservada para designar também, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Tais direitos consubstanciam limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, sendo encarados como o inevitável resultado de diversos eventos históricos e ideologias marcadas, de forma indelével, pelos primados da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, cujas ideias foram sendo inspiradas tradicionalmente nos movimentos que se voltaram à reforma do Estado e a formação do Estado Democrático de Direito.

Todavia, merece destaque também, a possibilidade de existência de valores importantes ainda não positivados, mas que também estão ligados a dignidade humana e a ideia de limitação de poder. A doutrina denomina esses valores de Direito do Homem. Coadunando deste entendimento, Marmelstein (2013) diz que os direitos do homem seriam valores ético-políticos ainda não positivados, ou seja, estariam em um estágio pré-positivo, correspondendo “a instâncias ou valores éticos anteriores ao direito positivo”.

Vale destacar que, embora muitas das vezes citados como sinônimos, faz-se uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Desta forma, compreende-se então que direitos humanos estão positivados na esfera do direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais estão reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado. Na concepção de Canotilho (2002), direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa. São caracterizados como individuais, porque pertencem exclusivamente à pessoa, e o Estado como titular de direitos, com o dever de proteger o cidadão, vela pelo seu cumprimento. Outrossim, os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica,

fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

A partir disso, a metodologia de análise utilizada neste trabalho foi através de leitura e interpretação da doutrina, além de artigos constantes da bibliografia, donde se extraiu os fundamentos teóricos acerca da discussão do tema, através do emprego do método lógico-dedutivo, com o objetivo de trazer à baila toda conceitualização dos direitos fundamentais e, ainda analisar esses direitos com fulcro na Constituição Federal de 1988, bem como técnicas hermenêuticas utilizadas para concretização de tais direitos.

## 2 Conceito e Evolução dos Direitos Fundamentais

Como marco inicial dos direitos fundamentais, a doutrina comumente indica a Magna Carta Inglesa de 1215, que contribuiu significativamente, para que essa espécie de direitos passasse a ser inserida nas Constituições de todos os Estados modernos. É imperioso salientar, contudo que, na realidade, a verdadeira Constituição liberal surgiu com a Declaração dos Estados Americanos, onde os direitos fundamentais foram positivados e organizados de uma forma mais coerente e oportuna, como exemplifica Tavares (2014):

[...] logo após a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, e da conclamação do Congresso reunido em Filadélfia para que os Estados-membros adotassem constituições próprias, o Estado da Virgínia foi o primeiro a adotar uma nova Constituição, por obra da Convenção de Williamsburgh, documento que apresentava uma declaração solene de Direitos (*Bill of Rights*), adotada pela mesma Convenção em 12 de junho de 1776 (Tavares, 2014, p. 337-338).

De modo a compreender melhor o escopo dos direitos fundamentais, não se pode perder de perspectiva que, *a posteriori*, a universalidade dos direitos fundamentais se deu a partir de 1789 com a Revolução Francesa, oportunidade em que foi, de forma precisa, consignada no texto constitucional a proclamação da liberdade, da igualdade, das garantias individuais e à dignidade humana, interligados a valores históricos e filosóficos. A Revolução Francesa inegavelmente universalizou e difundiu, de forma marcante os direitos fundamentais. Segundo Bonavides (2013):

[...] Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feu-

dais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano (Bonavides, 2013, p.580).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda do nazismo, os juristas europeus, especificamente os alemães, entraram em uma profunda crise, visto que, o nazismo representou um fracasso total para o então chamado positivismo ideológico, que predominava e gozava de grande aceitação pelos juristas. O direito positivo no dizer de Marmelstein (2013) possui uma validade, uma força obrigatória e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo.

Partindo deste pressuposto, os advogados dos nazistas afirmavam que os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade. A partir de então, pode-se observar que o positivismo por si só não era suficiente para uma proteção eficiente dos direitos fundamentais.

Com fulcro nesta perspectiva, os juristas desenvolveram o que se conveniou chamar de pós-positivismo, cujo principal propósito era inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Com o fim da guerra, percebe-se que a atividade jurídica precisava ter um forte conteúdo humanitário sob pena de o direito servir para justificar barbáries praticadas em nome da lei. Em didática definição, Marmelstein (2013) caracteriza pós-positivismo como sendo:

[...] O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os textos, bem como exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade (Marmelstein, 2013, p. 11).

Esta nova definição não descarta o direito positivo, a norma continua sendo o objeto de estudo do jurista, no entanto, a norma deixa de ser neutra, passando a conter uma forte ideologia, de modo que princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia da vontade, da liberdade, etc., seriam vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica, ou seja, a observância desses princípios não seria meramente facultativa, mas sim obrigatórias quanto a

observância das regras e leis.

Desta forma, constituem-se os direitos fundamentais, legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica. Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.

Já na antiguidade, através da religião e da filosofia, foram passadas algumas ideias acerca do que são direitos fundamentais. Tal contexto deixa entrever que o homem pelo simples fato de ser homem é titular de certos direitos naturais. Nessa linha de pensamento, Sarlet (2002) ressalva que:

[...] Essa fase costuma ser denominada de pré-história dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão (Sarlet, 2002, p.41).

No entanto, sabe-se que os direitos do homem, ou direitos fundamentais existem desde os primórdios e por serem direitos naturais da personalidade humana se caracterizam por terem, um valor próprio que nasce na qualidade de valor natural. No entendimento de Canotilho (2002):

[...] As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram caminho para necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza do homem (Canotilho, 2002, p. 380).

As concepções cristãs na Idade Média, ao diferenciarem a lei divina, a lei natural, a lei positiva, sentiram a necessidade de adequar o direito positivo conforme as normas de direito natural, pois estas eram natas da natureza do homem. Concernente ao registro de Direitos Fundamentais merecem menção os forais ou cartas de franquias cuja prática se difundiu a partir da segunda metade da Idade Média. Entretanto, esses documentos não contemplaram direitos do homem, mas os direitos de comunidades locais ou de corporações. Notadamente, ressaltasse do texto a constatação de que, em que pese à imensa contribuição para a eclosão do constitucionalismo, via enunciação de direitos individuais, os forais de franquia a

exemplo da Carta Magna, têm cunho, marcadamente, estamental.

No século XVII, a ideia contratualista e os direitos naturais do homem tiveram grande importância, pois neste período surgiram várias cartas de direitos assinadas pelos soberanos daquela época. Na ponderação de Sarlet (2002):

Cumprе ressaltar que foi justamente na Inglaterra no século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância e, isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período (Sarlet, 2002,p.43).

Na história dos direitos fundamentais, as cartas de franquias tiveram uma grande relevância, pois foi através delas que houve o nascimento dos direitos individuais positivados. Canotilho (2002, p. 380) salienta que “(...) a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215”. Este advento da Carta é de suma importância, pois nela encontram-se, sinais históricos dos direitos fundamentais, a exemplo do devido processo legal e do *habeas corpus*.

Convém destacar que os direitos fundamentais possuem algumas características que assim melhor os identifica. São imprescritíveis, posto que tais direitos não perecem pelo decurso do prazo; são inalienáveis, uma vez que não há possibilidade de transferência de tais direitos: seja a título gratuito quer seja a título oneroso; são irrenunciáveis, eis que, em regra, não podem ser renunciados embora haja na doutrina importantes discussões relacionada à esta característica; são invioláveis, já que é impossível serem vulnerados por leis infraconstitucionais ou por ato de autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa criminal; são universais porque a abrangência dos aludidos direitos engloba todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica; são marcados pela efetividade, uma vez que se impõe ao Poder Público, em sua rotineira atuação, a adoção de mecanismos que garantam a efetivação dos relevantes direitos, uma vez que, a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato; são interdependentes, levando-se em conta que as variadas previsões constitucionais, muito embora autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem as suas finalidades; e são complementares, já que não devem ser objeto de interpretações isoladas, exigindo análise conjunta e completa, com o fim de alcançar os objetivos almejados pelo legislador constituinte (Marmelstein, 2013).

## 2. Conceito de Normas de Direitos Fundamentais

Segundo Alexy (2008), “quando alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”. Se a recíproca é verdadeira, isto já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. O referido autor preconiza que:

[...] O conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tem fim, justamente porque a discussão sobre sua definição implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, renovando, assim, as definições de acordo com cada posição tomada (Alexy, 2008, p. 50-52).

De acordo com esta teoria, uma norma é o significado de um enunciado normativo e pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Expressões deonticas como “do dever”, “da proibição” e “da permissão” auxiliam na identificação do conceito primário de norma. À importância do âmbito semântico se soma também o âmbito da pragmática, onde se verifica, no caso concreto, qual o real sentido da declaração de vontade, se ato de criação ou de permissão. Para Alexy (2008), o âmbito da pragmática possui importância secundária, já que é possível partir do pressuposto de que as normas estabelecidas pelos atos de criação são válidas. Como o objeto desta teoria é uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, indaga-se, o que são normas de direitos fundamentais?

Partindo de um critério formal, nesta teoria, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado “Dos Direitos Fundamentais”, bem como uma série de outras disposições constitucionais que expressam normas de direitos fundamentais, normas garantidoras de direitos individuais e ainda normas de direitos fundamentais atribuídas.

É característica dos direitos fundamentais a abertura estrutural de suas disposições, assim, diante de uma norma fundamental de conteúdo aberto, o Tribunal Constitucional Federal alemão realiza a interpretação e aplicação do direito no caso concreto, fundamentando com argumentos que se refira a dita norma de direito fundamental. Com isto, a norma anteriormente indeterminada agora ganha identificação sempre com referência à norma primária. Vale ressaltar que com advento do Novo Código de Processo Civil Brasileiro os artigos 12, 153 e 942, além dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489 e do parágrafo 1º do artigo 927 aludem que juízes brasileiros deverão fundamentar com argumentos suas decisões. A nova interpretação constitucional é orientada por s princípios relevantes, que são aplicados através da técnica da pon-

deração, incumbindo ao intérprete realizar a interação entre o fato e a norma, e fazer escolhas fundamentadas, visando à justa solução para o caso em exame.

Desta forma, compreende-se que normas de direitos fundamentais são todas aquelas constantes do título “Dos Direitos Fundamentais”, bem como as demais também expressas na Constituição Federal de 1988, garantidoras de direitos individuais e ainda, as normas de direitos fundamentais atribuídas, oriundas de precedentes jurisprudenciais sustentados em normas de direitos fundamentais abertas.

Estes conceitos são plenamente aplicados no ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se, inclusive, que a Constituição Federal Brasileira traz expressamente no Título I os Princípios Fundamentais, sustentados no Estado Democrático do Direito, indispensável para o respeito aos direitos fundamentais e por via de consequência, a aplicação desta teoria e a máxima da proporcionalidade. E o Título II apresenta o rol dos Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais, bem como, o parágrafo 2º do art. 5º estabelece que “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”.

## **2.2 Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**

Com base na constatação de que os direitos fundamentais são normas constitucionais, isso implica uma série de consequências relevantes no que tange a aplicação desses direitos, uma vez que, a Constituição ocupando o topo da assim chamada pirâmide normativa, pois possui uma força jurídica potencializada.

Pressupõe-se que, sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garanta este direito, o que no entender de Alexy (2008) seria a ideia dos dois lados da mesma moeda, visto que, direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais estariam em estreita conexão. Em didática definição, Alexy (2008) define o que seria norma de direito fundamental:

[...] Essa questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada como norma de direito fundamental. A pergunta assume uma forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais e quais não (Alexy, 2008, p. 65).



Quanto à estrutura das normas de direitos fundamentais, Alexy (2008) trata da diferença entre regras e princípios, apontando a importância de se fazer esta distinção, já que toda norma ou é uma regra ou um princípio:

[...] A mais importante diferença teórico-estrutural da norma para a teoria dos direitos fundamentais é a distinção entre regras e princípios. Esta distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. (...) Esta distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. (...) Neste sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas - mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (Alexy, 2008, p. 85).

Os princípios são encarados como “mandamentos de otimização”, no sentido de que quando se trata de princípio, a ordem é para realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, com graus de satisfação variados. Já as regras, são normas que são ou totalmente satisfeitas ou não são satisfeitas, não há que se falar em grau de satisfação segundo Alexy (2008). Disto, resulta que havendo conflitos de regras, ou uma delas deve ser declarada inválida ou é introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito. É, entre nós, o princípio da especialidade, que manda aplicar o dispositivo da regra especial em detrimento do dispositivo da regra geral (*Lex specialis derogat legi generali*). O princípio da especialidade está presente na legislação nacional em várias passagens e aplicado em todos os ramos do direito.

De outra forma, na colisão entre princípios, um dos princípios terá que ceder, sem que seja extirpado do ordenamento jurídico o princípio cedente. Ou seja, em outras condições de um dado caso concreto havendo colisão com os mesmos princípios, o anteriormente cedente pode vir a prevalecer. É como afirma Alexy (2008): “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” Sobre a colisão entre princípios fundamentais, Moraes (2002) oferece os seguintes ensinamentos:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a

coordenar e combinar os benefícios em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (Moraes, 2002, p.61).

Analisando casos concretos julgados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy estabelece por meio de fórmulas, a lei de colisão entre princípios, verificando qual dos princípios têm maior peso no caso concreto. E isto é feito através do sopesamento, indicando que os princípios considerados de *per si*, possuem um caráter *prima facie*, já que não são definitivos, podendo ceder em face de outro princípio antagônico de maior peso sem, contudo, invalidar o princípio cedente.

Coadunando deste entendimento, as situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, observa-se a importância do uso do princípio da proporcionalidade. No ordenamento jurídico pátrio, tal princípio é vivo, elástico e prestante, uma vez que, protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Tendo como vocação primordial dar compatibilidade às considerações das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou ainda por este marginalizadas, o princípio da proporcionalidade trata daquilo que há de mais novo e relevante em matéria de Direito Constitucional, notadamente projetado sobre a vida concreta e dotado de uma esfera de maior incidência sobressaindo da teoria, puramente formal e abstrata.

Na Constituição Federal de 1988, mesmo não sendo formulado como norma jurídica global, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o que determina o § 2º do artigo 5º o qual sustenta a parte escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição. Silva (2013) descreve muito bem o princípio da proporcionalidade na atualidade, definindo-o como axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado.

### **3 Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988**

Como destacado *a priori*, a teoria dos direitos fundamentais se consolidou perante a comunidade jurídica internacional a partir do fim da Segunda Guerra Mundial em virtude do crédito de que a dignidade da pessoa humana é um valor que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício de poder.

No caso do Brasil, o ápice da teoria dos direitos fundamentais se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou um novo ciclo no cenário jurídico nacional, além do que, pretendeu-se sepultar o autoritarismo advindo de anos de ditadura militar, onde não havia respeito às garantias individuais, não existia liberdade de expressão e muito menos liberdade política. As práticas de tortura, perseguições ideológicas e a repressão eram praticamente institucionalizadas. Marmelstein (2013) define muito bem o momento em que se deu a construção de nossa Constituição descrevendo-a como a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada.

Notadamente a Constituição Federal de 1988, é de um simbolismo singular, uma vez que, mesmo correndo o risco de não ser efetivada por ausência de vontade política, assumiu uma postura vanguardista em favor da redução das desigualdades sociais, dos direitos fundamentais, da democracia e de todos os valores ligados à dignidade da pessoa humana. Piovesan (2014) assim define:

[...] O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na constituição de 88 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. (Piovesan, 2014, p.498-499).

Com a referida Constituição houve uma considerável ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais todos explicitados no artigo 5º. Outro aspecto que merece ser abordado é o de que a declaração dos direitos fundamentais foi destacada no início do texto constitucional, Título II, rompendo assim com a técnica das Constituições anteriores que situavam os direitos fundamentais na parte final do texto, após a organização do Estado. Isso torna clarividente que todas as instituições estatais estão condicionadas aos direitos fundamentais e que os mesmos deverão ser observados, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário e todas as questões pertinentes as estes órgãos como orçamento e ordem econômica, por exemplo, são orientados e delimitados por tais direitos.

Sobre a classificação dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o texto constitucional classificou-os basicamente em cinco grupos, a saber: os direitos

individuais; direitos coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade, e direitos políticos. Os direitos individuais estão intimamente relacionados com o conceito de pessoa humana e de personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade e à liberdade. Nos direitos coletivos tem-se a ideia exata de direitos pertencentes a uma coletividade, ou seja, pertinentes a um grupo de pessoas.

Os direitos sociais relacionam-se com as liberdades e prestações positivas do Estado, e visam à melhoria das condições de vida dos hipossuficientes econômicos e dos setores mais vulneráveis da sociedade, estando disciplinados, não só no artigo 6º da Magna Carta, mas também no artigo 201 do mesmo diploma legal. São os direitos de conteúdo econômico e social que almejam a melhoria significativa das condições de vida e de trabalho dos cidadãos.

Os direitos à nacionalidade tratam dos vínculos jurídicos e políticos que se estabelecem entre o indivíduo e o Estado, capacitando o primeiro a exigir proteção do segundo e sujeitando-o, outrossim, a deveres, cuja disciplina se encontra na norma do artigo 12 da Lei Maior. Já os direitos políticos, que se encontram enumerados no artigo 14 da Constituição da República, versam sobre regras organizadoras das formas de atuação da soberania popular, franqueando ao indivíduo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado. São, na verdade, os direitos de participação da vida política nacional, o que inclui o direito de votar e de ser votado. A nacionalidade é um vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado. A cidadania é um vínculo político que confere ao nacional o direito de participar da formação da vontade política do Estado, enquanto a naturalidade é um mero vínculo territorial, que indica tão somente o local de nascimento de alguém.

Há de se considerar que, embora ainda exista descompasso entre o texto constitucional e a realidade socioeconômica brasileira, observa-se uma nitidez em matéria de direitos fundamentais desde que a Constituição passou a vigorar, demonstrando que, a Constituição de 1988 é um marco, um divisor de águas.

#### **4 Hermenêutica dos Direitos Fundamentais**

Com o advento do que se convencionou denominar pós-positivismo e da teoria dos direitos fundamentais, as premissas básicas da hermenêutica tradicional sofreu profundo abalo, uma vez que, a partir do momento em que se admite a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, o aplicador-interprete se vê obrigado a sempre buscar argumentos na própria Constituição, o que torna a norma constitucional o principal parâmetro da argumentação jurídica.

Tendo como pressuposto de análise nossa Constituição Federal de 1998,

há que se ponderar que não se trata de uma tarefa fácil, bastando observar a forma como foram eleitos nossos parlamentares constituintes. Em profícua observação, Marmelstein (2013) exemplifica:

[...] Observa-se grupos com ideologias e interesses diferentes e que para, por conseguinte terem normas de seus respectivos interesses aprovadas, optaram por utilizar termos vagos e imprecisos, deixando para o Judiciário e para o legislador ordinário a tarefa de solucionar os conflitos resultantes das ambiguidades constitucionais. Perceba que não é tão simples definir o que é, por exemplo, igualdade, dignidade da pessoa humana, devido processo, função social da propriedade, etc (Marmelstein, 2013, p.351).

Pode-se denominar que a interpretação da Constituição é um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas ou epistemológicas mesmo que diferentes, mas em geral, reciprocamente complementares. Cabe ressaltar alguns desses métodos que segundo Carvalho (2009) **são assim denominados:**

1. Método jurídico: parte da consideração de ser a Constituição uma lei, que pode e deve ser interpretada utilizando-se os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica, destaca-se elemento filológico, elemento lógico, elemento histórico, elemento teleológico e elemento genético;
2. Método tópico-problemático: parte das premissas, caráter prático da interpretação constitucional, caráter aberto, fragmentário ou indeterminado, preferencia pela discussão do problema em virtude da abertura daquela norma;
3. Método hermenêutico concretizador: teorizado por Konrad Hesse, pelo qual a leitura de um texto constitucional inicia-se pela pré-compreensão do seu sentido através do interprete, a quem cabe concretizar a norma para e a partir de uma situação histórica concreta;
4. Método científico-espiritual: pelo qual a interpretação da Constituição deve levar em conta a ordem ou o sistema de valores subjacentes ao texto constitucional, bem como o sentido da realidade que ela possui, como elemento do processo de integração;
5. Método normativo-estruturante: através do qual o interprete-aplicador deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização, um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma e outro resultante da investigação do referente normativo.

Para conseguir extrair todo o significado das normas constitucionais, o interprete muitas das vezes precisa buscar elementos fora do texto constitucional, ou

seja, para uma maior clareza na compreensão dos princípios fundamentais, Piovesan (2014) preceitua que é imprescindível o estudo das concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, pioneiros na tratativa dos princípios.

Segundo Dworkin *apud* Piovesan (2014) em sua publicação *Taking Rights Seriously* de 1977, numa crítica ao que o autor nomeou de “modelo de regras”, pontificou que:

[...] A norma (*norm*) em sentido lato, alberga como espécies tanto as regras (*rules*) quanto os princípios (*principles*). Isso porque, em sua concepção, com a qual se concorda, dentro do esquema das normas, a regra segue o sistema do “tudo ou nada” (*all or nothing fashion*), sendo que sua incidência ou não a cada caso concreto liga-se puramente a uma questão de vigência. Com isso, a incidência de uma dada regra ao caso concreto, por si, exclui a de outras, que não se amoldam perfeitamente àquela situação. Com os princípios por outro lado, normas que também eles são, a dimensão é já de valor, de peso, donde a incidência de um deles não necessariamente afasta a incidência de outro (Piovesan, 2014, p. 531).

Com fulcro nesta diversidade, pode-se extrair que enquanto a convivência entre normas é antinômica, a de princípios é necessariamente conflituosa e, uma vez coexistindo, há uma configuração de balanceamento, uma harmonização entre ambos, um juízo de ponderação.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa, no entendimento de Alexy (2008). O referido autor traz a baila a seguinte definição numa colisão entre princípios:

[...] Se dois princípios se colidem, o que ocorre por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro é permitido, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (Alexy, 2008, p.93).

Pode-se aferir que a solução dos conflitos entre direitos fundamentais é complexa, carecendo muitas das vezes de um balizamento das normas constitucionais a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como regra geral

que valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (Carvalho, 2009). Vale ressaltar que o que se deve buscar é a máxima efetividade, o agente concretizador deve atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.

## 5 Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que os direitos fundamentais, que são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, são mais do que necessários para assegurar a todos uma existência livre, igualitária, justa e digna e, por isso, o Estado não deve apenas reconhecê-los formalmente, pois é imperiosa a busca incessante e rotineira de sua plena concretização, incorporando-se à vida dos cidadãos. Somente assim se aperfeiçoará e se efetivará, definitivamente, o Estado Democrático de Direito, atendendo-se as justas e legítimas expectativas do povo brasileiro.

O exame sobre a evolução dos direitos fundamentais, bem como toda exposição da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, onde o referido autor disciplina o conceito de norma, assim como a estrutura das normas de direitos fundamentais em todas as suas dimensões, demonstrou a necessidade da construção de uma democracia material onde as normas constitucionais que outorgam no mundo dos fatos.

A concretização dos direitos fundamentais só é obtida quando o cidadão concretamente alcança o gozo daquilo que a Constituição prescreve. A mera sentença judicial, (muita das vezes sem a devida fundamentação) ou decreto executivo, apenas indiretamente contribuem para o gozo do direito; daí falarmos que tais atos correspondem à “concretização” dos direitos fundamentais. A concretização da Constituição representa o estreitamento entre o ser e o dever ser, a obediência leal do preceito normativo.

Em outras palavras, o direito concreto é a eficácia social da norma. O problema é que no Brasil, ainda hoje, a Constituição (ou grande parte dela) permanece ineficaz jurídica e socialmente. A inércia dos órgãos responsáveis pela implementação da Constituição é aflitiva à dignidade da pessoa humana. Por fim, cabe que o ponto de equilíbrio entre os direitos fundamentais e as restrições fáticas e jurídicas é o desafio necessário dos juristas preocupados com a força normativa da Constituição.

## Referências

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed São Paulo. Malheiros: 2013.

BRASIL, **Constituição Federal Da República Federativa Do Brasil**. Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 12.11.2015.

CANOTILHO, J. J.G.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional**. 15ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte. Del Rey. 2009.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed São Paulo. Atlas. 2013

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2002.