



A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PODERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Renan Ribeiro Vieira

Doutorando em direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina
Mestre em direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó

RESUMO

O objetivo deste artigo foi discorrer sobre a doutrina dos direitos fundamentais, focada na teoria de Robert Alexy no direito privado. Desta forma, procurou ratificar ênfase ao constitucionalismo atual, que faz da Constituição uma norma de organização e uma carta de axiomas aos quais os poderes constituídos devem obediência; destacar o modo pelo qual são positivados os direitos fundamentais, atentando para o fato de essas posições jurídicas merecerem um método próprio para a resolução de suas colisões e para a sua interpretação. No trabalho faz-se uso da metodologia bibliográfica, onde a coleta de dados se deu em: periódicos; livros jurídicos de autores renomados; artigos eletrônicos; revistas jurídicas, jurisprudência, etc. com base no uso do método exploratório, trazendo mister contribuição para o desenvolvimento do assunto aqui em estudo. Com o resultado do estudo foi possível concluir que a teoria dos princípios busca solucionar um dos problemas centrais do modelo de sistema jurídico fundamentado em regras, ou seja, a questão das lacunas de abertura e incompletude sistemática. De outro ponto de vista, não se pode negar que mesmo solucionando os problemas centrais do positivismo jurídico, seu uso acaba por ensejar num inegável déficit de indeterminação. Por fim, isso requer a aplicação de uma teoria apta para indicar qual dos princípios reconhecidos, seja de modo explícito ou implícito, por meio do ordenamento jurídico deve ser empregado na solução de determinado caso prático, sob pena de uma considerável dose de insegurança jurídico-política e social, e indubitável crise de legitimidade, que é exatamente a herança positivista que se busca solucionar.

Palavras-chave: Teoria. Princípios. Robert Alexy.



1 INTRODUÇÃO

A princípio, Robert Alexy entende que a conceituação correta ou adequada de direito deriva da relação de três elementos: legalidade segundo o ordenamento, eficácia social e correção material, assim, sem que haja esses três elementos, obter-se-á uma conceituação de direito positivista ou jusnaturalista.

Alexy elaborou sua teoria dos direitos fundamentais embasado na tipologia das “normas jurídicas”, no qual as espécies são: regras e princípios, também estabeleceu a sua conceituação de norma, chamada de “conceito semântico” tendo em vista a relevância para o entendimento dos direitos fundamentais e se suplantam as dúvidas que há sobre a diferenciação entre princípios e regras.

Os princípios embasam decisões políticas fundamentais, conferem unidade ao sistema normativo e condicionam a atuação dos poderes públicos, sendo predominantemente finalísticos. As normas de direito fundamental podem ser divididas em dois grupos: as normas que são de modo direto estatuídas por meio da constituição e as normas a ela adsritas. O primeiro grupo é correspondente às normas textualmente inseridas na constituição, já o segundo é derivado de uma interpretação que torna mais nítido o dispositivo constitucional.

O **objetivo geral** é discorrer sobre a doutrina dos direitos fundamentais, focada na teoria de Robert Alexy no direito privado.

Com relação aos **objetivos específicos**, busca-se ratificar ênfase ao constitucionalismo atual, que faz da Constituição uma norma de organização e uma carta de axiomas aos quais os poderes constituídos devem obediência; destacar o modo pelo qual são positivados os direitos fundamentais, atentando para o fato de essas posições jurídicas merecerem um método próprio para a resolução de suas colisões e para a sua interpretação.

No trabalho faz-se uso da **metodologia** bibliográfica, pois a coleta de dados se deu em: periódicos; livros jurídicos de autores renomados; artigos eletrônicos; revistas jurídicas, jurisprudência, etc. com base no uso do método exploratório, trazendo mister contribuição para o desenvolvimento do assunto aqui em estudo.

2 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY NO DIREITO PRIVADO

O que se almeja da criação de um meio social justo e seguro, apto para abrigar uma vida digna sempre se fez presente no horizonte humano, isto é, a segurança jurídica é base para a dignidade, integra o núcleo intangível dos direitos que fazem parte do mínimo existencial de respeitabilidade.



Com relação aos princípios, entende-se que a adaptabilidade é um instituto ainda pouco utilizado em discussões do ambiente jurídico. É um preceito que em muito pode ajudar de modo relevante na organização da norma processual frente às particularidades do caso concreto. Indaga-se se se trata de um princípio ou de uma regra, já que consoante a definição, o uso na prática do instituto será plenamente díspar, já que, por vezes, confundem-se os conceitos de princípios e regras (THEODORO, 2002).

Importante ressaltar que o conceito “direitos humanos” tem na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, sua fonte remota mais relevante, sendo a conceituação preferida para se revelar direitos protegidos na esfera do direito internacional, sendo que os ‘direitos fundamentais’ seriam os direitos humanos que foram reconhecidos, positivados e protegidos por um determinado Estado, no seu âmbito interno (CRUZ; GOMES, 2006).

Os direitos fundamentais são uma conquista histórica do homem que busca impedir qualquer espécie de abuso pelo próprio homem. Do homem explorado e oprimido pelo poder político arbitrário e do homem excluído e espoliado pelo abuso do poder econômico. De toda e qualquer pessoa que se encontre ou que se apresente diante de situações de risco à manifestação plena de sua condição humana, deste modo, Carvalho (2017, p. 17) diz que:

A evolução histórica do constitucionalismo, berço dos direitos fundamentais, ensejou a percepção da necessidade de os direitos fundamentais serem promovidos pelo Estado contra o mercado e o poder econômico. Incorporaram-se como patrimônio histórico e cultural construído arduamente no decorrer de revoluções e insurreições, trazendo-se consigo uma história de tragédias, dramas e ilusões, mas de liberdade, igualdade, solidariedade e utopias.

Os direitos fundamentais são direitos básicos, essenciais, indispensáveis à proteção dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, e que, por isso, se caracterizam por um status jurídico diferenciado, assim, como bem enfatiza Martins Neto (2003, p. 79), “trata-se de direitos privilegiados, inseridos no ordenamento jurídico com um *status* especial que os faz distintos porque mais importantes que os demais direitos (não fundamentais)”.

Serrano Júnior (2010, p. 11-12) ressalta que:

O regime jurídico a que estão sujeitos busca conferir, na prática, um maior grau de proteção e efetivação. São “fundamentais” e, justamente, por isso, merecedores de prioritário respeito pelos indivíduos, entidades da sociedade civil e instâncias oficiais de poder. Daí serem previstos em normas constitucionais dentro do sistema de direito positivo. Tal previsão em normas constitucionais pode ser textual ou implícita.



Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência, com lastro no disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, reconhecem a existência de direitos fundamentais não expressamente previstos no texto da Constituição. Estes direitos, ainda que não catalogados, são fundamentais, tendo o status de direitos constitucionais, porque decorrem do regime principiológico adotado pelo texto constitucional ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, mostrando-se de destacada importância à proteção da dignidade dos homens e fala-se, assim, em direitos materiais e formalmente fundamentais (SERRANO JÚNIOR, 2010).

Nos dizeres de Carvalho (2017, p. 21):

A Constituição Federal de 1988 silenciou quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Diversamente, a Constituição portuguesa de 1976, musa inspiradora de nosso Constituinte, no seu art. 18, n. 1 expressamente previu a incidência dos direitos fundamentais nos seguintes termos: ‘Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas’.

A despeito da omissão do texto constitucional brasileiro, indaga-se se haveria a incidência dos direitos fundamentais no contexto das relações travadas entre atores privados (CARVALHO, 2017).

Após fixar no art. 1º que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, a Constituição arrola quais são os fundamentos deste Estado e ali estão estabelecidos os verdadeiros alicerces de nossa Constituição sobre os quais será construído o edifício do ordenamento constitucional. Dentre tais fundamentos, no inciso III do referido artigo, estabeleceu-se a dignidade da pessoa humana ao constituir, Silva (2014, p. 40) diz que:

Num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da Democracia e do Direito, deste modo, não deve ser vista somente um princípio da ordem jurídica, mas, o é também da ordem política, social, econômica e cultural.

A dignidade da pessoa humana acaba por indicar um valor supremo que aproxima o conteúdo dos direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (SILVA, 2014).

De acordo com Carvalho (2017, p. 21):

A eficiência dos direitos fundamentais na esfera privada configura-se, em primeiro plano, num fenômeno jurídico-constitucional de competência da dogmática geral dos direitos fundamentais. No campo de vigência de uma determinada Constituição ou de um determinado sistema constitucional é um problema que requer, em termos teóricos e metódicos, uma resposta global, o que não quer dizer ser uma solução formal, de emprego automático, linear e universal aos direitos fundamentais.



Não poderia uma norma de direito fundamental possuir eficácia plena quando estivéssemos diante de relação do particular com o poder público e não possuir, a mesma norma, eficácia plena em uma relação entabulada entre particulares e caso isso acontecesse, estar-se-ia violando o disposto na norma constitucional em exame (CARVALHO, 2017).

Nos dizeres de Sarlet (2015, p. 85-86):

Os direitos fundamentais constituem as posições jurídicas da pessoa, na sua dimensão individual, coletiva ou social, que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais, ao passo que os direitos fundamentais, em sentido material, são os que, apesar de encontrarem-se fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos fundamentais.

Há um elo entre a fundamentalidade (causa) e a intangibilidade (efeito), assim, o adjetivo ‘fundamental’ que se incorpora ao substantivo ‘direito’, indica que estamos diante de direitos subjetivos privilegiados, o que importará em vedação de sua abolição pelo legislador em virtude da: imunidade em face do legislador ordinário, funcionando como limites materiais à competência do legislador e ao modo de legislar e; da imunidade em face do constituinte reformador, resguardada sob o estatuto das cláusulas pétreas (CRFB/88, art. 60, §4º), por procedimento legislativo agravado (CRFB/88, art. 60, § 2º) em relação àquele, mais simples, previsto para a elaboração das leis em geral (CRFB/88, arts. 47, 65 e 69), também por um limite circunstancial ao poder reformador, impedindo que a Constituição seja emendada na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (CRFB/88, art. 60, § 1º) (SERRANO JÚNIOR, 2010).

Segundo Martins Neto (2003, p. 94):

Os direitos fundamentais podem ser identificados como ‘direitos pétreos’, tendo essa proteção na medida em que são preordenados à realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana, exprimindo o juízo alimentado pelo constituinte originário quanto aos bens jurídicos sem os quais não se pode passar sob pena de comprometimento do valor supremo.

Os direitos humanos são direitos históricos que surgem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições sociais e de vida que essas lutas produzem (LOPES, 2001).

No entender de Dantas (2011, p. 16):

Há o advento de questão essencial para o constitucionalismo, consistente na sustentação de matriz teórica e fundamentação axiológica que respaldem o desenvolvimento de medidas e de garantias destinadas a promover a eficácia, e ao máximo possível a dignidade, liberdade e igualdade, assegurando-se à pessoa humana o pleno desenvolvimento da sua personalidade.



Aos direitos fundamentais não basta a mera previsão nos textos constitucionais. Isso não é suficiente, pois a comunidade política precisa da transição do texto para o contexto; em outros termos, necessita que o discurso dos direitos fundamentais venha traduzir-se numa prática de direitos fundamentais (CARVALHO, 2017).

Segundo Dantas (2011, p. 17):

A eficácia é uma questão substantiva quanto aos direitos fundamentais. Só que o problema do distanciamento entre o texto abstrato e a realidade concreta deve ser enfrentado com o desenvolvimento da reflexão e posterior superação dos gargalos existentes. O problema da eficácia não é apenas concernente aos meios e instrumentos de garantia, mas, também de intensidade, do grau de implementação e dos objetivos.

O reconhecimento da eficácia normativa potencializada dos direitos fundamentais propicia algumas mudanças de paradigma na aplicação do Direito como, por exemplo: redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais, já que o conteúdo das normas constitucionais não pode ficar dependente da vontade parlamentar (poder constituído), e toda a interpretação das leis dever-se-á guiar pelos mandamentos traçados na Constituição; reconhecimento de um papel mais atuante do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais por meio da jurisdição constitucional; e aceitação da possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal pelo Poder Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais e do reconhecimento da importância do Poder Judiciário na função de guardião dos valores constitucionais (MIRANDA, 2012).

Lopes (2001, p. 61) ressalta que:

A positivação dos direitos fundamentais é produto de diversas lutas e conquistas pelo reconhecimento da sua capacidade para assegurar as diversas exigências da sociedade. A positivação é, pois, um longo processo, que começou há mais de um século e que ainda continua porque, enquanto existir sociedade, novas reivindicações surgirão, exigindo sua regulamentação jurídica, não apenas como forma de garantia, mas como forma de organização social. É, portanto, indiscutível a relação entre Direito e sociedade, assim como a relação entre o surgimento dos direitos fundamentais e a concepção que se tem do Estado.

Os direitos fundamentais não são produtos da natureza, mas, da cultura, eles são direitos históricos, assim, tem-se que as mudanças nas condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e intensificação dos meios de comunicação produzirão mudanças na organização da vida humana e relações sociais e criarão condições favoráveis para o nascimento de novas carências e para o surgimento de novas demandas de liberdades e garantias (SERRANO JÚNIOR, 2010).



De acordo com Ferreira Filho (2016, p. 42):

Uma importante vantagem é que ‘direitos humanos fundamentais’ acaba por indicar nitidamente que se trata de direitos relativos ao ser humano e não a organizações, pessoas jurídicas, onde a fundamentalidade revela-se em dois sentidos: inicialmente, por ser objeto de proteção jurídica em nível constitucional, estando no topo da hierarquia normativa de um Estado; posteriormente, pois, conceber a moradia como um ‘direito humano fundamental’ deixa nítido que se trata de um direito no qual o objeto de tutela é um anseio muito importante para a dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que, no país, como a ideia de ‘direitos fundamentais’ pode ser tida como sendo direitos previstos e protegidos na Constituição Federal, e nem todos esses têm relação com a tutela da pessoa, na qualidade de ser humano, deste modo, opta-se pelo conceito de ‘direitos humanos fundamentais’ como sendo o mais correto (OLIVEIRA, 2011).

Oliveira (2011, p. 27):

O conceito de legalidade e o direito à participação no exercício do poder era o principal trunfo para o exercício da soberania pelo povo. Entendeu-se que os direitos básicos seriam respeitados com a atribuição de seu resguardo ao parlamento, assim, enxerga-se que a concepção francesa acaba gerando uma garantia de direito formal e que não se distancia muito da concepção de Constituição organizacional.

A atribuição de poder ao parlamento sem a possibilidade da revisão judicial, calcada em valores materiais, ocasiona uma liberdade legislativa sem a limitação de valores constitucionalmente resguardados (SARLET, 2015).

Sarlet (2015, p. 81) entende que:

Obviamente, um direito fundamental precisa ser mesmo fundamental, o que requer que seu conteúdo corresponda efetivamente a uma questão essencial inerente à estrutura do Estado ou da sociedade, ou que envolva a posição da pessoa humana nessas estruturas.

Quando o constituinte erigiu determinados direitos à categoria de direito fundamental, o mesmo se baseou na efetiva importância que aquele direito possui para a comunidade em determinado momento histórico, assim, frente a esse ponto de vista, torna-se indispensável uma análise histórico-social do direito alçado à fundamentalidade jurídico-constitucional (SARLET, 2015).

Segundo Cruz e Gomes (2006, p. 9):

Os ordenamentos jurídicos atuais frente a velocidade em que se operam as evoluções tecnológicas e de mudanças nos conceitos de categorias clássicas, como, por exemplo, Soberania, Democracia e Estado Democrático de Direito, apoiam-se mais nos Princípios Constitucionais do que em outro tipo de norma jurídica, assim, o Direito, fruto muito mais da razão humana e da sistematização de suas experiências, não pode pretender esgotar-se em textos mutáveis, sempre sujeitos a revogações pelos órgãos normativos do Estado e, sobretudo,



pela força cada vez maior da Sociedade Civil, usando-se o seu conceito contemporâneo.

A Constituição Federal de 1988 elenca inúmeros artigos que englobam o princípio da dignidade da pessoa humana: após o art. 1º parte-se para o catálogo dos direitos fundamentais; o art. 5º para o direito à vida, o art. 170 a existência digna, a qual envolve a ordem econômica, o art. 226, § 7º o princípio da dignidade humana, na proteção à entidade familiar, e art. 227 o direito à vida e à dignidade por meio da proteção à criança e ao adolescente (CRUZ; GOMES, 2006).

Coura (2013, p. 19) diz que:

Os princípios são garantias de ordem de uma sociedade, sendo eles positivados (expressamente) ou não, eles são constituintes das normas que garantem a efetivação de direitos fundamentais dos sujeitos, mas, nem sempre foi assim, haja vista que os princípios antes de serem positivados eram tidos como princípios gerais do direito e que, posteriormente, a partir do constitucionalismo, foram positivados, de forma expressa, alguns princípios na Constituição dos Estados.

A norma, assim, deve ser entendida no seu âmbito geral, a qual engloba não só as regras, mas também os princípios, que também estão inseridos e positivados no conjunto normativo superior que é Constituição do Estado. Estes princípios surgiram no ordenamento jurídico como princípios gerais do Direito, não tendo nenhuma referência expressa no corpo textual legal (COURA, 2013).

Ainda de acordo com Coura (2013, p. 20):

Eram princípios que não possuíam conceitos definidos, de ordem de direito natural ou, por vezes, tidos como sendo regulamentações que decorriam dos subsistemas normativos que derivavam de ideias políticas, sociais e jurídicas, ou ainda, como sendo máximas reconhecidas no campo do ordenamento jurídico.

O intuito da incidência dos direitos fundamentais na esfera privada é, antes de tudo, atribuir um tratamento mais humano às relações entre particulares, deste modo, nada mais correto que o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este a base máxima para que se possa compor a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado (CARVALHO, 2017).

Segundo Delgado e Delgado (2013, p. 43):

A pessoa humana, com sua dignidade, constitui o ponto mister do Estado Democrático e Social de Direito, no qual as Constituições estabelecem o princípio da dignidade da pessoa humana como a diretriz cardeal de toda a ordem jurídica, com robusto assento constitucional, jamais devendo tal princípio representar uma simples declamação ou, ainda, ser despojado de qualquer significado jurídico.

Com a positivação dos princípios no texto normativo, ou pela constitucionalização dos



mesmos, àqueles princípios gerais do direito passaram a constar expressamente na Constituição e surge, doutrinariamente, a denominação de princípios constitucionais. Se verifica que no decorrer do positivismo lógico jurídico, os princípios eram tidos como critérios para suprir as supostas aberturas ou falhas das regras jurídicas sob o pretexto de um fechamento do sistema jurídico (COURA, 2013).

Nos dizeres de Coura (2013, p. 20):

Na ausência de regras regulamentadoras sobre o caso concreto, o intérprete se valia dos princípios para sanar tais lacunas. Os princípios, portanto, eram tidos como um elemento metódico para a concretização do fato à norma, com isso, as interpretações passaram a ter cunho subjetivo dos intérpretes, pois a estes foram delegados poderes para escolherem qual princípio era mais adequado para suprir as lacunas e se amoldar ao caso concreto.

Alexy (2016, p. 173) ressalta que “o ponto central do modelo de direitos fundamentais é a discussão sobre quais direitos fundamentais sociais que o indivíduo faz jus definitivamente; é uma questão de ponderação de princípios”.

Em Teoria dos Direitos Fundamentais, descreve-se o balanceamento do seguinte modo: de um lado, fica, sobretudo, o princípio da liberdade de fato; do outro lado, ficam o princípio da competência para a tomada de decisão pelo legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, assim como princípios substantivos relativos, sobretudo, à liberdade jurídica das pessoas, mas, também a outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos (ALEXY, 2016).

Segundo Alexy (2008, p. 52):

Os direitos fundamentais têm o papel de normas que, por fazerem parte de certos valores e decisões vitais que acabam por caracterizar sua fundamentalidade, servindo na sua qualidade de normas de direito objetivo e sendo independente do ponto de vista subjetiva, como base para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais.

O histórico dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras, mesmo que de maneira concisa, é considerado essencial devido às crises das instituições políticas pelas quais passou o país (ALEXY, 2008).

Carvalho (2017, p. 18) diz que:

Os direitos fundamentais exigem compreensão e reflexão que venham reconhecer a sua condição não apenas de centralidade jurídica, mas de componente fundamental na convivência comunitária. Daí serem fundamentos de ordem axiológica, político-institucional e humanística, caracterizados tanto pelo seu progressivo desenvolvimento, como pela efetiva realização de seus encargos a que se destinam e aos quais deve se sujeitar a instância política.

Em tal caso, pretende-se acentuar o indispensável desenvolvimento de uma teoria dos direitos



fundamentais que seja adequada aos problemas e desafios, os quais colocam em estado de pressão a dimensão protetiva, libertária, emancipatória, de resistência e projeção dos direitos fundamentais e sujeitam-se ao risco de ser fonte de erosão da consciência constitucional e da força normativa das constituições (CARVALHO, 2017).

Nos dizeres de Cruz e Gomes (2006, p. 10):

Mesmo para o positivista mais arraigado aos dogmas do Estado de Direito, é impossível não concordar com a existência de um núcleo essencial permanente no ordenamento jurídico, que possibilita a fundamentação da validade e da efetividade do conjunto de normas que o compõem, mesmo diante do aumento de complexidade da Sociedade.

O Direito, para ter reconhecido seu significado como ordenamento baseado em garantias e previsibilidade, no atual ambiente globalizado, necessita de elementos de coerência e consistência, sendo que ele deve ser sistêmico, possibilitando a incorporação do valor à regra (CRUZ; GOMES, 2006).

Marin (2015, p. 19) ressalta que:

A pós-modernidade traduz o tempo do estreitamento de fronteiras, da vulnerabilidade dos mercados e o efeito agregado das vicissitudes financeiras dos principais países do globo. Embora a distinção entre o fato e o factóide seja imperiosa, o certo é que, real ou não, sólido ou fluído, o humor do mercado interfere diariamente na vida dos cidadãos.

Há o *status negativus*, *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*, assim descrito por Torres (2009, p. 153-154), *in verbis*:

Status negativus, que impede a constrição do Estado, máxime na via dos impostos sobre os direitos fundamentais sociais *stricto sensu*; o *status positivus libertatis*, que postula a entrega de prestações de assistência social aos pobres, de ajudas financeiras a entidades filantrópicas e de bens públicos à população carente. Englobam também a cidadania os direitos sociais singelos, que postulam ‘sob a reserva do possível’ a entrega de prestações positivas; erigem o *status positivus socialis*, carente de otimização pelas políticas públicas que deve ser maximizado inclusive pela dimensão reivindicatória e política da cidadania. A distinção entre mínimo existencial, e direitos sociais torna-se um dos problemas mais difíceis dos dias atuais por depender da noção de cidadania, que se ratifica em momentos históricos e sucessivos.

Passa-se a afirmar, então, que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações jurídicas privadas ao permitir que eles transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam permeadas pela clássica teoria liberal. Reconhece-se, pois, que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais e econômicos não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea (CARVALHO, 2017).



De acordo com Carvalho (2017, p. 20):

A investigação sobre a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada cingir-se-á tão somente à análise de seu impacto ou não no âmbito das relações interprivadas, ou seja, aquelas relações entabuladas entre particulares (pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito privado).

A ponderação a ser feita é que a dimensão de cidadania perante os direitos sociais é na linha assistencialista direta, objetivando tão apenas os pobres excluídos de determinados direitos econômicos. O *status* de cidadania deve abranger a sociedade como um todo, sem deixar de atender aos pobres economicamente (TORRES, 2009).

Com relação aos princípios jurídicos, no entendimento de Alexy (2008, p. 90):

São normas que ordenam que algo seja concretizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas que há, agindo como mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em níveis variados e o fato de que a medida devida de sua satisfação não depende de possibilidades fáticas e de possibilidades jurídicas.

Os princípios jurídicos que se encontram dispostos na Constituição Federal têm tomado grande importância, maior que a de uma mera fonte normativa subsidiária, já que aproximam o Direito e assuntos práticos, tanto por meio de nutrir o sistema com os elementos práticos da realidade social, ou por meio de informar sociedade por meio de diretrizes normativas que sustentam todo o ordenamento jurídico, deste modo, Theodoro (2002, p. 17) ressalta que:

A angústia se referia à concretização de uma Constituição que se mostrava portadora de boas novas, mas que ainda não encontrara no campo da eficácia jurídica e social no país, o terreno fértil para atingir os seus objetivos, assim, uma Constituição que avançava em muitos casos além da própria realidade nacional, com visão para o futuro, mas que, ao ser interpretada, carecia da vontade dos operadores.

Importante ressaltar que não longe da existência de inúmeras divergências relativas à ocorrência ou de inoccorrência de hierarquia dentre princípios constitucionais, ressalta-se é que eles, por ventura, vão acabar se chocando, e, deste modo, ficar a cargo do intérprete do direito, a atribuição de solucionar as consequentes antinomias, isto é, a colisão entre direitos fundamentais expressos no modo de princípios (THEODORO, 2002).

Segundo Coura (2013, p. 22):

A partir desta conceituação hermenêutica jurídico-filosófica de princípios, será possível que o intérprete da norma legal se desvincule da metafísica tradicional da relação sujeito-objeto e do consequente discricionarismo decisório, haja vista a ontologização do sentido do ser e a inserção da linguagem como fio condutor para uma compreensão/interpretação adequada dos



princípios como co-originários e constitutivos das regras.

Se verifica que, em tempos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, a legitimidade dos direitos fundamentais (princípios) pressuporá um equilíbrio entre a segurança do constitucionalismo e a dinâmica da democracia (COURA, 2013).

Alexy (2008, p. 93) diz que:

Comumente, nenhum deles pode ser considerado como sendo inválido, bem como também não pode-se inserir, em um deles, uma cláusula de exceção e, desta maneira, que não existe um elo de precedência absoluta ou abstrata dentre quaisquer princípios.

A teoria dos princípios de Alexy, sobretudo, no que diz respeito a utilização da ponderação para se solucionar a colisão que existe de direitos fundamentais, tem um lugar muito importante na praxe judiciária em vigor, devendo, cada vez mais, ser fomentada e racionalmente aplicada, para que possa frutificar, aprofundando-se o máximo de eficiência para o ordenamento jurídico (THEODORO, 2002).

3 CONCLUSÃO

Os princípios jurídicos já não mais acatam a aplicação como sendo simples fontes normativas subsidiárias, dotados meramente de funções marginais de completar os espaços deixados pelas regras ou de se auxiliar na interpretação do significado e alcance das disposições normativas, assim, a sua posição passa a ser mister ao próprio conceito de sistema jurídico.

Os direitos fundamentais têm a natureza jurídica e força normativa de princípios, são normas de otimização que permitem a solução no caso de eventual colisão com outros direitos e valores constitucionais. Ressalta-se que outra característica dos direitos fundamentais é a sua historicidade, já que as normas que os consagram são produtos culturais decorrentes do enfrentamento das necessidades e carências que surgiram no decorrer da história para a proteção da dignidade humana.

A normatividade dos princípios deve ser discutida sob uma perspectiva mais ampla, à luz da força normativa da Constituição Federal. No seio do neoconstitucionalismo, a Constituição não pode continuar sendo considerada mera expressão das aspirações sociais, marcada por uma reduzida eficácia normativa e há que se considerá-la sim e isso parece essencial, o verdadeiro espaço último de legitimidade da manifestação formal e material da ordem jurídica.

A supremacia da Constituição requer, até mesmo, uma rediscussão da própria conceituação de soberania, porquanto, num modelo jurídico-político garantista, soberana entende-se como a própria Constituição. O Estado apenas se legitima por meio do cumprimento das normas constitucionais,



principalmente, as garantidoras de direitos fundamentais. No constitucionalismo em vigor, os princípios jurídicos são alçados à condição de reais espécies normativas, deste modo, acabam servindo como base de sustentação lógica e axiológica a todo o ordenamento, na medida em que reforçam as ideias de ordem e unidade sistemática, atuando como sendo vias de inter-relação entre o Direito e a moral.

Parte da doutrina defende que os princípios devem ser entendidos como sendo as janelas por onde a moralidade se irradia para dentro do ordenamento jurídico, tornando um canal aberto ao diálogo contínuo entre os discursos prático e jurídico e esse é o papel mister dos princípios constitucionais: aproximar o Direito das questões práticas, tanto informando a sociedade por meio de diretrizes normativas que objetivam sustentar o ordenamento jurídico (função prescritiva), quanto no nutrir o sistema com os elementos práticos da realidade social (função descritiva). A ideia de uma dupla função dos princípios constitucionais afiança que o Direito não se afaste de modo demasiado da conexa e dinâmica realidade social, possibilitando, por outro lado, que não se acabe tornando refém de intempéries e sazonalidades axiológicas da sociedade e de modo indubitável, o Direito não pode prescindir de sua característica básica e fundamental, ou seja, a ideia de normatividade.

Ao se analisar a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy, pode-se concluir que a teoria dos princípios busca solucionar um dos problemas centrais do modelo de sistema jurídico fundamentado em regras, ou seja, a questão das lacunas de abertura e incompletude sistemática. De outro ponto de vista, não se pode negar que mesmo solucionando os problemas centrais do positivismo jurídico, seu uso acaba por ensejar um inegável déficit de indeterminação. Por fim, isso requer a aplicação de uma teoria apta para indicar qual dos princípios reconhecidos, seja de modo explícito ou implícito, por meio do ordenamento jurídico deve ser empregado na solução de determinado caso prático, sob pena de uma considerável dose de insegurança jurídico-política e social, e indubitável crise de legitimidade, que é exatamente a herança positivista que se busca solucionar.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert (Coord.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2016.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Eficácia dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada. Curitiba: Juruá, 2017.

COURA, Maria Rosilene dos Santos. A Concepção de Princípios Jurídicos na Hermenêutica Filosófica. Curitiba: Juruá Eindicadora, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2006.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito ao máximo existencial. 2011. 436f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARIN, Jeferson Dytz. Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy – Prisioneiros da Liberdade. Curitiba: Juruá, 2015.

MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Reexame Necessário à Luz da Duração Razoável do Processo - Uma Análise Baseada na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. Introdução Contemporânea à Teoria dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

THEODORO, Marcelo Antonio. Direitos Fundamentais e sua Concretização. Curitiba: Juruá, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.