

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO  
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Para a relação entre direitos do homem, direitos  
fundamentais, democracia e jurisdição constitucional

ROBERT ALEXY\*

Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck  
Prof. na UFRGS e ULBRA

*1. Os três problemas dos direitos do homem. 1. Os problemas epistemológicos. 2. Os problemas substanciais. 3. Os problemas institucionais. II. O conceito de direito do homem. 1. Direitos universais. 2. Direitos morais. 3. Direitos preferenciais. 4. Direitos fundamentais. 5. Direitos abstratos. III. Direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. 1. Quatro extremos. 2. Três modelos. 3. Representação política e argumentativa.*

Passaram-se, hoje quase no dia, exatamente 50 anos desde que a Assembléia Geral das Nações Unidas votou a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948. Nisto, não se tratou de alguma das numerosas resoluções das Nações Unidas. Norberto Bobbio qualificou acertadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem como a “até agora maior prova histórica para o ‘consensus omnium gentium’ com respeito a um sistema de valores determinado”.<sup>1</sup> Que se tratava de um consenso sobre valores fundamentais de significado eminente estava claro ao 48 Estados então representados na Assembléia Geral. O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de qualificar os direitos do homem “como o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações”. Com isso, estão claramente duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal.

<sup>1</sup> Norberto Bobbio, *Das Zeitalter der Menschenrechte*, Berlin 1998, S. 9.

\* Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 9 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS.

## I. Os três problemas dos direitos do homem

Uma apresentação tão pretenciosa como um ideal universal deve suscitar, forçosamente, de modo direto, numerosas questões e a literatura, desmesurada para os direitos do homem, mostra que isso de nenhuma maneira é somente uma suposição. Os problemas que estão unidos com os direitos do homem deixam-se dividir em três grupos.

### 1. Os problemas epistemológicos

Ao primeiro grupo pertencem os problemas *epistemológicos*. Neles, trata-se da questão se e como os direitos do homem podem ser conhecidos ou fundamentados. Podem os direitos do homem, em verdade, ser conhecidos objetivamente ou o consenso de 10 de dezembro de 1948 foi somente uma concordância contingente, condicionada pelos horrores de ambas as guerras, de opiniões subjetivas, o que iria significar que aquele consenso, com a mudança dessas opiniões, perderia todo significado? Este é o lugar da objeção de Alasdair MacIntyre citada com frequência: “There are no such rights, and belief in them is one with belief in witches and in unicorns:”<sup>2</sup> Com isto, o primeiro problema está diante dos olhos: podem, em verdade, qualquer direitos do homem ser justificados ou fundamentados racionalmente? Apesar de seu caráter filosófico esse problema tem, de todo, significado prático. Assim que o consenso em questões de direitos do homem vacila, a possibilidade de alegar fundamentos para elas ganha em significado. Enquanto todos acreditam firmemente nos direitos do homem a sua fundamentação é um problema meramente teórico; ele se torna tanto mais prático quanto mais forte cresce a dúvida fundamental.

### 2. Os problemas substanciais

Os problemas do segundo grupo nascem assim que se põe de acordo sobre isto, que direitos do homem devem ser reconhecidos. Surge então a questão, que direitos são direitos do homem. Este é o problema *substancial* dos direitos do homem. A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém nos artigos 1 até 20 os direitos de liberdade e igualdade clássicos como eles, no *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776, no primeiro catálogo de direitos fundamentais amplo, são indicados. O artigo 21 regula a participação na formação da vontade política. Também isso está na tradição liberal e democrática do *Virginia Bill of Rights*. Mas então começa um novo capítulo. O artigo 22 promete “segurança social” e “direitos econômicos, sociais e culturais”, o artigo 23 normaliza um direito ao trabalho, a “condições de trabalho apropriadas e satisfatórias assim como à proteção contra desemprego”, o

2 Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, 2. Aufl., London 1985, S. 69.

artigo 24 concede um direito ao “descanso e tempo livre”. o artigo 25 dá a cada homem um “direito a um nível de vida que garanta saúde e bem-estar seu e de sua família, inclusive a alimentação, vestuário, moradia, a assistência médica e as prestações necessárias da assistência social”, o artigo 26 estabelece o direito à educação e o artigo 27 coroa tudo isso com o direito “de participar livremente na vida cultural da comunidade, de alegrar-se com as artes e de ter parte no progresso científico e do seu benefício”. Com isso, os direitos do homem sociais — muitas vezes, também, chamados direitos do homem de segunda geração — encontraram aceitação plenamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Estão eles, todavia, também fundamentados em medida igual como os direitos liberais da primeira geração? Tem eles a mesma força? Sobre isso existe discussão. Muito mais discussão existe sobre a questão se aos direitos de primeira e segunda deve ser adicionada ainda uma família de direitos de terceira geração. São considerados como tais, sobretudo, direitos de Estados, povos ou grupos ao fomento do desenvolvimento.<sup>3</sup> Finalmente, existe a possibilidade de pôr em jogo aspectos ecológicos. Poder-se-ia assim, se não se quer embrulhar todo o novo sem classificar, chegar a uma quarta geração ou dimensão. A discussão, ademais, não só trata do que deve ser incluído na lista dos direitos do homem. Ela desencadeia-se, sobretudo, em volta da questão de como devem ser ponderados as diferentes gerações ou dimensões. Um exemplo para uma tal discussão é a polêmica durante toda a guerra fria entre o Oeste e o Leste sobre isto, se o primado corresponde aos direitos do homem liberais ou sociais. As linhas de frente removeram-se hoje mas a estrutura lógica da polêmica permaneceu igual.

### 3. *Os problemas institucionais*

O terceiro problema principal dos direitos do homem é o da sua *institucionalização*. Também aqui vale a pena a leitura da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O artigo 28 é, à primeira vista, uma prescrição peculiar. Ele diz que todo o homem tem um direito “a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades mencionados na presente declaração podem ser realizados”. Isso pode ser compreendido como direito à institucionalização. Como mera declaração, um catálogo de direitos do homem permanece sem efeito. Os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido. O preâmbulo manifesta isto claramente quando ele diz que “é essencial proteger os direitos do homem pelo domínio do direito”. Existem dois planos principais da institucionalização, o nacional e o internacional. Ambos podem, dentro de si, ser divididos, novamente, muitas vezes. Assim, existe em um sistema federal nacional dois planos. Ademais, o plano nacional e o internacional estão hoje estreitamente entrelaçados um com o outro, o que se mostra, por exemplo, no fato de que o Pacto

3 Comparar K. J. Partsch, Das Recht auf “internationale Solidarität” — ein neues “Menchenrecht der dritten Generation”?, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1980, S. 511 f.; E. Riedel, Menchenrechte der dritten Generation, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1989, S. 12 ff.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, foi transformado em direito intra-estatal por numerosos Estados.

É impossível atravessar todos os três círculos de problemas, aqui, também, somente uma parte vastamente. Eu irei concentrar-me, por conseguinte, no problema institucional e, com isso, limitar-me ao quadro nacional. O significado da proteção aos direitos do homem internacional não pode, sem dúvida, ser sobrestimado. Sem a concretização dos direitos do homem por meio dos Estados particulares, o ideal do qual fala o preâmbulo, todavia, jamais pode tornar-se realidade. Também nisso vale o princípio da subsidiariedade.

A concentração sobre a institucionalização em Estados particulares é, sem dúvida, não mais do que a possibilidade ou facilidade de um primeiro passo. É de todo indiferente onde se começa nos direitos do homem, sempre se chega a todos os problemas. Assim, a solução da questão institucional está unida estreitamente com a da substancial. Quem reconhece catálogos amplos com direitos de todas as gerações será muito aplaudido em certas discussões. Para isso, ele precisa aceitar problemas na institucionalização, porque vale a tese de que os direitos do homem são tão mais difíceis de concretizar quanto mais eles prometem. Mesmo entre o plano epistemológico e o institucional existem conexões mais estreitas. Quanto melhor direitos do homem são fundamentados, tanto mais legítima é a sua concretização internacional por força. Os direitos do homem formam, assim, com todos os seus problemas, um sistema.

Para chegar a este sistema, do lado institucional, deve ser efetuado, primeiro, uma determinação do conceito de direito do homem. Nisso, a necessidade de sua transformação em direitos fundamentais jurídico-positivamente vigentes irá resultar como que por si mesmo. Em um segundo passo eu quero, então, mostrar quais problemas nascem disto para o princípio democrático. No fim, eu espero poder mostrar uma solução que impeça uma autodestruição da idéia dos direitos do homem por meio de uma contradição interna.

## II. *O conceito de direito do homem*

Os direitos do homem distinguem-se de outros direitos<sup>4</sup> pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos (1) universais, (2) morais, (3) fundamentais, (4) preferenciais e (5) abstratos.

### 1. *Direitos universais*

Da universalidade já se tratava na caracterização dos direitos do homem como ideal universal. Agora, este conceito deve ser determinado mais pormenorizadamen-

<sup>4</sup> Para o conceito do direito (subjetivo), comparar R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 171 ff.

te. Um primeiro aspecto da universalidade é a universalidade dos titulares e destinatários. Aqui, deve ser lançado somente um olhar sobre os titulares.<sup>5</sup>

A universalidade da titularidade consiste nisto, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens. A determinação do círculo dos titulares causa vários problemas, dos quais dois devem aqui interessar. O primeiro resulta do emprego do conceito de homem. A delimitação mais clara se obtém quando se define este conceito biologicamente. Ao contrário, é objetado que isso é uma especificidade que se aproxima do racismo.<sup>6</sup> Essa objeção não vê, todavia, que no emprego do conceito biológico do homem para a delimitação do círculo de titulares se trata somente do *conceito* de direito do homem, não, porém, de sua *fundamentação*. Se os fundamentos melhores falassem a favor disto, de conceder determinados direitos, por exemplo, à vida, a animais em igual proporção como aos homens, então o direito à vida, *como direito do homem*, estaria caduco e deveria ser criado novamente, por exemplo, como “direito da criatura” com círculo de titulares alargado.

O segundo problema nasce disto, que então, quando se considera o conceito biológico do homem, somente homens como indivíduos podem ser titulares de direitos do homem. Contra isso poder-se-ia objetar que existem, todavia, bons fundamentos para isto, de atribuir também a grupos, comunidades e Estados determinados direitos, por exemplo, direitos à existência, identidade ou desenvolvimento. Novamente deve ser acentuado que aqui não se trata da fundamentação de quaisquer direitos, senão somente de uma formação de conceito adequada. Grupos, comunidades e Estados compõem-se, sem dúvida, de homens mas não são homens. O que concerne ao conceito de direito do homem, assim, não causa problemas, de um direito do homem do particular falar depois que seu grupo, sua comunidade ou seu Estado é protegido na existência, na identidade ou no desenvolvimento. O titular de tais direitos, que têm a integração do particular em sua comunidade como objeto e fundamento, permanece o homem particular. Trata-se, em tais direitos, de um alargamento dos direitos individuais à existência e desenvolvimento da personalidade na dimensão da comunidade. As coisas, porém, modificam-se quando, como titulares desses direitos, aparecem o grupo, a comunidade ou o Estado. Podem existir bons fundamentos para tais direitos, mas eles deveriam ser qualificados como o que são, ou seja, como “direitos de grupo”, “de comunidade” ou “de Estado”. Isso tem, sem dúvida, a desvantagem de que, para os defensores de tais direitos, se perde o som bonito da expressão “direitos do homem”. Mas, para isso, nasce clareza. Ademais, permanece possível fundamentar direitos de coletividades como *meio* para a realização de direitos do homem. Tudo isso aguça a vista para isto, que direitos coletivos não degenerem em direitos de funcionário. Por fim, trata-se disto, de, com todo “o estar relacionado à comunidade e o estar vinculado à comunidade”,<sup>7</sup> ater-se à

5 Para a universalidade dos destinatários, comparar R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: Stefan Geseath/Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M. 1998, S. 248.

6 Comparar C. S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford 1991, S. 35.

7 BVerfGE 4, 7 (15 f.).

proteção do particular como intenção original dos direitos do homem. Isso não exclui cimentar na constituição direitos coletivos — como, por exemplo, também a proteção de bens coletivos —. Todos os direitos do homem merecem, como ainda deverá ser mostrado, proteção jurídico-constitucional, mas não tudo que merece proteção jurídico-constitucional deve ser um direito do homem. Basta que ele, para falar como Rawls, faça parte do “constitutional essentials”.<sup>8</sup> Com o auxílio deste conceito o uso inflacionário da expressão “direito do homem” pode ser limitado, que não faz bem à matéria dos direitos do homem.

## 2. *Direitos morais*

A segunda qualidade essencial para os direitos do homem é que eles são direitos morais. O conceito de direito moral é ambíguo. Aqui ele deve ser empregado como conceito contrário para o conceito de direito jurídico-positivo. Direitos jurídico-positivos nascem — como todas as normas do direito positivo — por atos de disposição, por exemplo, por contrato, poder constituinte, lei aprovada ou uma prática judicial ou social e dependem em sua existência — novamente como todas as normas do direito positivo — disto, se eles obtêm e mantêm um mínimo de eficácia ou oportunidade de eficácia social.<sup>9</sup> Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos, sua validade, porém, não pressupõe uma positividade. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada.<sup>10</sup> Direitos do homem existem, com isso, exatamente então quando eles, no sentido apresentado, podem ser justificados perante cada um. À *universalidade da estrutura* dos direitos do homem, que consiste nisto, que eles são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos, cabe, com isso, uma *universalidade de validade* que é definida por sua fundamentabilidade perante cada um que aceita uma fundamentação racional.

## 3. *Direitos preferenciais*

Apesar de seu caráter moral, direitos do homem estão em uma relação íntima com o direito. Se existe um direito moral, portanto, fundamentável perante cada um, por exemplo, à vida, então também deve existir um direito, fundamentável perante cada um, à concretização daquele direito. Se se quer evitar guerra civil entra em questão, como instância de concretização, somente o Estado. O direito moral à vida implica, portanto, um direito moral à proteção por direito positivo estatal. Nesse

8 Comparar J. Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, S. 227 ff.

9 Comparar para isso, R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl., Freiburg/München 1994, S. 147 f.

10 Comparar para isso, R. Alexy, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M. 1995, S. 127 ff.

sentido, existe um direito ao Estado, mais sucintamente, um direito moral ao direito positivo. A Declaração Universal dos Direitos do Homem manifesta isto, como já observado, muito bem em seu preâmbulo e no artigo 28.

O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, senão a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é exatamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observação aos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo. Nisto, que o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo, portanto, ser suficiente à sua pretensão à exatidão, manifesta-se a prioridade dos direitos do homem. Direitos do homem estão, com isso, em uma relação necessária com o direito positivo, que está caracterizada pela prioridade dos direitos do homem. Essa prioridade necessária é a terceira marca definidora dos direitos do homem.

#### 4. *Direitos fundamentais*

A relação interna, definida pela prioridade necessária, entre direitos do homem como direitos morais e o direito positivo desempenha na questão, quais conteúdos têm direitos do homem, um papel decisivo. Nos objetos dos direitos do homem deve tratar-se de interesses e carências para os quais valem coisas distintas. Deve tratar-se, em primeiro lugar, de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito. Assim, muitos homens têm uma carência fundamental de amor. Não deve haver poucos aos quais é mais importante ser amado do que participar em demonstrações políticas. Contudo, não existe um direito do homem ao amor, porque amor não se deixa forçar pelo direito. A segunda condição é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a *necessidade* de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial. Não são direitos do homem, segundo esse critério da fundamentabilidade, pelo contrário, por exemplo, o direito garantido no artigo 7, VIII, da Constituição brasileira, a um 13 ordenado mensal ou a garantia, lá escrita no artigo 230, § 2º, do livre aproveitamento dos meios de transporte urbanos públicos para os maiores de 65 anos.

#### 5. *Direitos abstratos*

A quinta marca característica para direitos do homem é que neles se trata de direitos abstratos. Isso se mostra mais claramente na necessidade de sua restrição

ou limitação que, por direitos de outros e pelo mandamento da conservação e fomento de bens coletivos como, por exemplo, da proteção do meio ambiente, é exigida. Qual restrição é admissível pode, no fundo, ser determinado apenas por ponderação. A aplicação dos direitos do homem em casos concretos pressupõe, com isso, ponderações. Sobre ponderações, porém, pode-se discutir longamente. Se a discussão não deve perdurar eternamente, o que iria pôr em perigo a realização dos direitos do homem, devem ser criadas instâncias que estão autorizadas a decisões de ponderação juridicamente obrigatórias. O Estado é, portanto, necessário não só como instância de concretização mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem. Acresce que a realização de numerosos direitos do homem não é possível sem organização. Nem a proteção diante de atos de violência de outros cidadãos nem o cuidado pelo mínimo existencial podem ficar a cargo de ação espontânea, se se tratar de uma garantia. Os direitos do homem conduzem, portanto, por três fundamentos para a necessidade do Estado e do direito: por causa da necessidade de sua concretização, se for necessário, também com coação, da necessidade de não só discutir sobre questões de interpretação e ponderação mas também decidi-las e por causa da necessidade de organizar o cumprimento de direitos do homem. A passagem dos direitos do homem, como direitos morais, para o direito positivo não significa, decerto, sua despedida. O contrário é exato, porque a parte essencial dessa passagem é a transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais de conteúdo igual. Os direitos do homem não perdem, nessa transformação, em validez moral, ganham, porém, adicionalmente uma jurídico-positiva. A espada torna-se afiada. Primeiro, com isso, está efetuado definitivamente o passo do império das idéias para o império da história.

### III. *Direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*

Poder-se-ia achar que com a codificação dos direitos do homem por uma constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização esteja resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos problemas dos direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos acrescem por seu caráter obrigatório, agora existente.

#### 1. *Quatro extremos*

As fontes das dificuldades que se manifestam com a institucionalização são quatro extremos que caracterizam direitos fundamentais completamente formados. O primeiro extremo é o *escalão hierárquico supremo* na ordem escalonada do direito intra-estatal. Resulta do mero fato de que direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O escalão hierárquico supremo seria sem interesse se não acrescesse o segundo, a *força de concretização suprema*. Dela dispõem direitos

fundamentais quando eles primeiro vinculam todos os três poderes, portanto, também o legislador e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é justificável. Se se excetuasse o legislador dessa vinculação ou se se declarasse alguns direitos fundamentais como não-justificáveis, então desapareceriam, sem dúvida, muitos problemas. O preço para isso seria, todavia, alto. Ele residiria em uma renúncia a uma institucionalização completa ou autêntica. Uma tal renúncia, porém, seria uma infração contra direitos do homem. Constituições modernas dão aos direitos fundamentais em geral, por conseguinte, a força de concretização suprema e quando elas não o fazem deveriam ou ser interpretadas neste sentido ou, quando isso não fosse possível, modificadas.

Também a união entre escalão hierárquico supremo e força de concretização suprema iriam significar pouco se os direitos fundamentais regulassem questões especiais sem importância. Exatamente o contrário é, porém, o caso. Com a garantia da propriedade, da liberdade de profissão e da liberdade de contratar toma-se a decisão para uma economia de mercado. A garantia da liberdade de opinião, imprensa e da liberdade de radiodifusão e televisiva põe os pilares de um sistema de comunicação social. Outros direitos fundamentais precisam ser apenas mencionados para conhecer seu significado fundamental, assim, a garantia do casamento e família e a do direito de sucessão, a liberdade de religião e a proteção da vida e integridade corporal.

Convertem-se em um verdadeiro problema os três extremos tratados até agora, o escalão hierárquico supremo, a força de concretização suprema e os objetos sumamente importantes, primeiro pelo enlace com um quarto problema, a medida máxima de necessidade de interpretação. Na maioria das constituições isso já resulta da redação concisa e lapidar de seu catálogo de direitos fundamentais. Mas também lá onde uma redação mais exata dos direitos fundamentais é tentada, as coisas não são muito diferentes. Assim, os direitos de liberdade e igualdade clássicos são regulados no artigo 5º da Constituição brasileira em 74 números e os direitos sociais no artigo 7º em 34 números, assim como em muitas outras prescrições do título oitavo sobre a ordem social. Os problemas de interpretação jurídico-fundamentais que aparecem em toda a parte são, por meio dessa regulação relativamente detalhada, abafados em parte ampla mas não eliminados; em alguns casos nascem até novos. Assim, o artigo 5º, IV, declara a manifestação dos pensamentos como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista? Isso prestar-se-ia mal ao artigo 5º, X, que protege a honra, e ao artigo 5º, XLII, que prevê uma pena às práticas racistas. Em contrapartida, nem toda a manifestação de opinião que de alguma maneira ofenda um concidadão ou membro de uma determinada raça pode ser proibida se a liberdade de manifestação de opinião não deve atrofiar. Isso mostra que uma fixação de limite com auxílio de uma ponderação é necessária. A ponderação como parte de um exame de proporcionalidade, porém, é o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais e a razão principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais. Em alguns casos, esse

problema salta diretamente aos olhos. por exemplo. quando o artigo 5º, XXII. garante a propriedade e então, imediatamente, é adicionado no inciso XXIII que a propriedade deve servir à sua função social. Em outros casos, a necessidade de um exame de proporcionalidade fica clara primeiro no olhar mais de perto, por exemplo, quando o artigo 5º, XI, admite a entrada na casa de dia em virtude de ordem judicial. Isso não pode significar que tribunais, por qualquer fundamento, devam admitir uma penetração na casa. A penetração deve ser proporcional. Coisa semelhante vale para os direitos de igualdade. Quando o artigo 5º fixa a fórmula clássica, que todos os homens são iguais diante da lei, para o Brasil, então isso não significa que não deva ser diferenciado. Essa prescrição não prescreve, por exemplo, que pobres e ricos devam pagar impostos no mesmo nível. Isso mostra que diferenciações são permitidas se para elas existem fundamentos razoáveis. Discussão especial domina em vários Estados sobre a fórmula que se encontra no artigo 5º, I, que homens e mulheres têm os mesmos direitos. Isso exclui discriminação inversa a favor de mulheres, ele a admite ou ela é até exigida? Problemas análogos existem em muitos direitos fundamentais sociais. Tome-se somente o direito à saúde, regulado no artigo 196. Ele deve ser garantido por medidas de política social e econômica. Sem ponderação não pode ser verificado o conteúdo exato desse direito.

Interpretado deve ser em muitos setores. A força rompante da interpretação constitucional resulta dos três extremos primeiro citados, do escalão hierárquico supremo, da força de concretização suprema e do conteúdo sumamente importante. Quem tiver êxito, o tribunal, que decide, ao fim e ao cabo, sobre a constitucionalidade e com isso — independente de sua designação — desempenha a tarefa de um tribunal constitucional, de convencer de sua concepção sobre a interpretação dos direitos fundamentais alcançou o que no processo político ordinário é inalcançável: ele tornou sua concepção sobre coisas sociais e políticas sumamente importantes praticamente partes integrantes da constituição e, com isso, tomou da ordem do dia política. Uma maioria parlamentar simples não pode, então, fazer mais nada. Somente o tribunal constitucional mesmo ou a respectiva maioria qualificada exigida para modificações constitucionais podem, então, ainda modificar a situação. Tudo isso demonstra porque em todos os Estados dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional sobre a interpretação dos direitos fundamentais não só é refletido com calma mas também discutido na arena política. Pode-se falar de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. Árbitro nessa luta, porém, não é o povo, senão o tribunal constitucional respectivo. Isso é compatível com o princípio democrático, cujo cerne, no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira, assim como no artigo 20, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental, é expressado com a fórmula clássica: “Todo o poder estatal origina-se do povo”? Os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal tornados em algo real. É exata essa impressão? É o ideal, do qual se trata no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma quimera que leva à rebentação uma contradição entre direitos fundamentais e democracia?

## 2. Três modelos

Para responder essa questão devem ser diferenciados três modos de visão da relação entre direitos fundamentais e democracia: um ingênuo, um idealista e um realista. Segundo o *modo de visão ingênuo*, entre direitos fundamentais e democracia já por isso não pode existir conflito, porque tanto direitos fundamentais como democracia são algo bom. Como devem colidir duas coisas boas? A concepção ingênua acha, por isso, que se pode ter ambos juntos ilimitadamente. Essa visão de mundo é muito bonita para ser verdadeira. Seu ponto de partida, que somente existem conflitos entre o bom e o mau, não, porém, no interior do bom, é falso. Quem quer impugnar que prosperidade e pleno emprego, que assentam sobre crescimento econômico, são algo bom em si e quem quer desmentir que a proteção e a conservação do meio ambiente é algo bom? Contudo, existe entre esses bens, de fundamentos bem conhecidos, no nosso mundo caracterizado por finitude e escassez, um conflito. O *modo de visão idealista* admite isso. Sua reconciliação entre direitos fundamentais e democracia, por conseguinte, — dito exageradamente — também de modo nenhum primeiro tem lugar neste mundo, senão no ideal de uma sociedade politicamente perfeita. Nela, o povo e seus representantes políticos de modo nenhum estão interessados nisto, de violar os direitos fundamentais de algum cidadão por decisões de maioria parlamentares, portanto, leis, ao contrário. A defesa dos direitos fundamentais é um motivo político eficaz para todos. O catálogo de direitos fundamentais tem nesse modelo rousseauiano somente ainda um significado simbólico. Ele formula somente ainda aquilo que todos, alíás, acreditam e querem. Como ideal, que pode ser oposto à realidade política e ao qual dever-se-ia acercar, tem esse modelo absolutamente seu valor. Todavia, pode-se saber que esse ideal é inalcançável. Por conseguinte, para aquele que quer institucionalizar os direitos do homem no mundo como ele é, somente o *modo de visão realista* é exato. Segundo ele, a relação entre direitos fundamentais e democracia é caracterizada por duas compreensões em sentido contrário e, com isso, na realidade, por uma contradição. A primeira soa:

(1) Direitos fundamentais são democráticos,

a segunda:

(2) Direitos fundamentais são ademocráticos.

Direitos fundamentais são democráticos por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos Estados este jogo deve ser observado: a oposição perde primeiro no processo democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional. Também a Constituição brasileira conhece essa possibi-

lidade ao ela conceder. no artigo 103. VII. aos partidos políticos representados no congresso, o direito a uma ação por causa de inconstitucionalidade diante do tribunal constitucional.

Esse caráter duplo dos direitos fundamentais deve ser antipático a defensores de uma doutrina pura. Esses espreitam em ambos os lados do problema. Há tanto adeptos de um processo democrático ilimitado quanto ao conteúdo (em geral, eles são idealistas rousseauianos dissimulados ou abertos) como céticos democráticos, para os quais existe uma ordem dada das coisas que pelo processo democrático somente é posta em desordem e, por isso, deveria ser protegida ainda muito mais intensamente por direitos fundamentais e outros princípios constitucionais do que isso hoje, em geral, ocorre. Nem um nem outro pode aqui ser seguido. A questão deve, antes, rezar se a contradição pode ser resolvida pelo fato de ser encontrado um caminho entre essas posições extremas.

### 3. *Representação política e argumentativa*

A chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental: “Todo o poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados. Com isso está assegurado, como resultado, que o ideal, do qual fala a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.

# COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO\*

ROSERT ALEXY

*1. O fenômeno da colisão de direitos fundamentais. 1. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. a) Colisões de direitos fundamentais de direitos fundamentais idênticos. b) Colisão de direitos fundamentais de direitos fundamentais diferentes. 2. Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo. II. A solução do problema da colisão. 1. A força vinculativa dos direitos fundamentais. 2. Regras e princípios. a) A distinção. b) As opções da teoria das regras. c) O caminho da teoria dos princípios. d) Vinculação e flexibilidade.*

Os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva. Por outro, porém, eles indicam além do sistema nacional. Nessa passagem do nacional deixam-se distinguir dois aspectos: um substancial e um sistemático. Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem satisfazer os requisitos que lhes podem ser postos, devem incluir os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal.<sup>1</sup> Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordem jurídica. Uma contribuição importante para a sua concretização internacional forneceu e fornece a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do mesmo dia, que, naturalmente, está dotado com muito menor força de concretização. Ao lado deles e de outros pactos delimitados internacionalmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais.

Às comunidades substanciais correspondem as sistemáticas. Em toda a parte onde direitos fundamentais existirem, colocam-se os mesmos ou semelhantes problemas. Apenas para mencionar alguns: que diferenças estruturais existem entre direitos de defesa liberais, direitos à proteção, direitos fundamentais sociais e direitos de cooperação política? Quem é o destinatário, quem o titular de direitos fundamentais? Sob quais pressupostos formais e materiais direitos fundamentais podem ser limitados? Com que intensidade pode um tribunal constitucional controlar o legislador sem que sejam violados o princípio democrático e o princípio da separação de poderes? A comunidade de semelhantes questões sobre a estrutura de direitos fundamentais e jurisdição constitucional abre, diante do fundo das comunidades subs-

<sup>1</sup> Comparar R. Alexy, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, S. 144 f.

\* Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998.

tanciais, a possibilidade de uma ciência dos direitos fundamentais transcendente às ordens jurídicas particulares, a qual é muito mais que uma mera comparação de direito.<sup>2</sup> É a ciência dos direitos fundamentais *ampla*. O objetivo da ciência dos direitos fundamentais ampla não é, de nenhum modo, a nivelção das ordens dos direitos fundamentais. Ao contrário, as diferenças lhe dão estímulos e tarefas. Seu intento vale, antes, à revelação das estruturas dogmáticas e ao destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência. O intrincado e complicado pode, assim, converter-se em uma multiplicidade sistematicamente preenchida e, com isso, entendida no melhor sentido que, dessa forma, compreende-se, simultaneamente, como unidade.

### *I. O fenômeno da colisão de direitos fundamentais*

A maioria das constituições contém hoje catálogo de direitos fundamentais escritos. A primeira tarefa da ciência dos direitos fundamentais, como uma disciplina jurídica, é a interpretação desses catálogos. Nisso, valem as regras tradicionais da interpretação jurídica. Estas, todavia, na interpretação dos direitos fundamentais, chocam-se logo com limites. Uma razão essencial para isso é a colisão de direitos fundamentais.

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise conduz a quase todos os problemas dessa disciplina. Todavia, antes de iniciar essa análise, deve, primeiro, o fenômeno a ser analisado ser considerado mais de perto.

Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direitos fundamentais em sentido estrito como também para tais em sentido amplo.

#### *1. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito*

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros

<sup>2</sup> Comparar P. Häberle, *Verfassungsentwicklung in Osteuropa - aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre*, in: AÖR 117 (1992), S. 170 ff.

titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos.

#### a) *Colisões de direitos fundamentais idênticos*

Deixam-se distinguir quatro tipos de colisões de direitos fundamentais idênticos. No *primeiro* tipo está, em ambos os lados, afetado o mesmo direito fundamental como direito de defesa liberal. Uma tal colisão existe, por exemplo, então, quando dois grupos políticos hostis, por um motivo atual, querem demonstrar-se, ao mesmo tempo, no centro de uma cidade e há o perigo de choques. No *segundo* tipo trata-se do mesmo direito fundamental, uma vez como direito de defesa liberal de um e, outra, como direito de proteção do outro. Um tal caso existe, por exemplo, quando é atirado em um detentor de refém para salvar a vida de seu refém. Nisto, contudo, deve ser acentuado que com a colisão entre o direito à vida, de um lado, do detentor do refém, e, de outro, do refém, somente é compreendida uma parte do problema total. É frequentemente possível salvar a vida do refém pelo fato de simplesmente atender às exigências do detentor do refém. Vem, então, como terceiro elemento da colisão total uma “obrigação de proteção ... diante da totalidade dos cidadãos”<sup>3</sup> em jogo, que pede do Estado não fazer nada que possa dar estímulo a outras tomadas de reféns. O objeto imediato desse dever de proteção é um bem coletivo: a segurança pública. Isso torna claro que muitas colisões são complexas. Exatamente para compreender adequadamente colisões complexas, porém, é necessário identificar claramente os elementos fundamentais dos quais elas são compostas. O *terceiro* tipo de colisão de direitos fundamentais iguais resulta disto, que muitos direitos fundamentais têm um lado negativo e um positivo. Isso é especialmente claro na liberdade de crença. Ela compreende tanto o direito de ter e de praticar uma crença, como também o direito de não ter uma crença e de ser poupado da prática de uma crença. Quais problemas podem resultar disso mostra a resolução-crucifixo, uma das decisões mais discutidas do Tribunal Constitucional Federal alemão,<sup>4</sup> com toda a clareza. Nesta decisão trata-se da questão se o Estado pode ordenar que nas salas de aula de escolas públicas deve ser colocada uma cruz. Aqui colide a liberdade de crença negativa dos não-cristãos que, assim o Tribunal Constitucional Federal, “em classe, por ordem do Estado e sem possibilidade de evitar, são confrontados com esse símbolo e são obrigados a aprender ‘sob a cruz’”<sup>5</sup>, com a liberdade de crença positiva dos cristãos, “de praticarem sua convicção de crença no quadro das instituições estatais”.<sup>6</sup> O tribunal dissolve essa “relação de tensão entre liberdade religiosa negativa e positi-

3 BVerfGE 46, 160 (165).

4 Comparar, para isso, Winfried Brugger/Stefan Huster (Hg.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, Baden-Baden 1998.

5 BVerfGE 93, 1 (18).

6 BVerfGE 93, 1 (24).

va”<sup>7</sup> ao ele proibir a colocação de cruces ou crucifixos em espaços escolares públicos, em que, para a fundamentação, outros pontos de vista são aduzidos, especialmente aquele da neutralidade religioso-política.<sup>8</sup> A *quarta* variante de colisões dos mesmos direitos fundamentais de titulares diferentes resulta quando se acrescenta ao lado jurídico de um direito fundamental um fático. Como exemplo, seja considerada a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre auxílio de custas processuais. Se se parte da igualdade jurídica, então pobres e ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e honorários de advogado. Sob o ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual, porque do pobre, com isso, as oportunidades de concretizar seu direito são tomadas ou estreitadas.<sup>9</sup> Se se fomenta, porém, o pobre, então trata-se os ricos juridicamente de outra forma como os pobres, portanto, desigualmente, porque: “Fomentar determinados grupos significa já tratar outros desigualmente.”<sup>10</sup> Se se estende o princípio da igualdade tanto à igualdade jurídica como à fática, então topa-se forçosamente com esse paradoxo da igualdade. O paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais intensamente quanto mais é realizado em Estado social. Não é, portanto, acaso que o Tribunal Constitucional Federal alemão enlaça a idéia da igualdade fática com o princípio do Estado social.<sup>11</sup>

#### b) *Colisão de direitos fundamentais de titulares diferentes*

Sob as colisões entre direitos fundamentais diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes, a colisão da liberdade de manifestação de opinião com direitos fundamentais do afetado negativamente pela manifestação de opinião toma uma posição especial. É essa a problemática que, em 1958, deu motivo ao Tribunal Constitucional Federal com sua sentença-Lüth,<sup>12</sup> uma das sentenças mais significativas da jurisdição constitucional alemã, de colocar os trilhos básicos para a sua jurisprudência da ordem de valores que conduz a duas conseqüências fundamentais para os direitos fundamentais: primeiro, à irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total e, segundo, à onipresença da ponderação. Um efeito tardio dessa sentença é a resolução soldados-são-assassinos, na qual a condenação de pacifistas, que qualificaram soldados de assassinos, por ofensa foi classificada como inconstitucional. Aqui colide a liberdade de manifestação de opinião (artigo 5º, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental) dos pacifistas com o direito de personalidade geral

7 BVerfGE 93, 1 (22).

8 Ebd.

9 BVerfGE 56, 139 (144).

10 BVerfGE 12, 354 (367).

11 BVerfGE 12, 354 (367); 56, 139 (143).

12 BVerfGE 7, 198.

(artigo 2º, alínea 1, em união com o artigo 1º, alínea 1, da Lei Fundamental) dos soldados, que inclui a proteção da honra.<sup>13</sup> O debate exacerbado, que essa sentença promoveu, mostra que material explosivo colisões de direitos fundamentais podem ocultar.

Na resolução soldados-são-assassinos trata-se de uma colisão de direitos de liberdade diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes. Colisões de direitos fundamentais diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes existem não só no âmbito dos direitos de liberdade. Elas são possíveis entre direitos fundamentais de qualquer tipo. Especialmente importante é aquela entre direitos de liberdade e igualdade. Se se aplica a proibição de discriminação à ordem jurídica total, portanto, também ao direito privado, então colisões entre a autonomia privada do empregador e o direito ao tratamento igual do empregado são inevitáveis.

## *2. Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo.*

Até agora tratou-se de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, portanto, de colisões entre direitos fundamentais iguais e diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes. Não menos significativas são as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, portanto, as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos. Um exemplo para isso oferece a resolução da dragagem do Tribunal Constitucional Federal alemão. Nela tratou-se da questão se em qual proporção e como o legislador pode proibir ao proprietário aproveitamentos de seu terreno que prejudicam a água subterrânea.<sup>14</sup> A qualidade da água é um bem coletivo clássico. A visão, que se torna sempre mais penetrante, sobre problemas ecológicos, eleva sempre mais colisões desta natureza de bens coletivos ecológicos com o direito fundamental à propriedade à luz.

Bens coletivos não são só, naturalmente, adversários de direitos individuais. Eles também podem ser pressuposto ou meio de seu cumprimento ou fomento.<sup>15</sup> Assim, o dever legal da indústria de tabacos de colocar advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos é uma intervenção na liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco, portanto, em um direito fundamental. A justificação direta dessa intervenção reside na “proteção da população diante de riscos à saúde”,<sup>16</sup> portanto, em um bem coletivo. Indiretamente, trata-se, nisso, de algo que também por direitos individuais é protegido, ou seja, da vida e da saúde do particular. O mais claro é o caráter ambivalente no bem coletivo clássico da segurança interna ou pública. O dever do Estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem. Isso, porém, não é

<sup>13</sup> BVerfGE 93, 266 (290).

<sup>14</sup> BVerfGE 58, 300 (318 ff.).

<sup>15</sup> Comparar, para isso, R. Alexy, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995, S. 243 ff.

<sup>16</sup> BVerfGE 95, 173 (185).

possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública.

A segurança interna é um bem coletivo central do Estado de direito liberal. A proteção do meio ambiente define sua variante mais nova: o Estado de direito ecológico. Visto historicamente, entre ambos está o Estado de direito social. O cumprimento dos postulados do Estado de direito social apresenta poucos problemas quando um equilíbrio econômico cuida disto, que todos os cidadãos mesmos ou por sua família estejam dotados suficientemente. Quanto menos isso é o caso, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição. Disto existem duas formas básicas. A primeira ocorre quando o Estado, por impostos ou outras contribuições, consegue o dinheiro que é necessário para atender ao mínimo existencial dos pobres. O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de ação geral.<sup>17</sup> Como o Estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é conveniente aduzir diretamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção. Antes, a cobrança de impostos serve diretamente só à produção da capacidade de ação financeira do Estado. A capacidade de ação financeira do Estado é, em termos genéricos, um pressuposto de sua capacidade de ação. O Estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada.

A segunda forma da redistribuição estatal-social não sucede pelo erário público, que é enchido de antemão por impostos ou outras contribuições, senão diretamente de um para outro cidadão. Assim, trata-se de uma redistribuição direta de um cidadão para outro cidadão quando o legislador, para a proteção do locatário, promulga prescrições que dificultam o aviso de saída ou limitam as possibilidades do aumento de aluguel.<sup>18</sup> O artigo 7º da Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 utiliza intensamente uma redistribuição direta desta natureza ao, por exemplo, o inciso I prescrever uma proteção contra despedida, o inciso IV um salário mínimo, o inciso XIII um horário de trabalho máximo e o inciso XVII férias anuais remuneradas. O problema de tais direitos fundamentais sociais à custa de terceiros, ou seja, do empregador, é que, no fundo, o mercado decide sobre isto, se eles são efetivos. Para aquele que não encontra emprego esses direitos correm no vazio. Aqui deve interessar somente que nesses direitos se trata de uma situação de colisão complexa. Do lado do empregador o assunto ainda é simples. Sua liberdade empresarial é limitada. Um direito não está diretamente diante daquele do lado do empregado, mas somente um direito a isto, que ele então, quando achar um empregador que o empregue, obtenha um salário mínimo. Isso é um direito social condicional. Diretamente pelo artigo 7º somente é criado um bem coletivo, ou seja, um estado da economia no qual - se essa prescrição for observada - existem somente empregos com salário mínimo, em que a questão sobre sua distribuição ainda permanece totalmente aberta.

17 BVerfGE 93, 121 (137 f.).

18 Comparar BVerfGE 68, 361 (367); 89, 1 (5 ff.).

## II. A solução do problema da colisão

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constatações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

### 1. A força vinculativa dos direitos fundamentais

A questão mais importante para cada catálogo de direitos fundamentais é se nos direitos fundamentais se trata de normas juridicamente vinculativas ou não. O conceito da vinculação jurídica é determinado diferentemente na teoria geral do direito. Em um sistema jurídico que conhece a separação dos poderes e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala a favor disto, de qualificar como “juridicamente vinculativas” somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, possa ser verificada por um tribunal, que são, portanto, *justiciáveis*. É ideal, quando esta verificação, em última instância, é deixada a cargo de um tribunal constitucional, porém, também possível que ela caiba somente na competência dos tribunais profissionais. Normas de direitos fundamentais, cuja violação não pode ser verificada por nenhum tribunal têm, pelo contrário, um caráter não-justiciável e são, nisso, vinculativas não juridicamente, senão, talvez, moral ou politicamente. Elas são meras normas programáticas ou, se se quer formular polemicamente, mera lírica constitucional.

O problema da colisão iria, como problema jurídico, desaparecer já totalmente se se declara todas as normas de direitos fundamentais como não-vinculativas. As colisões seriam, então, problemas políticos ou morais e não caberiam, como tais, na competência dos tribunais. Na Alemanha, essa solução é excluída pelo artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, que vincula todos os três poderes aos direitos fundamentais como direito diretamente vigente. Também no Brasil o caminho de uma declaração de não-vinculação de *todos* os direitos fundamentais deveria ser intransitável, porque o artigo 5º, alínea 1, declara, pelo menos, as prescrições de direitos fundamentais desse artigo como diretamente aplicáveis. Mas também independente de ordens de vinculação jurídico-positivas desta natureza a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida. Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo.<sup>19</sup> Direitos do homem insistem em sua institucionalização. Assim, existe não somente um direito do homem à vida, senão também um direito do homem a isto, que exista um Estado que concretize tais direitos.<sup>20</sup> A institucionalização inclui necessariamente justicialização.

19 R. Alexy, in: *Lexikon der Philosophie*, hg. v. Hans Jörg Sandkühler, Hamburg 1999 (im Druck).

20 Ders., *Die Institutionalizierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M. 1998, S. 254 ff.

Poder-se-ia achar agora que a justiciabilidade não precisa ser total ou ampla. Assim, por exemplo, a cláusula de vinculação do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição brasileira, está nos direitos de defesa clássicos e não nos direitos fundamentais sociais. Tal poderia ser entendido como convite a isto, declarar os direitos fundamentais sociais como não-justiciáveis. A não-justiciabilidade, nisso, poderia estender-se a todos os direitos fundamentais sociais ou a alguns da respectiva constituição. O problema da colisão, com isso, sem dúvida, não estaria totalmente solucionado, porque há, como mostrado, numerosas colisões entre direitos fundamentais de tradição liberal, mas ele seria desagradado consideravelmente. Colisões estatal-sociais restam possíveis, sem dúvida, conforme o objeto se maioria parlamentar por si, portanto, sem estar obrigado a isso pela constituição, fica ativa no campo da redistribuição estatal-social. O social, porém, teria diante do liberal pouca força, porque ele não poderia apoiar-se em princípios jurídicos. Ademais, colisões estatal-sociais não teriam lugar totalmente se o legislador renunciasse completamente a atividades sociais. Onde não existe dever jurídico nada pode colidir juridicamente. Análogo vale para o lado ecológico da constituição.

A todas as tentativas de desagradar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com energia. Elas não são outra coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade.

## 2. Regras e princípios

A segunda decisão fundamental é se direitos fundamentais têm o caráter de regras ou o de princípios. Na primeira decisão fundamental tratava-se disto: se direitos fundamentais são direitos; objeto da segunda é o que eles são como direito. Não só a solução do problema da colisão senão também as respostas a quase todas as questões da dogmática dos direitos fundamentais geral dependem desta decisão fundamental. Isso esclarece a intensidade e a amplitude da discussão. Aqui devem bastar algumas observações à tese que a teoria dos princípios dos direitos fundamentais oferece a melhor solução do problema da colisão.

### a) A distinção

Segundo a definição *standard* da teoria dos princípios,<sup>21</sup> princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, *manda-*

21 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 75 f.

*mentos de otimização*.<sup>22</sup> Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação.

Bem diferente estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fática e juridicamente possível. Elas são, portanto, *mandamentos definitivos*. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.

A teoria dos princípios não diz que catálogos de direitos fundamentais não contêm absolutamente regras, portanto, absolutamente determinações. Ela acentua não só que catálogos de direitos fundamentais, na medida em que efetuam determinações definitivas, têm uma estrutura de regras, senão salienta também que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios.<sup>23</sup> Seu ponto decisivo é que atrás e ao lado das regras estão princípios. A parte correspondente de uma teoria dos princípios é, por conseguinte, não uma teoria que aceita que catálogos de direitos fundamentais *também* contêm regras, senão uma teoria que afirma que catálogos de direitos fundamentais *somente* consistem de regras. Exclusivamente tais teorias devem aqui ser qualificadas de “teoria das regras”.

#### b) *As opções da teoria das regras*

À teoria das regras dos direitos fundamentais estão abertos três caminhos para a solução de colisão de direitos fundamentais: primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não-vinculativa, segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não-aplicável ou correspondente e, terceiro, a inserção livre de ponderação de uma exceção em uma de ambas as normas.

O *primeiro* caminho já foi declarado como não-transitável, visto que se trata, nas normas de direitos fundamentais, de normas com hierarquia constitucional e

22 Um aperfeiçoamento que replica a críticos dessa definição encontra-se em R. Alexy, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, conferência no simpósio sobre regras, princípios e elementos no sistema do direito, Graz 1997 (no prelo).

23 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 21), S. 121 f.

constituições devem ser levadas a sério. Poder-se-ia, talvez, pensar nisto, de renunciar a conteúdos jurídico-fundamentais que foram ganhos por interpretação. Assim, poderia-se eliminar, por exemplo, a colisão no caso jurídico dos pobres mencionado pelo fato de se interpretar excluindo cada elemento da igualdade fática do princípio da igualdade. Contra isso falam, todavia, razões fortes. De resto, o problema da colisão não estaria solucionado com isso, porque existem colisões suficientes que não podem ser eliminadas desta forma.

O *segundo* caminho é seguido quando se reconhece a norma de direito fundamental, também aquela ganha por interpretação, como tal, interpretando esta, então, porém, estritamente. Assim, poder-se-ia no caso-soldados-são-assassinos pensar nisto, de negar à afirmação de que soldados são assassinos, o caráter de uma manifestação de opinião. A manifestação dos pacifistas então não mais caberia no âmbito de proteção da liberdade de manifestação de opinião. A colisão desapareceria. Porém, como se deveria fundamentar que a manifestação duvidosa não é uma manifestação de opinião? O texto e o sentido e finalidade da liberdade de manifestação de opinião falam a favor de uma qualificação como manifestação de opinião. O pacifista efetua uma tomada de posição avaliadora para com a profissão de soldado e todos — sobretudo os soldados — percebem isso assim. Poder-se-ia dizer, no máximo, que uma manifestação de opinião protegida jurídico-fundamentalmente não existe, porque a manifestação é uma ofensa. Porém, com isso, a colisão entra novamente em jogo. A proteção da honra é aduzida como fundamento a isto, que não é concedida nenhuma proteção jurídico-fundamental definitiva. Isso, porém, deveria ser construído sobre uma ponderação aberta e não por uma compreensão estrita do âmbito de proteção. Isso vale para todas as tentativas de contornar colisões por construções de âmbitos de proteção estritas.<sup>24</sup>

A *terceira* opção da teoria das regras dos direitos fundamentais consiste na inserção livre de ponderação de uma exceção no direito fundamental. Tome-se, por exemplo, o caso supra mencionado das advertências sobre prejuízos à saúde nas embalagens de mercadorias de tabaco. Poderia ser dito que a melhor solução reside nisto, de prover a liberdade do exercício da profissão com uma exceção, o que, aproximadamente, deixa-se formular como segue: cada um tem o direito de determinar livremente a maneira de seu exercício da profissão, a não ser que se trate de advertências sobre prejuízos à saúde nas embalagens de mercadorias de tabaco. Isso é uma concepção algo bizarra de uma exceção, porque se se qualifica tal como exceção, cada direito fundamental é cercado de uma série quase infinita de exceções. A isso serve mal o conceito de exceção. Aqui, isso, porém, não deve importar. A questão é, pelo contrário, se a “exceção” mencionada antes pode ser fundamentada livre de ponderação. O texto da parte da formulação do direito fundamental que concede ao cidadão a liberdade do exercício da profissão para isso nada dá. Isso vale tanto para o artigo 12, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental, como também para o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição brasileira. Poder-se-ia, porém, achar que o caso se deixa subsumir livre de ponderação sob a cláusula de limitação. Aqui é

24 Comparar, para isso, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 21), S. 278 ff.

considerado somente o artigo 12. alínea 1, frase 2. da Lei Fundamental. Lá diz que o exercício da profissão pode “ser regulado por lei ou com base em uma lei”. Se se subsume sob esta formulação, então pode-se, de fato, rapidamente e sem qualquer problema verificar livre de ponderação que o dever de colocação de advertências em produtos de tabaco é uma regulação com base em uma lei.<sup>25</sup> Com isso o problema da colisão está solucionado? A teoria das regras venceu?

Deve-se olhar somente sobre as conseqüências de um tal procedimento para reconhecer que isso não é o caso. Doces, cucas e tortas são, segundo convicção propagada, menos sadios para os dentes do que pão. Suponha-se que um partido de fanáticos de saúde ganha a maioria no parlamento. Ele proíbe aos padeiros e todos os outros a produção de doces, cucas e tortas. Mais tarde, também é proibido o pão branco e somente ainda admitido pão preto. Isso é, sem dúvida, uma intervenção na liberdade do exercício da profissão dos padeiros. É, porém, também, sem dúvida, uma intervenção que sucede “por lei”. Se isso devesse bastar para a justificação da intervenção, o direito fundamental perderia, diante do legislador, toda força. O direito fundamental correria, nisso, no vazio. O dever do pão preto seria constitucional.

### *c) O caminho da teoria dos princípios*

É a grande vantagem da teoria dos princípios que ela pode evitar um tal correr no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segundo ela, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor.

É um dos argumentos mais fortes tanto para a força teórica como também para a prática da teoria dos princípios que todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais e essas, novamente, do princípio da proporcionalidade.<sup>26</sup> Isso, todavia, não pode aqui ser seguido. Deve ser lançado somente um olhar sobre o terceiro princípio parcial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da proporcionalidade, porque ele é o meio para a solução das colisões de direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais<sup>27</sup> soa:

25 Comparar BVerfGE 95, 173 (174).

26 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 21), S. 100 ff.

27 Para uma formulação geral relacionada a princípios, comparar R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 21), S. 146.

Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam.

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve suceder em três fases. Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio.

Muitos acham que a ponderação não é um procedimento racional. A possibilidade do exame de três fases mostra que o ceticismo acerca da ponderação é injustificado. Seja, para isso, lançado mais uma vez um olhar sobre o caso-tabaco e o caso-padeiro. No caso-tabaco, a intervenção na liberdade de profissão tem somente uma intensidade muito pequena. A indústria de tabacos pode ainda ser ativa, também por propaganda. Ao fumante é tornado, como o tribunal muito bem diz, “consciente somente um fundamento de consideração que deveria, segundo o nível de conhecimento médico atual, ser universalmente consciente”.<sup>28</sup> As razões que justificam a intervenção, a contenção dos prejuízos relativos à saúde causados pelo fumo que, muitas vezes, têm como consequência a morte, pelo contrário, são mais graves. A ponderação conduz, portanto, quase obrigatoriamente à solução da colisão: a intervenção na liberdade da profissão é constitucional. No caso-padeiro as coisas estão ao contrário. A proibição de produzir doces,ucas e tortas intervém muito intensivamente na liberdade de profissão do padeiro. Isso ainda é reforçado quando acresce a proibição do pão branco. A saúde é, como mostra o caso-tabaco, sem dúvida, um bem de alta hierarquia, mas deve ser diferenciado. Aqui, trata-se, sobretudo, de adoecimentos dos dentes pelo consumo de comidas doces e macias. Impedir isso não é insignificante, contudo, talvez, de peso mediano. Com isso, também no caso-padeiro o resultado está fixado: a regulação que está em questão seria inconstitucional. Pois bem, ambos os casos são muito simples. Existem numerosas colisões cuja solução não é tão simples, senão prepara grandes dificuldades. Casos dessa natureza existem, por exemplo, então, quando tanto a intervenção é muito intensiva como também as razões que a justificam são muito graves. O caso-tomadas de refém supra mencionado é desse tipo. Tornam-se então necessários outros argumentos e é bem possível que não se possa acordar sobre a solução. Isso, todavia, não é uma objeção contra a ponderação, senão uma qualidade universal de problemas práticos ou normativos.

#### d) *Vinculação e flexibilidade*

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem ainda uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais que devem aqui ser considerados, é de grande significado. Ela possibilita um meio- termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria

<sup>28</sup> BVerfGE 95, 173 (187).

das regras conhece somente a alternativa: validez ou não-validez. Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”.<sup>29</sup> Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.

29 BVerfGE 33, 303 (333).

# Aspectos Modernos do Direito Societário

*Nelson Eizirik*



Esta obra reúne parte dos estudos e pareceres de Direito Societário e mercado de capitais escritos nos últimos quatro anos pelo autor, quase todos inéditos. A eventual modernidade da obra é dada pelos temas que a compõem — ainda pouco analisados na doutrina nacional — e pela abordagem utilizada, na qual os institutos jurídicos são estudados tendo em vista, sua função econômica.

**Ref. 0038**  
**Form. 14x21**

**Brochura**  
**1992**

**238 págs.**

## As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica

*Waldirio Bulgarelli*

Nesta obra o autor tem o intuito de esclarecer, de um lado, a situação jurídica das sociedades cooperativas no Brasil e, de outro, além das lições da doutrina cooperativista, também os problemas que as assoberbam, necessitando constantemente de seguidos esclarecimentos.



**Ref. 0186**  
**Form. 14x21**

**Brochura**  
**1998**

**392 págs.**