

A PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: UMA LEITURA DISCURSIVA DOS PRINCÍPIOS E REGRAS NO PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO.

Carlos Henrique Generoso Costa*

Introdução. 1. Os paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito; 2. A teoria dos Direitos Fundamentais; 3. Acerca de Princípios e Regras; 4. A perspectiva deontológica do Estado Democrático de Direito; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho visa trazer à tona uma abordagem teórica acerca dos direitos humanos e fundamentais na região do Vale do Jequitinhonha, analisando os aspectos atuais de aplicabilidade desses direitos no escopo de verificar sua real adequação aos princípios da Constituição da República de 1988, que proclama especial atenção aos direitos humanos e fundamentais inerentes a todos os sujeitos de direitos, calcados sempre na consolidação da ordem jurídica democrática de efetivação do fundamento da República – Dignidade da Pessoa Humana. Assim, da análise da Lei Orgânica Municipal de Serro percebe-se que: [...] Art.4º - O Município concorrerá nos limites de sua competência, para a consecução dos objetivos fundamentais da República e prioridade do Estado. III - Oferecer aos seus habitantes condições de vida compatíveis com a dignidade humana, a justiça social e o bem comum; (LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SERRO, 2009). Para tanto, este trabalho parte da construção dos pensamentos hodiernos de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, notadamente no que se refere à construção da sociedade participativa, inculcando na ordem democrática fomentada pela sociedade formada por homens livres e iguais, isto é, cidadãos de direitos que se dão normas discutidas em um *topói* argumentativo para viverem em comunidade, o que possibilita serem eles os próprios autores e destinatários das normas, legitimando-as. Nessa esteira, imprescindível se faz a análise do contexto paradigmático a que o Direito perpassou; análise crítica sobre os direitos fundamentais de forma a interpretá-los como curingas; explanar acerca das regras e princípios, demonstrando que o Direito deve ser interpretado e aplicado principiologicamente (DWORKIN, 2002) e, por fim, objetiva delinear a perspectiva deontológica do Estado Democrático de Direito para a construção da sociedade digna, justa e

* Discente do Curso de Direito da PUC Minas em Serro.

solidária, contribuindo para que os sujeitos de direitos da região de Serro e Vale do Jequitinhonha sejam legisladores políticos ativos, se enxerguem no empreendimento comum, sendo autores de sua própria história e levando o Direito íntegro a sério.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Vale do Jequitinhonha. Cidadania.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo dos Direitos Humanos e Fundamentais insertos pela Constituição da República de 1988, marco fundante do Estado Democrático de Direito¹, em nossa história constitucional. Deste modo, pretende-se a efetividade desses direitos em uma ordem que prima pela igualdade e liberdade entre as pessoas, já que parafraseando Ronald Dworkin (2005) a igualdade é a sombra que cobre a liberdade.

Assim, desenvolveremos o estudo dos paradigmas, o que nos remonta à reviravolta na filosofia², sobretudo, aqui explanados, da filosofia de Hans-Georg Gadamer (2005) no que denomina tradição e Thomas Kuhn (2006) os paradigmas na ciência. Ambos complementam-se pelas ideias de Jürgen Habermas (1997) que traz a leitura paradigmática para o direito, dividindo-os em Estado de Direito, Bem-Estar Social e Democrático de Direito.

Assim, nesta breve dissertação, demonstrar-se-á o acúmulo de complexidade promovida ao longo dos paradigmas de estado, com o fulcro nos Direitos Humanos e Fundamentais, utilizando-se da teoria do Direito como Integridade capitaneada por Ronald Dworkin e a perspectiva Discursiva do Direito e da Democracia engendrada por Jürgen Habermas.

Posto que vivemos em uma sociedade profundamente diferenciada pela diversidade e pluralidade de formas de vida, de certa forma concorrente ou até mesmo em desacordo, por

¹ A possível diferença terminológica entre Estado de Direito Democrático, título da pesquisa, e Estado Democrático de Direito não se sustenta. Não há que se preocupar se o termo democrático adjetiva direito, ao invés de estado, pois o art.1º, *caput*, da Constituição da República faz uso de Estado Democrático de Direito. Assim, pode-se sustentar, a partir da teoria discursiva habermasiana, que ambos adjetivam Estado, não há que se gladiar qual está correto, (FERNANDES E PEDRON, 2008). Embora prefira-se Estado Democrático de Direito e não como a tradição portuguesa que prevê em sua Cosntituição, art. 2º, Estado de direito democrático : *A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.* (ASSEMBLEIA DA REPUBLICA, 2010)

² A discussão filosófica, denominada Reviravolta Hermenêutico-Pragmática na Filosofia ou Reviravolta Lingüístico-Pragmática, pode ser inferida da filosofia de Martin Heidegger, Ludwig Wittgenstein, John Austin, entretanto não constitui escopo deste capítulo laborar tais discussões.

isso a sociedade atual é complexa, descentralizada, diferenciada e em constante globalização. (HABERMAS, 1997; CATTONI DE OLIVEIRA, 2000).

Assim, pelo acúmulo de complexidade social provocada pela não linearidade da história (HESPANHA, 2003) e pelas constantes rupturas paradigmáticas (KHUN, 2006) passa-se a analisar o termo paradigma, desde o Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e as suas nuances. Para então, lançar a perspectiva procedimental que se faz presente hoje.

Também apresentaremos os embates teóricos: acerca se existe ou não diferença entre princípios e regras; a pertinência ou não do princípio da proporcionalidade e, por fim, a estrutura deontológica dos Direitos Humanos e Fundamentais atribuída pela Constituição.

2. OS PARADIGMAS DO ESTADO LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Para se compreender o que vem a ser o termo paradigma, fundamental se faz a ingerência na filosofia do século XX, nos trabalhos de Hans-Georg Gadamer e Thomas Samuel Khun, este último como responsável por cunhar a expressão paradigma.

Para empreendermos tal debate imprescindível se faz o estudo dos predecessores da filosofia gadameriana, na chamada reviravolta hermenêutico-pragmática da filosofia, o que nos leva a Martin Heidegger que ressalta a importância da história e do tempo sobre o homem. Ao se estudar Heidegger imprescindível à análise da teoria de seu mestre Husserl³, pois esse constitui filósofo importante para se compreender a teoria heideggeriana e a posterior interpretação de Gadamer.

Pois bem, Husserl desejava o método que tornasse a filosofia e as ciências mais rigorosas através do que denominou de redução eidética, ou seja, para se buscar a coisa em si, o pesquisador direciona sua consciência para tal objeto em estudo, retirando tudo o que não constitua a sua essência, ao final ficaria apenas a essência do objeto (DARTIGUES, 2003).

Husserl pretendia buscar a essência das coisas, para isso era preciso despir o objeto de estudo, alcançando, de fato, o que as coisas são e não a sua mera aparência.

Heidegger ao aplicar esse método, redução eidética, sobre o ser humano percebeu que o fato imutável existente no homem é a própria mutabilidade, ou melhor, a sua essência constitui em mudar, paradoxalmente, a imutabilidade consiste na mudança, também atribuiu

³ Costuma-se atribuir a Husserl o estudo da fenomenologia [...] como estudo dos fenômenos, dos dados objetivamente no como de seu dar-se. (OLIVEIRA, 2001, p. 42).

mais duas essências humanas: a relação do homem com o tempo e a linguagem (OMMATI, 2004).

Em Heidegger o homem caracteriza-se pela mudança, linguagem e pelo tempo. A essência humana é o denominado *dasein*, “[...] isto é, o eis-aí-ser, portanto a presença, a revelação, o desenvolvimento do ser.” (OLIVEIRA, 2001, p.209) o estar aí no mundo como temporário, histórico, sujeito a morte, mas que se desvela pela linguagem.

Heidegger demonstrou a indissolubilidade da tradição e do preconceito na vivência humana, para o autor somos marcados por concepções prévias que se dão pela história e através da linguagem que,

[...] é o médium que perpassa a cada ser humano ligando os homens, sendo que, cada sentido que se processa na razão de um sujeito tem seu sentido condicionado aos sentidos lingüísticos dos sentidos presentes na linguagem, fazendo com que não exista razão privada. (ANDRADE JÚNIOR, 2010, p.2-3)

Em outras palavras, somos tempo e, enquanto tal, nossa verdade é sempre datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada, o que não a invalida de forma alguma. (OMMATI, 2004, p. 35-36)

O homem é marcado pela suas pré-concepções, pela história é um ser datado que se realiza no mundo, *dasein*, através da linguagem. Assim, feitas as digressões necessárias e fundamentais para se compreender a filosofia de Hans-Georg Gadamer partimos com o fito de iniciarmos o estudo dos paradigmas.

Gadamer aprofunda os pensamentos de Heidegger no que tange ao preconceito, concepções prévias, a partir da analítica temporal da existência humana, *dasein*, com o objetivo de estabelecer nova forma de tratamento da interpretação. Corroborar esse entendimento o próprio prefácio da obra *Verdade e Método*,

A analítica temporal da existência (Dasein) humana, desenvolvida por Heidegger, **penso eu**, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um dentre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria presença (Dasein). O conceito de “hermenêutica” foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, abrangendo assim o todo de sua experiência de mundo. (GADAMER, 2005, p. 16, grifo nosso).⁴

O intérprete parte de determinados pressupostos, possui expectativas, conceitos prévios, mas isso não significa que aquele que busca compreender possua um juízo *a priori*, pois o que faz sentido é “[...] que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da

⁴ Na mesma senda está BOUCALT; RODRIGUEZ (2002).

opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”. (GADAMER, 2005, p. 356)

Ao ressaltar a importância do preconceito, (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes, crenças, valores que o homem carrega devido a sua própria historicidade, Gadamer (2005) demonstra que o preconceito faz parte da ciência, não há como interpretar sem que tenhamos sido influenciados pela história efetual.

O homem por estar no mundo não se desvincula dessa influência do preconceito,

Isto porque tudo o que é vivido (sentido, experimentado, intuído, visto...) pelos indivíduos históricos é depositado sobre um código comum de identificação e comunicação, de modo que a história se deposite em camadas na linguagem, ganhando assento paulatino em seu processo de transmissão pela tradição e de geração para geração. (BOUCAULT, 2002, p.187)

Portanto, o preconceito constitui ponto de partida de sua teoria, retoma-se a sua importância para a compreensão, daí o contraste com o bradar da *Aufklärung* que bania o preconceito da ciência e buscava a neutralidade no saber.⁵

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível - até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. **Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.** Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais. (GADAMER, 2005, p. 358, grifo nosso).

A compreensão não é a transposição para o interior do indivíduo, mas transposição das suas vivências,

A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. *Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser.* (GADAMER, 2005, p. 368)

Assim, a historicidade humana não constitui limite, mas meio de compreender o caráter circular de toda a compreensão, pois o homem está carregado pela história que se

⁵ Bacon afirmava que o preconceito “[...] aprisiona o espírito e o desvia da verdade, de modo que o homem precisa afastá-lo.” (ANDRADE JÚNIOR, 2010, p. 15) Gadamer caminha em direção oposta ao afirmar: “*Há com efeito também um preconceito da Aufklärung que suporta e determina sua essência: é o preconceito contra os preconceitos em geral e, com isso, a despotenciação da tradição*”. (GADAMER, 2005, p. 360)

articula através da linguagem e que nos é dada pela tradição. Portanto, é uma hermenêutica da finitude transmitida pela linguagem que nos chega pelo mito, costumes, textos, sobretudo através da escrita.

A linguagem é o que possibilita o entendimento entre os parceiros, essa se caracteriza pela contingência e idealidade. Contingente por ser datada, histórica. A partir do momento em que se escreve a linguagem transcende a sua condição histórica, deixa de ser apenas passado e torna-se sentido, daí a sua idealidade que transcende suas determinações finitas e passageiras, abre-se para outras situações históricas contingentes, nova interpretação.

A escrita constitui uma fala alienada o papel hermenêutico é o de reconduzir o que foi escrito a fala, deste modo “[...] a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende. Esse é o círculo hermenêutico de Gadamer.” (OMMATI, 2004, p.41).

A linguagem possibilita a compreensão entre os indivíduos, a transmissão de horizontes de sentido, uma vez que ela é influenciada pela história, liga as pessoas, já que não existe uma comunidade sem que haja a linguagem que possibilita o diálogo.

Gadamer aprofunda seu pensamento no que toca a hermenêutica, para isso ele se utiliza do jurista e do historiador ao falar sobre a hermenêutica histórica e jurídica que na sua conclusão não possuem diferença.

Nessa seara, o jurista ao realizar a interpretação da norma jurídica tem em mãos um caso concreto, já o historiador do direito procura o sentido da norma como fenômeno histórico. Ambos devem compreender o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido.

O intérprete na aplicação das normas jurídicas, ante aos sentidos possíveis da lei e dos argumentos trazidos em simétrica paridade pela acusação e defesa, apontará os possíveis usos contextuais do texto normativo. Há que se distinguir o sentido originário⁶ do texto e o seu sentido jurídico.

O historiador não pode se preocupar apenas com o sentido originário do texto, também deve realizar o mesmo trabalho hermenêutico do juiz, pois ante um texto todos nos encontramos em uma expectativa de saber imediato, (GADAMER, 2005).

Ao analisar Thomas Kuhn imprescindível percebemos o seu contexto, uma vez que ele possuía formação como físico teórico, portanto, as suas digressões são afetas ao campo das

⁶ Para o originalista a interpretação consiste na literalidade dos textos.

ciências exatas, astronomia, física, química. Por isso, a sua obra é polivalente, já que permite a sua aplicabilidade ao campo das ciências humanas, nesse caso ao Direito.

O autor preocupa-se com a evolução da ciência, como ela se dá através das revoluções científicas que acabam por alterar as perspectivas histórica e científica da comunidade, fato gerado pelas constantes rupturas vivenciadas na ciência. E qual a concepção do tão falado paradigma? Nas palavras do próprio autor: “Considero “paradigmas” as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, 2006, p.13).

O paradigma demonstra como uma comunidade científica consegue resolver seus quebra-cabeças, *jigsaw puzzle*⁷, a partir do pano de fundo científico compartilhado. Pano de fundo que possui elasticidade para dar respostas aos problemas levantados, resolver quebra-cabeças.

Como a história não é contínua ou linear, pode-se inferir que o próprio paradigma quando não consegue dar soluções para os seus problemas, entra em momentos de crise, “[...] que conduzem a mudanças em grande escala do paradigma, os cientistas costumam desenvolver muitas teorias especulativas e desarticuladas, capazes de indicar o caminho para novas descobertas”. (KUHN, 2006, p.88) Há uma celeuma entre os acadêmicos provocada pela crise em meio à tensão na busca por respostas.

A transição paradigmática surge com a crise e dá ensejo a novas pesquisas, que porventura ao achar respostas condicionam a destruição do paradigma anterior e trazem em seu bojo indagações, sementes que possibilitam respostas, ainda que parciais, mas que trazem em seu bojo novas perguntas. Esse é o fenômeno possibilitado pela revolução científica, pois há novas descobertas e respostas não desenvolvidas pelo seu antecessor, mas que também traz indagações.

Daí o duplo sentido atribuído ao termo paradigma: primeiro o conjunto de técnicas compartilhadas pela ciência normal⁸ que correspondem as respostas aos quebra-cabeças e segundo a ruptura quando não se dá resposta aos quebra cabeças, surgem anomalias⁹ na teoria científica em voga, há o fracasso do paradigma em apresentar soluções satisfatórias. Há o que denomina tensão essencial caracterizada pela constante crise na ciência vivenciada naquele momento, a desordem é quem provoca o surgimento de novas teorias.

⁷ *Jigsaw puzzle* é o termo correspondente em inglês para quebra-cabeça e constitui : [...] categoria particular de problemas que servem para testar nossa engenhosidade ou habilidade na resolução de problemas. (KUHN, 2006, p.59)

⁸ Termo utilizado por Kuhn que significa a pesquisa baseada em realizações dos cientistas clássicos, aqueles que conseguem dar respostas suficientes aos quebra-cabeças.

⁹ Kuhn (2006) se utiliza dos termos anomalias ou contra-exemplos ao afirmar o fracasso de um paradigma.

“Rejeitar um paradigma sem simultaneamente substituí-lo por outro é rejeitar a própria ciência. Esse ato se reflete não no paradigma mas no homem.” (KUHN, 2006, p. 110) Daí as ciências sociais, na leitura de Habermas (1997), utilizar-se das reflexões de Kuhn e aplicá-las a sociedade, ao Direito, pois a nossa vida é marcada por essas crises, pela tensão essencial que envolve não apenas a ciência, mas o ser humano que é marcado pela história, linguagem e tempo.

Quando surge um paradigma não há a total ruptura com o passado, há sempre algo do antigo que é relido, interpretado, pois o novo paradigma parte da velha teoria, ainda que por alguns momentos o debate entre os acadêmicos seja um diálogo entre surdos, Khun (2006), o que possibilita as revoluções científicas são as crises e tensões. Aqui, já se percebe um link com Gadamer (2005), no que tange a transmissão de horizontes de sentido entre os paradigmas, as pessoas, cientistas, encontram-se em uma fusão constante de horizontes.

Apresentado o arcabouço teórico na definição da terminologia paradigma, bem como, para a futura interpretação dos Direitos Humanos e Fundamentais, norte da pesquisa, partimos para a análise do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito.

A história está dividida por períodos, assim por paradigmas jurídicos, o primeiro foi o estado de direito ou liberal, marcado pelo início da Revolução Francesa, em 1789, com a tomada da Bastilha de 14 de julho de 1789,¹⁰ época em que se operava a ruptura com o Antigo Regime Absolutista, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que ainda faz parte da Constituição Francesa atual, como se percebe da leitura de seu preâmbulo e art. 2º:

PREÂMBULO

O povo francês proclama solenemente a sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e contemplada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004.

[...]

TÍTULO I A Soberania Art. 2º

[...]

A divisa da República é “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”.

O seu princípio é: governo do povo, pelo povo e para o povo.
(CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1958, tradução nossa).¹¹

¹⁰ A Bastilha era uma prisão para adversários políticos do governo francês, também, era local onde existiam armas que os franceses usariam na revolução.

¹¹ PRÉAMBULE

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le

Por outro lado, historicamente, é preciso lembrar, também, da Revolução Puritana e Gloriosa operadas na Inglaterra que culminaram com a assinatura do *Bill of Rights*, em 1689, pelo rei João sem terra e a posterior influencia na Revolução Americana com a Constituição de 1787. Ambas as revoluções constituíram marcos históricos na conquista dos direitos humanos e fundamentais.

O ponto em comum nessas revoluções foi a luta por se limitar o poder estatal através de uma Constituição. Daí os Direitos Humanos e Fundamentais estarem intrinsecamente ligados com a história do constitucionalismo que representa mecanismo de limite ao alvedrio estatal.

Como afirma Norberto Bobbio (2004) que o período que vai da Revolução Inglesa, Francesa e a Norte Americana caracterizou-se pela demanda de liberdades civis contra o despotismo ou poder dos governantes, fenômeno que deu ensejo ao surgimento das primeiras garantias fundamentais e conseqüentemente culminou com o paradigma liberal, portanto, tal paradigma surge com as revoluções burguesas¹².

O paradigma do Estado Liberal teve como pano de fundo a abstenção estatal na vida privada de afirmação da personalidade individual, eis que se primava pela liberdade exacerbada, ocasião em que o contratualismo individualista dos séculos XVIII e XIX propiciou o desenvolvimento econômico e social de poucos que conseguiam se afirmar como sujeitos, na medida em que promoveu intensas desigualdades por força da ousadia inexorável dos denominados direitos civis e políticos.

Dessa forma, a liberdade desmedida, neste pano de fundo, acabou se sobrepondo ao direito da igualdade real, pois:

A igualdade era apenas na lei, não importando se havia desigualdades fáticas que impediam o livre desenvolvimento das habilidades das pessoas. Por fim, a propriedade também era vista em seu aspecto formal, ou seja, todos eram

préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

TITRE I^{ER}

DE LA SOUVERAINETÉ

Article 2

La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ». Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.

¹² Marcelo Campos Gallupo (2002) identifica, neste período, três fatores que levaram culturalmente a mudança do conceito de igualdade, entre eles, a Reforma Protestante, a Revolução Científica e a emergência do capitalismo, ainda que tal igualdade fosse apenas a igualdade formal. Esses fatores que inflamaram os burgueses na luta pelo poder político e conseqüentemente pela redução do poder despótico.

proprietários, pelo menos, de seu próprio corpo, que poderia ser vendido em troca de um salário. Em outras palavras, nesse primeiro paradigma, todos eram livres, iguais e proprietários. (OMMATI, 2004, p. 69)

Tal período foi marcado pela não intervenção estatal na esfera privada, a liberdade é totalmente garantida, de forma que se a esfera pública adentrasse a privada constituiria violação da liberdade individual, tais direitos eram considerados negativos, ou seja, eram garantias que o estado não influiria na liberdade individual, também ficaram conhecidos por direitos de primeira geração.

Acreditava-se, naquela época, que a atribuição de direitos, formalmente, pela Constituição conduziria a um bom funcionamento da sociedade, mas o que aconteceu foi a exploração econômica e social dos homens que,

Após a Primeira Guerra Mundial, tem início um novo paradigma de Estado. Devemos observar que o período do Estado Liberal gerou “a maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história da humanidade”. Jornadas de trabalho de 15 a 17 horas por dia, idosos, crianças e mulheres em rodízio nos postos de trabalho, remunerações aviltantes levando ou conduzindo milhões de desvalidos à completa miséria, além de uma fortíssima repressão a qualquer tipo de protesto, bem como um exército de mão-de-obra de reserva criado nas periferias, em condições degradantes, levaram à eclosão de um sem número de questionamentos e movimentos sociais (socialismo utópico, científico e anarquistas). Com a “crise” da sociedade liberal e a cabal demonstração de seu desgaste com suas promessas irrealizadas (de fim de privilégios, igualdade, liberdade e cidadania etc...), com o surgimento (advindo das revoluções industriais burguesas) de um capitalismo cada vez mais monopolista e com aumento sempre recorrente das demandas sociais e políticas, desembocamos (sobretudo após a Primeira Guerra Mundial) no que se convencionou chamar de “Constitucionalismo Social”. (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 19-20).

A hermenêutica será influenciada pelo paradigma liberal, logo a Constituição será considerada um mero instrumento de limites ao estado, os juízes eram considerados a boca da lei não lhes era concedido qualquer tipo de interpretação, já que a lei deveria ser sempre clara para evitar qualquer tipo de arbitrariedade judicial em razão da exacerbada separação de poderes.

Os direitos fundamentais eram entendidos como verdadeiras garantias, em seu sentido negativo, de não intervenção do Estado na sociedade, constituindo um sistema de normas gerais e abstratas válidas universalmente para os membros da sociedade. Tal fato, não logrou os resultados pretendidos, já que poderia se perguntar qual a liberdade que se tem as classes menos favorecidas? Apenas a liberdade de viver com fome, já que a propriedade e a liberdade eram absolutas?

Já no segundo paradigma da modernidade, o Estado Social, também denominado de Estado de Bem-Estar Social, inovou como pano de fundo com ênfase na igualdade material,

aqui já se percebe a intervenção a todo tempo do Estado na vida privada dos cidadãos, porquanto o indivíduo era considerado como integrante de uma sociedade, haja vista o fundamental papel da coletividade. Pois,

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder – os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 72)

Há no segundo paradigma uma reformulação de direitos vivenciados pelo Estado Liberal, daí serem chamados de direitos de segunda geração como o direito a saúde, trabalho, previdência entre outros. A liberdade, igualdade e propriedade passam a ser vistas no seu aspecto material.

Nesse paradigma houve a materialização dos direitos e da Constituição, para tal efetividade se operar seria preciso um estado forte através de um líder que corresponda aos anseios da sociedade, tal período caracterizou-se pelo chamado Estado Autoritário onde a esfera pública se sobrepunha à esfera privada que constituía uma mera convenção estatal.

Carl Schmitt, autor paradigmático do Estado Social, vai descrever que a Constituição Alemã no período:

A Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919 entrou em vigor em 14 do mesmo mês. Com ela terminou a posição da Assembleia Nacional, como uma Assembleia constituinte **com ditadura soberana**. Havia agora apenas um Reichstag [...] (SCHMITT, 1996, p. 79, tradução e grifo nosso).¹³

Ou seja, o povo¹⁴ era apenas uma massa, já que a esfera privada constitui convenção estatal ou de forma mais radical como fez Hans Kelsen (2003) na qual defendia não haver distinção entre o público e privado, pois todo o direito é público.

O estado social criou clientes, ou seja, imperava-se a igualdade das pessoas, mas não se admitia espaço para os diferentes aos princípios do estado paternalista, o que acabou por culminar com o movimento feminista, dos homossexuais entre outros, tais movimentos eram constituídos por aqueles que não tinham seus direitos reconhecidos .

¹³ La Constitución de Weimar de 11 de agosto 1919 entró en vigor en 14 del mismo mes. Con ello concluyó la posición de la Asamblea nacional como Asamblea constituyente con dictadura soberana. Había ahora sólo un Reichstag [...]

¹⁴ Para mais informações acerca do significado do que se pode entender sobre o que é o “povo” imprescindível a leitura de Friedrich Muller: **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

Dessa forma, ao contrário do paradigma anterior, esse massificou a sociedade moderna e limitou profundamente as liberdades individuais, sendo que todos eram detentores de iguais direitos. Pelo que aludido paradigma caiu em um profundo abstracionismo maniqueísta, preocupando-se apenas com os denominados direitos sociais, econômicos e culturais.

No Estado Democrático surgem novos direitos, chamados de terceira geração, como o meio ambiente equilibrado, direito do consumidor, estatuto da criança e do adolescente, são direitos que não pertencem a sujeitos determinados, mas que a sua violação pode influenciar toda a sociedade.

Nesse pano de fundo compartilhado os direitos possuem o caráter discursivo, pois, como determina Jürgen Habermas acerca da discursividade pela ação comunicativa o que a torna possível “[...] é o *médium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.” (HABERMAS, 2003, p. 20) Deste modo, igualdade, liberdade e propriedade passam a ser vistos discursivamente.

Em tal período há uma reformulação desses direitos a partir da perspectiva democraticamente constitucionalizada, de forma que além de reconstruí-los, provoca-se uma agregação fundamental da discursividade que determina tal Estado.

Há que se perceber que a esfera pública e a privada não se contradizem, como nos paradigmas anteriores, mas se requerem mutuamente, já que são equiprimordiais estando em constante tensão (HABERMAS, 2003).

O Estado é funcionário dos indivíduos (cultural, social e politicamente considerados) devendo buscar sempre a comunidade formada por homens livres e iguais, que se respeitam mutuamente e que zelem pela dignidade humana, no escopo fundamental de formar a sociedade fraterna, livre, justa e solidária, porquanto todos devem ser tratados com igualdade, isto é, igual respeito e consideração.

Ronald Dworkin explica a característica de direito fundamental a igualdade:

[...] nossas intuições sobre a justiça pressupõem não apenas que as pessoas têm direitos, mas que um desses direitos é fundamental e até mesmo axiomático. Esse direito, que é o mais fundamental de todos, é uma concepção nítida do direito à igualdade, que chamo de direito à igual consideração e respeito (DWORKIN, 2002, p. XVI).

Com isso, é de curial importância a utilização do paradigma do Estado Democrático de Direito para a construção deste trabalho, motivo pelo qual analisaremos a perspectiva dos direitos fundamentais, o contexto das regras e princípios, bem como o caráter deontológico

deste Estado Democrático de Direito que orienta a práxis jurídica atual de efetivação e compromisso com a dignidade humana e com o devido processo legal.

3. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para explanarmos acerca da teoria dos direitos fundamentais, é necessário entendermos o que são, sua trajetória, características, e sua divisão didática em gerações¹⁵, para que possamos analisar sua importância deontológica fundamental às sociedades modernas na busca do diálogo entre o sistema jurídico e todos os demais sistemas sociais, implementando a democracia participativa na busca da sociedade de homens livres e iguais que se dão normas para viverem em comunidade (OMMATI, 2004).

Assim, tomando como ponto de partida a doutrina engendrada no paradigma da modernidade, calcada no procedimentalismo democrático, José Adércio Leite Sampaio assevera que:

[...] “Direitos Humanos” seriam os atos válidos para todos os povos ou para o homem, independente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas.

[...] “Direitos Fundamentais” são aqueles que são juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional [...] (SAMPAIO, 2004, p. 8-9).

Tratamento semântico que a nossa Constituição no art. 5º, § 3º parece adotar, já que se utiliza da expressão Direitos Humanos quando fala sobre tratados internacionais e Direitos Fundamentais quando se refere aos direitos positivados no âmbito jurídico interno.

Percebem-se assim, a primazia dos direitos fundamentais¹⁶ em uma ordem constitucionalmente democrática, de preocupação e efetividade desses direitos que se proclamam invioláveis, universalmente compartilhados, cláusulas pétreas do ordenamento jurídico pátrio¹⁷. Direitos fundamentais são construções históricas, sociais, mutáveis assim

¹⁵ Aliamos a doutrina mineira do direito constitucional da qual não admite o termo gerações de direitos fundamentais, pois tal compreensão passa a ideia de que houve uma agregação aos direitos fundamentais, quando na verdade em cada paradigma há uma constante reformulação dos direitos, como adverte Cattoni de Oliveira (2002). Tal perspectiva pode ser sustentada a partir da leitura de Kuhn (2006).

¹⁶ Mencionado por Gisele Cittadino, Habermas demonstra que “*direitos fundamentais são “princípios deontológicos do direito ... Qualquer um que pretenda ver a Constituição como uma ordem concreta de valores engana-se quanto ao seu caráter especificamente jurídico; como normas legais, os direitos fundamentais são constituídos, da mesma forma como as normas morais, segundo o modelo das normas de ação obrigatórias e não de acordo com o modelo dos bens preferidos”*”. (CITTADINO, 2004, p. 176).

¹⁷ Costuma-se atribuir aos direitos fundamentais várias características : historicidade ; inalienabilidade ; imprescritibilidade ; irrenunciabilidade como faz José Afonso da Silva (2009) entre outros trazidos pela doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron (2010) inviolabilidade ; universalidade ;

como qualquer direito e que nasceram com as Constituições formais e rígidas, pois, somente com estas é que tivemos a autonomia funcional do Direito.

Direitos fundamentais em uma ordem democrática permitem a dialogicidade entre o sistema do Direito e os demais sistemas sociais, possibilitando integração e compartilhamento entre esses e aqueles, tornando-se uma ponte que liga o Direito aos demais sistemas sociais, permitindo o acoplamento estrutural entre os mesmos, de forma a trocar informações, no sistema autopoietico, de fechamento operacional e abertura cognitiva do sistema jurídico. Sem esses direitos fundamentais não há sociedade moderna, já que eles nascem e lidam com a alta complexidade desta, e daí o motivo de serem fundamentais.

Nesse sentido e, nas palavras de Niklas Luhmann, acerca dos acoplamentos estruturais comunicativos entre os sistemas sociais, ressaí que:

Existem duas opções para acoplamentos operacionais. Uma é a autopoiesis, que consiste na produção de operações do sistema por mediação de operações do sistema. A outra fica na simultaneidade que deve ser sempre assumido entre o sistema e o meio ambiente. Esta simultaneidade permite um acoplamento momentâneo de operações do sistema com aqueles que estão no ambiente do sistema, por exemplo, a possibilidade de cumprir uma obrigação legal por meio de um pagamento, ou sugerir consenso/dissenso político ao promulgar uma lei. (LUHMANN, 2003, p. 315, tradução nossa).¹⁸

Friedrich Müller, mencionado por Robert Alexy, em contraponto acerca dos direitos fundamentais explicita o seguinte:

Os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Esses 'âmbitos materiais' são transformados em 'âmbitos normativos' por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes da decisão jurídica (ALEXY, 2008, p. 78).

Com isso Müller demonstra que há diferença essencial entre o texto normativo e a norma jurídica. Direitos fundamentais não podem ser considerados em abstrato, pois são mutáveis, históricos, básicos, na medida em que contribuem para o aumento e paradoxalmente

efetividade ; interdependência ; complementaridade ; aplicabilidade dos direitos fundamentais. Tal trabalho não pretende explorar todas as características trazidas pela doutrina.

¹⁸ Existen dos variantes para los acoplamientos operativos. Una es la autopoiesis, que consiste en la producción de operaciones del sistema por mediación de las operaciones del sistema. La otra descansa en la simultaneidad que debe suponerse siempre entre el sistema y el entorno. Esta simultaneidad permite un acoplamiento momentáneo de las operaciones del sistema con aquellas que el sistema atribuye al entorno, por ejemplo, la posibilidad de cumplir una obligación legal por medio de un pago, o sugerir consenso/disenso político decretando una ley.

para a diminuição de complexidade das sociedades modernas. Direitos fundamentais só existem em concreto e isso se dá quando de sua adequação e aplicação ao caso real, o que originará a norma jurídica.

Nesta senda, há de se perceber que, na prática, apenas uma única decisão será a correta¹⁹, aquela capaz de se adequar e de regular determinada situação fática, isto é, deve-se aplicar o direito fundamental correto que não irá colidir com outros possíveis direitos fundamentais, eis que o que colide é texto normativo e não a norma jurídica²⁰, porquanto no caso concreto a hermenêutica jurídica se perfaz tanto na melhor interpretação e compreensão, quanto na melhor aplicação possível conforme a Constituição da República.

Norberto Bobbio (2004) explica a característica histórica dos direitos fundamentais, demonstrando que eles não nasceram de uma só vez, mas são frutos de construções históricas paulatinas e permanentes, nascendo em grandes levas, gerações e épocas distintas. Para tanto,

Sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 25).

Mais à frente Bobbio divide o nascimento dos direitos fundamentais em grandes gerações explicando-as da seguinte forma:

Às primeiras, correspondem o direito de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (BOBBIO, 2004, p. 26).

É importante perceber que essa teoria geracional dos direitos fundamentais serve apenas como critério metodológico didático, pois essa ideia de gerações pode nos levar a noções inadequadas acerca dos mesmos.²¹ Apesar de Norberto Bobbio reconhecer, nessa classificação, a historicidade dos direitos fundamentais, sua metodologia se mostra

¹⁹ “A única decisão correta é sempre uma construção compartilhada, através do processo, com as partes dando suas razões e contra-razões, apresentando suas provas, é dizer, agindo em contraditório.” (OMMATI, 2004, p. 105).

²⁰ É importante pontuar que o texto normativo é algo abstrato, descritível. Já a norma jurídica é justamente o resultado da aplicação daquele texto normativo ao caso concreto, levando-se em consideração as peculiaridades positivas ou negativas que ele nos traz. Assim, texto normativo não se confunde com norma jurídica.

²¹ Partilha-se nesse trabalho da concepção de paradigma proposta por Thomas Khun (2006), ou seja, cada geração de Direitos Fundamentais não constitui uma mera adição de direitos, mas a completa releitura desses direitos.

superficial, na medida em que engendra uma possível hierarquização cronológica dos direitos tratados por essas gerações. Não podemos conceber direitos geracionais uns como mais importantes que outros simplesmente pela aglomeração aditiva de direitos ao longo de seu desenvolvimento, numa perspectiva apenas temporal, carreada pela mudança paradigmática.

Direitos fundamentais são distintos uns dos outros não pelo critério ontológico, como quer nos fazer crer Norberto Bobbio. A distinção é aferida hermeneuticamente, isto é, de forma interpretativa ou lógico-argumentativa, verificada no caso concreto com suas intrínsecas especificidades e através da comunidade de intérpretes, pois, [...] é a interpretação construtiva dos princípios, e dos direitos dele decorrentes, que fornecerá ao aplicador do Direito condições de encontrar a “resposta correta”, entendida como a “melhor resposta possível” em um processo de argumentação racional. (BINENBOJM, 2010, p. 86).

Há uma outra classificação empreendida por Georg Jellinek, desenvolvida no século XIX, acerca dos direitos fundamentais no que denomina de quatro *status* do indivíduo diante do estado: *status subjectionis* ou *status* passivo; *status* negativo; *status* positivo ou *status civitatis* e *status* ativo, (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

No *status subjectionis* ou *status* passivo o indivíduo está em posição de subordinação ao Estado que vincula o indivíduo por mandamentos e proibições.

No *status* negativo os direitos fundamentais são usados como escudo ao abuso do poder do estado, já que o Estado exerce sua soberania sobre homens livres.

No *status* positivo ou *status civitatis* o indivíduo possui o direito de exigir do Estado uma atuação positiva, que realize uma prestação, o Estado deve agir em seu favor.

E por último o *status* ativo na qual o indivíduo influi na vontade política através do exercício dos direitos políticos por meio do voto.

Pode-se inferir que a divisão em quatro *status* dos direitos fundamentais organizada por Georg Jellinek representa uma reorganização das gerações de direitos fundamentais articulada por Norberto Bobbio.

Não obstante, com Thomas Kuhn, aprendemos que a noção paradigmática do Direito pressupõe não apenas um mero acúmulo dos direitos fundamentais conquistados por lutas de povos em cada paradigma da modernidade, mas uma incessante reformulação destes, que são históricos e mutáveis de acordo com o pano de fundo compartilhado de silêncio de dada comunidade. Os direitos fundamentais são oriundos da própria construção social e daí sua constante atualização, não havendo critério pronto e acabado para que o intérprete o compreenda, pois deve ser levado em consideração o critério lógico-argumentativo de sua construção, interpretação e aplicação.

Assim, feitas as digressões necessárias, observa-se que os direitos fundamentais espalhados pela Constituição da República são produtos das lutas sociais, da tradição e das vivências da comunidade de intérpretes, (DWORKIN, 2003). O Direito e sua conseqüente aplicação deve levar em consideração o critério de legitimidade, sendo esta aferida apenas quando os sujeitos de direitos se transformarem não em meros destinatários ou com capacidade de construir, em contraditório, o provimento jurisdicional que irá atingi-lo, mas primordialmente quando assumirem a posição jurídico-política de autolegisladores.

Essa legitimidade, portanto, só pode ser produto do discurso democrático político deliberativo, implicando na equiprimordialidade entre Direito e Democracia, conforme bem salienta Gisele Cittadino.

Ao basear a legitimidade do direito nos procedimentos democráticos de elaboração legislativa, Habermas revela o seu compromisso com o processo político deliberativo, no qual o debate argumentativo assegura a formação da vontade de cidadãos plenamente autônomos, capazes de auto-realização e de autodeterminação. Nesse sentido, há, de acordo com Habermas, uma relação interna, conceitual, entre direito e democracia, que se traduz na conexão intrínseca entre direitos humanos e soberania popular (CITTADINO, 2004, p. 173).

Nesse sentido, ao retratar a teoria habermasiana, Gustavo Binbenbojm²² preconiza:

O Direito legítimo será aquele em que os cidadãos participam não apenas como destinatários, mas também como autolegisladores. Sua teoria pressupõe, assim, uma justificação procedimental – e não metafísica – dos direitos fundamentais, que passam a ser compreendidos como condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação do consenso democrático. (BINENBOJM, 2010, p. 108)

Essa é, portanto, a principal característica do texto constitucional. É a construção de uma sociedade livre, justa e solidária pautada na aplicação maximizadora dos direitos fundamentais, pois o Direito contemporâneo de uma República Federativa que se pretende minimamente democrática²³ deve estar pautado em uma sociedade democrática, isto é, uma parceria entre os homens para a consolidação do empreendimento comum que é o Direito.

É a virtude dos sujeitos de direitos personificados nessa “comunidade aberta de intérpretes” pautados no diálogo do correto e concretizando o direito como integridade que

²² Nesta senda, acerca dos direitos fundamentais, este autor disserta que “o papel de tais direitos básicos é o de assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, no qual a única forma de coerção seja a do melhor argumento” (BINENBOJM, 2010).

²³ Com efeito, uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade do povo se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração. “As condições democráticas” são, assim, os direitos fundamentais, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais são, portanto, uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia (BINENBOJM, 2010, p. 91-92)

trará a legitimidade para a aplicação dos direitos fundamentais. Para tanto, esses autolegislares devem tomar a posição de atores de sua própria história na busca de que o direito seja aplicado de forma a tratar todos com o igual respeito e consideração que merecem.

Gisele Cittadino não deixa dúvidas acerca da possibilidade de controle externo, pelos próprios intérpretes informais, da atuação do poder jurisdicional. Vejamos:

De qualquer forma, não há dúvida de que a principal característica “comunitária” do texto constitucional se encontra precisamente na idéia de “*comunidade de intérpretes*”, que pressupõe, por um lado, uma concepção de “*Constituição aberta*” e, por outro, a adoção de diversos e novos institutos que asseguram a determinados intérpretes informais da Constituição a capacidade para deflagrar processos de controle, especialmente judiciais (CITTADINO, 2004, p. 48)

Tratam-se aqui dos trunfos, coringas explanados por Ronald Dworkin (2002), pois isso retrata o que são os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, leciona Ommati (2004) que:

Hoje, sabe-se mais do que nunca e em decorrência das atrocidades cometidas em nome do interesse público que o interesse público só pode ser assim caracterizado se respeitar os direitos de todas as pessoas. É nesse sentido que Ronald Dworkin vai defender em suas obras que os direitos fundamentais são trunfos, coringas, que podem funcionar até mesmo contra políticas públicas (OMMATI, 2004, p. 88).

Dessa forma, direitos fundamentais são coringas, trunfos, são princípios jurídicos aplicáveis em grau máximo, essenciais para a construção de uma sociedade política e democrática que tem como fulcro a dignidade humana, a cidadania, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, o contraditório e a democracia.

Os Direitos Fundamentais tem sua base no próprio Estado Democrático de Direito e na Dignidade da Pessoa Humana elencados no art.1º da Constituição.

O Estado Democrático é aquele que possui amarras jurídicas é aquele limitado pela soberania popular e pela tensão equiprimordial entre soberania popular e direitos humanos. (HABERMAS, 1997).

Para se definir dignidade humana é sempre difícil, essa constitui comando intrínseco subjetivo, já que cada pessoa deve sentir-se violada em sua dignidade. Só se pode perceber uma lesão à dignidade humana no caso concreto, pois, por mais esdrúxulo que isso possa parecer aos olhos de terceiros representa normalidade daquele que pratica.

Nesse sentido é imprescindível a perspectiva de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas acerca da dignidade humana:

[...] temos a (importante) leitura de **Dworkin** sobre a dignidade humana. Esta, na realidade, busca conciliar os princípios da igualdade e da liberdade, afirmando duas dimensões da dignidade: 1ª) através do reconhecimento da importância de cada projeto de vida individual; e 2ª) através da proteção da autonomia individual na persecução desse projeto de vida. Para tanto, falar em dignidade da pessoa humana somente faz sentido se entendido como vista pelo prisma da garantia de *iguais liberdades subjetivas* para ação. Partindo dessa perspectiva podemos tentar recolocar a dignidade da pessoa humana como condição de legitimação não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico, sem correr os riscos de esbarrar com questões de fundamentação moral ou assumir uma via de volta ao jusnaturalismo. Mais que afirmar que o ser humano deve ser tratado como um ser único, individual, como faz boa parte dos juristas nacionais, a leitura de Dworkin busca justificar-se na própria autofundação do Direito moderno.

Habermas identificará tal proposição com o código da modernidade (liberdade e igualdade) e buscará explicitar como se dará tal processo de produção de normas jurídicas legítimas, no qual cada sujeito é ao mesmo tempo autor e destinatário das normas. (FERNANDES; PEDRON, 2010, p. 226-227).

Não é à toa que as Constituições, no Direito Comparado, fazem referência à dignidade humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito, isso se percebe na leitura da Constituição Alemã que logo no início já fala dos direitos fundamentais e da dignidade humana:

I. Os Direitos Fundamentais

Artigo 1º

(1) A dignidade humana é inviolável. Respeitada e protegida por todos os meios.

(2) O povo alemão reconhece, por conseguinte, inviolável e inalienável os direitos humanos como base de toda a comunidade, de paz e justiça no mundo.

[...] (CONSTITUIÇÃO ALEMÃ, tradução nossa)²⁴

Porém, tais direitos só se concretizam em seu grau máximo de forma discursivamente democrática, em que os sujeitos posicionem-se como autores do Direito e enxerguem sua fundamental importância para o debate público emancipador profícuo à instauração do paradigma compartilhado que proporcione tensão constitutiva entre Soberania Popular e Direitos Humanos, corroborando na afirmação desse projeto inacabado da modernidade: o Estado Democrático de Direito²⁵.

²⁴ **I. Die Grundrechte**

Artikel 1

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

[...]

²⁵ Gisele Cittadino preconiza que “O Estado Democrático de Direito, ao institucionalizar as práticas de autodeterminação cidadã, assegura, ao mesmo tempo, a idéia republicana de “democracia radical”, segundo a qual os debates argumentativos que se processam no âmbito da sociedade civil – na “periferia” – podem influenciar as deliberações e decisões tomadas no “centro”, isto é, pelo sistema político enquanto poder administrativo. E o direito, segundo Habermas, é o meio através do qual o poder administrativo é programado e controlado pelo poder comunicativo dos cidadãos. Com efeito, se o direito é o resultado de um entendimento entre os cidadãos sobre a forma como devem legitimamente regular as suas relações, o sistema administrativo –

Por fim,

O sistema de direitos, na verdade, transforma os indivíduos morais em “autores e sujeitos de direito”, em “pessoas legais”, que, nesta condição, participam do processo de produção legislativa democrática: *sem esta garantia de autonomia privada, o direito positivo não pode existir como um todo. Consequentemente, sem os clássicos direitos de liberdade que asseguram a autonomia privada das pessoas legais, não existe um medium para legalmente institucionalizar aquelas condições através das quais os cidadãos podem fazer uso de sua autonomia cívica* (CITTADINO, 2004, p. 174)

4. ACERCA DE PRINCÍPIOS E REGRAS

A discussão sobre princípios e regras teve o seu início com Ronald Dworkin, no livro *Levando os Direitos a Sério* de 1967, como identificam os professores Manuel Atienza e Juan Juiz Manero (2009), pois ainda que Del Vecchio, Esser e Bobbio já falavam nos princípios, em época anterior a Ronald Dworkin, tal autor trouxe considerações inovadoras para o âmbito jurídico.

Há que se observar que a doutrina se utiliza da terminologia princípio em vários sentidos, entretanto será abordada a concepção de princípios teorizada por Robert Alexy e Ronald Dworkin, autores que hoje estão em voga.

Robert Alexy afirma que o ordenamento jurídico deve ser compreendido como regras ou princípios. Os princípios podem ser diferidos das regras quando em conflito, uma vez que regras conflitam-se no âmbito da validade e princípios colisionam no aspecto valorativo. Afirma Alexy,

[...] que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90).

No que concerne às regras, pontua o autor, “[...] são normas que sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” (ALEXY, 2008, p. 91). Para Alexy a distinção entre regras e

regido por um código de poder – deve, em um Estado Democrático de Direito, estar vinculado “*ao poder comunicativo de formação do direito e se manter livre das intervenções ilegítimas do poder social*”. (CITTADINO, 2004, p. 179.).

princípios é qualitativa sendo que toda norma é uma regra ou um princípio, tal diferença se opera com maior clareza em caso de colisões.

Conflitando regras a solução se daria pelo critério clássico de resolução de antinomias (hierarquia, temporalidade ou especialidade) na qual uma das regras cederia espaço de validade à outra, ou seja, apenas uma delas seria realmente válida.

No que tange aos princípios o conflito não levaria a revogação de um, mas a sua aplicação no grau ótimo, já que ambos são válidos, deve-se acurar um critério para a sua aplicação que permita sob determinadas condições que um dos princípios tenha precedência sobre o outro.

Para realizar tal façanha Alexy utiliza-se do princípio da proporcionalidade para determinar a aplicação de ambos os princípios em grau ótimo, já que “[...] os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.” (ALEXY, 2008, p. 94). Tal princípio se subdivide em três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para se utilizar da ponderação é preciso fazer primeiro um juízo de adequação, percebendo que tal medida seja adequada, passa-se a um juízo de necessidade e por fim a proporcionalidade em sentido estrito, alcançada as três etapas alcançar-se-ia qual o princípio aplicável em seu grau ótimo.

O juízo de adequação determina que a medida adotada deve ser adequada para se alcançar o fim proposto, há uma relação entre meios e fins aqui. Já em relação à necessidade a medida escolhida deve ser indispensável para se preservar o direito fundamental não existindo outra eficaz e menos gravosa. Apenas um juízo de adequação e necessidade podem ser insuficientes para se determinar qual o princípio aplicável, daí a imperiosa necessidade do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito que determinará se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim pretendido.

Ronald Dworkin (2002) possui postura diferente, afirma que o ordenamento jurídico pode ser entendido como um conjunto de regras, princípios e diretrizes políticas.

Dworkin afirma que decisões sobre políticas “[...] devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração.” (DWORKIN, 2002, p. 133).

Quanto às regras [...] *funcionam sob um esquema de tudo ou nada. Assim, duas contraditórias não sobrevivem no ordenamento.* (OMMATI, 2004, p. 104.)

Nessa seara por onde forrageamos sementes de integridade o argumento de princípio:

[...] argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. (DWORKIN, 2002, p. 134)

Dworkin inova ao apresentar o princípio da integridade como responsável pela interpretação do direito o que caminha em total oposição à razoabilidade de Alexy (2008):

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 1999, p. 291).

Para Dworkin existe uma única decisão correta que não deve ser buscada pelo método *a priori* da ponderação, mas por todo trabalho hercúleo onde o juiz deve visualizar dos mais diferentes ângulos possíveis a questão trazida a juízo na busca da melhor decisão possível que é única, histórica e irrepetível.

O uso do método da ponderação representa para Dworkin utilitarismo, perspectiva que o autor abomina, pois se deve assumir a complexidade do que foi trazido pelas partes, não confiando em um método como responsável pela interpretação. Dworkin se aproxima da concepção de processo de Elio Fazzalari, como procedimento realizado em contraditório²⁶, tal perspectiva é teorizada pela doutrina mineira.²⁷

Dáí entender que o direito deve ser interpretado pela sua melhor luz, pelos argumentos trazidos pelas partes e pela reconstrução do caso concreto, de forma que o juiz não possua discricionariedade, já que está totalmente vinculado aos argumentos das partes e ao devido processo legal constitucional.

Para tal tarefa Dworkin propõe que o Direito deve ser interpretado pela comunidade corporificada que leva a sério que homens e mulheres livres e iguais possam se dar normas para viverem em comunidade. Assim, a interpretação é um projeto coletivo em que cada geração deve assumir o texto em uma constante fusão de horizontes de sentido, Dworkin bebe na fonte de Hans-Georg Gadamer (2005) ao fazer tal afirmação, Dworkin denominará de

²⁶ Para Fazzalari, o contraditório. (...) consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final à fase preparatória do mesmo ; na simétrica paridade das suas posições ; na mútua implicação da sua atividade (...) (FAZZALARI *apud* FERNANDES ; PEDRON, 2008, p. 51)

²⁷ Tal perspectiva encontra-se melhor explicada em: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e (m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

leitura moral a interpretação calcada em princípios, o juiz que realizará tal feito é apelidado, metaforicamente, de Hércules:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. **Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência, e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules.** Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. (DWORKIN, 2002, p. 165, *grifo nosso*).

Hércules representa o juiz que consegue dar a melhor interpretação para o caso, uma vez que conhece toda a história institucional do direito, ele escreverá um dos capítulos da obra coletiva denominada direito. Dworkin (1999) utiliza-se do romance em cadeia para demonstrar que o direito é uma atividade construtiva e que cada geração se apropria do que já foi escrito ampliando os seus círculos concêntricos de horizontes.

Apresentado o embate entre o marco teórico Ronald Dworkin e Robert Alexy, discutiremos no próximo tópico a perspectiva deontológica e axiológica que respectivamente os autores defendem e nos posicionaremos com a leitura que melhor coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

4. A PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para contextualizar tal debate, ponderação *versus* integridade, imprescindível será perceber que estamos no marco do Estado Democrático de Direito que eleva a democracia à condição triunfante. Tal perspectiva é corroborada por Friedrich Müller:

“Democracia” deriva de “demos”. Para que uma sociedade receba esse título honorífico, não basta que os cidadãos reajam em grandes espaços de tempo como objetos da propaganda eleitoral e expressem, enquanto “sujeitos ideais”, - nos referidos manuais e discursos domingueiros conciliadores – a sua anuência ao sistema a cada dia (passivamente, “inercialmente”, na linguagem de Sartre), ao molde do “plébiscite de tous les jours” (Ernest Renan). Os cidadãos revelam ser *sujeitos práticos* justamente pela *práxis*: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade. Ela é uma oficina permanente, um canteiro de obras. E quando as instituições estatais encarregadas não zelam suficientemente pelo cumprimento da

sua tarefa de supervisão da construção ou chegam mesmo a violar a planta de construção, a constituição, os cidadãos devem defender-se: *resistência democrática por meio da sociedade civil*. (MÜLLER, 2003, p. 126-127).

Com a perspectiva principiológica as normas vem regular o caso concreto, já que o processo de aplicação do Direito será determinado pelas situações fáticas, não há discricionariedade judicial, pois, de outra forma voltaríamos ao Estado Social.²⁸

A ordem jurídica é composta por princípios, normas jurídicas *prima facie* aplicáveis, ou seja, “[...] princípios dependem da normatividade do caso concreto para serem aplicados. É dizer, no caso de concorrência entre princípios para regular um caso concreto, apenas um, o adequado para regular a situação, poderá ser aplicado.” (OMMATI, 2004, p. 91). O princípio não perde a sua validade, mas apenas será afastada a sua aplicação, uma vez que o outro trará uma melhor solução para o caso.

Para Robert Alexy princípios são comandos de otimização sendo que o conflito entre princípio se resolve pelo critério da ponderação para se identificar o princípio aplicável, é uma interpretação axiológica de valores e pesos.

Alexy não trata princípios como normas jurídicas, daí sustentarmos a crítica fornecida por Habermas na equiparação entre princípios e valores. Não é admissível na interpretação construtiva a assimilação de direitos e valores, princípios como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade,

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividade, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas

²⁸ Tal hipótese encontrará relevo na teoria de Hans Kelsen, ao identificar direito e estado: “*Uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de Estado e Direito como uma daquelas duplicações que têm a sua origem no fato de o conhecimento hipostasiar a unidade (e uma tal expressão de unidade é o conceito de pessoa), por ele mesmo constituída, do seu objeto*.” (KELSEN, 2003, p. 352).

diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões. (HABERMAS, 2003, p. 316-317).

Normas e valores se distinguem pela: referência do agir obrigatório ou teleológico; codificação binária (lícito e ilícito); sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e pelos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou valores deve se satisfazer. Assim, por essas qualidades lógicas princípios e valores não podem ser aplicados da mesma maneira. (HABERMAS, 2003).

É possível orientar-se por normas ou valores, mas a orientação será diferente, à luz das normas é possível decidir o que deve ser feito, pelos valores é possível determina-se qual o comportamento é recomendável, ambos buscam a ação correta, no caso das normas a ação é igualmente boa para todos, nos valores, o comportamento é bom para nós. (HABERMAS, 2003).

Direitos Fundamentais são princípios deontológicos (DWORKIN, 2002), ao passo que Alexy (2008) os identifica como bens otimizáveis, mas, não são a mesma coisa. “Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular.” (HABERMAS, 2003, p. 318).

A interpretação conduzida por valores, no âmbito constitucional, transforma-os em uma instância autoritária, já que em caso de uma possível colisão, “[...] todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.” (HABERMAS, 2003, p. 321).

As normas formam uma estrutura coerente e afinada que admite para cada caso apenas uma única decisão correta, daí, entender o ordenamento como uma estrutura deontológica de mandamentos (HABERMAS, 2003).

Dworkin propõe que façamos uma interpretação construtiva através do princípio da integridade e da metáfora do romance em cadeia. Em um parágrafo instigante do *Império do Direito*, explica :

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferente. Isso

exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista sobre o romance que vai se formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo. Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em de um único e exaustivo tema. Contudo, segundo a maneira que agora nos é peculiar, podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será aqui chamamos de dimensão da adequação. Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma que algumas linhas ou alguns tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois autam contra as ambições literárias que são afirmadas pela interpretação. Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. Se não se encontrar nenhuma interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; terá de encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido. Talvez até mesmo esse sucesso parcial seja impossível; talvez cada interpretação que considere não seja compatível com o material que lhe foi entregue. Nesse caso, deve abandonar o projeto, pois a consequência de adotar a atitude interpretativa com relação ao texto em questão será, então, uma peça de ceticismo interno: nada pode ser considerado como continuação do romance: é sempre um novo começo. (DWORKIN, 1999, p. 276-278).

Entender a Constituição e o Direito como valores levaria a própria dissolução da normatividade ínsita ao Direito, já que tudo se reduziria ao decisionismo judicial do que se é bom e não como algo devido. Além de utilizar-se de um método *a priori* de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como solução dos possíveis conflitos.

A perspectiva da razoabilidade peca por considerar a Constituição e o Direito como um conjunto de valores tal teoria não coaduna com a perspectiva do Estado Democrático de Direito melhor explanada por Jürgen Habermas e Ronald Dworkin na leitura deontológica dos direitos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

Sustentar a perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais com fulcro na Teoria do Discurso de Jürgen Habermas e no Princípio da Integridade de Ronald Dworkin representa um risco, sobretudo na região de Serro e Vale do Jequitinhonha, local de visível violação de Direitos, pois, deve o pesquisador realizar a árdua ou hercúlea tarefa de transformar a linguagem jurídica em linguagem apreendida pelo seu destinatário.

Assim, não basta apenas que a Lei Orgânica Municipal repita Dignidade Humana, garantias processuais, que todo o poder emana do povo sem que não haja por parte da população leiga o conhecimento básico desses direitos.

Da mesma forma o discurso hermético no meio acadêmico não será profícuo. O simples discurso em sede de Direitos Humanos e Fundamentais corre o risco de se tornar apenas retórica.

Esse trabalho pretende lançar luzes nas pessoas quanto ao seu sentimento de cidadão, não constituindo debate sofisticado de acadêmicos, pois, é imprescindível se apropriar do texto da lei, há que se fazer sentir borbulhar, dentro de cada um, a ideia de parceria de autores do próprio processo de emancipação realizando o dicotômico liame entre a teoria jusfilosófica e a prática.

O sentimento constitucional constitui alicerce jurídico-político da convivência, o que envolve a realização dos direitos fundamentais, a democracia, a autoconsciência de unidade política. É sentir o poder constituinte originário em constante ebulição dentro de nós que transforma a dinâmica constitucional em uma realidade percebida em cada indivíduo.

Uma vez que na construção do Estado Democrático de Direito a igualdade e a liberdade, direitos fundamentais soberanos, não podem ser observadas apenas diante da lei ou de uma possível materialização por via estatal, mas da própria consciência intrínseca desses princípios como trunfos, coringas na luta pela própria emancipação e criação do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício de Leitão. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. **A liberdade no pensamento de Heidegger e Gadamer**. No 1 (2010) Revista Eletrônica do Curso de Direito – Puc Minas Serro. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1108/1090> Acesso em: 12 de junho 2010.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Portuguesa. (1976)** Disponível em : <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em julho, 2010.

ASSEMBLEIA NACIONAL. **Constituição da República Francesa. (1958)**. Disponível em : http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_1 Acesso em : 03 de janeiro, 2010.

ATIENZA, Manuel ; MANERO, Juan Juiz. **Sobre princípios e regras.** Disponível em : http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/AtienzaRuiz.pdf Acesso em *janeiro*, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização.** 3^oed. rev. ampl. e atual de acordo com a EC n^o 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Hermenêutica Plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/1civil_03/constituicao/constituicao.html.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DARTIGUES, André. **O que é a fenomenologia?.** 8. ed. São Paulo: Centauro, 2003.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em : <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 03 dezembro, 2010.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Constituição Alemã.** Disponível em: http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html Acesso em dezembro, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **Poder Judiciário: e (m) Crise. Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à justiça e as Recentes Reformas do Poder Judiciário à Luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.** 7^a edição. Tradução de Flávio Paulo Meurer, título original : *Warheit und methode.* Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença** : Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. 2 Vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Mirasinha: Edições Europa-América, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9ª edição, São Paulo: Perspectiva, 2006.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho De La Sociedad**. Versão 5.0 de 13/01/2003. Disponível em: <http://www.mediafire.com/?gzhxinmmi5t#1> Acesso em: 30/08/2010.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo: A Questão Fundamental da Democracia**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática : na filosofia contemporânea**. 2ª edição. São Paulo : Loyola, 2001.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico**. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/957/1130> Acesso em dezembro, 2010.

SAMPAIO, José Adécio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estado do Sentir Constitucional Como Modo de Integração Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.