ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: É POSSÍVEL RECONHECER OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA ORDEM OBJETIVA DE VALORES?

THE OBJECTIVE DIMENSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: IS POSSIBLE TO RECOGNIZE THE FUNDAMENTAL RIGHTS AS AN OBJECTIVE ORDER OF VALUES?

Filippe Augusto dos Santos Nascimento*

RESUMO: O presente artigo trata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da possível relação entre tal perspectiva e uma suposta ordem objetiva de valores subjacente à Constituição. Nesses termos, busca-se conceituar essa ordem objetiva de valores e estabelecer suas relações com as teorias axiológicas dos direitos fundamentais. Por fim, elencam-se as conclusões dessas investigações com o intuito de colaborar com o aperfeiçoamento da dogmática dos direitos fundamentais.
Palavras-Chave: Dimensão Objetiva dos Direitos fundamentais. Ordem Objetiva de Valores. Teorias Axiológicas dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article is about the objective dimension of fundamental rights and the possible relation between this perspective and an alleged objective order of values underlying in the Constitution. In these terms, it seeks to conceptualize the objective order of values and define its relations with the axiological theories of fundamental rights. Finally, the conclusions of those investigations are listed with the purpose of supporting the improvement of theory of fundamental rights.
Keywords: The objective dimension of fundamental rights. Objective Order of Values. Axiological Theories of Fundamental Rights.

* Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor da Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Defensor Público Federal. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

No último meio século, um dos temas que tem demonstrado o grande desenvolvimento dos direitos fundamentais em relação ao Estado é o da dimensão objetiva. Tal perspectiva de direitos tem sido responsável por uma série de transformações na dogmática jurídica, chegando a modificar as relações entre as funções estatais e os direitos fundamentais.

Essa noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais surgiu atrelada à ideia desses direitos como uma ordem objetiva de valores. Tal entendimento, no entanto, em um momento posterior, passou a ser alvo de severas críticas doutrinárias. Por tudo isso, ainda nos dias atuais, há uma profunda divergência se é possível reconhecer uma tal dimensão objetiva, sendo esse o objeto do presente estudo.

Buscando alcançar tal desiderato, inicia-se este artigo explicando a dupla dimensão dos direitos fundamentais, aclarando em que consiste essa dimensão objetiva. Em seguida, apresenta-se a evolução das correntes de pensamento que tratam da relação entre os valores e os direitos fundamentais, demonstrando as divergências entre os estudiosos do assunto. Por fim, são apresentadas as conclusões alcançadas com este artigo, buscando contribuir com o debate sobre o tema, propondo uma forma diferenciada de se encarar a relação entre os direitos fundamentais e os valores.

2 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, faz-se necessário explicitar em que consiste a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O citado conceito decorre da chamada dupla dimensão dos direitos fundamentais, que assevera que tais direitos manifestam-se em uma dimensão subjetiva e em uma dimensão objetiva.

A dimensão subjetiva está relacionada com a concepção clássica dos direitos fundamentais, entendendo tais direitos como formas de resistência do cidadão em face do Estado. A perspectiva subjetiva remonta às origens do Estado Liberal e do próprio constitucionalismo moderno, período em que a Constituição tinha como principal função limitar o poder estatal, funcionando os direitos fundamentais como amarras ao Estado.

Partindo da ideia acima exposta, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais compreende tais direitos em uma relação indivíduo-Estado, considerando os direitos fundamentais como mecanismos de proteção do cidadão em face do Estado.

Nos últimos cinquenta anos, todavia, em razão da própria evolução do Estado, houve a necessidade de uma atuação estatal para a efetivação de direitos, florescendo uma nova compreensão dos direitos fundamentais: a dimensão objetiva.

A perspectiva jurídico-objetiva parte da ideia de que os direitos fundamentais não servem como mera resistência do indivíduo em face do Estado, cabendo a tais direitos também uma missão ativa. Desse modo, revela-se a necessidade de buscar a efetivação dos direitos fundamentais entre as próprias razões de existir do Estado.

Outro aspecto da dimensão objetiva é o fato de essa dimensão independer de titulares, ou seja, a perspectiva objetiva prescinde de sujeitos a demandar uma determinada prestação jurídica. Tal aspecto é interessante, pois a desnecessidade de sujeito ativo só ressalta a importância de uma atuação preventiva do próprio Estado. Nas palavras de Martins (2005, p. 81):

> bb) A Função ou dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais encerra outras funções, algumas também já tornadas 'clássicas', como as garantias de organização. Como 'dimensão objetiva', define-se a dimensão dos direitos fundamentais, cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito. Os direitos fundamentais seriam, quando observados por essa dimensão objetiva, critérios de controle da ação estatal, que devem ser observados, independentemente de possíveis intervenções e violações concretas. Não é, destarte, equivocado afirmar que tenha, em geral, um caráter preventivo. A escolha do termo 'dimensão' por Horst Dreier foi, nesse sentido, bem consciente, pois a dimensão objetiva não afasta, muito menos reduz a importância da dimensão subjetiva. A terminologia da função, ao contrário, dá margem a uma possível hierarquização que não condiz com o conceito clássico (liberal) de direito fundamental.

Com efeito, acabou superada a antiga ideia de que o absenteísmo estatal

seria suficiente para que os direitos fundamentais fossem respeitados, revelando-se, com a dimensão objetiva, que, na verdade, é necessária uma postura ativa do Estado na tutela desses direitos. A nova perspectiva, como se observa, impõe ao Estado uma conduta vigilante e ativa na proteção dos direitos fundamentais, o que gera uma série de desdobramentos, podendo ser citados como principais: a irradiação dos direitos fundamentais sobre o ordenamento jurídico, gerando uma constitucionalização do Direito e uma eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares; a vinculação das funções estatais (executiva, legislativa e judiciária) à efetivação dos direitos fundamentais; o fortalecimento de uma perspectiva processual dos direitos fundamentais[1].

A ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tal como aqui apresentada, tem sua gênese na Alemanha, ligada ao entendimento dos direitos fundamentais como um complexo objetivo de valores encartado no texto da Constituição. As palavras de Perez Luño (2005, p. 20 e ss.) colaboram para o correto entendimento do significado desse complexo axiológico objetivo:

> Em seu significado objetivo axiológico, os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, alcançado a partir de relações de tensão e dos conseqüentes esforços de cooperação destinados a realização de metas comuns. Portanto, corresponde aos direitos fundamentais um importante papel legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, já que constituem os pressupostos de consenso sobre os quais qualquer sociedade democrática deve ser construída; em outras palavras, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático, que a maioria dos cidadãos conferem consentimento e condicionam seu dever de obediência ao Direito. Comportam também a garantia essencial de um processo político livre e aberto, como elemento informador do funcionamento de qualquer sociedade pluralista [2].

1 Não há pacificação na doutrina sobre o rol de derivações (eficácias) da dimensão objetiva. Diversos autores tratam o tema de diferentes maneiras. Podem ser citados: (MARTINS, 2005, p. 81); (BONAVIDES, 2001, p. 541 e ss.); (SARLET, 2009, p. 142 e ss.).

2 Livre tradução. No original: "En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del orde-

Como se pode notar dos escritos de Luño, os direitos fundamentais, sob a perspectiva objetiva, são, muitas vezes, apresentados como valores objetivos da comunidade, sendo resultado do acordo dos diferentes interesses que existem em uma sociedade pluralista e democrática, prestando-se a alcançar metas comuns. Essa constatação, todavia, levanta uma série de novas questões, dentre as quais podem ser citadas: o que seria essa ordem objetiva de valores? Qual a precisa relação entre os referidos valores e os direitos fundamentais? Como concretizar esses valores sem recorrer ao arbítrio? Quais as consequências desse viés axiológico para a teoria dos direitos fundamentais?

Dessa forma, somente respostas coerentes às indagações acima expostas serão capazes de demonstrar que a referida ordem objetiva de valores transcende a retórica e pode satisfatoriamente colaborar com a aplicação dos direitos fundamentais.

3 OS VALORES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesses termos, deve-se perquirir sobre o que seria a citada ordem objetiva de valores. A primeira e óbvia constatação é a de que a adjetivação do termo "valor" busca dar-lhe um sentido diverso do que possuía inicialmente. O termo "valor" está relacionado a "juízo de valor", ou seja, ao julgamento que enuncia uma apreciação de alguém sobre algo ou outro alguém. Nota-se assim que a apreciação de valor é algo que existe no plano subjetivo. As palavras de Clarice Von Oertzen de Araújo (2005, p. 37) sobre os valores merecem reprodução:

> Os valores existem na condição de objetos culturais. Segundo Hessen, os valores são objetos de uma experiência e de uma vivencia; são qualidades que apenas podem pertencer a um objeto na medida em que sejam registrados pela consciência subjetiva, sendo a referibilidade a um sujeito uma característica essencial dos valores. Nesta condição, portanto, os valores participam do repertório de uma de uma determinada linguagem, no seu eixo vertical ou paradigmático de organização: o eixo da seleção. O que se explica na medida em que a invoca-

namiento democrático de la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista".

> ção de um valor implicará na preterição de outros valores, que lhes serão contrários ou complementares. Mesmo nos estudos lingüísticos, os valores expressam entidades relacionais.

Nesse sentido, a afirmação de uma ordem objetiva de valores busca retirar tais juízos axiológicos de um mero campo subjetivo, reconhecendo valores comuns a mais de um indivíduo. Uma ordem objetiva de valores, nesses termos, seria a consagração de enunciados valorativos inerentes a uma determinada comunidade em determinado momento histórico[3].

Assim sendo, a objetivação de valores revela-se de difícil compreensão diante do atual modelo de sociedade plural em que o mundo contemporâneo está inserido. Tal se afirma, pois as sociedades hodiernas comportam uma miscelânea de interesses e de conteúdos morais, o que turva uma compreensão de valores objetivamente reconhecidos.

Não obstante a dificuldade inicial, o que se pode constatar é que, apesar da diversidade, os valores – mesmo que antagônicos – têm influenciado as atuais cartas constitucionais. Não é necessário muito esforço para comprovar tal fato. A Constituição Federal de 1988, já no art. 1º, IV, consagra "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". O exemplo apresentado é um dos princípios fundamentais do Estado e, apesar de não ter natureza de direito fundamental, traz em si referência expressa ao caráter axiológico que comporta, além de refletir, de forma emblemática, o antagonismo de interesses que busca tutelar.

O caso dos "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" demonstra a necessidade de composição entre o que busca a classe trabalhadora e a classe empresarial, ou seja, entre dois grupos com interesses marcantemente opostos. Tal aspecto revela a preocupação da Constituição em positivar valores antagônicos, prestigiando o pluralismo e, por via de consequência, os diversos grupos sociais que formam a sociedade.

Dessa forma, a Constituição, por meio da consagração de normas de teor axiológico, acaba por tentar atender aos diversos grupos que compõe a

3 "Ou seja, os valores, ao participarem ou integrarem uma determinada linguagem num dado momento histórico, serão objeto de uma seleção de natureza ideológica, que os organizará de forma hierárquica. A mera enunciação de um valor em qualquer instancia da linguagem jurídica já é manifesta expressão de um juízo de preferência, e, portanto, de uma operação de seleção. A expressão de valores pode refletir, por exemplo, o caráter da efetividade, quando se sobrepõe ao plano sintático da legalidade, da vaidade." (ARAÚJO, 2005, p. 37).

comunidade nacional. Tal fato não é a uma debilitação do todo às partes, mas o reconhecimento da necessidade superior da sociedade de respeitar a diversidade dos grupos que a compõe. Assim sendo, a sociedade, ao reconhecer valores opostos, fortalece-se, pois robustece os diversos grupos que a formam.

Com efeito, é inerente ao sistema constitucional o "meta-valor" pluralismo, que assegura a diferença, que, por sua vez, acaba por gerar integração social. É uma interessante coesão pela diferença. No Brasil, o pluralismo está consagrado já no art. 1º, V, da Constituição Federal, positivando a preocupação constitucional com a diversidade.

Constatada essa busca constitucional-social por uma conformação de conteúdo axiológico, surge a questão da relação entre tais valores e os direitos fundamentais. Nessa seara, Paulo Bonavides (2001, p. 576) afirma haver três períodos na relação dos direitos fundamentais com os valores:

> A formação da teoria valorativa dos direitos fundamentais passa por dois períodos constitutivos facilmente identificáveis: um que transcorre em região abstrata e teórica, onde se vincula a indagações metafísicas, fenomenológicas e axiológicas propriamente ditas, expendidas por filósofos e jusfilósofos, determinados a inquirir nos valores a essência dos comportamentos humanos e sociais; outro que se desdobra numa esfera de concepções doutrinárias extraídas diretamente da realidade jurídica, ou seja, dos valores que aí se concretizam formando o espírito e a unidade do ordenamento positivo, valores, para assim dizer, captados na jurisprudência constitucional dos tribunais. Disso advém uma conclusão: só os direitos fundamentais como ordem valorativa legitimam o poder do Estado. Mas há um terceiro período que depois será objeto de tratamento especial.

Assim sendo, podem ser constatadas, na verdade, três correntes da teoria valorativa dos direitos fundamentais. O primeiro dos entendimentos é marcado por um caráter filosófico mais acentuado, destacando-se, nesse período, o intelecto de Rudolf Smend, responsável pela teoria do "Estado como Integração" e pelo método "científico-espiritual" de interpretação da Constituição.

Segundo Smend, a Constituição é um conjunto de distintos fatores in-

tegrativos do Estado, possuindo diversos graus de legitimidade, contendo os valores primários e superiores do ordenamento. Nesse sentido, para Smend, a ordem positiva é válida na medida em que represente e se legitime nesse sistema de valores consagrados pela Constituição (FELLET, 2010, p. 125).

Sob essa concepção, os direitos fundamentais seriam a representação dessa ordem de valores, simbolizando a cultura de uma dada sociedade, sendo responsáveis pela integração nacional. Em trabalho dedicado ao tema, André Fellet (2010, p. 124) explica:

> Além da significação que possam ter os direitos fundamentais para o direito especial (mediata ou imediata), consigna Smend, existe outra que é fonte daquela: independentemente de qualquer consideração a respeito de sua validez jurídica, 'os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição', o que significa, desde o ponto de vista político, uma vontade de 'integração material' e do ponto de vista jurídico, 'a legitimação da ordem positiva estatal e jurídica.

Nesse primeiro entendimento da teoria valorativa, há uma fusão entre valores e direitos fundamentais. Os problemas levantados em face dessa posição foram o da baixa normatividade, o que acabaria por gerar um esvaziamento de obrigatoriedade de tais direitos (crítica kelseniana[4]) e o de uma possível "tirania dos valores" somada a um retorno ao Direito Natural (crítica schmittiana[5]).

Em que pesem as críticas a Smend, a teoria antiformalista por ele proposta é considerada fundamento para a seguinte corrente da teoria valorativa dos direitos fundamentais, tendo influenciado muitos dos magistrados do Tribunal Constitucional Alemão, que viriam a desenvolver a teoria axiológica dos direitos fundamentais.

Nesses termos, a segunda corrente da teoria valorativa dos direitos fundamentais é caracterizada por ser obra jurisprudencial. Foi, nesse período, que a dimensão objetiva ganhou repercussão, passando a ser considerada como complexo axiológico objetivo. O julgado em que ficou consagrado o referido enten-

4 Explicado por Fellet (2010, p. 124).
5 Explicado por Fellet (2010, p. 126).

dimento foi o caso *Lüth* de 1958 da Corte Constitucional Alemã[6]. Os comentários de Dimoulis e Martins (2009, p. 237) sobre o julgado são relevantes:

> O Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental à liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos subjetivos públicos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.

Nesse contexto, conectada à concepção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, surge a chamada "jurisprudência dos valores"[7], entendimento, resultante da atividade do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que considera os valores como uma ordem hierárquica utilizável como parâmetro para o controle de constitucionalidade (COSTA, 2008, p. 174 e ss.). A jurisprudência dos valores, no entanto, é alvo de severas críticas, principalmente, quanto ao:

6 O caso *Lüth* tem como contexto o período pós-segunda guerra mundial. Nesse cenário, Erich Lüth, crítico de cinema em Hamburgo, conclama os distribuidores de filme e o público em geral a boicotarem o filme "Amante Imortal" (*Ünsterbliche Geliebte*), lançado por Veit Harlan, destacado membro do cinema do período nazista. Harlan e seus parceiros comerciais promoveram ação cominatória em face de Lüth, alegando dano causado por ação de terceiro, conforme previsto no Código Civil Alemão. Erich Lüth foi condenado, no Tribunal Estadual de Hamburgo e no Tribunal Superior de Hamburgo, a paralisar o boicote, sob pena de cominação de prestação pecuniária. Em face de tal decisão, Lüth promoveu reclamação constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, alegando ofensa ao seu direito fundamental à liberdade de expressão. A reclamação foi julgada procedente, revertendo as decisões anteriores.

7 "Segundo a *Jurisprudência das Valorações*, o valor é o elemento de maior relevância do Direito, pois o fato é o suporte dos valores e a norma é um juízo de valor, valor explícito no princípio e implícito na regra" (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 58).

> Risco de que o Tribunal revista suas próprias decisões valorativas com o manto de um procedimento racionalmente orientado, o que aumenta a capacidade de persuasão das decisões sem aumentar o seu grau de racionalidade. (COSTA, 2008, p. 175).

Um dos mais contundentes críticos da *jurisprudência dos valores* é Jürgen Habermas. O autor alemão estabelece uma separação rigorosa entre normas e valores, afirmando serem as normas dotadas de caráter deontológico e obrigatório, enquanto os valores têm um caráter meramente teleológico. Segundo Habermas (1997, p. 316), normas obrigam seus destinatários sem exceção, enquanto os valores devem ser entendidos apenas como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Não bastasse isso, a mais enfática crítica reside na ausência de legitimidade de decisões baseadas em valores, concretizados por meio de procedimentos determinados pelo próprio Tribunal aplicador de tais valores:

> Tal *jurisprudência de valores* levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpretando arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida: 'judicial review is a deliberately countermajoritarian institution'.
>
> Ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma 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, 1997, p. 320 e ss.).

As palavras de Habermas deixam claro o questionamento do autor sobre a legitimidade de decisões baseadas em valores, já que tais decisões podem

acabar dando guarida ao subjetivismo e ao voluntarismo, tudo sob um manto de aparente racionalidade[8]. Em oposição à corrente valorativa, Habermas assevera que a legitimidade do Direito deve ser buscada no processo legislativo, sendo este o espaço de integração social por excelência, por meio de direitos de comunicação e de participação política, intrínsecos a esse procedimento[9]:

> Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem eqüitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. (...) Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. Neste aspecto, a discussão americana é mais fecunda que a alemã. (HABERMAS, 1997, p. 325 e ss.).

Nesses termos, segundo Habermas, o Tribunal Constitucional reveste suas decisões de legitimidade ao realizar o controle do processo legislativo,

8 É interessante notar que o próprio Tribunal Constitucional Alemão atravessou essa crise de legitimidade após o famoso caso dos crucifixos, em que o Tribunal, com base na ponderação de valores, decidiu ser inconstitucional a presença de crucifixos nas salas de aula. Essa decisão provocou forte reação na população, tendo em vista a importância da fé cristã no seio da comunidade alemã.

9 Esse entendimento é corroborado por (MOREIRA, 1999, p. 141).

verificando se nesse processo houve o respeito aos pressupostos comunicativos e à participação política democrática. Por fim, as sempre precisas palavras de Paulo Bonavides (2001, p. 581) resumem o problema decorrente do reconhecimento retórico de uma ordem objetiva de valores:

> Com efeito, abusando da pauta normativa dos valores, o juiz intérprete se inclina, com freqüência, impalpavelmente, ao subjetivismo de sua 'pré-compreensão', dando rédeas largas ao voluntarismo decisório, o qual, sobre afetar a segurança jurídica, faz, por sua vez, a interpretação dos direitos fundamentais percorrer caminhos de alto risco e flutuar nos domínios da incerteza e da imprevisibilidade.

Nota-se, portanto, o grave problema do descontrole sobre os referidos valores, que acabam atribuindo ao juiz amplo poder para preencher o conteúdo axiológico dos valores com voluntarismo ou até arbítrio.

Diante dos problemas levantados em face da jurisprudência dos valores, surge a terceira das correntes axiológicas, responsável por um resgate da normatividade dos direitos fundamentais. A principal característica dessa terceira via axiológica é uma leitura crítica da ideia de ordem de valores, superando-a por meio de um sistema de normas-princípio.

Ao definir a estrutura das normas de direitos fundamentais em um sistema de regras e princípios, surge Robert Alexy como o teórico de destaque dessa terceira noção axiológica. Segundo o professor da Universidade de Kiel, princípios são normas que estabelecem algo que deve ser realizado na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, constituindo-se, portanto, em mandamentos de otimização (ALEXY, 1993, p. 86).

Diante desse contexto, o autor estabelece uma relação direta entre princípios e valores, afirmando que ambos apresentam o mesmo comportamento no que tange aos casos de "colisão", "ponderação" e "cumprimento gradual" (ALEXY, 1993, p. 138 e ss.). De outra banda, o professor alemão faz questão de estabelecer as diferenças entre princípios e valores, tendo em vista que estes possuem um caráter axiológico, baseado em uma noção de bem e de preferência, enquanto aqueles possuem um caráter deontológico, o que implica em uma noção de dever-ser e de obrigatoriedade (ALEXY, 1993, p. 147).

Com efeito, há, na obra de Alexy, uma correlação entre princípios e valores, funcionando os próprios princípios como "critérios de valoração", que são aqueles que podem ser sopesados[10]. Não obstante isso, a diferença acima apresentada entre princípios e valores, faz com que os princípios e sua normatividade, decorrente do caráter deontológico, possam substituir de forma mais eficiente o sistema de valores tal como concebido outrora pela jurisprudência das valorações:

> Se for considerada a possibilidade de tal medida, é perfeitamente possível um argumento jurídico a partir do modelo de valores em vez do modelo de princípios. Mas, em qualquer caso, o modelo dos princípios tem a vantagem que expressa claramente o caráter do dever ser. Adicione-se a isso o fato de que o conceito de princípio, em menor grau do que de valores, resulta em menos falsas interpretações. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para preferir o modelo de princípios.[11].

Nesses termos, por meio do sistema de princípios proposto por Alexy, há o resgate da normatividade dos direitos fundamentais e, não bastando isso, há, em certa medida, a preservação de um caráter valorativo em tais normas, já que esses princípios funcionam como critérios de valoração. Partindo dessa noção, Alexy (1993, p. 138 e ss.) entende que as decisões do Tribunal Constitucional Federal, baseadas em valores, podem ser relidas à luz da nova compreensão de princípios.

Por fim, o professor de Kiel nega a existência de uma ordem *hierárquica* de valores, tendo em vista não ser possível predefinir quais seriam os valores relevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais. Além disso, afirma o autor não

10 Neste ponto, Alexy distingue princípios e regras também sob a perspectiva axiológica, pois enquanto os princípios funcionam como "critérios de valoração", as regras funcionam como "regras de valoração", sendo estas aplicáveis sem serem sopesadas: "Así, pues, la diferencia estructural entre reglas y principios se da también en el nivel axiológico. A los principios corresponden los criterios de valoración; a las reglas, las reglas de valoración. Si se agrega otra precisión terminológica en el sentido de que sólo los criterios de valoración habrán de ser llamados 'valores', utilizando el término 'norma' como concepto superior" (ALEXY, 1993, p. 145).

11 Livre tradução. No original: "Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios. Pero, en todo caso el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios". (ALEXY, 1993, p. 147)

ser possível formular um catálogo de valores que conte com a aprovação de todos de forma intersubjetivamente obrigatória (ALEXY, 1993, p. 152 e ss.).

Assim sendo, essa terceira corrente, mesmo admitindo a correlação entre princípios e valores e a consequente proteção normativa do conteúdo axiológico, também reconhece os limites e fragilidades inerentes ao trabalho com valores. Nessa toada, por meio da proposta de um sistema de princípios aberto ao diálogo axiológico, os direitos fundamentais voltam a ser encarados como normas, sem necessitar abandonar completamente o conteúdo valorativo.

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo até aqui apresentado, constata-se que não se pode realizar uma identificação plena entre os direitos fundamentais e uma suposta ordem objetiva de valores, devendo haver reservas a tal entendimento. A mera identificação inconsequente acabaria por gerar um esvaziamento da própria normatividade dos direitos fundamentais, tendo em vista a notória confusão entre o caráter deontológico das normas e o caráter axiológico dos valores.

Não bastasse isso, a identificação total entre direitos fundamentais e valores geraria sérios problemas metodológicos, principalmente, no que tange à fundamentação de decisões baseadas apenas em critérios axiológicos, o que acaba dando margem a um amplo voluntarismo, subjetivismo, ou até arbítrio por parte dos intérpretes e aplicadores dos direitos fundamentais.

Não obstante isso, não se pode negar ou ignorar uma forte influência valorativa na construção das atuais cartas constitucionais, principalmente, quando tratam de normas jusfundamentais. A dificuldade e os riscos de se trabalhar com valores não podem ser contornados com métodos formalistas, que apenas ignoram a dimensão axiológica das normas. Pelo contrário, deve-se buscar em que medida esses valores são importantes na aplicação dos direitos fundamentais e como, metodologicamente, podem ser trabalhados sem implicar em um esvaziamento de normatividade e sem significar uma redução ao mero subjetivismo.

Nesses termos, é possível admitir os direitos fundamentais como resultado de um acordo de diferentes valores de uma sociedade, o que não significa uma relação de igualdade entre valores e direitos, mas uma relação de derivação,

já que tais valores são decisivos na gênese dessas normas jusfundamentais.

Não bastasse isso, pode-se buscar em que medida tais valores se agregam à estrutura das normas de direitos fundamentais, revelando importância na aplicação de tais direitos. Nesse ponto, há a necessidade de se realizar um diálogo com a teoria dos princípios de Alexy, pois ela admite os princípios como "critérios de valoração".

Assim sendo, esses valores podem servir como vetores hermenêuticos na aplicação dos direitos fundamentais, funcionando como um dos indicadores – não como único dos indicadores – de quais devem ser as decisões jurídicas adotas em casos de direitos fundamentais.

Com efeito, para que tal solução seja possível há ainda a necessidade de se aprofundar o estudo sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais e a sua relação com os valores, bem como se deve buscar uma metodologia hermenêutica adequada a essas peculiaridades, o que merece uma pesquisa própria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FELLET, André Luiz Fernandes. Rudolf Smend e os direitos fundamen-

tais como ordem objetiva de valores. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional:** Direitos Humanos e Fundamentais. 4.ed. Salvador: JusPodivum, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARTINS, Leonardo **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéu: Konrad Adenauer-Stilfung, 2005. (Organização e introdução, coletânea original de J. Schawabe).

MOREIRA, Luis. **Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Correspondência | Correspondence:

Filippe Augusto dos Santos Nascimento
Universidade Federal do Semiárido – UFERSA, Prédio da Reitoria, 1º Andar, BR 110 – Km 47, Bairro Costa e Silva, CEP 59.625-900. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3317-8262.
Email: filippe_asn@hotmail.com

Recebido: 30/12/2010.
Aprovado: 29/11/2011.