

Estado Democrático de Direito Como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor Convidado do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC/SP e de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM), Rio de Janeiro, RJ. Docente-Livre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha.

Importa, inicialmente, que nos situemos em face de avanços decorrentes de mudanças fundamentais no modo de se entender o Estado e o Direito, na quadra histórica em que se passa a viver, em escala mundial, após a 2^a. Grande Guerra, na segunda metade do século XX. Tais mudanças introduziram o que se pode denominar, com Pablo Lucas Verdú, uma nova fórmula política,¹ no cenário jurídico-constitucional, a saber, aquela que entre nós é formalmente adotada a partir de 1988, sob a denominação “Estado Democrático de Direito”.

Com a adoção da fórmula política do Estado Democrático de Direito ingressaríamos em etapa histórica do constitucionalismo em que uma série de inversões se mostraram necessárias, a fim de evitar as perversões sofridas pelo Estado de Direito, constitucional, em regimes políticos autoritários e, mesmo, totalitários, que se valeram dessa forma jurídico-política para atuar, esvaziando-a de conteúdos valorativos capazes de dar sustentação à convivência respeitosa entre aqueles que compõem a sociedade, indiscriminadamente. É assim que regimes ditatoriais, como aquele que tivemos no País entre as décadas de 1960 e 1980, se apresentavam como regimes comprometidos com uma ordem

¹ Cf., v.g., Pablo Lucas Verdú (comp.), *Prontuario de Derecho Constitucional*, Granada: Comares, 1996, p. 173.

constitucional, do mesmo modo como o regime nazista na Alemanha manteve em vigor a constituição que foi um modelo em sua época, aquela de Weimar, de 1919, valendo-se dela própria ou, mais precisamente, de seu art. 48, para suspender, indefinidamente, e supostamente para defendê-la, diante de uma crise, os direitos e garantias fundamentais que ali amplamente se consagrava, mas por normas que então se qualificava como programáticas (Programmsätze): o resultado foi a prática dos atos genocidas de todos conhecidos, sem que contra eles se pudesse invocar a eficácia de normas constitucionais formalmente vigentes.

Dos escombros da II Guerra Mundial emerge, então, uma nova forma jurídica para um Estado de Direito que se precisava também renovar. O impulso maior para tal renovação seria dado por um compromisso prioritário em grau máximo com o respeito à dignidade humana, tão aviltada durante a Guerra. É o que será consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos da então recentemente criada Organização das Nações Unidas, assim como na chamada Lei Fundamental de Bonn, que hoje é a Constituição alemã, de 1949, ano seguinte à proclamação da referida Declaração, sendo que em ambas vem anunciado, já no primeiro artigo, aquele compromisso, de respeito à dignidade humana. Este “valor axial”, como o refere em um de seus escritos Fábio Comparato, passa a se ver entronizado no conteúdo essencial de direitos positivados como fundamentais, agora com dimensões mais amplas - e cada vez mais ampliadas ou ampliáveis – do que aquela de cunho marcadamente individualista, próprias do Estado liberal. E aí se dá a maior das inversões, a que antes referimos, no sentido de que o Estado passa a se organizar em função da defesa e realização dos direitos fundamentais, tidos agora não apenas como direitos subjetivos inerentes à cidadania, mas

também como pautas objetivas, a determinarem que se consagrem normas, instituições e políticas públicas para concretizar tais direitos, efetivando-os e defendendo-os. A própria topografia constitucional revela a inversão que estamos aqui a referir, quando os direitos e garantias fundamentais passam a ser consagrados, tal como entre nós, a partir de outubro de 1988, de maneira ampla, e já no início da Constituição, ao invés de ocuparem aquela posição inferior, secundária, que até então era a deles, enunciados ao final das constituições, de maneira sintética, como a apenas determinar uma área residual de impedimento à interferência estatal na esfera jurídica de seus cidadãos.

É daí que se pode extrair uma série de conseqüências, tanto em nível teórico, como prático, o que se passa a expor em seguida, no formato de teses, que se desdobram em sub-teses, às vezes formando extensas cadeias argumentativas. Sua apresentação de modo assertivo não deve ser confundida com um dogmatismo, pois se trata de uma decantação do que temos defendido desde pelo menos a publicação dos “Ensaio de Teoria Constitucional”, em 1989, obra refundida na “Teoria Processual da Constituição”, cujo complemento é a tese de cátedra, defendida em 1998, “Processo Constitucional e Direitos Fundamentais”, já em 5ª. edição. Para os aspectos epistemológicos, a melhor referência é a “Teoria da Ciência Jurídica”, cuja segunda edição está em preparação, para sair pela mesma editora da primeira, a Saraiva, de São Paulo.

1. Os direitos fundamentais, consagrados em grau de amplitude máxima e em contínua expansão, devem ser tidos como o fundamento do Direito e do Estado (qualificáveis como democráticos).

- 1.1. Os direitos fundamentais são consagrados por normas jurídicas com a natureza de princípio.
 - 1.1.1. O princípio é uma norma jurídica que positiva um *valor* (relativizando-o e horizontalizando-o, ao retirá-lo de uma ordem hierárquica qualquer em que se encontre, seja ela uma ideologia, uma religião ou alguma concepção ética).
 - 1.1.2. Os princípios pressupõem normas jurídicas de outros tipos para serem aplicados.
 - 1.1.3. Além de princípios as normas jurídicas podem ser *regras*.
 - 1.1.3.1. As regras jurídicas podem ser primárias ou secundárias.
 - 1.1.3.2. *Regras primárias* referem-se a fatos em geral, prescrevendo conseqüências jurídicas que decorrem de sua ocorrência, situando-se em um plano de *direito material*.
 - 1.1.3.3. *Regras secundárias* referem-se a fatos relacionados com a elaboração de regras primárias, tendo nítido caráter *procedimental*.
 - 1.1.3.4. As regras jurídicas podem variar em graus de generalidade e abstração.
 - 1.1.3.5. As regras gerais vinculam uma classe indeterminada (mas determinável) de indivíduos.
 - 1.1.3.6. As regras abstratas referem-se a fatos hipotéticos.
 - 1.1.3.7. As regras menos gerais e abstratas referem-se a indivíduos determinados e fatos concretos.
 - 1.1.3.8. As regras mais gerais e abstratas situam-se em patamar mais elevado na estrutura escalonada do ordenamento jurídico.

- 1.1.3.9. Há uma *diferença deontológica* (“deverendo”²) entre regras e princípios.
- 1.1.3.10. É *incomensurável* a diferença de generalidade e abstração de regras e princípios, pois a mais geral e abstrata das regras ainda se reporta a um fato hipotético, enquanto os princípios não referem fatos, pois explicitam valores, que nas regras estão implícitos.
- 1.2. Em caso de conflito (abstrato) entre regras (antinomia normativa) ou de lacuna (ausência de regra) recorre-se a regras (secundárias) que se refiram a tais fatos.
- 1.2.1. O conflito (concreto) entre princípios é resolvido com a prevalência (no caso concreto) de um ou alguns dos princípios em conflito em relação a um outro ou aos demais, respeitando-lhes o conteúdo essencial, ou seja, sem violar-lhes o núcleo intangível.
- 1.2.1.1. Em caso de conflito entre princípios recorre-se a um *princípio de proporcionalidade*.
- 1.2.1.2. O princípio de proporcionalidade determina que se busque a realização máxima possível (jurídica e faticamente) do conjunto de princípios em que se fundamenta o ordenamento jurídico.³
- 1.2.1.3. O princípio de proporcionalidade requer *processo* para ser aplicado.

² Palavra construída por analogia a *différend*, “diferendo”, proposta pelos pós-estruturalistas franceses (Deleuze, Derrida, Lyotard etc.) para caracterizar a diferença ontológica entre Ser e ente, tematizada na filosofia heideggeriana.

³ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: NOMOS, 1985, p. 100.

- 1.2.1.4. O princípio de proporcionalidade é uma garantia (de direito) fundamental, ou seja, é um direito fundamental em sentido amplo, um direito fundamental processual.
- 1.2.2. O princípio da proporcionalidade não é um critério ou um cânone da chamada nova Hermenêutica Jurídica ou interpretação especificamente constitucional,⁴ pois é uma norma jurídica, positiva, vinculantes de condutas, enquanto estes cânones ou critérios são padrões de pensamento, a serem adotados de acordo com a discricionariedade do intérprete.
- 1.2.2.1.1. Correlato ao princípio da proporcionalidade é o cânone ou critério hermenêutico-constitucional da *concordância prática* ou *harmonização*.
- 1.2.2.1.1.1. Os cânones ou critérios hermenêutico-constitucionais são uma transposição para o plano heurístico ou cognitivo de princípios fundamentais do Estado de Direito e Democrático.
- 1.2.2.1.1.2. Há contradição entre os princípios fundamentais do Estado de Direito e Democrático, assim como entre os cânones ou critérios hermenêutico-constitucionais, que se resolve com o emprego dos princípios de proporcionalidade e da concordância prática ou harmonização, respectivamente.
- 1.2.2.1.1.2.1. A contradição entre os princípios fundamentais do Estado de Direito e Democrático se mostra já na origem histórica

⁴ O desenvolvimento desses novos cânones se deve principalmente à Escola de constitucionalistas liderada por Konrad Hesse, sendo de se destacar a colaboração, nesse particular, de Friedrich Müller.

completamente diferente de ambos, sendo o primeiro moderno e o outro antigo.

1.2.2.1.1.2.2. A contradição entre os princípios fundamentais do Estado de Direito e Democrático também se revela na incompatibilidade entre ambos, se pensados radicalmente, pois o primeiro determina submissão e obediência à legalidade, enquanto o outro não admite nenhum condicionamento ao poder legítimo do titular da soberania.

1.2.2.1.1.3. A instituição jurídica do Estado de Direito e Democrático é um requisito político da validade teórica da hermenêutica constitucional e de uma Teoria (jurídica) dos Direitos Fundamentais (abrev.: TDF).

1.2.2.1.2.1. A política democrática e o conhecimento científico são convergentes, pois ambos se baseiam na prevalência de argumentos confrontados em uma discussão aberta e pautada pela busca da liberdade de constrangimentos ideológicos.

1.2.2.1.2.2. Democracia e ciência compõem a super-ideologia de nosso tempo.

1.2.2.2.1. Para captar e bem estudar os direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões é preciso uma teoria que seja igualmente multidimensional, superando os reducionismos praticados por outras teorias, que melhor seriam denominadas como doutrinas, por lhes faltar o devido compromisso com as regras do jogo científico.

1.2.2.2.2. Uma teoria científica requer o cuidado com aquilo que Robert Alexy, na esteira de seu professor Ralf Dreier (donde denominarmos o modelo

que propõe *Modelo Dreier-Alexy*), denomina *dimensão analítica* ou conceitual, na qual se burila o instrumento simbólico da investigação e da transmissão dos conhecimentos obtidos, os quais são “formatados” também por este simbolismo, que pode ser desenvolvido independentemente, até de maneira matemática.

1.2.2.2.3. Para se ter uma abordagem científica faz-se necessário igualmente uma *base empírica*, um campo experimental, e esta experiência, na área jurídica, é constituída historicamente, tanto em um eixo diacrônico, na história de um direito nacional ou na história geral dos direitos, como em um eixo sincrônico, em que se tem o direito comparado e a comparação no âmbito de um mesmo sistema.

1.2.2.2.4. Uma teoria científica, por ser também jurídica, tem de avançar para além do formalismo analítico e do realismo fático, indo ao encontro da dimensão axiológica, ainda que de maneira conjectural (no sentido de Miguel Reale e Karl Popper) e crítica (especialmente do ponto de vista ideológico), a qual se configura, na denominação do Modelo Dreier-Alexy, como *dimensão normativa*. Aqui, a teoria fornece elementos para a constituição de doutrinas, que passam a constituir a dimensão empírica, retroa-alimentando de maneira circular, recursiva, autopoietica (no sentido de Niklas Luhmann) a teoria, prestando-se, assim, à expansão do Direito, pela proposta de soluções para seus problemas mais difíceis, os quais, em geral, podem ser traduzidos como problemas em colidem princípios e direitos fundamentais, a serem resolvidos pela

incidência de um princípio dos princípios (no sentido husserliano), que é o *princípio da proporcionalidade*.

1.2.3.1. O princípio da proporcionalidade possui característica que o assemelha às regras jurídicas, por permitir a subsunção do conflito entre outros princípios, fornecendo solução para esse problema maior do Direito, sem que disso resulte a possibilidade de lhe atribuir, paradoxalmente, a natureza de uma regra.

1.2.3.2.1. O princípio da proporcionalidade, sendo um princípio com a estrutura de regra e por ter natureza processual é uma condensação da ordem jurídica escalonada em três níveis, o das regras, o dos princípios e o dos procedimentos, como é próprio da ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito.

1.2.3.2.2. A norma jurídica, de caráter constitucional, que consagra o princípio da proporcionalidade, por ser um princípio, pode ser implícita, como ocorre entre nós.

1.2.3.2.3. A norma jurídica que consagra o princípio da proporcionalidade pode ser considerada a verdadeira *norma fundamental*, sem caráter hipotético, nem fictício, como preconizou Kelsen.

1.3. Não há conflito entre regras e princípios, pois os princípios não se reportam a fatos, ainda que hipotética e abstratamente.

1.3.2.1. O conflito aparente entre regras e princípios deve ser tratado como uma colisão entre o princípio (ou princípios) donde derivam tais regras com os demais princípios envolvidos.

- 1.4. Princípios jurídicos não são de se confundir com *princípios gerais do direito*.⁵
- 1.5. Princípios gerais de direito não são consagrados em normas positivas, sendo revelados pela doutrina.
- 1.5.2. A doutrina dos princípios gerais de direito é jusnaturalista, pois são princípios considerados válidos em geral, isto é, em toda ordem jurídica.
- 1.5.2.1. Princípios gerais de direito são indicados por normas postas em nosso ordenamento jurídico que prevêm o modo de se colmatar lacunas, evitando o *non liquet*.
- 1.5.2.2. Princípios gerais de direito são a última possibilidade de que o órgão judicial deve lançar mão para pronunciar a norma individual e concreta que é a sentença, em caso de lacuna, pois antes deve recorrer à analogia e ao costume, aí incluída a jurisprudência, enquanto costume judicial.
- 1.5.2.3. Assim como o costume, também os princípios gerais de direito, em ordens jurídicas de sociedades hiper-complexas como as (pós- ou hiper) modernas estão em desuso,⁶ pois tanto o excesso como a insuficiência de regras podem ser melhor resolvidas pela aplicação daquelas normas igualmente positivas que são os princípios jurídicos.

⁵ Nesse sentido, cf. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, cap. 8, pp. 228 ss.

⁶ Cf. Willis Santiago Guerra Filho, Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

2. Os direitos fundamentais têm seu núcleo essencial intangível definido pela determinação de respeito à dignidade humana.
- 2.2. A dignidade humana é ofendida quando um sujeito é tratado como objeto por outro sujeito.
- 2.2.2. A dignidade humana implica na igualdade de todos perante a lei (isonomia distributiva).
- 2.2.2.1. O princípio (fundamental estruturante) do Estado de Direito decorre da dignidade humana.
- 2.2.2.2. O princípio (fundamental geral) da legalidade decorre do princípio (fundamental estruturante) do Estado de Direito.
- 2.2.3. A dignidade humana implica em tratar desigualmente os desiguais (isonomia comutativa).
- 2.2.3.1. O princípio (fundamental estruturante) do Estado Democrático decorre da dignidade humana.
- 2.2.3.2. O princípio (fundamental geral) da legitimidade decorre do princípio (fundamental estruturante) do Estado Democrático.
- 2.3. O respeito à dignidade humana requer o respeito do ser humano enquanto indivíduo, partícipe de diversas coletividades, inclusive aquela maior, enquanto espécie planetária, natural e social.
- 2.3.2.1. Às diversas gerações de direitos humanos, em um eixo diacrônico, histórico, com tendência universalista e caráter mais ético-político, correspondem dimensões dos direitos fundamentais, em um eixo sincrônico, comparativo, com tendência mais local, comunitarista e caráter efetivamente jurídico-positivo.

- 2.3.2.2. São três as dimensões básicas dos direitos fundamentais, considerando os seus titulares.
- 2.3.2.2.2. Na primeira dimensão o titular do direito fundamental é o sujeito individualmente considerado e a este direito corresponde um dever de abstenção.
- 2.3.2.2.3. Na segunda dimensão cabe a titularidade do direito fundamental a sujeitos coletivos ou difusos de dada comunidade política e a este direito corresponde um dever de prestação.
- 2.3.2.2.3.1. Na terceira dimensão o titular do direito fundamental, seu sujeito, é a própria comunidade política e a este direito corresponde um dever de participação ou solidariedade.
- 2.3.2.2.3.2. Entes naturais e pessoas jurídicas podem se fazer representar na comunidade política para serem sujeitos de direitos (e garantias) fundamentais.
- 2.3.3. Os direitos fundamentais têm outras duas dimensões, uma publicística e outra privatística, considerando-se o pólo passivo da relação jurídica fundamental.
- 2.3.3.1. Na dimensão publicística, os direitos fundamentais se exercem perante o Estado, como os direitos subjetivos públicos.
- 2.3.3.2. Na dimensão privatística, os direitos fundamentais se exercem perante particulares, como os direitos da personalidade.
- 2.3.3.3. A diferença dos direitos fundamentais em relação aos direitos subjetivos públicos e os direitos da personalidade reside na circunstância dos primeiros terem sempre as duas dimensões,

publicística e privatística, exercendo-se tanto perante o Estado como perante terceiros.

2.3.4. Os direitos fundamentais têm também mais duas outras dimensões, uma material e outra processual, garantística, que se combinam com as duas dimensões por último mencionadas, do que resultam quatro novas dimensões.

2.2.3.1. Há, portanto, uma dimensão garantística privatística e outra publicística, dos direitos fundamentais em sentido amplo, que, a rigor, são as garantias fundamentais, assim como há duas dimensões materiais dos direitos fundamentais, direitos fundamentais em sentido estrito, uma privatística e outra publicística, respectivamente.

2.3.4.1.2. As garantias institucionais não são de se confundir com os direitos fundamentais, embora a elas se aplique o regime jurídico desses últimos, correspondendo elas à sua dimensão garantística privatística.

2.3.4.1.3. Garantias institucionais distinguem-se de garantias dos institutos por serem as primeiras de natureza publicística e as outras, privatística.

2.3.4.1.3.1. Garantias institucionais distinguem-se de garantias dos institutos da mesma forma como se distingue a dimensão publicística da dimensão privatística dos direitos fundamentais.

2.3.4.1.3.2. Garantias institucionais existem para preservar a existência de instituições públicas (ou publicísticas) como o judiciário e os estabelecimentos de ensino, necessárias à consecução de direitos (e garantias) fundamentais.

- 2.3.4.1.3.3. Garantias dos institutos existem para a preservação de instituições privadas (ou privatísticas) como a família e os “modos de criar, fazer e viver” (art. 216, inc. II, CR), diretamente relacionadas com o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais.
- 2.3.4.1.4. Direitos e garantias fundamentais têm a mesma natureza jurídica.
- 2.3.5. Os direitos fundamentais têm ainda outras duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva.
 - 2.3.5.1.2. Em sua dimensão objetiva os direitos fundamentais não são direitos subjetivos, mas determinações para a organização do poder na (e da) comunidade política que os adota.
 - 2.3.5.1.3. Como os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos mas contemplam um vasto espectro de situações subjetivas outras e, mesmo, dele promanam situações jurídicas objetivas, a figura jurídica que melhor corresponde à sua natureza jurídica é a do **status**.
- 2.2.5. Os direitos fundamentais possuem uma dimensão epistêmica, onde se mostram como diretrizes para se conhecer o Direito, especialmente em se tratando daquele adotado em um Estado que se propõe a ser uma Estado Democrático de Direito.
- 2.4. A intangibilidade do núcleo essencial dos direitos (e garantias) fundamentais impede que normas de direitos fundamentais (NDF) tenham eficácia absoluta.
 - 2.4.2. Não se admite cargas de eficácia diferenciadas para NDF.
 - 2.4.3. NDF não pode ser norma programática.

- 2.4.4. A ausência de regra concretizadora de NDF não pode impedir sua aplicação imediata, isto é, sua concretização.
- 2.4.4.1. A concretização de NDF se dá por meio de um *processo constitucional*.
- 2.4.4.1.2. O processo constitucional tutela direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, direitos fundamentais.
- 2.4.4.1.3. O processo constitucional que tutela direta e imediatamente direitos fundamentais é um processo subjetivo e concreto instaurado pelo exercício de ações constitucionais que são garantias fundamentais.
- 2.4.4.1.4. O processo constitucional que tutela indireta e mediatamente direitos fundamentais é um processo objetivo e abstrato de controle da constitucionalidade para garantir a higidez da ordem jurídica, da qual derivam os direitos fundamentais.
- 2.5. Dos direitos fundamentais derivam situações jurídicas subjetivas e estruturas objetivas de poder.
- 2.5.2. As estruturas objetivas de poder em um Estado de Direito e Democrático só se justificam enquanto instrumentos de realização dos direitos e garantias fundamentais
- 2.5.3. Nas situações jurídicas subjetivas derivadas de direitos fundamentais podem se encontrar pessoas físicas ou jurídicas, entes singulares ou coletivos, humanos ou simplesmente naturais.
- 2.5.4. A implementação de direitos e garantias fundamentais em um Estado de Direito e Democrático requer a atuação de uma jurisdição constitucional diferenciada estrutural e funcionalmente da jurisdição ordinária.

- 2.5.4.1. O modelo concentrado de jurisdição constitucional vem se mostrando o mais adequado para efetivar direitos fundamentais, propiciando a transição para o Estado de Direito e Democrático.
- 2.5.4.2. Os países que adotam o modelo concentrado de jurisdição constitucional vêm tomando medidas para sua desconcentração, assim como aqueles que adotam modelos difusos contemplam institutos de controle concentrado.
- 2.5.4.3. O pior modelo de jurisdição constitucional é aquele em que não se combinam adequadamente os elementos difusos e concentrados.
- 2.5.4.4. O modelo de jurisdição constitucional adotado em nosso País não se coaduna com a fórmula política do Estado Democrático de Direito, sendo uma das causas mais destacadas de nossa atual deficiência política e, mesmo, doutrinária (para não dizer, mesmo, cultural), na realização daquela fórmula.