



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Adaptabilidade da Teoria dos Princípios à Dogmática Internacional dos  
Direitos Humanos

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Maria Clara Bezerra Fonseca

Orientador: Professor Doutor Vitalino Canas

Lisboa – Portugal

2026



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

## Adaptabilidade da Teoria dos Princípios à Dogmática Internacional dos Direitos Humanos

Dissertação elaborada e apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Lisboa como parte da  
exigência para obtenção do título de Mestre em  
Direito e Ciência Jurídica, na especialidade Ciências  
Jurídico-Internacionais

Maria Clara Bezerra Fonseca

Orientador: Professor Doutor Vitalino Canas

Lisboa – Portugal

2026

## RESUMO

Os campos dos direitos nacional e internacional encontram muitos pontos de conexão que os entrelaçam. Um desses pontos de conexão se encontra no âmbito dos direitos humanos e fundamentais. Com o fim da 2ª Guerra Mundial, ambos emergiram como formas de evitar e combater as várias formas de violência que defenestravam a dignidade de populações civis, com poucos ou nenhum recurso de defesa. Essa ligação embrionária entre essas disciplinas do direito não só torna possível uma interação profunda entre elas, como permite o aprimoramento respectivo ao utilizar de certos mecanismos racionalizantes de uma disciplina, para outra. Dentre esses mecanismos, destacamos nesse trabalho a teoria dos princípios – que adquiriu excepcional relevância com a ascensão do novo constitucionalismo – e questionamos se a mesma configura uma ferramenta apta a trazer mais racionalidade a análise de cumprimento das obrigações pactuadas, no contexto da Carta Internacional dos Direitos Humanos. Para tanto, antes de delinear os contornos estruturais dessa teoria, elucidamos o objeto a ser aferido por essa teoria, identificando o conteúdo jurídico do conceito de direito humano, e o contrapondo, quando necessário, com a ideia de direito fundamental. Tomando como parâmetro os direitos contidos na mencionada Carta, apresentaremos criticamente os elementos constitutivos da teoria dos princípios, esclarecendo seu aspecto racionalizador de problemáticas eivadas da subjetividade inescapável inerente ao direito, com o objetivo de identificar se a estrutura proposta pela teoria dos princípios pode ser aplicada, sem perda de consistência, coerência e logicidade, ao sistema de proteção aos direitos humanos proposto pelos dois pactos tratados (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Por meio da análise de artigos dos Pactos, de comentários gerais e documentos oficiais elaborados pelos comitês oficiais de cada sistema, percebemos a constante utilização – ainda que não sistematizada – de componentes consolidados da teoria dos princípios, identificando, ademais, a compatibilidade dos instrumentos da proibição do excesso e da proibição do defeito – como um subgênero do princípio da proporcionalidade – com os direitos humanos encerrados nos respectivos Pactos. Em especial, quanto à proibição do defeito, embora a mesma não tenha sido objeto de discussão aprofundada pelos referidos comitês, observa-se que, dada as limitações ao acesso a informações em nível nacional, ela pode ser utilizada para o aprimoramento da aplicação e fiscalização dos direitos pactuados, em especial, àqueles contidos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Palavras-chave: Teoria dos Princípios; Princípio da Proibição do Excesso; Princípio da Proibição do Defeito; Direitos Humanos Internacionais; Carta Internacional dos Direitos Humanos.

## ABSTRACT

The fields of national and international law have many points of connection that intertwine them. One of these points of connection lies between the domains of human and fundamental rights. With the end of World War II, both emerged as ways to prevent and combat the various forms of violence that undermined the dignity of civilian populations, who had little or no means of defense. This embryonic link between these disciplines of law not only makes it possible for them to interact deeply but also allows for their respective improvement by using certain rationalizing mechanisms, unique to one of those disciplines, to another. Among these mechanisms, we highlight in this work the Principles' Theory – which acquired exceptional relevance with the rise of new constitutionalism – and question whether it constitutes a tool capable of bringing more rationality to the analysis of compliance with agreed obligations, in the context of the International Bill of Human Rights. To this end, before outlining the structural contours of this theory, we elucidate the object to be assessed by it, identifying the legal content of the concept of human rights and contrasting it, when necessary, with the idea of fundamental rights. Taking the rights contained in the aforementioned Charter as a parameter, we will critically present the constituent elements of the theory of principles, clarifying its rationalizing aspect of problems riddled with the inescapable subjectivity inherent in law, with the aim of identifying whether the structure proposed by this theory can be applied, without loss of consistency, coherence, and logic, to the human rights protection system proposed by the two treaties (International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights). Through analysis of articles of the Covenants, general comments, and official documents prepared by the official committees of each system, we note the constant use—albeit not systematic—of consolidated components of the theory of principles, identifying, moreover, the compatibility of the instruments of prohibition of excess and prohibition of defect – as a subgenre of the principle of proportionality – with the human rights enshrined in the respective Covenants. In particular, with regard to the prohibition of defects, although this has not been the subject of in-depth discussion by the aforementioned committees, it should be noted that, given the limitations on access to information at the national level, it can be used to improve the application and enforcement of agreed rights, in particular those contained in the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights.

Keywords: Principles' Theory; Principle of Prohibition of Excess; Principle of Prohibition of Defect; International Human Rights; International Bill of Human Rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ONU	Organização das Nações Unidas
DUDH Humanos	Declaração Universal dos Direitos
PIDCP Civis e Políticos	Pacto Internacional dos Direitos
PIDESC Econômicos, Sociais e Culturais	Pacto Internacional dos Direitos
CCPR	<i>Humans Rights Committee</i>
URSS Soviéticas	União das Repúblicas Socialistas
OIT Trabalho	Organização Internacional do
ICJ	<i>International Court of Justice</i>
UNHROHC <i>of the High Commissioner</i>	<i>United Nations Human Rights Office</i>
CESCR <i>Cultural Rights</i>	<i>Committee on Economic, Social and</i>
ECOSOC	<i>Economic and Social Council</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
USMCA <i>Agreement</i>	<i>United States-Mexico-Canada</i>
OMC	Organização Mundial do Comércio

## Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
<b>PRIMEIRA PARTE: DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>11</b>
O que são direitos humanos? .....	11
O que faz parte do rol dos direitos humanos?.....	23
Considerações acerca dos Pactos integrantes da Carta Internacional dos Direitos Humanos;.....	30
Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; .....	32
Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Políticos .....	37
O que são direitos fundamentais? Qual a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos? .....	42
<b>SEGUNDA PARTE: TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....</b>	<b>47</b>
Genealogia da teoria dos princípios: Hart, Dworkin e os limites às restrições aos direitos fundamentais .....	47
Teoria dos princípios: instrumento de racionalização da argumentação jurídica;.....	56
Inadequação da ideia de comandos de otimização como definidora de normas-princípio, dentro de uma conjuntura de normatização e de exigibilidade dos princípios: alternativas a essa proposição/postulado; .....	71
Natureza dos direitos fundamentais e a resolução de conflitos envolvendo direitos dessa natureza: a inevitabilidade da ponderação para a instrumentalização dos direitos fundamentais que encerram princípios; .....	83
O princípio da proibição do defeito como instrumento de harmonização de colisões envolvendo o dever de ação estatal.....	94
<b>TERCEIRA PARTE: APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS AO SISTEMA/INFRAESTRUTURA DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>100</b>
Compatibilidade entre o modelo dos princípios e o panorama dos direitos humanos internacionais .....	100
A máxima da proporcionalidade e os pareceres oficiais de comissões de direitos humanos: enfoque na perspectiva do PIDCP e PIDESC.....	113
Conformidade da máxima da proporcionalidade com o sistema PIDCP.....	114
Conformidade da máxima da proporcionalidade com o sistema PIDESC .....	119
CONCLUSÃO .....	127
BIBLIOGRAFIA .....	131

# INTRODUÇÃO

Dois movimentos ganharam vida e força com o final da 2ª Guerra Mundial: o *neoconstitucionalismo*, com a elevação dos direitos fundamentais a verdadeiros alicerces das democracias constitucionais modernas; e a ascensão dos direitos humanos, dentro do âmbito do direito internacional, à figura central de todo o sistema, demonstrado com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

É a partir desse contexto que os direitos humanos, antes relegado a um papel meramente retórico, adquire camadas de normatividade antes incipientes, ou ainda, inexistentes. Agora, a adoção e ratificação de tratados e convenções por países livres e soberanos demonstra um comprometimento em balizar e adequar suas ações aos parâmetros determinados por esse campo. A aceitação da fiscalização e, eventualmente, repreensão de órgãos independentes vinculados a alguns desses tratados também serve a demonstrar esse comprometimento.

Surge, dessa maneira, a necessidade de se equipar com ferramentas lógico-argumentativas capazes de trazer racionalidade às análises efetuadas por esses órgãos, mas também às avaliações empreendidas pelos próprios países acerca da conformidade de suas operações com as medidas postas pelos sistemas de direitos humanos. A diversidade de sistemas dentro desse campo não contribuiu para a uniformização dos métodos utilizados para esse efeito. Por isso, voltamos os olhos para o fértil campo dos direitos fundamentais e do direito constitucional para apreciar as ferramentas utilizadas pelos sistemas jurídicos nacionais para esse fim e, ao fazer isso, defrontamo-nos com a metodologia amplamente difundida dos direitos fundamentais, trazida a vida por Robert Alexy, e nos esbarramos com uma pergunta. Considerando a semelhança deontológica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, seria possível transplantar uma metodologia de resolução de conflitos de um campo para o outro? Se sim, por que o fazer?

Para responder a essa pergunta principal, dividimos o trabalho em três partes de essencial importância. A primeira dessas partes trabalhará a questão dos direitos humanos propriamente ditos. Inicialmente (no tópico “a. O que são direitos humanos?”), será feito um esclarecimento acerca do significado desse conceito, como surge e evolui na história,

e o que podemos compreender hoje por direito humano. Seguida dessa explicação, trataremos (no tópico “**b.** O que faz parte do rol dos direitos humanos?”) uma tentativa de definir quais direitos fazem parte desse arrolamento e se, de fato, é possível estabelecer com exatidão um catálogo definitivo de direitos humanos.

Reconhecendo a dificuldade em estabilizar e definir um quadro firme para essa classe de direitos – fruto do diagnóstico empreendido no tópico antecedente – e entendendo ser o objetivo do trabalho identificar a compatibilidade da teoria dos princípios a esse ramo jurídico, procedemos a estabelecer (no tópico “**c.** Considerações acerca dos Pactos integrantes da Carta Internacional dos Direitos Humanos”) um enfoque específico dentro dessa disciplina, qual seja, o recorte dos direitos consagrados pela Carta Internacional dos Direitos Humanos. Esse recorte será efetuado com o intuito de restringir a análise a um plano mais limitado e consolidado, que já contém – malgrado a falta de clareza e inconsistências, muitas vezes, presentes na elaboração dos raciocínios e deliberações oficiais acerca dessa temática – certa estabilidade e solidez.

Para tanto, trabalharemos com os dois sistemas de direitos contidos nessa Carta: o plano configurado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o configurado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Cada um deles será apresentado em um subtópico próprio, contendo exposições que enfatizarão alguns critérios e regras estruturais apresentadas pelos Pactos, a fim de informar a forma correta de desenvolver e de se aplicar os direitos encapsulados em cada um desses documentos.

A respeito do PIDCP, evidenciaremos (no subtópico “**c. i.** Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos”) dois desses critérios, quais sejam, o contido no art. 4, §3, o qual determina uma autorização excepcional à derrogação dos direitos pactuados; e o contido no art. 5, §1, que impõe uma proibição interpretativa às cláusulas do Pacto que tenham o intuito de destruir ou limitar severamente os direitos contidos nesse mesmo documento. Quanto ao PIDESC, poremos em destaque (no subtópico “**c. ii.** Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”) o art. 2, §1 para que dele possamos extrair dois critérios próprios desse sistema: a realização progressiva dos direitos e o empreendimento estatal de todos seus recursos disponíveis para a concretização desses direitos. A dissecação dessas regras estruturais próprias a esses sistemas se dará com o propósito último de confrontá-las com os elementos da teoria apresentada para saber se aquelas são compatíveis com estas.

Finalizaremos essa primeira parte do trabalho com uma explicação (no tópico “**d.** O que são direitos fundamentais? Qual a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos?”) sobre o significado de direitos fundamentais, suas características e como estes se diferem dos direitos humanos. Esse esclarecimento será necessário para que possamos, de fato, constatar se uma ferramenta racionalizadora utilizada para a resolução de problemas relativos a um desses ramos do direito pode ser utilizada para o outro, sem prejuízo da congruência e da coerência do sistema em que é implantado.

Dando seguimento ao trabalho, passaremos então para a segunda parte do trabalho em que evidenciaremos a teoria dos princípios criada por Robert Alexy e seus principais elementos constitutivos. Para começar, deslindaremos (no tópico “**a.** Genealogia da teoria dos princípios: Hart, Dworkin e os limites às restrições aos direitos fundamentais”) os antecedentes doutrinários da referida teoria, partindo das elaborações de H. L. A. Hart, em destaque para sua ideia de textura aberta do direito, e chegando ao pensamento contraposto desenvolvido por Ronald Dworkin, como resposta a essas elaborações. Essa digressão doutrinária se justifica para além de situar temporalmente as origens da teoria em destaque nesse trabalho. O entendimento básico dessas doutrinas permitirá uma mais ampla compreensão dos elementos trabalhados inicialmente por Alexy e alumiará o intento por trás das suas elaborações.

Superada essa digressão, adentraremos (no tópico “**b.** Teoria dos princípios: instrumento de racionalização da argumentação jurídica”) efetivamente no pensamento principiado por esse autor, sem, contudo, limitar-se a seus desenvolvimentos teóricos, com a utilização, também, do entendimento desenvolvido por outros autores. Para essa empreitada, discorreremos acerca de três dos principais alicerces dessa teoria, quais sejam, a diferença entre as normas-regra e as normas-princípio, o princípio como comando de otimização, e a lei ou máxima ou princípio da proporcionalidade – também denominado de proibição do excesso –. Examinaremos a estrutura dessa última para entender os testes utilizados para a consecução das soluções racionais para problemas de incompatibilidade prática entre os princípios.

Com relação ao significado palpável das normas-princípio, dedicaremos um subtópico específico (“**b. i.** Inadequação da ideia de comandos de otimização para definir normas-princípio, dentro de uma conjuntura de normatização e de exigibilidade dos princípios: alternativas a essa proposição/postulado”) a esse objetivo. Nele nos aprofundaremos na ideia de princípios como comandos de otimização, porque ela talvez

não seja a formulação mais adequada para encerrar o que se entende por princípio, a ligação dele com a noção de moral, sua relação com a linguagem e o expediente dos enunciados normativos, o que poderia diferenciá-lo da norma-regra, e o que pode configurar um entendimento congruente acerca dessa espécie normativa.

Em sequência, voltaremos nossos olhos (no subtópico “**b. ii.** Natureza dos direitos fundamentais e a resolução de conflitos de direitos dessa natureza: a inevitabilidade da ponderação para a instrumentalização dos direitos fundamentais que encerram princípios”) para os direitos fundamentais, identificando se eles constituem regras ou princípios, dessa forma, extraíndo um raciocínio que possa também se aplicar aos direitos humanos. Por conseguinte, analisaremos os métodos jurídicos de resolução de conflitos comumente utilizados e ressaltaremos o princípio da proibição do excesso e outros artifícios originados da teoria dos princípios como alternativas aptas a solucionar as questões jurídicas que os métodos mais comuns não conseguem satisfatoriamente efetuar.

Antes de iniciarmos a parte seguinte, observaremos (no subtópico “**b. iii.** O princípio da proibição do defeito como instrumento de harmonização de colisões envolvendo o dever de ação estatal”) a figura da proibição do defeito, o que a distingue da proibição do excesso, e como essa figura atua na resolução de questões relacionadas a conflitos de direitos fundamentais, para que, posteriormente, consigamos sustentar se esse artifício resolutório de conflitos pode ser utilizado, tomadas as devidas precauções, ao cenário dos direitos humanos internacionais, considerando, principalmente, o campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, a despeito da sua aplicação a todo direito que se manifeste em uma posição jurídica de reivindicação.

Concluído esse desenvolvimento, adentraremos, então, na terceira e última parte do trabalho que apreciará se a teoria em destaque pode ser aplicada apropriadamente, e sem prejuízo da racionalidade, ao universo dos direitos humanos, mais especificamente, tomando por recorte os sistemas consolidados pelos Pactos acima mencionados. Para dar início a essa investigação, averiguaremos (no tópico “**a.** Compatibilidade entre o modelo dos princípios e o panorama dos direitos humanos internacionais”), a partir de tudo que foi dito, se essa teoria, a despeito de ter sido formulada com o intuito de racionalizar um sistema constitucional específico, pode ser aplicada oportunamente para auxiliar na resolução de problemas dentro do campo dos direitos humanos. Para tanto, utilizaremos do que foi apresentado e trabalhado nas partes um e dois do trabalho para entender se essa transplantação é possível e útil para os propósitos descritos.

Em seguimento, analisaremos (no tópico “**b.** A máxima da proporcionalidade e os pareceres oficiais de comissões de direitos humanos: enfoque na perspectiva do PIDCP e PIDESC”) mais especificamente os panoramas estabelecidos pelo PIDCP e PIDESC e avaliaremos se estes são compatíveis com a esquematização proposta pela teoria de Alexy. Para tal fim, dividiremos essa investigação em dois subtópicos distintos (“**i.** Conformidade da máxima da proporcionalidade com o sistema PIDCP”; e “**ii.** Conformidade da máxima da proporcionalidade com o sistema PIDESC”) para simplificar essa operação. Concluído esse segmento, finalmente emitiremos nossa conclusão final, que trará a resposta à pergunta proposta que ensejou o desenvolvimento desse trabalho.

## **PRIMEIRA PARTE: DIREITOS HUMANOS**

### **O que são direitos humanos?**

O ser humano é um ser eminentemente relacional. Desde os agrupamentos humanos mais primitivos, a necessidade de existência e de proteção dos outros para a sobrevivência do indivíduo modulou a forma como esse ser concebeu a si mesmo e aos outros a sua volta. Antes da aceção universalizante da humanidade, os homens primitivos se reconheciam pertencentes a um grupo e, frente a seus membros, compartilhavam de uma mesma natureza. Quanto aos forasteiros, aqueles não pertencentes a esse agrupamento, não se reconhecia uma identidade – no sentido de essência – compartilhada. Isso não significava necessariamente a desumanização dos alóctones. O que se observa aqui é a inexistência, propriamente dita, de uma concepção do que é ser humano. Essa compreensão começa a mudar, dentre outros fatores, com a emergência do louvor ao divino.

As religiões pré-abraâmicas identificavam, nos fenômenos da natureza, figuras de divindade. Assim como os demais seres vivos e elementos naturais da realidade ontológica, o homem seria fruto do capricho divino e, como tal, devia sua existência e seu sentido de vida a seres, essencialmente, insondáveis e inescrutáveis. A ascensão e disseminação da fé monoteísta progride a reflexão sobre a natureza humana ao elevar o homem a um lugar de superioridade frente aos demais seres vivos, lugar este que ocupa,

pois seria o único, dentre os animais, capaz de apreciar e contemplar a obra divina. Essa capacidade derivaria daquilo que torna o humano, singular; sua permanente incompletude que o impulsiona, como exercício de sua liberdade inata, a traçar seus próprios objetivos e, com isso, trilhar seus próprios caminhos.

Embora a dogmática cristã-católica tenha propagado, com sucesso, a ideia de igualdade de todas as pessoas, em razão de uma mesma descendência divina – ainda que essa ideia se consolidasse, por vezes, como abstração teológica diante da aceitação dogmática da desumanização e inferiorização de povos, etnias, sexos e gêneros – a historiografia identifica no período axial<sup>1</sup> os primórdios da compreensão da igualdade essencial a todos os seres humanos, igualdade essa fundada nos atributos fundamentalmente humanos da razão e da liberdade. O ser humano passa a ser o próprio fundamento do agir humano e, para tanto, o respeito a sua singularidade faz brotar as primeiras reflexões acerca da existência de direitos inatos universais à raça humana.

Tendo como enfoque esse recorte ocidental, no interior da cultura filosófica-jurídica greco-romana, observa-se a menção a direitos naturais de tal índole, de sorte que toda construção teórica-jurídica subsequente influenciada e concebida a partir de suas bases filosófico-deontológicas também se engaja em um exercício racional de reflexão sobre a existência ou não dessa tipologia de direitos. Como culminação última desse processo de reflexão sobre o homem e sua natureza, irrompe o movimento iluminista, alcançando, ao pináculo, a figura do homem guiado pela razão.

O homem se torna fonte e fundamento de toda a atividade humana e, com isso, abre-se o caminho para a consideração séria de direitos congênitos à condição humana, ainda que se limitassem, sobretudo, a liberdades negativas civis e políticas. Em

---

<sup>1</sup>Período que compreende os séculos VIII ao II a.c., em que teria surgido o eixo histórico da humanidade. Nesse espaço de tempo, quase que concomitantemente, em três regiões distintas, na Europa, na Índia e na China, e sem troca de informações prévias entre esses polos, os grandes pensadores e as grandes escolas de pensamento, que originaram e direcionaram toda a reflexão moderna, surgem (Zaratustra no Irã; a aparição dos profetas culminando em Deutero-Isaias, na Palestina, com isso, ficando os pilares do que viria a ser o cristianismo e o islamismo; surgimento dos filósofos gregos, em destaque, Platão, assim como da literatura épica e trágica, pelas mãos de Homero, Ésquilo e Sófocles, fonte do qual beberam todo pensamento ocidental posterior; a elaboração dos Upanishads, que marcam o surgimento de preceitos centrais do hinduísmo, e o nascimento de Buda e, consigo, do budismo, na Índia; o advento de Confúcio e Lao-Tsé na China, criando as bases para a cultura e o pensamento oriental). Com eles, fundam-se as concepções de mundo que perduram até hoje, surgem os princípios e valores axiológicos, que orientam e fundamentam a existência humana. A mitologia passa a dar lugar à racionalidade, como substrato para compreensão do universo a nossa volta. O homem começa a refletir e toma consciência de sua existência singular. Ele descobre sua individualidade se separando, assim, da natureza e dos outros seres. Na inteligência de sua própria fragilidade e incompletude, o ser humano se abre para sua potencialidade ilimitada. Mais sobre isso, conferir o autor da teoria, JASPERS, *The Origins and Goal of History*, pp. 1-6 e 51-55; referindo-se a ele, ver também, COMPARATO, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, pp. 20-24.

movimentos pendulares, surgem, se elevam e se deterioram correntes filosóficas favoráveis e contrárias aos ideais iluministas. Mas, mesmo que a categoria desses direitos fosse objeto frequente de disputa, a filosofia humanística continuou a impregnar a esfera axiológica sustentadora do pensamento racional moderno, por mais positivista que fosse a concepção de direito de uma dita sociedade<sup>2</sup>.

Essa singularidade humana, ser fim em si mesmo – concatenada com a noção respectiva de liberdade congênita ao indivíduo – é a abstração embriológica<sup>3</sup> que dá origem ao surgimento e desenvolvimento do campo dos direitos humanos, e que desembocará na formulação e na promulgação das Declarações da Independência dos Estados Unidos da América (no ano de 1776) e dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos (criado no contexto da Revolução Francesa, no ano de 1789). Pode-se considerar que esses documentos configuram, com efeito, marcos de origem para todo o desenvolvimento subsequente desse ramo jurídico.

Antes da criação e ratificação desses documentos, contudo, vale ressaltar alguns outros pontos cruciais que orientaram o processo que se sucedeu. Como já mencionado, já existiam sementes, em forma de ideias, do que se coalesceria nos Direitos Humanos, como hoje conhecemos. A igualdade e universalidade humana sustentada no plano divino, lentamente se separa dessa dimensão metafísica e toma como alicerce os ideais iluministas, que dispunham o homem como fim último de toda atividade humana. Ao passo que esses pensamentos se consolidam na mente dos indivíduos e na cultura dominante do tempo, a percepção de que o valor humano é intrínseco ao ser humano e que não depende, sua existência, de uma concessão de valor externa, reduz o prestígio e a capacidade persuasiva da argumentação teológica para justificar a existência de uma comunidade humana, de homens iguais e livres.

Essa secularização dos valores da igualdade e da universalidade, muito por influência do pensamento iluminista, adquire potência e magnitude com a criação e posterior difusão das declarações anteriormente indicadas. O ímpeto separatista das 13

---

<sup>2</sup>Com isso o que se propõe é que tanto uma visão contrária a existência de direitos humanos verdadeiramente universais, quanto a visão adepta a existência de tais direitos, compartilham de um ponto de partida de reconhecimento da singularidade humana, e essa singularidade indecifrável é o que concede, ao ser humano, o atributo de valor absoluto, de modo que ele se torna fim de toda ação volitiva. É dizer que mesmo correntes antagônicas como o positivismo e o naturalismo emergem de uma mesma fonte, sendo, suas discordâncias, consequências de entendimentos distintos sobre a construção e a sustentação de um sistema jurídico funcional e ideal.

<sup>3</sup>Há de se notar que essas declarações espelham, em muito, um dos progênitos da corrente iluminista, a saber, o liberalismo clássico. A liberdade individual, contraposta ao absolutismo monárquico e à submissão religiosa, ampara o surgimento de concepções de autogoverno, de primazia da lei, e de direitos individuais baseados nessa liberdade inata, refletindo, por isso, formulações acerca do direito natural.

colônias britânicas toma posse desses ideais e os utiliza como combustível ideológico para impulsionar sua independência do Império Britânico, por meio da formulação da Declaração de Direitos da Virgínia, que, por sua vez, influenciou a criação e posterior ratificação da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Seguindo essa mesma corrente e inspirados pela instauração do novo governo estadunidense – e pela adoção de um novo fundamento para o poder soberano – os revolucionários franceses formularam sua própria declaração de direitos enfatizando a figura do homem como detentor de direitos imanes e inalienáveis.

Ainda que, enquanto declarações de direitos, apresentassem “meras” intenções e aspirações societárias desprovidas de normatividade, o ato de declarar publicamente, em instrumentos jurídicos oficiais, a existência de direitos inerentes à natureza humana e, ao mesmo tempo, derivados dela, consolidou a recepção de um novo olhar sob a relação entre o Estado soberano e o súdito (que se torna, a partir daí, cidadão). Essa ruptura paradigmática, contudo, veio sem definir propriamente o conteúdo e o significado do que poderíamos chamar de direitos humanos. Ainda assim, já propagou a existência de certas qualidades intrínsecas que constituiriam a figura desses direitos. O direito humano o é, pois é natural, ou seja, inerente a condição humana e, por isso, inalienável pela mera vontade soberana; universal, pois aplicável a todos os seres humanos; e igual para todos, independentemente de qualquer diferença ou distinção étnica, social, sexual, religiosa etc., pois todos são dotados de um valor incomensurável pelo próprio fato de existirem.

Essa lacuna ilustra as preocupações da época. Não se discutia propriamente o que seria direito humano, mas sim se existiria algum direito inerente à singularidade humana, fora do contexto particular do indivíduo enquanto cidadão, ou seja, direitos do ser humano, em princípio, desprovido de explícitos titulares dos deveres reflexos; não originados do Estado, mas brotando no momento do nascimento de uma pessoa com vida, independentemente de quaisquer outros fatores externos. O conteúdo essencial desses direitos ainda não era, em efeito, objeto de grande interesse para a doutrina humanística que se desenvolvia<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>Nesse ponto, é importante ressaltar que ambas as experiências revolucionárias – e os documentos resultantes de suas lutas – ainda que não se preocupassem eminentemente com a elucidação do conteúdo desses direitos de mais alta importância, refletiam a consciência, os ideais e os pontos de vista vigentes da época. Assim, os direitos consubstanciavam verdades metafísicas, representando inicialmente armas, escudos, ferramentas dos cidadãos contra a interferência indevida do Estado na esfera privada de suas vidas. Emolduravam, portanto, liberdades negativas, sem as quais os homens não teriam o poder de decidir seus próprios caminhos. Compreendem muito do que hoje integra as noções de direitos civis e políticos, correspondendo à 1ª geração/dimensão dos direitos humanos, da elaboração proposta por Karel Vasak: “The first generation concerns ‘negative’ rights, in the sense that their respect requires that the state do nothing

A identificação de quais direitos seriam assim considerados – assim como o significado próprio desses direitos – só viria a despontar como importante foco de discussão doutrinária e jurisprudencial com o fim da 2ª Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas e o advento da centralidade dos Direitos Humanos, no direito internacional, e dos Direitos Fundamentais, nos ordenamentos jurídicos internos dos países. Essa considerável dilação temporal acontece muito em razão da ascensão do nacionalismo, com o fim da era das revoluções na Europa<sup>5</sup>, que breou o rompante do movimento universalista dos direitos humanos e da filosofia iluminista, difundindo a ideia contrária de que o direito estaria vinculado não a uma característica metafísica humana, mas sim ao Estado soberano.

O nacionalismo representou, de fato, uma antítese a esse ardor humanístico, que cada vez mais adquiria vigor, e angariou apoio muito pela observância do que se sucedia na realidade prática: nenhum desses celebrados escritos – que enalteciam essa propriedade exclusivamente humana e a existência de direitos imanentes ao homem – foram capazes de impedir o surgimento e a chegada ao poder de déspotas, de limitar as cruéis arbitrariedades dos poderosos. A violência, o abuso, a exploração e a desilusão continuaram a contaminar a existência dos mais miseráveis. O reconhecimento e a proclamação da universalidade dos direitos não foram suficientes para trazer melhorias efetivas na vida das pessoas.

Nesse panorama em que o eixo de sustentação dos direitos se deslocou do espírito da universalidade humana para a prerrogativa da autodeterminação dos povos como fundamento do Estado, a luta pelos direitos passou a ser entendida como uma ação possível tão somente dentro dos limites da pátria, empreendida pelos originários dessa mesma nação. A autodeterminação de uma nação adquiriu importância superior à concepção de direitos verdadeiramente universais. E esse nacionalismo crescente, na busca de um fundamento para a existência do Estado nacional, encontrou, na idealização

---

to interfere with individual liberties, and correspond roughly to the civil and political rights” (A 30 year struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights, In: *The UNESCO Courier: a window open on the world*, ano XXX, n.º. 11, Nov/1977, pp. 29, 32).

<sup>5</sup>Nas Américas, especialmente nos Estados Unidos, isso se sucedeu de maneira distinta, em razão do contexto sócio-histórico próprio que se desenrolava. A Declaração da Independência e os demais escritos a ela relacionados (Declaração de Direitos de Virgínia e *Bill of Rights*), embora empregassem palavras que evocassem a ideia de direitos inatos a todos os homens, empenhava-se em atestar a presença desses direitos, em relação à autoridade estatal soberana, que não poderia, em nenhum momento, privar o exercício pleno desses direitos. A intenção dessas declarações era, sobretudo, assegurar limites a atuação estatal, por meio da identificação do povo como fonte de todo poder soberano e não atestar a existência de direitos inatos ao ser humano enquanto tal.

de uma histórica mística e gloriosa, um povo homogêneo e superior aos demais, capaz de servir como fundação para esse Estado.

Logicamente, em decorrência da difusão desse pensamento, amplificaram-se sentimentos de xenofobia e irromperam esforços para a manutenção da “pureza” da raça original, eliminar misturas com povos “inferiores” e restringir a entrada e a interação de nacionais com indivíduos de “estirpes indesejáveis”. Isso culminará na ascensão dos regimes ultranacionalistas na Europa – com proeminência dos regimes nazifascistas – e, com eles, brota o estopim ideológico-político da 2ª Guerra Mundial.

As barbáries cometidas durante essa guerra – chocantes, pois afligiram diretamente não somente os combatentes, mas também os civis, com um grau de desumanização quase que colérico para com minorias estigmatizadas – demonstraram o amplo poder destrutivo contidos na conquista do poder legítimo por grupos propagadores de doutrinas eminentemente chauvinistas. O reconhecimento do potencial destrutivo desses movimentos e o espírito emergente de reconstrução de uma sociedade transnacional maculada pela violência descomedida impulsionaram um desvio do padrão até então estabelecido pelos Estados nacionais e um retorno às aspirações humanísticas propagadas pelo iluminismo, agora respaldadas pela adoção de documentos e de organizações verdadeiramente internacionais.

O surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), dos seus órgãos de deliberação, de demais organismos internacionais parceiros, assim como a confecção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)<sup>6</sup>, solidificaram a busca pelo conteúdo desses direitos inerentes à humanidade. Agora, não se pensava exclusivamente em direitos civis e políticos, manifestações de liberdades negativas. Os direitos econômicos, sociais e culturais, antes desconsiderados como direitos verdadeiramente

---

<sup>6</sup>Muito se discute sobre a verdadeira relevância dessa e de outras declarações símeles, para a ampliação do catálogo de direitos usufruídos, de fato, pelos indivíduos, em razão delas não apresentarem mecanismos de coerção e de imposição capazes de obrigar seus signatários a cumprirem com os preceitos elencados pelos documentos. De modo geral, todo o sistema de direitos humanos carece dessa exigibilidade característica do direito interno, apta a impor ao sujeito de direito a concretização de condutas especificadas pela lei. Contudo, o ato de declarar – ainda mais em consenso – direitos e liberdades essenciais ao ser humano foi importante mesmo assim, pois, ao mesmo momento, confirmou um pensamento subjacente anterior que surgiu da inconformidade com a brutalidade da guerra e que pregava o respeito indiscriminado ao indivíduo dotado de valor próprio; e abriu um campo de discussão, antes inexplorado, em que direitos antes menosprezados poderiam adquirir força argumentativa e, com isso, alcançar o posto de direitos humano e passar a ser considerado, no âmbito interno, como direitos fundamentais exigíveis judicialmente. Nessa perspectiva, Lynn Hunt aduz: “A ação de afirmar, dizer, apresentar ou anunciar aberta, explícita ou formalmente”, implícita no ato de declarar tinha uma lógica própria. Uma vez anunciados abertamente, os direitos propunham novas questões – questões antes não cogitadas e não cogitáveis.” (*A Invenção dos Direitos Humanos: uma história.*, pp. 139-140).

universais, adquiriram também o *status* de direitos humanos. É no embalo dessa transformação de percepção, que cada vez mais matérias serão recepcionadas e discutidas dentro do campo dos direitos humanos.

A DUDH – com destaque para sua complementação posterior pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993<sup>7</sup> - vem estabelecer a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, em que a dignidade e o valor intrínseco humano se tornam verdadeiros referenciais teóricos e éticos de toda a reflexão e juízo relacionado. Retornando ao substrato filosófico iluminista, sem, contudo, deixar de promover evoluções substantivas de seus conceitos, destacam-se, como características-chave dessa nova concepção, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência desses direitos<sup>8</sup>. Essas propriedades da nova gramática dos direitos humanos serão fundamentais para a criação e cristalização dos sistemas nacionais, regionais e internacionais de proteção a essa categoria de direitos. A tutela da proteção e da promoção destes passa, ainda que incipientemente, a ser de responsabilidade também da comunidade internacional e de agentes privados. O Estado deixa de ser a autoridade exclusiva sobre essas questões. Com o intuito de efetivar essa tutela, os sistemas internacionais materializarão ferramentas aptas, ainda que limitadas, a fiscalizar a legitimidade das condutas estatais e privadas, dentro do contexto do ser humano como fim-último de toda ação.

A partir do que foi exposto, é possível constatar que os direitos humanos são verdadeiras criações humanas, cujo significado e conteúdo estão em constante transformação, de modo que a identificação do seu núcleo substancial se modaliza invariavelmente ao momento histórico do qual brota a indagação. Por isso a importância de manter os direitos humanos, pelo menos no que se refere a seus enunciados jurídicos e textuais, suficientemente abstratos e indeterminados, utilizando conceitos vagos capazes de ensejar juízos interpretativos distintos, mesmo que isso implique em um enfraquecimento da imperiosidade do direito.

---

<sup>7</sup>Elaborada durante a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em junho de 1993, expõe que: “5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com mesma ênfase.”

<sup>8</sup>Nas palavras de Flávia Piovesan: “[...] a Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.” (*Direitos Humanos e Justiça Internacional*, pp.70-71).

Qual é o conteúdo dos direitos humanos implica, portanto, em explorar sua historicidade<sup>9</sup>, entender o que significava e, pela análise da dinâmica social presente, compreender o que pode fazer parte do seu sentido jurídico corrente. Para tanto, é necessário enfatizar uma questão fulcral quanto a esse tipo de direitos. E esta é que compreender no que consiste os direitos humanos implica reconhecer o aspecto sentimental, emotivo, subjetivo, relacionado a esses direitos. A universalidade, a igualdade e a incomensurabilidade do valor humano pressupõem o reconhecimento da individualidade humana – e, paradoxalmente, de sua pertença a uma comunidade maior do que o *eu* próprio, composta de seus semelhantes – e da capacidade de autodeterminação do ser humano. Pressupõe reconhecer uma liberdade primordial de autogoverno, de existir no mundo segundo regras escritas e escolhidas pelo julgamento próprio e individual de cada um.

E a constatação e admissão dessa individualidade nos outros só se sucederia se o indivíduo tivesse a capacidade de identificar no outro sua própria humanidade; isto é, se ele conseguisse se pôr no lugar do outro, se conseguisse apreender, no outro, uma existência distinta, porém, simétrica a sua<sup>10</sup>. Impõe-se o reconhecimento da dignidade soberana do homem. O que são direitos humanos – sua auto evidência – requer, portanto, a capacidade de sentir empatia pelo outro e esse sentimento, para que possa ensejar o reconhecimento generalizado da existência e do conteúdo (ainda que seja vago) dos direitos humanos, deve ser algo compartilhado pela grande maioria dos indivíduos autônomos.

E é justamente pelo fato de que a empatia é sempre algo em construção e que é possível adquirir novas percepções sobre autonomia, liberdade e individualidade; que os direitos humanos não são direitos estanques, rígidos e pré-determinados. Eles também se encontram em constante transformação, em consonância com a metamorfose contínua dos sentimentos humanos. Portanto, a evolução dos conceitos de individualidade – associada à crescente compreensão da autonomia do *eu* e dos indivíduos – e da empatia – a percepção de que o outro também é dotado de sentimentos, emoções, aspirações e desejos – é fruto da mutação do pensamento social e, conseqüentemente, da cultura vigente de uma dada comunidade.

---

<sup>9</sup>Nesse sentido, adotamos a tese de historicidade dos direitos humanos, em contraposição a tese do direito natural e imutável e a tese do positivismo jurídico.

<sup>10</sup>É, nesse sentido, que aduz Lynn Hunt: “Os direitos humanos não são apenas uma doutrina formulada em documentos: baseiam-se numa disposição em relação às outras pessoas, um conjunto de convicções sobre como são as pessoas e como eles distinguem o certo e o errado no mundo secular” (*Op. Cit.*, p. 21)

Lynn Hunt, identifica, em meados do século XVIII – ainda em pleno *Siècle des Lumières* – o ponto de divergência<sup>11</sup> do pensamento e da cultura ocidental, no que diz respeito às noções de autonomia individual e de empatia. Ela percebe, nesse momento histórico, a emergência de uma nova forma de se pensar os direitos, da qual germinará um fundamento secular para o poder soberano e para o Estado nacional – qual seja, a capacidade do indivíduo livre, e senhor de si, de decidir se organizar em comunidade de semelhantes e de influenciar os rumos que a mesma deverá seguir – fundamento esse que atuará como substrato teórico para os processos de elaboração das já referidas declarações de direitos.

É esse novo fundamento psíquico, que consegue se embrenhar na cultura dominante da época, calcado na singularidade humana – presente em todo indivíduo, mas não passível de total compreensão – que, em última instância, alumiará a estrutura-chave dos direitos humanos: a concessão de um direito a certo grupo específico de pessoas direciona o movimento político a conceder esse direito a outro grupo, geralmente, mais marginalizado, e, assim, sucessivamente; e quanto mais direitos são reconhecidos como direitos humanos, a tendência constante é que cada vez mais surjam novos direitos revestidos dessa natureza.

Mas esse processo quase nunca se desenrola de maneira linear e constante. Às reivindicações morais por direitos, em princípio, controvertidos, opõem-se moções contrárias, dispostas a extinguir completamente extensões indesejadas do conteúdo destes. Embora a sensibilidade e a empatia sejam, de fato, elementos fundamentais à construção e consolidação de novos contornos para os direitos humanos, fato é que estes, muitas vezes, só afloram após intensas lutas políticas<sup>12</sup>, muitas vezes sangrentas, dentro de contextos de privações, miséria e sofrimento generalizado.

---

<sup>11</sup>A autora liga essa importante transformação cultural à grande popularidade alcançada pelos romances epistolares nessa época, em especial aqueles protagonizados por personagens femininas, que fizeram desabrochar, até mesmo nos homens, sentimentos de empatia pelas protagonistas, em especial, pelos sofrimentos e provações a que se sujeitaram essas personagens. Esse enfoque na visão feminina também teria contribuído com a discussão paulatina acerca da autonomia da mulher e, como seqüela, ao surgimento do movimento feminista. Cfr. *Op. Cit.*, pp. 28-29, 34-47.

<sup>12</sup>Como identifica Fábio Konder Comparato, a consciência da dignidade e dos direitos compartilhados por todo gênero humano tem se mostrado, no decurso da história, como sendo “fruto da dor física e do sofrimento moral” (*Op. Cit.*, p.50). Em outras palavras, os arroubos de conscientização filosófica, que conduzem a assimilação da humanidade do outro, daquele, antes considerado, não semelhante, partem de um lugar de profundo horror pela crueldade e aviltamento a que são submetidos outros seres humanos, cuja dignidade lhes é negada. O impacto violento causado pela descoberta dessas perversidades abre os olhos dos incautos e faz brotar neles sentimentos de empatia, afinidade e sintonia para com os que sofrem, de modo que a dor, a indignação, o desespero e a angústia destes é também sentida na pele por aqueles, ainda que não sofram diretamente. Com base nisso, reforçamos novamente que os direitos humanos se manifestam e se justificam como tal não só por um aspecto racional e ponderado, mas eminentemente por

Essa lógica interna dos direitos humanos, impõe a conservação de certas características nos textos legais – como a manutenção da já mencionada vagueza conceitual nos enunciados dos direitos e da indefinibilidade dos sujeitos de direito – para que possa se suceder na prática. Somente a partir dessa generalidade abstrata que os legisladores e juristas são capazes de definir a existência de direitos mais específicos, mais adequados a regular a atividade humana. Nesse sentido, o alto grau de abstração<sup>13</sup> presente nos direitos humanos não é defeito estrutural, mas requisito indispensável para que se possa afirmar a existência desses direitos. Sem isso, a universalidade dos mesmos estaria possivelmente posta em xeque.

Apesar dessa indeterminabilidade textual, muitas vezes presente em documentos oficiais, é certo que os direitos humanos criam prerrogativas jurídicas individuais e exigíveis, ou seja, atribuem a todo ser humano a titularidade de certos direitos subjetivos, não calcados em condições de nacionalidade ou cidadania, mas fundamentados e inerentes à própria natureza humana. Como são garantidos pelo direito internacional, normas de direito interno, em princípio, não são capazes de alterar, limitar e derogar indevidamente provisões de direitos humanos, ainda que seu alto nível de abstração conceda amplo campo interpretativo para os legisladores nacionais. De toda forma, será o direito internacional que disporá acerca de aspectos relativos à aplicabilidade, limitações permissíveis e outras questões referentes à realização prática desses direitos.

Contudo, é importante ressaltar que o fato de configurarem, em sua maioria, direitos titularizados por indivíduos não obsta que se concebam – pelo menos em princípio – direitos humanos estritamente coletivos, de natureza indivisível, titularizados não por um, mas por parte ou toda coletividade<sup>14</sup>. Direitos como à autodeterminação dos povos<sup>15</sup>, e direitos de solidariedade (também conhecidos como de 3ª geração), como o

---

uma sentimentalidade não necessariamente racional ou lógica, por um arrebatamento inesperado causado pela assimilação da dor e sofrimento alheio. É, fundamentalmente, direito humano, aquele cuja violação individual traz sofrimento a toda coletividade.

<sup>13</sup>Essa mesma imprecisão permite que as diferentes culturas se apropriem desses preceitos universais, adequando suas concepções de mundo a estes, criando concepções próprias dos limites desses direitos, dentro do molde delineado pelo significado semântico do mandamento jurídico, sem, contudo, culminar necessariamente na violação do mesmo. A existência de culturas tão distintas e o reconhecimento da necessidade de preservá-las exigem, nesse caso, a maleabilidade dessa substância jurídica nas mãos de diferentes círculos de subjetividades humanas.

<sup>14</sup>Aqui é importante fazer referência aos direitos coletivos tradicionais, como o direito à reunião e à associação, os quais demandam obrigatoriamente a presença de dois ou mais indivíduos para se materializarem. Estes, ao contrário dos direitos coletivos apresentados sequencialmente (também conhecidos como direitos difusos), embora se exteriorizem coletivamente, são titularizados pelos indivíduos partícipes e não pelo grupo em si.

<sup>15</sup>O Comitê de Direitos Humanos (CCPR) reforça esse entendimento ao afirmar que um indivíduo não poderia alegar, em conformidade com o Protocolo Opcional, ser vítima de uma violação do direito à

direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambientes são e equilibrado já são considerados por muitos como partes integrantes do rol dos direitos humanos, conquanto ainda enfrentem ferrenha oposição quanto a isso.

E essa oposição tem como substrato, dentre outros fatores, a dificuldade de identificar o conteúdo, os limites e as possibilidades de aplicação desses direitos na realidade prática. O indivíduo, apesar de ter direito ao meio ambiente equilibrado, por exemplo, não tem a capacidade de tutelá-lo individualmente, sem a contribuição ativa de outros membros da comunidade. Similarmente, o exercício desse direito subordina-se a atuação de todos os indivíduos em paralelo, mesmo que não formem, com isso, um grupo coeso e organizado. A natureza e o funcionamento característico dos direitos difusos, em outras palavras, impossibilitam que a realização deles dependa, única e exclusivamente, de um indivíduo. E são essas características específicas que acabam por os aproximar mais de noções de objetivos e propósitos políticos, do que prerrogativas propriamente jurídicas, contribuindo, assim, para o debate acerca da inclusão ou não dos direitos coletivos no rol de direitos humanos consagrados.

Nada obstante, há um crescente número de documentos e declarações<sup>16</sup> de caráter internacional que apresentam provisões referentes a direitos desse tipo, no que nos leva a crer na existência de um processo corrente de reconhecimento progressivo de direitos humanos dessa natureza. Independentemente, porém, do resultado desse e de outros processos históricos, o fato dos direitos humanos se fundarem na ideia da dignidade inata da pessoa humana implica que mesmo direitos reconhecidamente coletivos também se justificam ao passo que são benéficos e influenciam positivamente a qualidade de vida dos indivíduos inseridos em uma coletividade. Em outras palavras, os direitos coletivos, mesmo sem conceder ao indivíduo a titularidade e a capacidade de judicialização, também têm uma conformação individual, afinal o bem-estar coletivo pressupõe um bem-estar dos indivíduos pertencentes a este.

---

autodeterminação (art. 1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), já que esse direito é conferido exclusivamente a povos enquanto entidades coletivas. (CCPR, *Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication n.º. 167/1984, 1990, §§13.3 e 32.1). Oportuno também pontuar que esse direito não se confunde com o direito de membros de minorias étnicas, religiosas ou linguísticas de desfrutar de sua cultura, professar sua religião e utilizar sua própria linguagem (art. 27 do referido Pacto), pois este, ao contrário daquele, reconhece os próprios indivíduos como titulares do direito. (CCPR, General Comment n.º. 23 [50], 1994, §§1 a 3.1, 6.2).

<sup>16</sup>Por exemplo: Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, artigos 19 a 24; Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

Reflexamente e apesar de, muitas vezes, não ser auto evidente, os direitos titularizados pelo indivíduo enquanto tal – em destaque, aqui, os direitos humanos individuais – necessariamente possuem uma dimensão coletiva, já que o exercício dos mesmos só se materializa dentro de um contexto social específico. É dizer que a realização e a própria existência do direito individual pressupõem uma realidade coletiva prévia, que o justifique e conceda-o significado. Afinal, o direito, à medida que encerra uma prerrogativa jurídica, seja ela individual ou coletiva, irrompe tão somente onde já se encontra assente uma comunidade de pessoas minimamente organizada. De tal modo, destarte, podemos aduzir que os direitos independentemente de sua titularidade possuem uma dimensão individual e outra coletiva que se alimentam reciprocamente e que são inevitáveis, e isso se sucede, de mesma maneira, com os direitos humanos.

A titularidade de um direito individual subjetivo, portanto, não é requisito indispensável para a caracterização da tipologia dos direitos humanos, mesmo que esta represente instrumento de fundamental importância para a efetiva e satisfatória realização desses direitos, tanto nacional, quanto internacionalmente. A consolidação, todavia, dos direitos que dizem respeito a interesses difusos, na qualidade de direitos humanos, ainda é um processo em curso, que ainda não alcançou o seu ápice. Mesmo que possa ser revertida, a tendência demonstrada pela paulatina inclusão desses direitos em tratados e convenções de direitos humanos nos possibilita aduzir que alguns direitos difusos já podem ser considerados parte do rol dos direitos humanos.

Em síntese, considerando seu aspecto propriamente jurídico, podemos dizer que direitos humanos são o conjunto de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos (sem necessariamente se limitar a eles) – enraizados em declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, e reconhecidos pela doutrina e pelas jurisdições nacionais e internacionais – que geram, em sua maioria, direitos subjetivos individuais para com o Estado e a sociedade. Possuem, como característica constituinte, uma vinculação íntima e inseparável com o valor da dignidade inerente a pessoa humana e suas ramificações, do que nos leva a afirmar que detém um caráter fortemente metafísico e filosófico. Quando suficientes horizontes valorativos se coadunam ao redor de determinada questão, surge, então, a composição adequada para se dar origem ao direito humano.

Tendo em vista esse aspecto valorativo e levando tudo o que foi dito em consideração, podemos também entender como direitos humanos aqueles cuja violação causa, nas pessoas, sentimentos de injustiça, reações de indignação, emoções pulsantes

que reconhecem nessa violação, um desrespeito à própria natureza metafísica humana. Para tanto, tem como fundamento de existência a concepção humanística de que todos os seres humanos são dotados de um valor metafísico inescrutável. Esses direitos demandam consenso ou, pelo menos, grande aceitação social para que possam adquirir essa roupagem universalista.

Consistem, portanto, em construções axiológico-históricas, representativas das sensibilidades sociais da época em que se manifestam, resultantes de processos dialéticos não-lineares de construção e reconstrução do sentido e da extensão do seu conteúdo, segundo uma lógica de emancipação individual e de promoção da dignidade humana à toda coletividade. São, em essência, direitos assim considerados, porque são entendidos como essenciais para o autodesenvolvimento pessoal e para possibilitar a consecução de uma vida tida como boa – basicamente, aquela livre de obstruções injustas e de privações profundas dos bens necessários a uma existência digna. Em outras palavras, os direitos humanos são instrumentos de efetivação das potencialidades humanas em sociedade, evoluindo conforme a evolução própria da sociedade.

Assimilando tudo isso que foi dito – e perpassando diversos vieses pelos quais se observa essa figura jurídica, sejam eles históricos, sociológicos e jurídicos – focar-nos-emos no que caracteriza juridicamente os direitos humanos. Mais especificamente, no tópico subsequente, abordaremos os direitos que fazem parte do rol dos direitos humanos.

## O que faz parte do rol dos direitos humanos?

Conforme já exposto, a inquirição sobre o conteúdo substantivo dessa categoria de direitos inatos só passou a ser de interesse patente dos juristas, e da sociedade em geral, após a 2ª Guerra Mundial, com o advento da concepção contemporânea dos direitos humanos. Em um contexto de fortalecimento dos Estados nacionais, o reconhecimento da imanência de certos direitos era mais necessário do que a identificação, propriamente dita, do cerne contido nos mesmos. Entretanto, ainda que isso não fosse a preocupação em evidência, podemos falar que a discussão acerca do que inicialmente se denominava direito natural se realizava, até então, tendo como pano de fundo a primazia do valor da liberdade frente ao Estado soberano.

É isso que ilustra a contraposição dos posicionamentos entre aqueles que entendiam que o indivíduo renunciava de seus direitos naturais a partir do momento em

que acordava em tornar-se membro de um Estado soberano e aqueles que entendiam que a participação em um corpo político não implicava na abnegação total das liberdades naturais do homem, afinal estas seriam inatas<sup>17</sup>. Essas doutrinas que buscavam encontrar o fundamento para a existência do Estado, embora teoricamente opostas, partem do objetivo último de alcançar um estado de paz duradoura, sendo, essa estrutura organizacional, o instrumento capaz de realizar essa aspiração. A liberdade aqui é algo que é abdicado em prol da paz e harmonia social ou inabdicável pela própria natureza humana, que precisa da mesma para se autorrealizar.

Há, nesse momento de surgimento da liberdade como direito perante o Estado moderno, um elo umbilical esses dois elementos. O Estado se faz necessário como provedor das condições necessárias para uma qualidade de vida que de outra maneira não se concebia. A liberdade e suas ramificações se estabelecem como necessárias para enfrentar o poder tirânico que pode emanar do domínio sobre as ferramentas legítimas de opressão. Diante da inexistência de governos soberanos, não há que se falar em liberdade, já que a mesma não se submete, em princípio, a limitações extrínsecas.

Nesse momento inicial de debate sobre os direitos naturais, eles se equiparam a uma liberdade genérica de fazer e deixar de fazer aquilo que se apetece, inserida no cenário de um governo minimamente organizado. Consubstanciam uma proteção imaterial contra os arbítrios dos governantes, mas se limitam a abranger liberdades negativas, prerrogativas de que o Estado se abstenha em interferir no âmbito e nas liberdades pessoais dos indivíduos. Não há aqui promoção, nem proteção verdadeiramente, mas somente a demanda pelo respeito ao livre-arbítrio do cidadão.

O que se compreende por direitos humanos, a essa hora, são as chamadas liberdades clássicas, encabeçadas pelo direito à vida. São elas: a liberdade de ir e vir, de pensamento, de expressão, de religião, de reunião, de participação política, assim como os direitos de propriedade e a igualdade perante a lei. Todos esses direitos surgem como respostas a repressões e interferências irrestritas do poder soberano sobre a vida de seus

---

<sup>17</sup>Dicotomia, esta, simbolizada pela oposição aparente entre o pensamento dos defensores da monarquia e do soberano absoluto e dos direitos atrelados a existência do Estado (casos de Jean Bodin e Thomas Hobbes); e o pensamento dos defensores dos direitos naturais do homem, do descolamento do poder monárquico do divino, da legitimidade estatal com base no contrato social e a separação dos poderes estatais como forma de limitá-lo (respectivamente, John Locke e Montesquieu). Brevemente explicando esses dois movimentos, cfr. TOMUSCHAT, *Human Rights: between idealism and realism*, pp. 180-188; posteriormente, elucidando a ligação destes com as evoluções constitucionais do séc. XVIII, cfr. pp. 189 e ss.

súditos. A limitação dos direitos humanos ao que se denominará direitos civis e políticos faz sentido considerando esse berço de nascimento. São inspiradas nessas reflexões que as já referidas declarações americanas e francesa constroem suas elaborações textuais, destacando a liberdade e a igualdade como elementos fulcrais da natureza humana, assim como a inerência e inalienabilidade de certos direitos<sup>18</sup> (sem, contudo, evidenciá-los), sem deixar de afirmar a existência do direito à propriedade<sup>19</sup>; ao devido processo legal; à liberdade de pensamento, de expressão, de religião<sup>20</sup>; da proibição a punições desproporcionais e cruéis<sup>21</sup>; o direito à insurreição contra um governo tirano<sup>22</sup>, este fundamentado na assertiva de que o povo é o fundamento do poder soberano.

Essa conjuntura só sofrerá intensa transformação, efetivamente, com a consolidação dos novos entendimentos sobre os direitos humanos, que brotam no contexto pós-1945. Mesmo ainda embrionário, o novo sistema de proteção aos direitos já enquadrará como tais, direitos que não mais se adequam tão somente às noções de liberdades negativas civis e políticas celebradas nos sécs. XVIII e XIX. Adquirem

---

<sup>18</sup>“Sec. 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.” (Virginia Declaration of Rights of June 12<sup>th</sup> of 1776); “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” (Declaration of Independence of 4 July 1776); “Art. 1. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ; Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.” (Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen de 1789).

<sup>19</sup>“Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité” (Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen de 1789).

<sup>20</sup>“1<sup>st</sup> Am. Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” (United States Bill of Rights); “Art. 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.” (Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen de 1789).

<sup>21</sup>“Art. 8. La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.” (Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen de 1789).

<sup>22</sup>“Sec. 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community ; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.” (Virginia Declaration of Rights of June 12<sup>th</sup> of 1776); “That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.” (Declaration of Independence of 4th of July 1776).

roupagem de direitos humanos, prerrogativas que demandam uma proatividade estatal para que sejam efetivadas socialmente.

A Declaração de 1948 traz como direitos humanos, para além das liberdades clássicas, o direito à acessibilidade das funções públicas (art. 21); à segurança social e à satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais (art. 22); ao trabalho (art. 23); ao repouso e ao lazer (art. 24); à alimentação, à moradia, à assistência médica, à um mínimo de qualidade de vida (art. 25); e à educação (art. 26). Tanto os direitos humanos clássicos quanto essa nova classe de direitos humanos não encontram nessa declaração um detalhamento acerca do conteúdo e da *práxis* de cada um. Somente com os desdobramentos doutrinário e jurisprudencial, a elaboração e adoção de tratados posteriores – em destaque para os Pactos integrantes da Carta Internacional dos Direitos Humanos – é que esses e outros direitos encontraram um desenvolvimento mais robusto.

Contudo, ainda que não fossem, previamente à DUDH, considerados direitos humanos propriamente dito, os direitos económicos, sociais e culturais já vinham paulatinamente sendo adotados por ordens jurídicas nacionais como direitos de natureza constitucional. A Constituição Mexicana de 1917<sup>23</sup> pioneiramente atribuiu aos direitos trabalhistas carácter fundamental, assim como retirou da propriedade privada a supremacia absoluta<sup>24</sup>, fundamentando o que viria a ser a reforma agrária mexicana. A partir desta, a propriedade e a liberdade de negociação – no tocante à relação empregador/empregado –

---

<sup>23</sup>Reforçando ainda mais o pioneirismo jurídico dessa Constituição, o México com sua adoção, será um dos primeiros países ocidentais a abolir definitivamente a escravidão de todos aqueles que pusessem os pés em seu território. Assim diz o enunciado do seu art. 2º: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entrenal territorio nacional, alcanzarán, por ese sólo hecho, sulibertad y la protección de las leyes.”

<sup>24</sup>“Art. 5º.- Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento [...] El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre [...] El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. [...] Art. 27º. La propiedad de las tierras [...] del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Esta no podrá ser apropiada sino por causa de la utilidad pública [...] La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles (sic) de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. [...] TÍTULO SEXTO. DEL TRABAJO Y DE LA PREVISION SOCIAL Art. 123º.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas delos Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, [...] sin contravenir a las bases siguientes [...]: I.- La duración de la jornada máxima será de ocho horas. II.- La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. [...] IV.- Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso [...]. V.- Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato[...].”

passam a se submeter a um bem de escala superior, o bem-estar social. Pouco tempo depois de sua promulgação, iniciou-se o processo revolucionário russo que culminará na criação da URSS, primeiro país socialista do mundo. Essa revolução, apesar de compartilhar do ceticismo marxista quanto aos direitos humanos – e sua desvinculação teórica da condição de cidadão – contribuiu, similarmente, para a valorização do trabalhador, do trabalho e a rejeição à mercantilização de todos os aspectos da vida cotidiana<sup>25</sup>.

Subsequentemente, no encalço do fim da 1ª Guerra Mundial<sup>26</sup>, na Alemanha, é promulgada a Constituição de Weimar<sup>27</sup>, que também eleva direitos trabalhistas à hierarquia de direitos fundamentais, não se limitando a isso, todavia, pois inova, ao inserir

---

<sup>25</sup>A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhados e Explorado, posteriormente incluída na Constituição da República Socialista Federativa Soviética Russa, determina como tarefa fundamental do Estado recém-formado a abolição de todo tipo de exploração do homem pelo homem, engendrada através da abolição da propriedade privada da terra e a outorga da titularidade exclusiva do poder soberano aos trabalhadores. Também estabelece o trabalho como fonte de dignidade humana, ao mesmo tempo que o estabelece como um dever de todos os cidadãos da República. Determina a concessão de verdadeiras liberdades, as quais, segundo o documento, encontram-se intimamente associadas ao fim do poder e da dependência do capital e das classes dominantes. Ainda que nem todos os países tenham aderido ao socialismo, a valorização do trabalho e do trabalhador que esse movimento empreendeu influenciará, sem sombra de dúvidas, as discussões e o reconhecimento dos direitos trabalhistas que se sucedem.

<sup>26</sup>O Tratado de Versalhes de 1919, documento que assinalou o fim da 1ª Guerra, trará em suas disposições, além de disposições acerca do armistício e reparações de guerra, a criação da Liga das Nações – organização internacional taxada com a tarefa de manutenção da paz, posteriormente dissolvida e substituída pela ONU – e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência, atrelada à Liga, criada como resposta à crescente proletarização, empobrecimento do trabalhador, aumento da exploração e da desigualdade, assim como à redução da qualidade de vida e das condições de trabalho enfrentadas pela população operária na virada do séc. XX. A pulsante insatisfação social e o perigo ao sistema político-econômico soberano representado pelo movimento revolucionário russo foram peças-chaves para o surgimento dessa organização, incumbida de promover a justiça social, através da melhoria das condições de trabalho, com especial foco nos princípios estipulados no art. 427 do Tratado (dentre os quais, a descomodificação do trabalho, o direito a associação e a liberdade sindical, ao salário digno, a limitação às horas trabalhadas, ao descanso semanal, a inclusão da mulher no mercado de trabalho e na igualdade salarial entre os gêneros, e a abolição do trabalho infantil). Essas disposições, embora manifestassem meros princípios orientadores da OIT e da atuação estatal e não atribuíssem direitos subjetivos aos indivíduos, também reforçam a evolução do pensamento da época acerca do que virá a ser concebido como direitos humanos de 2ª geração/dimensão.

<sup>27</sup>Apesar dessas inovações e da insatisfação popular inflamada contra os valores tradicionais e o regime político vigente que levou a Alemanha à ruína, essa constituição não foi acompanhada de uma mudança generalizada do pensamento social, a ponto de emergir uma consciência popular democrática, ciente do potencial benéfico do incremento de direitos fundamentais aos indivíduos. Por conta disso e de diversos outros fatores históricos, sua adoção não foi capaz de conter o fervor de movimentos de extrema-direitos, calcados no ressentimento contra os traidores da pátria e contra os inimigos estrangeiros que causaram a derrota alemã na guerra e, com isso, devastaram a economia e deterioraram as condições de vida do cidadão comum. Inapto a conter a miséria crescente e sem apresentar alternativas ao desamparo social e econômico, essa constituição e o governo democrático implementado em sua conformidade darão lugar à ascensão do partido nazista, que consegue canalizar essa raiva e indignação social para inimigos tangíveis e apresentar uma solução para os problemas que afligiam os alemães – ainda que essa derrocada social não tivesse sido causada pela ação coordenada de grupos antialemães e que a solução apresentada fosse evidentemente simplória demais e incapaz de alcançar o que se prometia. Discorrendo sobre os efeitos catastróficos da 1ª Guerra, não só na Alemanha, mas em todos os países europeus, inclusive nos vitoriosos, cfr. ARENDT, *Origens do Totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo*, pp.369 e ss.

no estrato constitucional, direitos econômicos e sociais, de prestação continuada do Estado, como o direito à educação pública, à proteção a família, aos idosos e aos inválidos, e à seguridade social. Apesar dessa constituição não ter sido capaz de restringir a tomada de poder pelo regime nazista, ela demonstrou uma evolução do pensamento a respeito dessa categoria de direitos, que se consolidará, propriamente, somente ao final da Segunda Guerra.

O regime dos direitos humanos inaugurado, nesse momento, reforçará a responsabilidade social – materializada pelos direitos da 2ª e 3ª dimensão<sup>28</sup> – dos atores internacionais, em especial, dos Estados soberanos, sobre o bem-estar dos seus cidadãos. Como já explanado anteriormente, o detalhamento conceitual desses direitos realizar-se-á, no âmbito desse regime, com a formulação e adoção do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), com os direitos referentes às liberdades clássicas sendo esclarecidos com o correlacionado Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP, 1966). Outros documentos internacionais de grande prestígio<sup>29</sup> também contribuirão com o esclarecimento destes e do aprofundamento dos direitos entendidos como humanos. Sem embargo, a historicidade e as características inerentes a essa categoria não permitem afixar definitivamente um rol estrito e obrigatório de direitos, sem que, com isso, não adultere sua natureza.

É interessante já deixar claro nesse momento que o fato de ser direito social, ou outro tipo de direito das supracitadas 2ª e 3ª dimensão, não acarreta necessariamente na existência tão somente de uma obrigação positiva por parte do Estado para ser realizado. Tanto os direitos entendidos como liberdades clássicas, quanto o grupo de direitos supracitados possuem simultaneamente componentes positivos e negativos, de modo que se torna limitador concebê-los exclusivamente por essa classificação. Por exemplo, a

---

<sup>28</sup>A opção pelo vocábulo “dimensão”, ao invés de “geração” como concebido originalmente por Vasak, justifica-se pela ausência da temporalidade e do sentido de sucessão que se depreende do termo “geração”. Ao contrário do que este leva a crer, não há uma geração que substitui a outra, mas um somatório gradativo de direitos de mesma natureza dentro de uma universalidade, que pode ser estudada através da categorização destes em grupos distintos. “Dimensão”, nesse sentido, adequar-se-ia melhor com a realização dessa atividade.

<sup>29</sup>Para além desses pactos, temos: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR, 1965); Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW, 1979); Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT, 1984); Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CRC, 1989); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (CRMW, 1990); Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD, 2006); Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (CPPED, 2010). Conjuntamente com a Carta Internacional dos Direitos Humanos, correspondem aos principais instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos.

liberdade de expressão, que configura uma das liberdades clássicas, pressupõe a não-interferência de terceiros para ser efetuada. Contudo, não basta que o Estado se omita para que esse direito seja realizado. Em um ambiente em que expressar uma opinião seja motivo de risco para o indivíduo, a inação estatal não basta. Ao mesmo tempo em que não deve interferir no exercício da liberdade de expressão – dentro dos limites constitucionalmente delimitados – o Estado deve ativamente proporcionar as condições necessárias de segurança para que o indivíduo esteja seguro para exercer esse direito. Assim também ocorre com os direitos sociais, dotados, igualmente, desses dois componentes.

Nas palavras de David Duarte<sup>3031</sup>, os direitos seriam uma combinação de posições legais e de componentes negativos e positivos. Dessa forma, qualquer análise jurídica acerca destes deveria ser realizada observando qual variável é relevante para o caso concreto, se se trata de um componente com uma estrutura de liberdade (aspecto negativo) ou com uma estrutura de reivindicação (aspecto positivo), ou se se trata da totalidade desses componentes. A delimitação dos direitos como liberdades, que demandam exclusivamente a abstenção estatal, ou direitos sociais, que demandam proatividade estatal para serem realizados, limitaria nosso entendimento sobre os mesmos e restringiria, por isso, nossa capacidade de solucionar conflitos envolvendo-os.

Reforçamos aqui que o que é direito humano depende muito de um aspecto anímico-social disseminado dentro de e entre múltiplas comunidades humanas. O reconhecimento de algo como tal decorre da identificação de que esse algo é um elemento essencial para a consecução de uma vida digna e de qualidade, e isso necessariamente perpassa uma ampliação das potencialidades humanas tangíveis. Os documentos internacionais que tratam desses direitos – apesar de, em certas perspectivas, constituí-los, com a consolidação de seus significados em enunciados concretos compreensíveis – efetivamente materializam convicções factuais já enraizadas no seio de diversas sociedades. Podemos dizer, com algumas ressalvas, que os tratados e resoluções que delineiam e esmiuçam direitos humanos têm como função precípua a declaratória<sup>32</sup>, ainda

---

<sup>30</sup>No seu texto, o autor trata especificamente dos direitos fundamentais, contudo, tendo em vista as semelhanças e a ligação umbilical entre estes e os direitos humanos, compreendemos ser possível aplicar suas colocações ao universo dos direitos humanos, sem prejuízo de entendimento e lógica.

<sup>31</sup>Cfr. “Gains and Losses in Balancing Social Rights”, pp. 52-53.

<sup>32</sup>Essa natureza declaratória dos tratados de direitos humanos pode ser observada quando focalizamos, por exemplo, nos chamados direitos de 3ª dimensão.

que, de fato, estabilizem um entendimento específico sobre eles, constituindo-o, de certa forma.

Diante do exposto, podemos afirmar, tão somente, que não existe um rol exaustivo de direitos humanos. Como surgem organicamente da consciência social, não pressupõem a existência prévia de um tratado internacional que ateste a sua existência. Não obstante, os direitos já consolidados através desse artifício são muito mais fortemente reconhecidos e acolhidos pela comunidade internacional do que aqueles que ainda não se encontram positivados em nenhum documento dessa índole.

Dado que o sistema internacional de proteção aos direitos humanos tem por alicerce os tratados internacionais de direitos humanos; e que os órgãos de fiscalização do cumprimento das obrigações referentes a esses direitos operam segundo o que foi pactuado em convenções e tratados<sup>33</sup>; a análise da legitimidade e legalidade de atos públicos e privados, por esse ponto de vista, efetua-se amplamente tendo como base os enunciados jurídicos presente nesses documentos oficiais. Isto posto, como o objetivo desse trabalho não é esmiuçar o catálogo dos direitos humanos, tomaremos como recorte principalmente aqueles que já se encontram positivados em tratados internacionais, especificamente nos Pactos Internacionais de 1966, embora o universo dos direitos humanos seja muito mais amplo do que isso e esteja sempre em constante transformação.

## Considerações acerca dos Pactos integrantes da Carta Internacional dos Direitos Humanos;

Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, enquanto instrumentos do sistema internacional dos direitos humanos, não só elucidam importantes direitos dessa natureza, mas também determinam padrões e critérios a serem seguidos pelos principais atores do direito internacional para que os direitos anunciados possam ser adequadamente concretizados<sup>34</sup>. Esses critérios buscam auxiliar a melhor consecução dos direitos

---

<sup>33</sup>Como é o caso do trabalho efetuado pelas comissões estabelecidas pelos principais tratados internacionais sobre a temática dos direitos humanos. São algumas delas: Comitê Relativo à Eliminação da Discriminação Racial; Comitê Contra a Tortura; Comitê Relativo à Eliminação da Discriminação Contra a Mulher; Comitê Relativo à Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias; Comitê de Direitos Humanos e o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Comitê dos Direitos da Criança; e Comitê de Trabalhadores Migrantes.

<sup>34</sup>Embora seja importante pontuar que diferentemente do que se sucede com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos não têm, de antemão, alcance universal, pelo que sua força vinculativa só se manifesta para os países que os ratificaram ou a eles aderiram. Isso não obsta que, enquanto direitos *jus*

acordados, partindo da identificação de características e peculiaridades destes perante o panorama mais amplo do campo dos direitos humanos. Em observância da realização destes pelos países signatários dos tratados, os comitês estabelecidos para monitorar essa atuação utilizam desses critérios para elaborar seus pareceres oficiais. Outros órgãos nacionais e internacionais também se utilizam dessas referências para emitir opiniões e julgados acerca da correta aplicação dos Pactos.

De um lado, o PIDCP estabelece normas de caráter acessório para auxiliar a interpretação sistemática do tratado, para além dos direitos substantivos civis e políticos que a mesma elucida. Dentre essas normas, destacamos a permissão excepcional de derrogar direitos contidos no Pacto, em casos de emergência pública que ameace a existência da nação (art. 4) e a proibição ao uso indevido das cláusulas acordadas com o intuito de destruir ou limitar demasiadamente outros direitos celebrados pelo Pacto (art. 5 §1).

Por outro lado, o PIDESC apresenta seus próprios critérios, os quais devem orientar a atuação estatal para o alcance do exercício pleno desses direitos no seio de cada nação. Em destaque, temos a realização progressiva dos direitos e a obrigação do empenho do máximo dos recursos disponíveis para essa realização – ambos contidos no art. 2 (1) – que configuram verdadeiras condições de legitimidade aos atos do poder público, o qual só pode se abster de seguir tais determinações em casos excepcionais, como graves crises institucionais generalizadas.

A exposição desses critérios nesse trabalho tem como função identificar alguns dos parâmetros orientadores da maneira pela qual os Comitês referentes a esses Pactos apreciam a legitimidade ou não de restrições a direitos, dentro de cada sistemática jurídica. Essa exposição não será exaustiva, pois não intentamos nos aprofundar nas minúcias desses arranjos jurídicos, mas será importante para que possamos verificar se, pelo menos superficialmente, esses parâmetros de realização podem se conciliar com o sistema proposto pela teoria dos princípios e se essa conciliação é oportuna ou não. Começamos, então, pela análise do PIDCP e seus elementos.

---

*cogens*, os direitos e liberdades pactuadas nesses documentos sejam exigíveis independentemente de qualquer aceitação formal por parte dos Estados.

## Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos;

No mesmo contexto histórico que deu origem à ONU e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, outros dois documentos de alcance internacional foram elaborados e adotados, formando o que vem a ser o cerne subsequente do estudo e da disciplina voltada à apreciação crítica dos direitos humanos, enquanto direitos juridicamente exigíveis. Um desses documentos que consolida essa mudança de paradigma, manifestando-se como um bastião de defesa desses direitos imanescentes, é o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP); o outro, Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos adotados pela Assembleia-Geral da ONU no ano de 1966.

O primeiro dos documentos mencionados desenvolve os direitos civis e políticos já aduzidos pela DUDH, mas também elenca novos direitos de mesma natureza. Indo além dos direitos subjetivos, nada obstante, esse Pacto deslinda algumas regras de interpretação, genuínas obrigações acessórias, para que seja possível constatar a consecução ou não do que foi acordado pelos países signatários. Nesse trabalho apresentaremos duas dessas regras, a permissão excepcional de derrogação dos direitos do Pacto e a proibição da interpretação das cláusulas do Pacto no sentido de permitir ou insinuar uma permissão à destruição ou limitação severa dos direitos contidos nesse mesmo documento.

A primeira dessas regras<sup>35</sup> apresenta uma condição excepcional para a esquiva do cumprimento das obrigações, qual seja, o perigo real da abolição do Estado. A derrogação permitida, em princípio, por esse artigo é distinta das limitações e restrições permitidas em outras partes da convenção, autorizadas se estiverem em conformidade com a lei e forem necessárias<sup>36</sup>. Ela vai além das limitações permissíveis considerando as realidades fáticas e jurídicas, configurando uma espécie de excludente de ilicitude congênere,

---

<sup>35</sup>Expressa o art. 4 (1) do Pacto: “In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin”.

<sup>36</sup>Como as apresentadas pelos art. 12, §3; 18, §3; 19, §3; 21; 22, §2; e 25 do Pacto. Em comum, pressupõem, para que seja válida a restrição, que ela respeite e seja prevista em lei e que seja necessária para proteger os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, a ordem, a segurança, a moral e a saúde pública. O art. 25, em especial, não menciona esses requisitos, porém acentua a proibição de restrições excessivas, desarrazoáveis, do que decorre que um dos pressupostos de legitimidade de restrições a esses direitos é a razoabilidade da medida, para além da necessidade.

justificada somente em situações excepcionais. Para tanto, alguns pré-requisitos são demandados para que se torne legítimo o recurso a essa ferramenta.

Primeiramente, o recurso ao art. 4 pressupõe necessariamente a presença prévia de um estado de emergência que ameace a própria existência da nação<sup>37</sup>. Essa situação limítrofe deve ser uma ameaça real e concreta, capaz de desintegrar as estruturas fundamentais do Estado de direito. Diante dessa ameaça, o Estado deverá oficialmente declarar, em respeito ao princípio da legalidade, esse estado de emergência. Essa proclamação oficial também é outro pré-requisito para a correta utilização do artigo supracitado.

Tendo declarado estado de emergência e identificado direitos pactuados cuja derrogação se torna necessária perante a situação que se desenrola, o Estado deverá, então, comunicar celeremente, aos demais países signatários, sua circunstância e os direitos que serão derogados para além do permitido na normalidade. Essa comunicação deve apresentar, além disso, as razões para tal e deve ser acompanhada, posteriormente, de um comunicado informando a data final de limitação desses direitos<sup>38</sup>.

Subsequentemente, para configurar legítima a derrogação de direitos pactuados, ao Estado resta o ônus de demonstrar a proporcionalidade da medida restritiva<sup>39</sup>, frente ao perigo concreto à continuidade estatal. Com esse propósito, a restrição deve se

---

<sup>37</sup>“Not every disturbance or catastrophe qualifies as a public emergency which threatens the life of the nation, as required by article 4, paragraph 1. [...] even during armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation. If State parties consider invoking article 4 in other situations than an armed conflict, they should carefully consider the justification and why such a measure is necessary and legitimate in the circumstances” (CCPR, General Comment No. 29, Jul/2001, §3); anteriormente, a Corte Internacional de Justiça já tinha emitido um parecer consultivo reafirmando a obrigação de respeitar as provisões do Pacto mesmo em tempos de guerra, com exceção ao disposto no art. 4: “The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities.” (ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, §25).

<sup>38</sup>PIDCP. “Art. 4, §3: Any State Party to the present Convention availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other State Parties to the present Covenant through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation”.

<sup>39</sup>“[...] the obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers. [...] The issues of when rights can be derogated from, and to what extent, cannot be separated from the provision in article 4, paragraph 1, of the Covenant according to which any measures derogating from a State party's obligations under the Covenant must be limited ‘to the extent strictly required by the exigencies of the situation’. This condition requires that States parties provide careful justification not only for their decision to proclaim a state of emergency but also for any specific measures based on such a proclamation.” (CCPR, General Comment, n.º. 29, ago/2001, §§ 4,5).

demonstrar racionalmente compatível com o que se compreende por necessário para o retorno a uma situação de normalidade. Decorre dessa demanda que as medidas restritivas devem ser excepcionais e temporárias<sup>40</sup>, perdurando apenas enquanto se mantém viva a ameaça. Não se permite, entretanto, a derrogação de todo e qualquer direito pactuado. O parágrafo 2 desse mesmo artigo elenca direitos específicos cuja derrogação é proibida<sup>41</sup>. Ainda que não seja inderrogável, o Estado, não obstante, deve justificar a estrita necessidade da limitação, para além do usualmente permitido, do direito convencionado<sup>42</sup>.

Por fim, as medidas restritivas em questão não devem ser incompatíveis com demais obrigações internacionais do Estado e não devem implicar em discriminações exclusivamente por questão de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. Atendendo a esses requisitos, o Estado signatário pode acionar a cláusula de exceção disposta no art. 4 desse Pacto.

A outra regra<sup>43</sup> que trazemos em destaque prescreve uma vedação interpretativa às cláusulas do Pacto. Basicamente o que se tem disposto é que nada presente nesse documento pode ser interpretado no sentido de autorizar qualquer ato visando a extinção dos direitos e liberdades pactuadas, bem como restrições destes para além do permitido pelo Pacto. Ressalta-se, dessa forma, o que já havia sido reconhecido pela DUDH, nos seus art. 29, §3, e 30<sup>44</sup>. A intenção, em ambos os casos, foi a de impedir o uso abusivo de certos direitos com a finalidade de auxiliar a chegada ao poder de grupos propagadores

---

<sup>40</sup>“The Committee holds the view that measures taken under article 4 are of an exceptional and temporary nature and may only last as long as the life of the nation concerned is threatened [...]” (CCPR, General Comment No. 5, Jul/1981, §3); “Measures derogating from the provisions of the Covenant must be of an exceptional and temporary nature” (CCPR, General Comment n.º. 29, Jul/2001, §2).

<sup>41</sup>São eles: art. 6 (direito a vida); art. 7 (proibição a tortura, a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e a experiências médicas ou científicas não consentidas); art. 8, §1,2 (proibição a escravidão, ao tráfico de escravos e a servidão); art. 11 (proibição da prisão por descumprimento de obrigação contratual); art. 15 (princípio da legalidade), art. 16 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa humana); art. 18 (liberdade de pensamento, consciência e religião).

<sup>42</sup>“The fact that some of the provisions of the Covenant have been listed in article 4 (paragraph 2), as not being subject to derogation does not mean that other articles in the Covenant may be subjected to derogations at will, even where threat to the life of nation exists. The legal obligation to narrow down all derogations to those strictly required by the exigences of the situation establishes both for States parties and for the Committee a duty to conduct a careful analysis under each article of the Covenant based on an objective assessment of the actual situation” (CCPR, General Comment n.º. 29, Jul/2001, §6).

<sup>43</sup>Nas palavras do art. 5, §1: “Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant”.

<sup>44</sup>“Art. 29, §3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas. Art. 30. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma actividade ou de praticar algum acto destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.”

de ideais fascistas ou símiles, incompatíveis com o sistema de direitos sustentado pelo Estado de Direito, como garantidor das condições necessárias para o usufruto destes<sup>45</sup>.

Em contrapartida à permissão da derrogação do art. 4, o art. 5 §1 impõe uma proibição a certas interpretações ampliativas ou restritivas<sup>46</sup> do conteúdo de certos direitos, se, com isso, objetiva-se esvaziar o sentido ou limitar direitos para além do expressamente permitido. A despeito da dificuldade de se identificar o elemento subjetivo por trás da realização de todo e qualquer ato público, essa cláusula fortalece o combate a movimentos antidemocráticos que ambicionem alcançar e se consolidar no poder, utilizando, para isso, artifícios que restrinjam indevidamente o exercício de direitos civis e políticos de fundamental importância.

Como o texto do artigo fala em atos e atividades, entende-se que a mera expressão de opinião, desprovida de uma intervenção material que proceda com a limitação indevida dos direitos de outrem, não é capaz, por si só de configurar uma violação a esse preceito. Do mesmo modo, a referência a atos e atividades pressupõe que os direitos que podem ser abusados dessa forma são aqueles que se manifestam na realidade por meio de ações concretas. Nesse sentido, visa-se que essa cláusula não seja utilizada no sentido de cercar arbitrariamente a profissão e a manifestação legítima de grupos democráticos opositores ou críticos ao governo de ocasião.

Para além da proteção contra a destruição desses direitos por movimentos antidemocráticos, essa cláusula estabelece uma vedação a limitações mais amplas do que as previstas pelo próprio Pacto. Para além dos limites genericamente estabelecidos pelos art. 12, §3; 18, §3; 19, §3; 21; 22, §2; e 25 – cada um dos quais fazendo referência a um direito substantivo específico – e da derrogação excepcional permitida pelo art. 4, limites e restrições razoáveis e proporcionais, com finalidades legítimas, são permitidas pela PIDCP, ainda que não sejam expressamente delimitadas<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup>Nas palavras de Manfred Nowak: “The original intent of the drafters of Art. 30 of the UDHR and Art. 5(1) of the Covenant was to impede the abusive exercise of certain rights of the Covenant by individuals and groups supportive of National Socialist, fascist or other totalitarian ideologies. They particularly had in mind the exercise of political rights and freedoms. Political movements aimed at the destruction of democracy and the rule of law, which forms the basis for the rights of the Covenant, were to be prevented from exploiting these rights in order to come to power in a ‘quasi-legal’ fashion. As with the emergency clause of Art. 4 [...] the prohibition of misuse represents an instrument of ‘militant democracy’ (*‘streitbare Demokratie’*) or of a ‘militant human rights concept’.” (*U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, p. 115).

<sup>46</sup>Como toda interpretação expansiva de um direito acarreta a redução do campo de aplicação de outro, consideramos que a cláusula presente nesse dispositivo delimita restrições a limitações dos direitos pactuados.

<sup>47</sup>Nesse sentido, cfr. JOSEPH; CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials and commentary*, p. 538.

Até mesmo os direitos inderrogáveis elencados no art. 4, §2 podem ser limitados ou restritos pelas exigências da situação<sup>48</sup>. O art. 18, que está presente nesse rol, apresenta, no seu §3, condições para que restrições a ele sejam válidas, do que decorre, obrigatoriamente, que a inderrogabilidade não é incompatível com a possibilidade de restrição do direito. Dessa forma, podemos aduzir que a última parte do art. 5, §1 não exprime uma proibição total a limitações não presentes taxativamente nos artigos acordados (até porque as limitações presentes são por demais genéricas), mas sim a limitações incompatíveis com as finalidades delimitadas pelos artigos e com os requisitos mencionados – ou inferidos pelo texto – da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da legalidade. Limitações, portanto, são legítimas quando são aplicadas em prol dos propósitos estabelecidos pelo Pacto e quando são proporcionais às necessidades específicas que as deram origem<sup>49</sup>.

A análise a ser empreendida pelos órgãos competentes sobre a validade ou não de medidas restritivas dos direitos pactuados, portanto, deverá se estruturar conforme essas e demais regras estruturantes do sistema introduzido pelo PIDCP. A avaliação da permissão de derrogação de direitos, quando presente perigo à existência da nação – assim como a avaliação da conformidade de restrições a direitos para com o disposto no art. 5 §1 – não implica que outras limitações não enquadradas nos requisitos do art. 4 não devem também respeitarem a medida estrita exigida pela situação.

O ônus de justificação de restrições a esses direitos recai sempre no Estado para demonstrar que estas satisfazem os testes da legalidade, da necessidade, da razoabilidade e da legitimidade do fim<sup>50</sup>, sendo, portanto, legítimas. Em todos os casos, quaisquer limitações aos direitos e liberdades pactuados devem demonstrar que foram necessárias e proporcionais à realização de fins legítimos para que se suceda a correta proteção e

---

<sup>48</sup>“Conceptually, the qualification of a Covenant provision as a non-derogable one does not mean that no limitations or restrictions would ever be justified. The reference in article 4, paragraph 2, to article 18, a provision that includes a specific clause on restrictions in its paragraph 3, demonstrates that the permissibility of restrictions is independent of the issue of derogability.” (CCPR, General Comment n°. 29, Jul/2001, §7).

<sup>49</sup>“Limitations may be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated.” (CCPR, General Comment No. 22 [48], Set/1993, §8). Ainda que esse comentário especificamente faça referência ao art. 18 (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), entendemos que seu conteúdo se estende aos demais pelo princípio da harmonização.

<sup>50</sup>“It should be emphasized, however, that in any case the permissible limits are neither wide nor generous, and certainly do not permit a State party effectively to void a certain right of practical meaning. The burden of justification in such a case lies with the State party to show, including to the Committee, that a certain limitation satisfies the tests of legality, necessity, reasonableness and legitimate purpose.” (UNHROHC, Fact Sheet n°. 15, Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, 2005).

aplicação do PIDCP<sup>51</sup>. Observamos, dessa forma, que a legitimidade ou não de uma medida restritiva desses direitos, muitas vezes, será constatada através de uma análise firmada sobre noções de proporcionalidade e de razoabilidade, ainda que inexista clareza quanto a metodologia e as formas aplicadas para se chegar a uma conclusão.

## Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Políticos

Partindo agora para o PIDESC, encontramos nele as bases para o reconhecimento e consolidação dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos humanos e para a confecção de um sistema internacional de fomento, respeito e proteção desses direitos, como frutos e instrumentos de fruição da dignidade inerente a toda pessoa humana. Aqui surge definitivamente, ou se estabiliza, a consciência dos direitos econômicos, sociais e culturais como deveres e não privilégios concedidos pelo Estado a seus nacionais.

Assim sendo, esse pacto traz, para além da identificação de direitos dessa natureza<sup>52</sup>, alguns princípios orientadores da atuação estatal e supraestatal, no tocante a efetivação desses direitos. Dentre eles, destacamos dois<sup>53</sup> (que se descortinam em três) de fundamental importância: a realização progressiva dos direitos reconhecidos pelo pacto (do que decorre a proibição ao regresso da efetivação deles) e o empreendimento de todos os recursos disponíveis, pelo Estado, para a concretização desses direitos.

A necessidade de encaixar as previsões pactuadas com a pluralidade de realidades e de culturas presentes nos países signatários não possibilitou o estabelecimento de um

---

<sup>51</sup>Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos aduz: “States Parties must refrain from violation of the rights recognized by the Covenant, and any restrictions on any of those rights must be permissible under the relevant provisions of the Covenant. Where such restrictions are made, States must demonstrate their necessity and only take such measures as are proportionate to the pursuance of legitimate aims in order to ensure continuous and effective protection of Covenant rights” (CCPR, General Comment n.º. 31 [80], Mar/2004, §6).

<sup>52</sup>Direitos relacionados ao trabalho: trabalho livre e digno (art. 6º e 7º, + §§), organização sindical e greve (art. 8º); direito à seguridade social (art. 9º); relacionados à fruição de uma vida digna: moradia digna e alimentação (art. 11º), saúde física e mental (art. 12º), educação (art. 13º), proveitos da cultura e das benesses resultantes da atividade científica (art. 15º). É patente que esses direitos requerem prestações positivas do Estado para poderem ser usufruídos pelos indivíduos. É, pois, nesse sentido, que o Pacto determina como obrigações do poder público a gratuidade do ensino básico e acessibilidade da educação secundária e universitária, a prevenção da proliferação de doenças potencialmente endêmicas e o acesso à assistência médica a todos que dela precisarem, a eliminação da fome e a promoção de condições de vida hábeis a assegurar a dignidade na vida de todos.

<sup>53</sup>Ambos extraídos da leitura do art. 2º, §1 do Pacto: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”.

nível mínimo para a realização desses direitos, a que todos pudessem se vincular. Frente a essa ausência – necessária em razão da amplitude e da pretensão universalizante do pacto– a obrigação da realização impõe um compromisso de avanço paulatino na concretização desses direitos<sup>54</sup>.

Para concretizar essa obrigação, o Estado deve demonstrar que tomou providências<sup>55</sup> deliberadas, concretas e direcionadas à realização dos direitos convencionados, dentro de um curto intervalo de tempo após a entrada em vigor do Pacto no ordenamento jurídico do Estado que o adotou<sup>56</sup>. Nesse sentido, é válido ressaltar que limitações financeiras não justificam a inação e não alteram o caráter imediato das obrigações pactuadas. O compromisso de assegurar a disponibilidade e o usufruto do leque mais amplo de direitos econômicos, sociais e culturais, com celeridade, independe da conjuntura estrutural do país em apreço. Os níveis de exigência se conformam à realidade manifesta, mas a obrigação subjacente é a mesma para todos os signatários. Em resumo, a obrigação de realização progressiva desses direitos, conforme entendimento do próprio órgão oficial responsável pela fiscalização da execução do Pacto<sup>57</sup>, é uma obrigação não-condicionada imediatamente exigível, apesar do seu conteúdo variar em conformidade com as particularidades existentes em cada país.

Embora o Pacto não faça menção direta a uma proibição de retrocesso, a sua existência é fundamentada pelo entendimento de que ela é corolário necessário da obrigação da realização paulatina, essa sim tangenciada pela redação pactuada. Consoante

---

<sup>54</sup> “The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. [...] It is [...] a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights.” (CESCR, General comment No. 3: The nature of States parties’ obligations, Dez/1990, §9).

<sup>55</sup>Essas providências não precisam seguir uma forma prescrita específica, basta que sejam apropriadas e eficazes na consecução dos direitos acordados, podendo ser, mas não se limitando a: resoluções legislativas, acesso a recursos judiciais ou de outras naturezas, medidas administrativas, financeiras, educacionais, sociais etc.

<sup>56</sup> “[...] while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant’s entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant.” (CESCR, General comment No. 3: The nature of States parties’ obligations, Dez/1990, §7).

<sup>57</sup> “[...] even where the available resources are demonstrably inadequate, the obligation remains for a State party to strive to ensure the widest possible enjoyment of the relevant rights under the prevailing circumstances” (CESCR, General comment No. 3: The nature of States parties’ obligations, Dez/1990, §11); “[...] the duty in question [progressive realization] obliges all States parties, notwithstanding their level of national wealth, to move immediately and as quickly as possible towards the realization of economic, social and cultural rights. This clause should never be interpreted as allowing States to defer indefinitely efforts to ensure the enjoyment of the rights laid down in the Covenant” (CESCR, Fact Sheet nº 16 [Rev. 1], Jul/1991, p. 5).

o avanço paulatino da realização dos direitos, a proibição do retrocesso atua consolidando esses avanços, construindo, com isso, barreiras metafísicas ao regresso a níveis anteriores reduzidos de funcionamento do direito. Podemos dizer, assim, que exerce um verdadeiro papel de escudo de proteção contra interferências no conteúdo jurídico estabelecido pelas práticas pregressas estatais, assimiladas pela sociedade civil.

Porém, é imprescindível deixar claro que essa metáfora funciona até certo ponto, já que factualmente a proibição do retrocesso não impede que medidas restrinjam o âmbito de proteção/atuação de um direito, mas sim demandam das autoridades justificativas mais robustas para legitimar essa regressão. Como escudos, não impossibilitam, mas sim aumentam, efetivamente, o fardo argumentativo necessário para justificar qualquer medida tendente a contrair as realizações do direito já assimiladas pelo ordenamento jurídico, mesmo que não se possa dizer que seu núcleo figurativo foi violado.

Podemos dizer que tanto essa proibição ao retrocesso, quanto a obrigação da realização progressiva dos direitos, incrementam a resistência contra limitações a esses direitos. O CDESCR<sup>58</sup>, em um de seus comentários gerais<sup>59</sup>, reforça essa ideia ao dizer que qualquer retrocesso deliberado<sup>60</sup> na realização de um dos direitos pactuados demandaria a mais cuidadosa consideração e deveria ser inteiramente justificado considerando a totalidade dos direitos aprovencionados pelo Pacto e o compromisso com a utilização máxima dos recursos disponíveis. Considerando a relevância singular desses direitos, providências nesse sentido só são justificáveis enquanto forem necessárias, do que decorre que cessando a conjuntura material que tornou indispensável tais providências, cessa, de mesma maneira, a legitimidade das mesmas.

A esse compromisso – também manifesto no art. 2 (1) – advém que o Estado, na aplicação das suas forças para a progressiva realização dos direitos convencionados, deve ser capaz de comprovar a aplicação total de seu esforço para concretizar esse fim, como questão de prioridade. Essa prioridade, podemos dizer, decorre da própria obrigação de utilização do máximo de recursos disponíveis, o que não quer dizer que ela demanda uma

---

<sup>58</sup>Sigla referente ao Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado pela resolução 1985/17 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), em maio de 1985, para monitorar a implementação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) pelos Estados signatários.

<sup>59</sup>CDESCR, General comment n.º. 3, dez/1990, §9.

<sup>60</sup>Nesse sentido, o retrocesso não-deliberado não estaria sujeito a essas demandas, em princípio; o que não quer dizer que não haveria uma necessidade *a posteriori* de justificar tal movimento, caso contrário ele poderia vir a ser anulado.

primazia absoluta desses direitos. O que se expressa por meio dessa premissa é que o Estado terá que demonstrar o empenho de grande esforço para a realização dos direitos pactuados, para que seja possível afirmar que os executou de maneira satisfatória.

Tanto este quanto a obrigação da realização paulatina dos direitos configuram elementos sistêmicos que manifestam verdadeiros fardos argumentativos à figura do Estado. Qualquer prestação desses direitos, não sendo absoluta, deve ser apta a evidenciar que a restrição, por menor que seja, foi um subproduto inevitável do processo de realização dos direitos humanos. Em outras palavras, o sacrifício do campo de atuação de um desses direitos foi inevitável para que os demais pudessem florescer.

A observância do cumprimento adequado das obrigações pactuadas por parte dos países signatários também demanda uma análise da razoabilidade, da proporcionalidade, e da necessidade<sup>61</sup> (perante as alternativas) das medidas implementadas para a realização dos direitos, assim como sua conformidade com as normas gerais do Pacto, em especial com o art. 2, §1. Como os direitos econômicos, sociais e culturais, em grande medida, pressupõe uma atuação positiva estatal para que se manifestem na realidade, a inação absoluta em relação a um deles, em princípio, já configura uma violação das obrigações pactuadas. Isso quer dizer que o momento de inércia inicial estatal, não acompanhado de esforços no sentido de implementar os direitos em questão, já caracteriza uma limitação irregular desses direitos. Por conseguinte, as restrições que podem ser escrutinadas, quanto a sua validade ou não, são aquelas que se consubstanciam dentro de um contexto em que o direito a ser restringido já é, em algum grau, provisionado pelo Estado.

A análise a ser efetuada pelos órgãos responsáveis pela fiscalização da execução do Pacto – considerando o papel sistêmico central da proibição do retrocesso – deverá ser apurada e rigorosa, e levar em consideração os parâmetros de legitimidade apresentados.

---

<sup>61</sup>“In assessing whether States parties have complied with obligations to take action, the Committee looks at whether implementation is reasonable or proportionate with respect to the attainment of the relevant rights [...]” (CESCR, General Comment n°. 19, nov/2007, §63); “Where the Committee considers that a State party has not taken reasonable or adequate steps [to the maximum of its available resources to achieve progressively the realization of the provisions of the Covenant], it will make relevant recommendations to the State party.” (CESCR, An evaluation of the obligation to take steps to the "maximum of available resources" under an Optional Protocol to the Covenant: Statement, set/2007, §12); “If the adoption of retrogressive measures is unavoidable, such measures should be necessary and proportionate, in the sense that the adoption of any other policy or failure to act would be more detrimental to economic, social and cultural rights.” (CESCR, Public debt, austerity measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Jul/2016, §4); “Any distinction, exclusion, restriction or preference, or other differential treatment on grounds of nationality or legal status, should therefore be in accordance with the law, pursue a legitimate aim and remain proportionate to the aim pursued.” (CESCR, Duties of States towards refugees and migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, mar/2017, §5).

Associado a estes, são observados aspectos como a existência ou não de alternativas à medida, se esta é direta ou indiretamente discriminatória, se houve participação concreta dos setores da sociedade afetados por ela, se foi efetuada alguma revisão independente desta etc.<sup>62</sup>. Esses e outros aspectos vistos em conjunto permitem que se forme uma compreensão bem-informada acerca da correta consecução do PIDESC.

Se é certo que o processo de verificação da validade da restrição que implica em retrocesso se torna mais intransigente frente à liberdade legiferante, a impossibilidade de se conceber todas as medidas imagináveis e pertinentes a realizar determinada ação demanda que esse processo se atenha à realidade fática, para que possa ser ferramenta funcional nas mãos dos juristas. O que queremos dizer com isso é que na inexistência de um juiz que tudo sabe, a avaliação do universo de alternativas para concretização de determinada meta deve ser consciente das limitações humanas, no sentido de se ater a um universo de opções potencialmente imagináveis, concebíveis, pela pessoa média.

Uma maior prudência deve ser imprimida sobre essa análise, e isso implica em uma exigência de exatidão, de precisão, de um grau de certeza maior sobre a eficácia e sobre a imperatividade da medida em detrimento das alternativas. Para se alcançar essa matriz de validade, torna-se importante e fundamental a consideração de pareceres e avaliações de especialistas, assim como a apreciação dessas possibilidades legislativas pelo maior número e pela maior variedade possível de pessoas. Por um lado, reivindica-se uma análise mais cuidadosa, que demonstre a realização progressiva do direito e o aproveitamento do máximo dos recursos disponíveis pelo Estado; por outro, essa requisição não pode ser tamanha a ponto de tornar-se inoperante a verificação racional da legitimidade ou não da medida restritiva. Tudo isso deve se passar no espaço da materialidade, para que tenha sentido.

---

<sup>62</sup>“The Committee will look carefully at whether: (a) there was reasonable justification for the action; (b) alternatives were comprehensively examined; (c) there was genuine participation of affected groups in examining the proposed measures and alternatives; (d) the measures were directly or indirectly discriminatory; (e) the measures will have a sustained impact on the realization of the right to social security, an unreasonable impact on acquired social security rights or whether an individual or group is deprived of access to the minimum essential level of social security; and (f) whether there was an independent review of the measures at the national level.” (CESCR, General Comment n°. 19, nov/2007, §42).

## O que são direitos fundamentais? Qual a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos?

Para finalizar essa primeira parte do trabalho, é importante que façamos aqui um pequeno desvio de rota no intuito de conectar essa parte a parte subsequente, que será focada na teoria dos princípios. Como esta consiste em uma teoria constitucional, com enfoque na figura dos direitos fundamentais, a identificação do que é direito fundamental e de como ele se distingue dos demais direitos – em especial, dos direitos humanos – é algo impreterível para esse trabalho. Uma eventual percepção da compatibilidade ou não dos direitos humanos com a doutrina e com os mecanismos apresentados por essa influente teoria torna imperativo uma assimilação inicial das diferenças e similaridades entre essas duas tipologias de direito.

Tendo como base a exposição previamente efetuada acerca dos direitos humanos, dedicar-nos-emos sobretudo, nesse espaço, a um deslindamento do significado de direito fundamental. Um olhar breve pela história dos direitos humanos nos revela que estes surgem, enquanto enunciados jurídicos, a partir da elaboração de declarações de direitos, as quais, embora ostentassem linguagem universalizante, efetivamente correlacionavam a titularidade desses direitos ao vínculo prévio entre cidadão e Estado. Configuravam, em efeito, direitos do cidadão para com sua nação. Nesse momento, não havia materialmente distinção entre direitos humanos e fundamentais. Ambos eram usados intercaladamente para se referir à mesma classe de direitos, aqueles ditos inalienáveis.

O passo inicial para a verdadeira internacionalização dos direitos humanos e a criação de dois ramos distintos de direitos – um vinculado e o outro desvinculado da estrutura estatal – só foi dado com o fim da 2ª Guerra Mundial e com o surgimento da ONU e dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. É esse momento histórico que tomaremos como ponto de partida para o desenvolvimento de uma compreensão acerca do que define um direito fundamental.

Assim como no âmbito internacional se alça ao ápice sistêmico a dignidade da pessoa humana, concretizada pelas mãos dos direitos humanos; também, no âmbito nacional, torna-se exigência o primado da dignidade, materializado através da figura dos direitos fundamentais. Dotados dessa perspectiva, poderíamos compreender tão somente que os direitos fundamentais seriam a contrapartida interna aos direitos humanos, uma

alternativa semântica utilizada dependendo do espaço discursal contingente<sup>63</sup>. Todavia, esse modo de pensar pode ser perigoso.

Como se abstrai da própria nomenclatura, direitos fundamentais são os direitos considerados fundamentais por determinada ordem jurídica. Melhor dizendo, são aqueles cujas importâncias são tão elevadas para determinada sociedade que efetivamente alicerçam todo o sistema jurídico em que se situam. São, portanto, criados, consolidados e operacionalizados através de legislações nacionais, mas são especificamente legitimados por meio da Lei Máxima de cada país, seja ela estruturada na forma de uma Constituição escrita ou não. Apesar de estarem, muitas vezes, positivados em textos constitucionais, é importante pontuar que nem todo enunciado normativo presente nesse documento configura um direito fundamental, sendo comum a presença de normas organizacionais, operacionais e procedimentais – responsáveis pela estruturação dos processos legislativos e do sistema em geral – tais quais os direitos fundamentais.

Por originar do direito interno de cada país ou entidade supranacional, a composição, o conteúdo, a abrangência e o funcionamento dos direitos fundamentais variam consideravelmente a depender do quadro de valores e da importância atribuída socialmente a cada um deles. A enumeração e o significado prático dos direitos fundamentais, conforme essa perspectiva, são necessariamente vinculados a uma cultura jurídica específica, do que podemos falar que não existe um domínio universal dos direitos fundamentais, mas múltiplos domínios particulares do que se considera por direito fundamental.

Em contrapartida, os direitos humanos se assentam em normas do direito internacional, quaisquer que sejam suas fontes originárias (e.g. convenções, tratados, acordos bilaterais ou costumes). Embora leis, regulamentos e entendimentos jurisprudenciais e doutrinários de determinado país possam contribuir para a formação desse direito, outras experiências e contribuições nacionais e, especialmente, internacionais são necessárias para a consolidação de um direito como direito humano, dentro da perspectiva internacional.

---

<sup>63</sup>Germán J. Bidart Campos, por exemplo, considera-os sinônimos, tratando, em um lado, de um direito humano internacional, e de outro, de um direito inserido na Constituição de cada país. Cfr. *Teoría General de los Derechos Humanos*, p. 13-17.

Resulta dessa característica essencial que a substância desse ramo do direito pode ser mais ampla ou mais restrita do que o apresentado pelos direitos humanos. Mesmo existindo o mesmo enunciado normativo no âmbito internacional e no âmbito interno de um país, ainda assim, a amplitude de aplicação do direito entre uma jurisdição e a outra pode diferir significativamente. A equiparação simples e objetiva dos dois direitos, observado o aduzido, pode ignorar diferenças sutis entre eles, enfraquecendo não só o estudo da dogmática jurídica, mas também a aplicação direta dos direitos em casos concretos.

Outro possível ponto de distinção entre essas duas disciplinas está em uma maior percepção de aceitabilidade acerca da falta ou insuficiência da aplicabilidade prática dos preceitos de direitos humanos, se comparados aos direitos fundamentais. Aqueles normalmente apresentam uma conotação mais prescritiva e deontológica do que estes, característica mais bem observada quando se põe em evidência direitos que ainda não se encontram incorporados a documentos internacionais de grande importância, mas que devem, em um futuro próximo, o serem, pela importância de seu conteúdo. É nesse sentido que é possível alegar a presença de uma maior nuance filosófica dos direitos humanos, em comparação aos direitos fundamentais, os quais, não obstante exprimirem a escolha de um universo valorativo por uma determinada sociedade, restringem-se aos direitos compreendidos e positivados como tal.

Ademais, o fato de dizer respeito a uma categoria de direitos própria e pertinente ao ordenamento interno de um país concede, aos direitos fundamentais, um incremento no seu teor de realização prática<sup>64</sup>, pois torna-se possível judicializá-los, por meio da

---

<sup>64</sup>Aqui é relevante destacar a ideia proposta pela teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), que muito pode influir positivamente também no campo dos direitos humanos. Por esse enfoque, o olhar se volta aos destinatários das obrigações de cumprir os direitos, questionando quem seriam os sujeitos passivos dos direitos fundamentais, responsáveis por assegurar esses cumprimentos. Logicamente, os sujeitos primordiais dessas obrigações são o Estado, em toda e qualquer de suas configurações, afinal os direitos (fundamentais e humanos) surgem em resposta aos abusos e arbítrios deste. Todavia, dependendo da configuração e do âmbito de proteção garantido pelo direito, os deveres derivados desses direitos podem recair em particulares. Isso se sucede pois, além da obrigação de respeitar as liberdades individuais, ao Estado recai também a obrigação de proteção dos direitos dos indivíduos contra agressões perpetradas por terceiros, de modo que poderíamos aduzir que esses direitos não vinculariam diretamente os particulares. Supõe-se, então, que os particulares deveriam respeitar os direitos fundamentais alheios, na medida em que essas relações se realizam através de normas e obrigações infraconstitucionais, as quais sofrem os efeitos irradiadores das normas constitucionais. Ao Estado, dentro desse arranjo, caberia assegurar que os termos que orientam a relação entre os particulares respeitem e reverberem os direitos fundamentais, especialmente em relações de evidente desigualdade entre as partes. Esse entendimento reflete a corrente da teoria do efeito horizontal indireto ou mediado dos direitos fundamentais, que se contrapõe à teoria do efeito direto ou imediato, pela qual aos particulares, vincular-se-iam diretamente os deveres derivados desses direitos, e, a suas relações, aplicar-se-iam diretamente os preceitos constitucionais fundamentais, já que outros poderes sociais (e.g. grandes corporações, conglomerados, companhias de *big tech*) poderiam demonstrar risco equivalente ao emanado pelo Estado,

jurisdição do Estado. A compulsoriedade das sentenças e decisões judiciais definitivas – associada a sanções por descumprimento correspondentes – que é característica-chave do sistema jurídico, é fundamental para tornar efetivo o direito homologado pelo poder público. Como o direito internacional carece de órgãos com a capacidade de não só proferir sentenças, mas de compelir a parte perdedora a cumprir com o que foi determinado, a aplicabilidade dos direitos humanos fica, mais vezes do que nunca, sujeita à boa vontade e ao arbítrio dos governos estatais. Frente a ausência do monopólio da violência, outorgado unicamente ao Estado-nação, a comunidade internacional possui insuficientes mecanismos de respeitar, proteger, e promover os direitos humanos em escala global.

Ainda assim, o rol de direitos humanos em muito tende a se identificar com o rol de direitos fundamentais estipulados pelas diversas Constituições estatais. Embora tenham Constituições que tendem a privilegiar direitos de liberdade em detrimento de direitos sociais, enquanto outras destacam conjuntamente ambas as classificações de direitos, de modo geral, direitos já bem consolidados e pouco questionados geralmente estão presentes tanto em tratados internacionais, quanto em Constituições nacionais.

Tendo salientado as distinções mais claras e algumas similitudes entre essas duas tipologias jurídicas, faz-se importante, nesse momento, frisar a perspectiva adotada por Robert Alexy, considerando que será sua teoria o substrato para a análise realizada por esse trabalho. Como já dito, tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos humanos são dotados de intensa carga valorativa, estando fortemente ligados à moral e a ideais como justiça e igualdade. Por conta disso, muita da linguagem utilizada para positivizar esses direitos é abstrata e vaga, tornando necessário, para sua concretização, um processo de refinamento capaz de explicitar a aplicação deles nos casos concretos.

Para o autor, não obstante as diferenças mencionadas, direitos constitucionais – leia-se aqui direitos fundamentais – configuram direitos humanos suprapositivos que são positivados no texto constitucional<sup>6566</sup>. Para tanto, as características atribuídas a esta

---

no seio das relações particulares. Compactuando com a primeira corrente, cfr. DIMOULIS; MARTINS, em *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, pp.101-114.

<sup>65</sup>ALEXY, “The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights”, p. 33.

<sup>66</sup>Para o autor, há uma conexão necessária entre direitos humanos e constituição, cujo esteio reside na ideia de *correctness*. Como lei, a Constituição estabelece uma presunção de “estar correta” (caráter fundamental); como os direitos humanos também estariam corretos, porque seriam justificáveis racionalmente, qualquer Constituição que não contivesse previsões de direitos humanos seria invariavelmente, moral e legalmente defeituosa. Cfr. ALEXY, “The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights”, p. 33-34.

tipografia de direito aplicar-se-iam, sem prejuízo, àquela. São cinco os atributos identificados por Alexy que particularizam a figura dos direitos humanos: a sua universalidade (ser aplicável a todo ser humano enquanto tal); sua fundamentalidade (relacionada à importância de seu conteúdo); seu caráter abstrato<sup>67</sup> (também relacionado ao conteúdo, já que o mesmo diz respeito a conceitos vagos e indeterminados); sua moralidade (que implicará na validade universal desses direitos); e sua prioridade (relativo aos demais direitos e obrigações)<sup>68</sup>.

De maneira lógica, o primeiro atributo não pode ser aplicado, sem as devidas correções, aos direitos fundamentais dentro de um de um Estado soberano. No universo deste, os direitos fundamentais são universais, porém fora das fronteiras do Estado, não se pode afirmar validade (descolado de um direito humano internacional correspondente). As demais parecem coadunar com a realidade predominante demonstrada pelas Constituições nacionais. Apesar da liberdade de elaboração constitucional, parte relevante dos países aparentam subscrever com essas características, no tocante aos direitos fundamentais.

Com relação a estrutura desses direitos, Alexy acentuará a existência de duas construções fundamentalmente diferentes, as quais determinaram de que forma serão solucionadas questões conflituosas referentes a aplicabilidade do direito. São elas a construção do direito enquanto regra e a construção enquanto princípio. Esse assunto específico será tratado na segunda parte desse trabalho, focada na teoria dos princípios. Como direito eminentemente constitucional, os direitos fundamentais permitem a construção de uma metodologia de resolução de conflitos e questionamentos jurídicos que os envolvam, por parte da doutrina e da jurisprudência construída pelos tribunais nacionais. Como veremos a seguir, esse é o caso da teoria mencionada. Considerando os esclarecimentos já feitos, será que essa tese constitucional pode ser aplicada satisfatoriamente ao universo dos direitos humanos, no contexto do direito internacional?

---

<sup>67</sup>Essa característica configuraria tanto um ônus, quanto um bônus. Seria um ônus porque demandaria necessariamente uma concretização *a posteriori* para gerar efeitos; seria um bônus pois sua justificação seria mais facilitada se comparada à justificação de sua aplicação, tornando mais fácil um consenso sobre o que é direito humano. Para o autor, a necessidade de concretização seria cumprida com o recurso ao princípio da proporcionalidade como ferramenta de racionalização do processo decisório, princípio este que será tratado com mais detalhes na segunda parte deste trabalho. Cfr. ALEXY, “The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights”, p. 34.

<sup>68</sup>ALEXY, *Law's Ideal Dimension*, p. 143-144.

## SEGUNDA PARTE: TEORIA DOS PRINCÍPIOS

### Genealogia da teoria dos princípios: Hart, Dworkin e os limites às restrições aos direitos fundamentais

A existência de conflitos envolvendo duas ou mais normas igualmente legítimas e legais é um problema perene da disciplina jurídica. Quando a lei passa a ser produto da disputa política entre representantes legítimos do povo, a ilogicidade e a incoerência aceitas e presentes nas escolhas dos reis e governantes – consagrados pelo poder divino – deixam de se tornar sustentáveis. O advento do Estado moderno e do regime democrático, trouxeram, a reboque, a necessidade das decisões e deliberações públicas apresentarem justificativas e fundamentos tangíveis e auditáveis pela população interessada, ainda que muitas das razões expressas possam ser usadas para encobrir razões reais inválidas ou injustificáveis. A mudança de eixo do poder, da realeza à plebe, do rei ao povo, torna imprescindível que as ações tomadas pelos governantes tenham sustentáculo na vontade soberana do povo. Qualquer indicação de que isso não é o caso implica que o ato em si é passível de nulidade absoluta.

À necessidade de se racionalizar o processo legislativo, a organização e a atividade estatal, opunha-se a incapacidade de se prever e conceber todas as situações sociais juridicamente relevantes. O direito, qualquer que seja o sistema em que se encontra inserido, como consubstancia uma disciplina essencialmente retrospectiva, e não prospectiva, sempre se encontra um passo atrás das transformações sociais e culturais, que transcorrem incessantemente na realidade material. Mesmo que houvesse uma sociedade hermeticamente fechada, de tradição imutável – um cenário hipotético que é efetivamente inexecutável – as leis, como produtos da realização humana, nunca seriam capazes de antecipar todas as situações e acontecimentos que pudessem gerar repercussões e reivindicações jurídicas. Não há como retirar a incerteza do direito.

Mesmo assim, frente à essa realidade incontornável, diversos teóricos e estudiosos do direito buscaram construir estruturas lógicas que pudessem reduzir ou até eliminar completamente essa dubiedade. É nesse ponto que traremos à baila as elaborações teóricas escolhidas<sup>69</sup> que tentarão sistematizar a resolução de controvérsias jurídicas, não

---

<sup>69</sup>Por outra ótica, é possível realizar uma genealogia da teoria dos princípios, a partir de sua relação com as teorias que tratavam da ligação umbilical entre limites e conteúdo dos direitos (teoria interna e teoria

solucionáveis satisfatoriamente com o recurso às *meta*-regras tradicionais, já consolidadas em múltiplos sistemas jurídicos. Sendo assim, antes de adentrarmos diretamente à discussão acerca da teoria dos princípios, partiremos, como ponto de partida, das teorias propostas por Hart e por Dworkin, observando como estas se relacionaram e como abasteceram as discussões teóricas subsequentes, destacando-se, nesse trabalho, a teoria dos direitos fundamentais como princípios.

Isto posto, iniciaremos com uma breve exposição de alguns elementos da teoria *hartiana*, para, em sequência, deslindar a relação dialética que essa consuma com a teoria *dworkiniana*, a qual também será explicada nos seus pontos relevantes para a discussão desenvolvida por esse trabalho. Embora não correspondam ao cerne metodológico deste, é fundamental mergulhar um pouco nas suas proposições para que, em momento posterior e oportuno, possamos trazer a construção teórica elaborada inicialmente por Robert Alexy, considerando a importância constitutiva dessas teorias antecedentes para o desenvolvimento da teoria do jurista alemão. De prontidão, é importante salientar que essas e outras teorias a serem debatidas o serão com o enfoque voltado às incertezas jurídicas decorrentes da aplicação do direito na realidade material, com ênfase aos conflitos entre duas ou mais normas, que preconizam consequências jurídicas distintas para uma mesma situação fática, enquadrada na condição de aplicação dessas normas. Dito isso, traremos agora, para o centro da análise, a teoria do direito, como preconizada por H. L. A. Hart.

Basicamente o autor propõe que toda norma contém em si um cerne firme e uma penumbra de incerteza acerca do seu conteúdo jurídico. Essa dualidade estaria mais evidente quando se aplicasse a norma a casos que não se encaixassem perfeitamente aos preceitos encapsulados pelo enunciado da norma, quando a sua própria aplicação no caso concreto é motivo de dúvida razoável. Contudo, independente da presença prévia ou não

---

externa). Embora afirmasse sua filiação à teoria externa, Alexy apresentou um terceiro caminho a se pensar a limitação aos direitos fundamentais, distinto tanto da ideia de que os direitos já conteriam em si, seus próprios limites, de modo que o papel do legislador ordinário e do juiz seria o de declarar, desanuviar, elucidar esses limites intrínsecos, que apresentariam identidade total com o próprio conteúdo desses direitos (teoria interna); quanto da ideia contrária de que os limites aos direitos fundamentais seria algo advindo de fora, impactando o conteúdo originário destes, através de uma autorização constitucional prévia, de sorte que conteúdo e limites seriam coisas essencialmente distintas, configurando um âmbito de proteção *prima facie* e um âmbito de garantia efetiva não necessariamente coincidente (teoria externa). A essência da formulação *alexiana*, como se verá, não está na relação limite e conteúdo, mas na natureza própria dos direitos fundamentais como princípios. Trazendo uma excelente explanação desse encadeamento teórico, cfr. NOVAIS, *Limites do Direitos Fundamentais...*, pp. 15-42.

de uma controvérsia material, essa incerteza – a qual ele nomeia “textura aberta”<sup>70</sup> – seria uma função necessária e inseparável da própria natureza da linguagem e, portanto, impossível de se resolver<sup>71</sup>.

Frente a essa realidade, o juiz ou quem quer que esteja aplicando o direito, não mais se serviria simplesmente do raciocínio silogístico, mas sim de outra forma de raciocínio, que levasse em consideração as múltiplas respostas possíveis à problemática jurídica debatida, e que escolhesse, em última instância, a opção que fosse capaz de equilibrar mais adequadamente os interesses conflitantes em pauta. Aqui é inevitável o uso da discricionariedade<sup>72</sup> da autoridade, visto que não existiria uma única resposta

---

<sup>70</sup>Brevemente, discorrendo acerca da incerteza sobre o efetivo sentido desse termo, cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. II, pp. 68, nota de rodapé 191.

<sup>71</sup>O enunciado normativo escrito repassaria, para os indivíduos, os padrões de condutas desejados pela comunidade, de maneira mais clara e objetiva do que a mera utilização de exemplos práticos. Contudo, ainda assim, o mecanismo da linguagem carregaria consigo uma inevitável imprecisão de contornos, principalmente quando utilizasse de termos gerais ou genéricos para denotar questões específicas. Nas palavras de H. L. A. Hart: “[...]a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais.” (*O Conceito de Direito*, p. 166). Essa indeterminação seria algo inescapável nas formulações jurídicas pelo fato de que é, seguramente, impossível que o legislador, ou qualquer outro indivíduo, possa antever e imaginar todas as situações e circunstâncias que possam se enquadrar ou tangenciar o padrão de comportamento almejado descrito por uma norma. Restaria, então, às autoridades judiciais e/ou administrativas, a resolução concreta e a definição final do direito no caso concreto. Sobre isso, conferir H. L. A. HART, *O Conceito de Direito*, pp. 161-176.

<sup>72</sup>Esclarecendo a apreensão aqui de discricionariedade como resultado – sendo possível concebê-la também como processo de exercício da mesma – podemos dizer que a discricionariedade basicamente consiste no leque de opções de ações disponíveis, extraídas da interpretação de uma norma, atribuídas a uma autoridade. Dentro desse leque, o legislador – ou quem quer que seja a autoridade dotada desta prerrogativa – pode escolher, em tese, qualquer das opções. Baseado na origem da discricionariedade, David Duarte identifica dois tipos possíveis: a discricionariedade linguística – que consiste na imprecisão inerente à linguagem, seja esta derivada dos múltiplos sentidos possíveis de uma palavra (léxica ou semântica), seja decorrente da estrutura frasal e como as palavras se organizam dentro de uma frase (sintática) –; e a normativa – posterior a elucidação requisitada pela discricionariedade linguística, também se divide em dois, podendo ser ocasionada por uma norma (uni-normativa), quer pela possibilidade de aplicação de mais de um operador deôntico à norma, quer pela possibilidade de realização da norma em diferentes graus; ou por um conflito entre normas não-solucionável através da utilização das *meta*-normas de resolução de conflito (pluri-normativa), caso em que o julgador teria que efetuar uma escolha, ponderando os interesses capitaneados pelas duas normas conflitantes e escolhendo qual deverá prevalecer, a partir da elaboração de um esquema de preferência, em que, em um extremo, se encontra a realização total da norma *a* e, em outro, a realização total da norma *b* –. Independente de qual seja o tipo de discricionariedade presente, o momento inicial em que todas as opções legítimas estão à disposição é denominado de discricionariedade *prima facie*, enquanto que o momento posterior, em que outras normas constitucionais atuam como limite interno dessa discricionariedade, reduzindo ou eliminando totalmente esse leque de opções, é denominado de discricionariedade tudo considerado (*all norms considered discretion*). A esse respeito, cfr. DUARTE, “From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula”, pp. 11-15. Examinando mais essas duas fontes de discricionariedade, cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. II, pp. 68-81. No momento inicial, quem confere o poder à autoridade de escolher dentre mais de uma opção é uma norma atributiva de discricionariedade; posteriormente, essa discricionariedade poderá ser circunscrita e restrita por uma norma reguladora desse exercício (a qual pode ser efetivamente qualquer norma, seja regra ou princípio), que estabelece condições para seu exercício e determina, por fim, a discricionariedade definitiva – que é a discricionariedade tudo considerado. Cfr. J. S. SAMPAIO, *Ibid.*, pp. 46-61.

correta anterior à sobreposição da norma ao caso concreto, mas várias possíveis soluções corretas ao alcance do juiz.

Embora seja possível conceber normas jurídicas com pouco espaço de manobra para a elaboração de várias respostas possíveis, a textura aberta do direito implica, como consequência, que muitos padrões de comportamento só seriam estabilizados e definidos concretamente por meio do exercício discricionário das funções próprias dos órgãos jurídicos e administrativos. Existiria, assim, um processo criador, limitado pelos significados possíveis e habituais da norma, que seria atribuído aos poderes não-legislativos, e essa prerrogativa não poderia ser afastada, pois diria respeito a um atributo primordial da linguagem.

Em resposta a essa aparente discricionariedade desregulada, Ronald Dworkin elabora sua própria teoria<sup>73</sup>, apresentando, em seu seio, a figura dos princípios como padrões de resolução de querelas jurídicas, subsidiários às regras. O princípio<sup>74</sup>, enquanto norma, vincularia o operador do direito, caso nenhuma regra fosse capaz de fazê-lo, dessa forma reduzindo a arbitrariedade conferida às esferas administrativas e jurídicas do Estado. Para tanto, o autor evidencia a diferença entre essas duas tipologias de norma: a regra<sup>75</sup> é aplicada em um esquema tudo-ou-nada, de forma que ou ela é aplicada ao caso por um processo de subsunção automático, ou a regra é declarada inválida pelo ordenamento jurídico, no caso, por exemplo, de existência de uma outra regra que proponha solução diversa ao caso. Ao menos teoricamente, para o autor, seria possível elencar no enunciado da regra, ou seja, no corpo do seu texto, todas as suas exceções, por certo que a regra, composta por seu enunciado completo (incluindo condições e exceções a sua aplicação) poderia ser aplicada automaticamente se se enquadrasse nela, uma situação real.

Já o princípio não demanda uma aplicação imediata dos seus preceitos, pois ele existe na dimensão do peso ou da importância. Sendo assim, a existência de um princípio oposto não acarreta a exclusão de um deles do organograma legal. Aptos a atuar sobre uma mesma situação, porém conduzindo a soluções divergentes, o princípio de maior peso dentro de um caso concreto se sobressairá sem que isso implique, necessariamente,

---

<sup>73</sup>Que também visa fazer uma crítica mais ampla e questionar preceitos do que Dworkin considera a teoria dominante do direito (que prevalecia a época nos centros acadêmicos anglo-saxões), composta por dois polos: a parte conceitual, configurada pelo positivismo jurídico; e a parte normativa, configurada pelo utilitarismo; ambos derivados do mesmo cerne filosófico, a teoria de Jeremy Bentham. Cfr. *Levando os Direitos a Sério*, pp VII-VIII.

<sup>74</sup>Cfr. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 36, 40 e ss.

<sup>75</sup>Cfr. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*., pp. 39 e ss.

na invalidez do outro. Por essa razão, não se concebe possível enumerar, mesmo que apenas teoricamente, as exceções à sua aplicação, dentro de um enunciado jurídico completo. Ao contrário das regras, que demandam serem empregadas quando a realidade se acomoda com suas condições de aplicação; os princípios somente direcionam os argumentos postos, sem reivindicar uma aplicação direta ao caso concreto<sup>76</sup>.

Embora não seja de nosso interesse principal o aprofundamento na teoria desse ilustre jurista, é importante ressaltar que, para além da regra e do princípio, sua tipologia de normas inclui também a figura da *police*<sup>7778</sup>, outro *standard* normativo que orienta a atuação do operador do direito. Essa categoria estabelece objetivos, propósitos, metas a serem alcançadas pelo poder público, geralmente, em benefício da coletividade<sup>79</sup>. Configura efetivamente manifestações, na forma de padrões jurídicos, do interesse público de determinada comunidade. Podem significar tanto os princípios que orientam a atuação do poder público, quanto os próprios programas e atos públicos guiados por eles. Sendo assim, seu sentido é eminentemente prático, qual seja, a promoção de algum interesse público, qualquer que seja, ou alguma melhoria almejada pela coletividade.

Em razão disso, as *policies* não necessitam respeitar rigorosamente noções de igualdade e equidade de tratamento entre casos similares, não da maneira a qual os princípios são submetidos. Como trabalham em um nível mais operacional da autoridade pública, almejando alcançar objetivos de natureza eminentemente política, esses padrões de atuação do poder soberano não precisam levar em consideração e respeitar estritamente demandas de equidade. Desde que seus objetivos sejam cumpridos, a *police*, de um modo geral, apresenta menos amarras a noções coletivas de proporcionalidade, consistência, equidade, justiça, dentre outras, que representam exterioridades da moral pública vigente.

Em contraposição a esse semblante utilitarista das *policies*, o princípio enuncia, na sua essência, uma exigência da moralidade, não derivando, sua existência, de um fundamento externo a si mesmo. Como refletem uma exigência da moralidade, devem ser aplicados seguindo parâmetros de equidade e de consistência, de modo que casos análogos entre si sejam decididos de uma mesma maneira, já que, só assim, perpetuariam

---

<sup>76</sup>Servem de argumentos, contudo, para a formulação de uma regra nova particular ao caso concreto (DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 46)

<sup>77</sup>Nelson Boeira, na tradução brasileira da obra, traduz esse termo como *política* ou *política pública*. A opção pela não tradução aqui se dá simplesmente para evitar a confusão com outras acepções possíveis da palavra *política*.

<sup>78</sup>Cfr. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 36.

<sup>79</sup>Pode ser usurpado, logicamente, para assegurar a manutenção do poder e promover objetivos de grupos dominantes em detrimento da coletividade geral.

um semblante de justiça. Portanto, podemos dizer que os princípios jurídicos concretizam, em seu âmbito próprio, princípios morais prévios de determinada comunidade<sup>80</sup>, de tal maneira que o juiz quando se utiliza dessas figuras, na consecução de seus atos profissionais, também se abaliza segundo os ditames da moralidade social vigente<sup>81</sup>.

É importante pontuar, nesse sentido, que o juiz, no exercício da sua atribuição de decidir casos difíceis<sup>82</sup> segundo os ditames da lei, não pode, segundo o autor, utilizar argumentos de *policies* para fundamentar suas decisões<sup>83</sup>. Considerando que a *police* manifesta um objetivo político, um programa estatal delineado segundo as circunstâncias fáticas ocasionais e as metas estabelecidas com base nelas, a sua figura não seria apropriada a fundamentar a atuação deliberativa do juiz, no seio de questões complexas. Como a prerrogativa de fazer política é da competência da esfera legiferante, representada pelos democraticamente eleitos (no contexto dos Estados Democráticos de Direito), a sua apropriação por parte do judiciário configuraria verdadeira usurpação de competência.

---

<sup>80</sup>Faz-se necessário aqui pontuar que os princípios da moralidade, para que se transfigurem em princípios jurídicos, passam por um processo de conformação à estrutura jurídica já posta, cujo objetivo é a preservação da coerência sistêmica, assegurando a segurança jurídica necessária à sustentação da estabilidade social.

<sup>81</sup>Como tanto os princípios quanto as *policies* consistem em padrões jurídicos para atuação do poder público, representando direitos individuais e/ou interesses coletivos, e como ambos podem figurar como justificação para a atuação legislativa, doravante, assim como fez o próprio autor (*Op. Cit.*, p. 36), trataremos os dois pelo mesmo nome, princípio. Caso seja necessário efetuar a distinção entre os dois, esclareceremos previamente no corpo do texto.

<sup>82</sup>Casos difíceis (ou *hard cases*) se distinguem dos casos fáceis (ou claros), pois, ao contrário destes, não apresentam uma clara solução ao significado eduzido da norma, não sendo possível determinar, sem o recurso a uma justificação externa ao liame lógico presente nas premissas normativas que engendram a conclusão normativa (a norma a ser aplicada ao caso concreto), um único sentido inequívoco para a norma. Para tanto, a distinção entre esses dois tipos transcorre no nível qualitativo, dependendo do grau de dificuldade de fundamentar racionalmente a escolha de significado efetuada. A dificuldade – considerada como indeterminação – se encontra em elementos específicos do caso e não na totalidade do caso em si. Nesse sentido e aprofundando o assunto, cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, Vol. I, pp.132-144. O autor também distingue quatro modalidades de casos difíceis, duas delas relacionadas a questões de fato – problemas de prova e de qualificação jurídica – e duas a questões normativas – problemas de interpretação, causadas pela indeterminação linguística; e problemas de identificação da norma aplicada ao caso, causadas ou por lacunas ou por conflito entre normas (*Ibid.*, pp. 138-139). Para esse trabalho, similarmente, o que interessa são os casos difíceis em razão de questões normativas, com especial atenção dada ao conflito entre normas.

<sup>83</sup>Afinal de contas, os argumentos de *policies* não produzem direitos individuais, ao contrário dos princípios, traduzindo não mais que objetivos da coletividade abstraídos de ajustamentos políticos previamente estabelecidos. Mais precisamente, o autor atribui às *policies* a criação de metas, objetivos políticos não-individuados (ou seja, que não geram expectativas de nenhuma benesse ou prerrogativa para os indivíduos), contrapondo-as ao direito político, objetivos políticos individuados (que geram, por sua natureza, alguma garantia ou liberdade ou faculdade ao dispor dos titulares do direito). Para configurarem direitos, entretanto, estes devem ostentar um peso que os torne capaz de resistir e, por vezes, suplantar argumentos baseados em *policies*. De forma sucinta, a importância abstrata desses objetivos políticos não pode ser sobrepujada pela importância abstrata das metas políticas, por isso a importância da identificação, proteção e promoção dos direitos alicerçadores do aparelho estatal. Nesse sentido, cfr. DWORKIN, *Op. Cit.*, pp. 142-145.

A *police*, enquanto política pública, pode fundamentar-se recorrendo a princípios morais e jurídicos, mas não seria qualificada, por si só, a ser razão definidora para uma decisão jurídica. Reflexamente, ela também poderia ser fundamento de normas jurídicas, mas sua influência no processo judicial se restringe à normatividade presente no direito em que ajudou criar. Em termos mais simples, a norma criada com base em um objetivo político é válida e pode ser fundamento de decisões jurídicas, devido ao aspecto da exigibilidade presente em toda norma jurídica.

Para além disso, é relevante notar que o exercício legislativo não está submetido ao mesmo nível de escrutínio a que se submete o judiciário, no tocante a justificação de seus atos. Não que inexista qualquer parâmetro orientador daquela atividade, mas fato é que se espera do poder judiciário certa consistência e coerência na elaboração de suas sentenças judiciais. Ao legislador se concede um amplo campo de escolhas não só sobre os direitos e deveres jurídicos, mas também sobre a organização e o funcionamento das entidades estatais, isto é, ele detém a competência de definir para que e de que forma o Estado dispenderá a energia que está a seu dispor. Ao juiz, cabe atestar a existência ou não de um direito contestado, decorrendo disso que o mesmo só *cria* o direito sob o pano de fundo de um direito antes indefinido, e agora descortinado, por meio da elucidação semântica de seus contornos. Mesmo quando inexistente direito posto apto a solucionar determinada questão, o seu ato de criação está subordinado a *meta*-normas de preenchimento de lacunas jurídicas pré-existentes no ordenamento jurídico e a princípios fundamentais de justiça, que justificam a existência e orientam a atuação do poder judiciário.

Dworkin se utiliza desse panorama topográfico para propor que os direitos individuais são trunfos políticos do indivíduo contra atuações e interferências públicas na sua vida, que cerceiem ou restrinjam ou eliminem por completo possibilidades suas de fazer ou ter ou que a ele imponha danos ou perdas, quaisquer que sejam. Seriam trunfos, pois, justamente, exteriorizar-se-iam como argumentos robustos contra qualquer afetação à sua liberdade geral, fundamentada por um argumento de finalidade pública.

Como concretizam-se por meio de uma afetação prévia, esses direitos políticos não conteriam, de antemão, conteúdo propriamente dito. Contornando a crítica positivista à natureza dos direitos jusnaturalistas, o direito individual surge quando o indivíduo se depara com alguma restrição a sua liberdade, não contendo, portanto, um cerne filosófico impenetrável, situado fora do espaço-tempo. O direito individual como trunfo é, antes de tudo, um direito político.

Como se vê, a teoria *dworkiniana* se assenta em uma concepção liberal de mundo, em muito conformada com as peculiaridades da história e da experiência política estadunidense, as quais fomentaram, dentre outras coisas, o espírito individualista e a desconfiança perene com as instituições do poder público. Como não poderia ser diferente, os direitos são entendidos, nessa perspectiva, como escudos metafóricos contra o Estado leviatã, como armas a serem empunhadas quando o Estado trespassasse áreas da esfera privada dos indivíduos. Nesse sentido, os direitos individuais se equiparam essencialmente a direitos negativos, a direitos a não-interferência, de sorte que não se ajustam tão satisfatoriamente a concepções de direitos de 2ª e de 3ª dimensão (direitos sociais, trabalhistas, culturais, ambientais etc.), caracterizadas por demandarem prestações positivas do Estado para se efetivarem. Os direitos sociais, por exemplo, criam, nos seus titulares, expectativas de fruição de determinados bens ou ações que só conseguem ser materializados por meio da intervenção ativa do poder público<sup>84</sup>.

Em suma, essa teoria, ao propor a existência de padrões jurídicos capazes de servir como razões para argumentos, sem, contudo, impor a aplicação destes à realidade fática – de maneira distinta do que se sucede com as regras – visa racionalizar a atuação jurisdicional principalmente nos casos difíceis, em que as soluções não são auto evidentes. Apesar da concepção das normas como tipos peculiares de padrões a serem seguidos pela atividade pública, o que indica a necessidade da existência de uma história institucional prévia, essa teoria abre caminho para se pensar em uma argumentação jurídica fiel a ideia de direitos humanos inatos, a partir do entrançamento inescapável entre os princípios jurídicos e os princípios morais, tomando por certo que esses direitos, em maior ou menor grau, dependem, para existir, do compartilhamento de certas noções de moralidade entre um número relevante de indivíduos.

É importante, contudo, acentuar que essa teoria do direito atribui a todo direito um caráter político<sup>85</sup>, pelo que se pode afirmar que esta pressupõe a existência de um Estado soberano para poder gerar, conseqüentemente, direitos e deveres individuais. A inclusão que propõe dos princípios e *polices* dentro do conceito de norma – conjuntamente às regras – abre o caminho para se adotar a ideia de direitos fundamentais

---

<sup>84</sup>O direito à saúde, à educação pública e à seguridade social são exemplos desse aspecto.

<sup>85</sup>Nas palavras do autor: “[...] a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas” (*Op. Cit.*, p. 136)

como trunfos individuais, dentro de um mesmo espaço político, ou seja, dentro das fronteiras de um Estado autônomo e soberano.

Os direitos humanos, em contraste, não encontram, na literalidade dessa teoria, raízes profundas e robustas capazes de sustentar sua existência enquanto direito, pois sua aceitação implicaria na aquiescência acerca de uma anterioridade hipotética de direitos inatos da humanidade sobre estruturas organizadas de poder – com o Estado-nação como paradigma – capazes de instrumentalizar esses direitos. Os direitos individuais, enquanto trunfos contra a maioria, são, antes de tudo, políticos, porque surgem como resultado do processo histórico em curso (em especial, das instituições públicas) e da moralidade vigente, em constante transformação, em determinada sociedade. Sem o Estado, qualquer noção de direito subjetivo<sup>86</sup> estaria em xeque, porque não seriam, por si só, aptos a defender o indivíduo de violações de terceiros e isso seria incompatível com a percepção de que os padrões jurídicos, externado por meio das normas, seriam trunfos individuais contra predileções desarrazoadas da maioria, em uma sociedade democrática.

Ainda que se compartilhe da ideia de que existem verdadeiramente direitos inerentes ao ser humano, os postulados dessa doutrina apresentada podem ser interessantes recursos reflexivos, para se pensar a relação direito-Estado, já que eles sublinham o papel insubstituível da atuação institucional para a materialização dos direitos individuais na realidade substancial. De fato, principalmente no que se refere a direitos que demandam prestações positivas para se realizarem, a interferência de uma autoridade capacitada para tal se faz imprescindível para fazer valer o direito individual. Surge, então, um questionamento: seria impossível conceber a existência de direitos imanentes de uma obscura singularidade humana?

---

<sup>86</sup>Tratando da questão controvertida dos *whistleblowers* (tradução livre: delatores, informantes), Andreas Fischer-Lescano destaca que a generalização do enquadramento de direitos subjetivos a todos conflitos sociais juridicamente relevantes perde de vista a real natureza de algum desses conflitos, que, no caso dos *whistleblowers* diz respeito efetivamente a um conflito entre espaços autônomos impessoais juridicamente relevantes. Esse apontamento é importante, pois a ferramenta do princípio da proporcionalidade – amplamente disseminado também no campo do direito internacional, destrinchada *a posteriori* – trabalha, como principal paradigma, a contraposição entre um direito individual subjetivo a uma norma contrária individual ou coletiva. O enfoque estrito nos direitos subjetivos contribui para o obscurecimento da trans-subjetividade inerente aos direitos e liberdades entendidos como individuais. Com vistas a remediar esse lapso da proporcionalidade, o autor propõe a necessidade de se identificar precisamente que esferas sociais (e.g. espaços autônomos impessoais e institucionais, direitos subjetivos individuais, direitos coletivos, integridade física dos indivíduos) são afetadas pelo conflito existente e elaborar normas capazes de proteger a invasão inadequada de uma esfera sobre a outra, generalizáveis para a aplicação em casos similares. Cfr. “Putting proportionality in proportion: whistleblowing in transnational law”, pp. 324-346. Mais sobre direitos impessoais e sua relação com uma sociedade em constante transformação, cfr. LADEUR, “A critique of balancing and the principle of proportionality in constitutional law – a case for ‘impersonal rights’?”.

Não obstante a existência de diversas culturas e configurações sociais, à primeira vista, incompatíveis entre si, é possível se pensar em eixos de ideias presentes na maioria das sociedades contemporâneas, ainda que o significado atribuído a elas possa variar, dependendo do local e do tempo em que se manifestam. Assim como a existência de um princípio moral ou jurídico não demanda um consenso comunitário, também pode-se conceber que os direitos humanos, fundados como são em concepções morais e éticas, não pressuponham a existência de um consenso universal sobre sua existência e conteúdo para que sejam reais.

O direito, para ser real, não requer que seja respeitado ou não, que seja satisfeito ou não. Mesmo a inexistência de instituições jurídicas eficazes, com autoridade para proferir decisões jurídicas justas, não precluem a existência de certos direitos, direitos estes amalgamados indiscriminadamente com a própria noção de autonomia humana. Contanto que a maioria dos seres humanos conclua uma mesma asserção, que a natureza humana nos dota de direitos inatos e inalienáveis e, ainda que essa asserção adquira diferentes significados e nuances em diferentes culturas, os direitos humanos existem enquanto realidade cognoscível, embora esta nunca seja completamente desvendável.

## **Teoria dos princípios: instrumento de racionalização da argumentação jurídica;**

Sobre o firmamento assentado pela doutrina dos direitos como trunfos, Robert Alexy, jurista alemão, propôs compreender empiricamente os processos decisórios por trás dos julgamentos efetuados pelo Tribunal Constitucional do seu país, com vista a articular uma teoria localizada a essa realidade jurídica e, com isso, conferir racionalidade ao campo dos direitos fundamentais, no tocante a atuação jurisdicional. Apesar de não ambicionar desenvolver uma teoria do direito plurivalente, abalizada pela consideração de múltiplas culturas jurídicas, o pensamento desenvolvido por esse autor irradiou para fora de suas fronteiras territoriais e alcançou grande prestígio dentro da, cada vez mais valorizada, disciplina dos direitos constitucionais.

Como não é o intuito desse trabalho pormenorizar os diversos aspectos da teoria dos direitos fundamentais como princípios, elucidaremos, daqui por diante, os principais elementos da teoria inicialmente concebida por Alexy, relativizando, contudo, suas construções com a utilização de outras perspectivas doutrinárias acerca da

proporcionalidade como instrumento da racionalidade jurídica, de modo a trazer o trabalho para o espaço das discussões mais contemporâneas e vanguardistas sobre o tema. O enfoque será dado, todavia, aos elementos entendidos como úteis para a deliberação e a determinação de uma ferramenta argumentativa capaz de justificar adequadamente e racionalizar soluções de *hard cases*<sup>87</sup>, em que a mera aplicação de um mero silogismo-dedutivo lógico é insuficiente para amparar a *ratio decidendi* e promover a efetivação da consequência jurídica apropriada, dentro de um contexto de aplicação na seara do direito internacional (com ênfase nos direitos humanos).

Serão três os motes do modelo exposto pelo jurista alemão que serão analisados a seguir. Em primeiro lugar, similarmente como propôs Dworkin, Alexy estabelece uma diferenciação entre a norma-regra e a norma-princípio<sup>88</sup>. A primeira consiste em normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, aplicadas ou não aos casos concretos, afastando-se, aqui, a concepção *dworkiniana* de normas aplicadas em um sistema de tudo-ou-nada, em que a presença das condições de aplicação provoca automaticamente as consequências jurídicas elencadas. Para o jurista alemão, as regras só adquirem esse caráter mecanicista quando, no processo de materialização do direito alvo de controvérsia jurídica, o juiz afasta todas as exceções pertinentes a norma. Somente aí, poder-se-ia proceder com o processo de subsunção do fato à norma.

Já a segunda, em contrapartida, materializa-se como um espectro de possibilidades jurídicas, cuja concretização dependeria da sua interação com as demais normas e princípios existentes (possibilidades jurídicas) e com as peculiaridades da conjuntura factual em que se manifesta (possibilidades fáticas). Assim sendo, o primado de um princípio em um caso concreto, não determinaria a eliminação, dentro do ordenamento jurídico, do princípio preterido. O que ocorreria, na materialidade, seria a definição de uma conformação específica para o princípio, considerando os outros elementos que, com o mesmo, interagem. Suscintamente podemos dizer que enquanto a regra é rígida; o

---

<sup>87</sup>Porque envolvem conflitos entre normas. Cfr. *supra* nota de rodapé 82.

<sup>88</sup>Acerca do conceito de norma, propriamente dito, não existem unanimidades. Alexy adota o *modelo semântico da norma*, partindo da distinção entre a norma em si e seu enunciado normativo. Este é composto de um conjunto de signos linguísticos, o qual informará as possibilidades de sentido da norma. A norma, nesse contexto, será o significado do enunciado normativo, o resultado de um processo hermenêutico de delimitação dos contornos jurídicos do texto. Essa formulação é vantajosa, dentre outras coisas, pois separa o conceito de norma do conceito da validade da norma, tornando possível, assim, discutir acerca da validade ou não de uma norma sem cair em uma irracionalidade semântica cíclica (se a validade é um pressuposto existencial de toda norma, não há como se falar em norma inválida). Sobre isso, cfr. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 52 e ss. Esmiuçando diferentes perspectivas da natureza das normas, em destaque para as perspectivas semântica (ou hilética) e pragmática (ou expressiva), cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. I, pp. 192-201.

princípio é flexibilizável. O princípio é um direito *prima facie*; a regra, o direito definitivo<sup>8990</sup>.

Essa classificação, todavia, não permite conceber, por si própria, a definição conceitual do que é regra e do que é princípio. A partir desse parâmetro, a identificação da natureza da norma se daria, única e exclusivamente, pela observância de informações externas à norma, no caso, se ela é aplicada integralmente, se é afastada ou se é aplicada parcialmente. A impossibilidade de derivar um conceito de regra e de princípio dessa formulação é suplantada por um segundo baluarte da teoria *alexiana*. Os princípios seriam essencialmente mandamentos de otimização, determinações normativas de que algo – no caso, o princípio – seja realizado na sua maior medida, maior expressão possível, considerando tanto as possibilidades fáticas, quanto as jurídicas existentes, sendo estas identificadas por intermédio dos campos de atuação de eventuais princípios e regras colidentes.

Por serem comandos de otimização, as normas-princípios teriam alcances potencialmente ilimitados. A restrição a esse alcance se daria pela existência dos demais princípios, os quais limitam o âmbito de aplicação do princípio e relativizam suas possibilidades jurídicas. Nesse ponto, faz-se imprescindível compreender que a definição do conceito e do conteúdo basilar de um princípio implica, sem falta, em uma referência

---

<sup>89</sup>Ainda que possamos atribuir a norma-regra a condição de direito definitivo, é fundamental compreender que a regra também é dotada de um caráter *prima facie* próprio, distinto dos princípios. Os princípios são razões para determinações judiciais em casos concretos, que podem ser contrapostas e afastadas caso existam razões antagônicas com maior peso, segundo a lei de sopesamento de Alexy. As regras, em sentido distinto, não são objetos de sopesamento, já que estabelecem um âmbito de aplicação específico e determinado, sendo, portanto, cognoscível. Apesar disso, é possível a não-submissão do fato à regra quando incluída, na mesma ou em outro dispositivo legal válido, uma cláusula de exceção ou caso se invalide por completo a regra, extirpando-a do ordenamento jurídico. Nesses casos, a regra perde seu caráter definitivo estrito, adquirindo um caráter *prima facie* especial. A diferença desse caráter para o dos princípios é que o princípio seria afastado se confrontado com um princípio que represente uma razão antagônica e que tenha maior peso no caso concreto; a regra só poderia ser afastada se, além da existência de um princípio contrário de maior peso, os *princípios formais ou procedimentais* (aqueles que determinam a legitimidade legislativa da autoridade competente, que demandam o respeito à prática reiterada como fonte do direito, por exemplo), que justificam sua natureza definitiva, também fossem sobrepujados no momento da ponderação. Nesse sentido, cfr. ALEXY, *Ibid.*, pp. 103-106; KUMM, “Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice”, p. 578.

<sup>90</sup>Ressalta-se que essa diferenciação tende a se tornar inócua com o uso descomedido das provisões estabelecidas pelo jurista alemão – principalmente considerando a falta de definições seguras sobre o que distingue ambas as modalidades normativas –, ao passo que tudo pode se resumir a princípios e à ponderação. Por esse ângulo, cfr. NOVAIS, *Os Limites dos Direitos Fundamentais*, pp. 43-49. Embora seja válido as ressalvas apresentadas por esse autor, entendemos que em se tratando de normas de direitos humanos internacionais, mais especificamente as normas-regras dotadas de natureza *jus cogens*, não há como afastá-las sem que se desague em um caminho de violação flagrante da dignidade da pessoa humana, fundamento último desses direitos. Que consideração, por exemplo, poderia afastar legitimamente a aplicação da proibição da escravidão sem que com isso não se maculasse, sem sombra de dúvida, todo o sistema de proteção aos direitos humanos?

aos conceitos e limites de princípios contrapostos. Em um interessante paralelo com o conceito de alteridade, as margens existenciais e materiais de um princípio, pressupõe, para sua identificação, o reconhecimento das margens existenciais de outro(s). Como concebe a concepção *alexiana*, o princípio é um comando de otimização, limitado pelas possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa maneira, o conteúdo principiológico contém necessariamente as limitações impostas por elementos externos ao próprio princípio. Sem eles, a cognição do que é o princípio se torna consideravelmente comprometida, se não, impossibilitada. Como veremos posteriormente, contudo, a ideia de princípios como comandos de otimização apresenta algumas atribuições que tornam, a sua adoção, não-aconselhável.

Continuando na depuração dessa perspectiva doutrinária, por serem princípios, essas normas possuiriam um amplo âmbito de aplicação, decorrente da vagueza conceitual inerente a essa forma normativa, expressa nos seus dispositivos normativos. Essa ampla fluidez de conteúdo, associada ao que foi descrito no parágrafo anterior, implicaria que contradições originadas da sobreposição de dois ou mais campos de aplicação de princípios distintos não são só seriam comuns, mas efetivamente inafastáveis. A identificação de qual princípio deveria prevalecer, dentro da realidade fática, poderia ser auferida caso existisse, dentro da ordem jurídica, uma escala hierárquica abstrata entre os princípios, para além do caráter constitucional ou infraconstitucional.

Contudo, na falta de uma definição constitucional expressa e considerando a impossibilidade de se atribuir valores abstratos e absolutos aos princípios válidos para todas as situações fáticas, não seria exequível a existência de uma ordem hierarquizada cogente. A inexistência dessa ordem conduziria, então, a um quadro de indefinição quanto a precedência da norma-princípio, considerando aqui a mesma hierarquia legal. Dessa forma, não haveria como se aplicar – assim como seria o caso das regras – um raciocínio silogístico a todos os casos concretos. A primazia de um princípio específico em um julgamento em particular demandaria outras formas argumentativas racionais para ser capaz de se justificar.

A ferramenta adotada por essa teoria para resolver essa necessidade inescapável de compatibilização entre um ou mais princípio – e o terceiro elemento basilar que mencionamos – é a utilização da *ponderação* e da *fórmula do peso*<sup>91</sup>. Através da

---

<sup>91</sup>Não discorreremos muito mais sobre a fórmula do peso. Frente a impossibilidade de tornar totalmente objetiva um juízo jurídico que envolva princípios, Alexy sustenta que a fórmula, entendida em termos

atribuição de pesos para os dois ou mais princípios em conflito, o julgador faria uma análise de qual destes deveria sobressair no caso concreto. E essa comparação – que levaria em conta tanto o peso abstrato do princípio, quanto o peso aferido na situação fática – dar-se-ia por meio do princípio da *proporcionalidade* ou da *proibição do excesso*.

Esse vocábulo adquire uma acepção mais restrita nesse momento. Não representaria aqui um ideal de justiça mais equitativa e, conseqüentemente, mais justa, mas sim uma verdadeira *lei*, manifestada como uma ferramenta prática talhada para a feitura de uma análise certa sobre uma situação em que dois ou mais princípios entram em colisão<sup>9293</sup>. Poderia ser definida, então, como um mecanismo de resolução de conflito de direitos que utilizaria três principais parâmetros (ou subprincípios ou testes) para a

---

matemáticos, consistiria, na verdade, em uma metáfora, uma alegoria que permitiria, ao seu observador, uma compreensão mais simples, mais concreta, sobre como se daria uma elaboração do exame de ponderação na prática. Embora, em princípio, seja interessante a formulação em termos visualmente claros e objetivos, a complexificação que a mesma foi adquirindo no decorrer do tempo, em razão das críticas a ela direcionadas, parece-nos que pode retirar dela qualquer verniz metafórico capaz de colaborar com o entendimento individual da teoria. Mais sobre isso, cfr. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 97. Entendendo que a fórmula do peso não é capaz de representar adequadamente a proporcionalidade *stricto sensu* e propondo uma alternativa à mesma que se limita a expressar as duas leis da proporcionalidade *stricto sensu* (lei substantiva e lei epistêmica), com o nome de fórmula do peso positivista, cfr. DUARTE, “From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula”, pp. 32-46.

<sup>92</sup>Propondo a utilização de uma análise custo-benefício, em substituição a proporcionalidade *lato sensu*, para a elaboração de medidas legislativas, administrativas e judiciais, cfr. CHANG; DAI, “The limited usefulness of the proportionality principle”. Interessante considerar a proposta dos autores sobre a superioridade da análise custo-benefício para a promoção do bem-estar social, sobretudo nos âmbitos legislativos e judiciários (*Ibid.*, pp. 1115-1121).

<sup>93</sup>Para Frank I. Michelman, a proporcionalidade pode ser entendida como um determinado protocolo voltado para o discurso constitucional (qualquer troca argumentativa acerca da constitucionalidade de algo). É o entendimento subscrito por esse trabalho quando tratamos esse princípio como um método de resolução de conflitos jurídicos. Não obstante, o autor reconhece a existência de outras acepções, como a que vincula o princípio da proporcionalidade a valores como a razoabilidade e racionalidade. Cfr. “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionas”, pp. 35-36.

aferição da legalidade, ou não, da constitucionalidade de um ato juridicamente relevante<sup>94</sup>.

Em princípio, a medida controvertida a ser examinada teria que ser capaz, apta a alcançar os fins para qual foi criada. Ou seja, do ato deveria ser possível alcançar, necessariamente, os objetivos traçados em sua elaboração<sup>96</sup>. Uma medida que logicamente não pudesse realizar os fins que a justificavam não deveria ser admitida. Ela reprovaria nessa etapa, denominada por teste ou segmento da adequação<sup>97</sup>.

Uma questão que se põe é a relacionada ao grau de certeza epistêmica empírica<sup>98</sup> demandada do legislador na elaboração da medida restritiva, isto é, qual é a medida de

---

<sup>94</sup>Jan Sieckmann propõe uma intrigante alternativa à formulação clássica da proporcionalidade. Para o autor, tanto a adequação, quanto a necessidade – a serem trabalhadas a seguir – seriam demandas lógicas implícitas da ponderação correta de princípios em oposição. Se uma medida é inadequada, ela apresenta valor zero de grau de satisfação do princípio justificador da afetação. Da mesma forma, a medida não necessária apresentará peso concreto inferior à medida alternativa que promove mais intensamente o bem, sem comprometer mais o princípio oposto. Disso, aduz que o princípio da proporcionalidade poderia ser subsumido à ponderação em si. (“Proportionality as a Universal Human Rights Principle”, p. 18). Dessa realização, propõe que a proporcionalidade como metodologia de resolução de conflitos poderia ser substituída pelo modelo de ponderação (*model of balancing*), por ele aventado. Primeiramente, inicia-se identificando os argumentos contrários a interferência no princípio afetado; em seguida, constata os argumentos favoráveis a tal interferência (segmento da adequação estaria inserido nessa análise). Parte-se, então, para uma comparação da medida com as alternativas, onde se examina se a mesma configura um Ótimo de Pareto; se o peso abstrato do princípio justificador da limitação é maior ou menor do que uma alternativa dotada dos mesmos pesos concretos (se for menor, afetação não é justificada) – argumento da coerência ou do igual tratamento; e se, partindo de um caso de equilíbrio entre os pesos dos princípios colidentes, há uma alternativa claramente superior. Finalmente, aplica-se a ponderação autônoma (*balancing in the strict sense*) sobre o peso relativo dos princípios opostos, que não deve se confundir com o terceiro passo do princípio da proporcionalidade (*balancing in a methodological sense*), que será elucidado posteriormente nesse trabalho. Cfr. *Ibid.*, pp. 18-23

<sup>95</sup>As formulações mais comuns do encadeamento dos subprincípios da proporcionalidade incorporam a ideia de sequencialidade, ou seja, primeiro deve se passar pelo primeiro teste para que se realize o segundo teste, assim por diante. Em sentido contrário, Talya Steiner, Andrej Lang e Mordechai Kremnitzer propõem a aplicação integrada desses subprincípios, por entenderem que, assim, potencializaria, ao mesmo tempo em que, reduziria algumas desvantagens presentes em cada teste, individualmente considerados. É relevante mencionar que a adoção desse posicionamento se justifica também pela observância empírica de determinados sistemas jurídicos nacionais, em que se observa desvios significativos da formulação sequencial do princípio. Aprofundando esse posicionamento, cfr. *Proportionality in Action...*, pp. 545-555, 591-606.

<sup>96</sup>A adequação pode ser observada através de diversos recortes, sendo possível a existência de medidas totalmente capazes de atingir o fim almejado – ou seja, que realizam inteiramente o fim –, totalmente incapazes e parcialmente capazes – realizando apenas uma fração do fim –. Em respeito ao princípio democrático e a liberdade de escolha do legislador, entendemos ser mais apropriado a adoção de uma versão débil desse teste, em que a medida só é considerada inidônea se se mostrar totalmente inapta para realizar o fim escolhido (concepção negativa). Nessa perspectiva, cfr. pp. PEREIRA, “Os Imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade”, pp. 176-180. Sobre as análises *ex ante* e *ex post* desse subprincípio, cfr. *Ibid.*, pp. 181-183.

<sup>97</sup>Muito se fala sobre a escolha terminológica dos subprincípios da proporcionalidade, dentre eles o da adequação. Jorge Reis Novais, por exemplo, evita a utilização desse vocábulo e opta por utilizar em seu lugar a *aptidão*, por entender que este possui um teor mais neutro se comparado à adequação, cuja carga valorativa positiva (adequado entendido como bom, propício, justo) implicaria, erroneamente, em uma apreciação valorativa do ato em si, o que não é o caso. Também é comum a utilização do vocábulo *idoneidade*. Cfr. *Limites dos Direitos Fundamentais*.

<sup>98</sup>Cfr. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, pp. 595-598.

fidedignidade e de fiabilidade das informações, e das prognoses realizadas acerca dos efeitos materiais obtidos através das normas restritivas impostas, exigida dos legisladores na execução de sua incumbência precípua, a tarefa de legislar. Entende-se que, frente à impossibilidade de apreensão de toda realidade material pela subjetividade humana, o alcance da certeza prévia a respeito dos reais efeitos e consequências de determinada norma é demanda que pode se mostrar excessiva, podendo atingir indevidamente o âmbito de livre atuação do legislador ordinário. Em contraposição, a inexistência de qualquer nexos causal apreensível entre a norma (meio) e o fim almejado implica, sem sombra de dúvidas, na inadequação integral da medida.

Diante de cenários de certeza epistêmica empírica relativa (ou incerteza parcial positiva)<sup>99</sup>, em que imponderáveis atuam sobre o objeto da medida, adicionando uma camada de dubiedade e imprecisão aos possíveis efeitos materiais gerados pela mesma, o legislador deve visar diminuir o risco epistêmico, através de explorações mais aprofundadas sobre o tema em questão, amparadas por pesquisas científicas relacionadas, pela opinião de especialistas e estudiosos do assunto, pela observância direta da controvérsia jurídica em sua materialidade e por outros recursos que possam auxiliar a trazer mais evidências acerca da idoneidade da norma para o alcance do seu fim almejado. Todavia, tendo em vista a margem de conformação conferida ao legislador no exercício de sua função primária e considerando a maior proximidade entre este e a realidade material em que atua, a ele deve ser possibilitado a elaboração de medidas legislativas razoavelmente capazes de concretizar a satisfação dos fins acolhidos pelas mesmas, ainda que não se tenha absoluta certeza sobre a capacidade do meio adotado para gerar esses efeitos.

Assim sendo, tem-se como função principal desse segmento da proporcionalidade a identificação da norma apta a realizar o fim almejado e a eliminação das normas interferentes nos âmbitos de proteção de outros direitos sem que, com isso, satisfaçam o fim, por elas, proposto. Simultaneamente, cumpre também outras funções secundárias, como a de identificação e intelecção primária da colisão normativa analisada pelo princípio da proporcionalidade e do grau de certeza epistêmico empírico assinalado pela medida restritiva de direitos, de modo que é possível afirmar que esse teste prepara o

---

<sup>99</sup>Terminologias utilizadas por CANAS *supra* nota 98. A incerteza parcial positiva consiste em um grau de dubiedade superior à certeza relativa, em que inexistente convicção acerca da aptidão da medida restritiva de lograr os objetivos sinalizados justificadores da restrição, existindo, contudo, uma relevante, e racionalmente identificável, tendência ou probabilidade de promover o que se ambiciona.

terreno para a atuação posterior dos demais segmentos da proporcionalidade.<sup>100</sup> Como é possível perceber, esse teste não representa, por si só, uma barreira forte contra limitações indevidas ao direito afetado, caracterizando-se mais como um requisito mínimo de racionalidade e alinhando as bases para o exame dos dois outros segmentos em sequência<sup>101</sup>.

O segundo parâmetro identificado para a realização da proibição do excesso seria o teste ou segmento da necessidade<sup>102</sup>. Sendo reconhecido a adequação do ato em contenda, verificar-se-ia agora se dentre todas as medidas identificáveis e capazes de cumprir o fim escolhido, na intensidade escolhida pelo legislador, a que foi adotada seria aquela menos restritiva a liberdade atingida pelo ato<sup>103</sup><sup>104</sup><sup>105</sup>. Aqui o que estaria em

---

<sup>100</sup>Cfr. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, p. 604.

<sup>101</sup>Cfr. STEINER; NETZER; SULITZEANU-KENAN, “Necessity or balancing: the protection of rights under different proportionality tests – experimental evidence”, p. 649

<sup>102</sup>Novamente aqui temos questões de nomenclatura. No direito americano, tem-se uma análise homóloga conhecida como *least restrictive means test*, ou seja, teste da medida menos restritiva. Outros autores também reconhecem a desconformidade do vocábulo necessidade com o que compreende a totalidade desse teste como Laura Clérico, que adota uma tradução da terminologia norte-americana [exame do meio alternativo menos lesivo ou gravoso] para se referir a esse teste.

<sup>103</sup>Existe mais de uma elaboração que trabalha o conteúdo desse segmento. Uma das mais conhecidas é a que identifica na menor interferência – exemplificada pela ideia de *least restrictive means/minimal impairment*, fruto do julgamento da Suprema Corte Canadense *R vs Oakes* (1986) – o parâmetro central de análise a ser utilizado para identificar a necessidade ou não da medida. Contudo, apesar de sua difusão e da sua clareza conceitual, essa perspectiva sofre por direcionar a análise para uma única medida possível – a que menos interfira no direito, bem, valor alheio – consequentemente podendo severamente a livre margem de conformação do legislador, provável razão pela qual a própria Suprema Corte Canadense demonstrou tacitamente um afastamento dessa formulação (cfr. CHOUDHRY, *So What is The Real Legacy of Oakes?...*, pp. 506-507), adicionando, para além da menor interferência, o parâmetro da maior ou igual eficácia da medida (*Ibid.*, p. 515). Essa evolução do conceito consoma a ideia de uma *modalidade lata da necessidade* (cfr. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, pp. 662-667), a qual não determina a adoção indiscriminada do meio menos interferente (*modalidade estrita*), mas sim do meio menos interferente que atinja os fins desejados pelo legislador, no grau de satisfação por ele pretendido. Será essa concepção a adotada por esse trabalho.

<sup>104</sup>Considerando a existência de múltiplos critérios para se analisar e mesurar o grau de onerosidade da medida adotada e das suas alternativas, caso não seja possível – em todos ou em grande parte dos critérios identificados – distinguir claramente a medida mais onerosa, dentre as alternativas com idoneidade equivalente, entendemos que se deve respeitar a escolha do legislador democrático. Assim, cfr. PEREIRA, “Os Imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade”, pp. 185-186.

<sup>105</sup>David Duarte identifica, ao menos, três tipos de acepções diferentes desse segmento da proporcionalidade: a necessidade de ganho – em que é necessária a medida mais satisfatória, com mesmo nível de perdas que as alternativas –; a necessidade de perda – em que é necessária a medida menos interferente com o princípio oposto, com mesmo nível de ganhos que as alternativas –; e a necessidade de proporção – em que é necessária a medida que apresenta melhor razão entre perdas e ganhos do que as alternativas –. Para o autor, os dois primeiros tipos representariam formas fracas do segmento da necessidade, enquanto o último representaria uma forma forte. Como aparenta restringir excessivamente a autonomia decisória do legislador, entende que a necessidade deve se manifestar nas suas formas fracas. Entretanto, quando ocorrem níveis distintos de ganhos e perdas – ainda que tenham paridade entre as razões desses ganhos e perdas – e quando não existe paridade alguma entre essas razões, o tomador de decisões teria a liberdade de escolher entre as medidas comparadas, isto é, a necessidade, dentro desse enfoque, não interferiria nessa decisão. Cfr. “From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula”, pp. 29-31. No nosso caso, também adotamos uma forma fraca da necessidade, mas esta permite ainda mais flexibilidade ao legislador, pois não se demanda a adoção da medida mais satisfatória, com alternativas

questão não seria uma *relação meio-fim*, como se depreende do exame da adequação, mas sim uma *relação meio-meio*, em que se compararia efetivamente níveis de interferência e de satisfação de diferentes alternativas de meio<sup>106</sup>.

Para isso, seria encargo do legislador identificar as alternativas disponíveis racionalmente apreensíveis, igualmente adequadas para a concretização do fim, e com níveis de satisfação iguais ou superiores ao aspirado por ele, para que, então, pudesse efetuar um exercício de comparação entre elas e optar pela medida que realizasse satisfatoriamente a finalidade pretendida, com o mínimo de interferência negativa sobre bens, interesses e valores alheios<sup>107</sup>. Como é possível identificar, tanto o segmento da adequação quanto o da necessidade representam verificações com base nas possibilidades de realização prática do princípio, ou seja, tratam especificamente de questões de fato. Contraposto a eles, apresenta-se o terceiro segmento (proporcionalidade *stricto sensu*), o qual diria respeito eminentemente às possibilidades de realização jurídica do princípio<sup>108</sup>, em outras palavras, configuraria uma avaliação valorativa.

É importante ressaltar que entendemos que o teste da necessidade não impõe necessariamente a escolha do meio mais satisfatório para a realização do fim tencionado pelo legislador, nem mesmo quando este é igualmente interferente à medida adotada pelo legislador. Dessa forma, não teria como se equiparar a ideia do Ótimo de Pareto<sup>109</sup>, pois não objetivaria o alcance de um ponto de eficiência máxima entre a promoção do fim e a limitação do direito afetado negativamente pela medida, mas sim a contenção do potencial lesivo da medida restritiva adotada pelo legislador<sup>110</sup>. Dentro dos parâmetros indicados por esse teste, a liberdade de escolha e a margem de conformidade do legislador estariam respeitadas, sem que, com isso, retirasse-se a utilidade precípua da necessidade enquanto parâmetro de legitimação do ato legislativo.

---

igualmente limitadoras do direito em oposição, mas sim daquela que menos interfere nesse direito, se se tem alternativa mais ou igualmente satisfatória.

<sup>106</sup>Cfr. CANAS, *Ibid.*, p. 607.

<sup>107</sup>Aprofundando a análise sobre os requisitos para a definição das alternativas de meio disponíveis, cfr. CANAS, *Ibid.*, pp. 616-635.

<sup>108</sup>Jean-Yves Chérot destaca que embora essa diferenciação seja possível de se efetuar conceitualmente, é frequente que nas análises realizadas, os juízes incluam elementos de análise normativa dentro do aferimento realizado pelos testes da adequação e necessidade. Salienta, nesse sentido, que é comum que na própria determinação dos fatos materiais relevantes para o caso concreto, a elaboração jurídica possa se assemelhar a formulação de teorias sociais, facilitando, com isso, a instauração de controvérsias jurídicas. Cfr. “La Proportionnalité entre Théorie Politique et Raisonnement selon le Droit”, pp. 1908-1909.

<sup>109</sup>Essa equiparação também falha quando se considera que só é relevante quando as medidas são igualmente satisfatórias, o que limitaria consideravelmente a utilidade desse segmento. Nessa perspectiva, cfr. CHANG; DAI, “The limited usefulness of the proportionality principle”, p. 1124.

<sup>110</sup>Nas palavras de Vitalino Canas: “Ao segmento da necessidade interessa simplesmente conter o potencial de interferência inerente ao meio e não acautelar sua eficiência máxima ou ótima” (*Ibid.*, p. 645).

É por isso, também, que o legislador poderia escolher uma medida mais (ou igualmente) interferente do que as demais, desde que também representasse um incremento superior na satisfação do bem jurídico privilegiado por tal medida. A liberdade de escolha legislativa implica, operacionalmente, na faculdade de se determinar os níveis desejados de realização do bem jurídico justificador da limitação imprimida a princípio oposto, principalmente considerando que a realidade empírica raras vezes condicionará a escolha, dentro de um conflito de princípios, a medidas com níveis iguais de limitações ou satisfações. Cabe, então, ao legislador democraticamente escolhido analisar as opções disponíveis para a realização de um direito e, feito isso, designar qual cumpre seu papel, nos parâmetros adotados.

Nesse ponto, é proveitoso falar sobre a questão da deferência e da margem de conformidade do legislativo para com os segmentos da adequação e necessidade. Estes configuram, como já dito, testes que examinam empiricamente se as medidas escolhidas são respectivamente apropriadas para gerar o fim almejado e se são as menos restritivas, considerando medidas alternativas com o mesmo potencial de realização do direito. São, portanto, observações factuais que não demandam uma análise valorativa para serem aferidas. Por conta disso, não seria devido a concessão de uma margem ampla ao legislador que desconsiderasse à realidade posta, tão somente por causa de sua legitimidade democrática. É o contrário do segmento que será trabalhado em seguida – proporcionalidade *strico sensu* – que, como envolve propriamente um exercício valorativo de atribuição de medidas abstratas a direitos (ou interesses de peso semelhante) em oposição, permitiria que se concedesse ao legislativo maior amplitude para a determinação da providência a ser tomada, com base nessa mesma legitimidade democrática<sup>111</sup>.

Adentrando, então, no terceiro segmento mencionado, seria proporcional o ato restritivo que cumprisse um último pressuposto, qual seja, o da proporcionalidade *stricto*

---

<sup>111</sup>Isso porque: “Reasonable minds will differ as to what represents an acceptable trade-off between individual rights and wider public policy interests, and there is no *a priori* reason why judges should always have the final word” (ELLIOT, “Proportionality and deference: The importance of a structured approach”, p. 15). Para esse autor, ao passo que a deferência em razão da legitimidade democrática seria apropriada ao segmento da proporcionalidade *stricto sensu*, outro tipo de deferência seria apropriado no caso da necessidade. Esta seria o caso da deferência baseada na *expertise*, isto é, fundamentada no extenso conhecimento possuído por um especialista (quando a questão em contenda demandar tal *expertise* e caso o legislador não seja dotado da mesma) capaz de identificar se a medida escolhida pelo legislativo, de fato, é a menos interferente, em um espaço que contém outras medidas de igual eficácia. Cfr. ELLIOT, “Proportionality and deference: The importance of a structured approach”, pp. 7-12.

*sensu*<sup>112</sup>. Compartilhando, em algumas construções, da mesma denominação da ferramenta principiológica da qual faz parte, essa proporcionalidade – para o autor-paradigma referido – implicaria pôr na balança, de um lado, a importância do princípio a ser realizado; de outro, a intensidade da restrição do princípio comprimido<sup>113</sup>. A questão do objeto da ponderação<sup>114</sup> realizada a título da proporcionalidade em sentido estrito é, contudo, controversa, com mais de uma formulação sobre o que de fato é ponderado. Dito isso, a concepção consequencialista adotada por Vitalino Canas, parece retirar complexificações desnecessárias, ao estabelecer, como objeto em foco, de um lado, os efeitos positivos materiais e jurídicos derivados da satisfação do bem, valor ou interesse justificador da restrição e, do outro lado, os efeitos negativos materiais e jurídicos da afetação do bem, valor ou interesse restringido.

Não acontece, nesse momento, um julgamento da medida hermeticamente observada. Ela já passou das etapas da adequação e da necessidade, o que implica que a mesma alcançou níveis satisfatórios de racionalidade. Seguindo o percurso proposto por Alexy, nesse último teste, o avaliador aferirá, de fato, os *pesos* dos princípios opostos, colocando-os em lados opostos, e determinará se a medida, mesmo sendo adequada e necessária, é legítima ou não, é proporcional ou não, segundo o parâmetro estabelecido pelo segmento da proporcionalidade.

Os *pesos* diriam respeito ao grau de intensidade da afetação do princípio restringido, de um lado; e o grau de importância de satisfação do princípio que

---

<sup>112</sup>Aventando uma crítica a presença da proporcionalidade *stricto sensu* (*ad hoc balancing*) no esquema do princípio da proporcionalidade, fundada na ineptidão desse subprincípio em estabilizar *standards* e introduzir padrões de predicabilidade na proteção aos direitos humanos, assim como na incapacidade do mesmo em produzir uma metodologia de resolução de conflitos dessa natureza estritamente legal, cfr. BERNSTORFF, “Proportionality without balancing: why judicial ad hoc balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realisation of individual and collective self-determination”.

<sup>113</sup>David Duarte elabora uma elucidativa conceituação desse segmento: “Proportionality in the narrow sense demands that, within a balancing, gains obtained must compensate losses: therefore, it implies that the sacrifice of a norm must run parallel with benefits given to another.” (“Gains and Losses in Balancing Social Rights”, p. 67). Como se vê, nessa formulação, o autor substitui os sujeitos dos polos da formulação tradicional *alexiana*, utilizando a terminologia que permite uma comparação de fatores mais facilmente comparáveis de *ganhos* e *perdas* para efeito da ponderação.

<sup>114</sup>Acerca dos diferentes sentidos possíveis do vocábulo *ponderação*, estreitando, porém, o foco a quatro sentidos específicos, cfr. CHIASSONI, “La balanza inexistente”, pp. 167-178. Ressalta-se que esse trabalho se concentra na ponderação como princípio para resolução de antinomias, embora reconheça a existência da ponderação como princípio interpretativo para a elucidação de problemas dessa natureza e como princípio para a integração de lacunas jurídicas. Também é relevante pontuar que a ponderação envolvida nesse terceiro segmento da proporcionalidade consiste na ponderação por superação, sendo a solução aquela dotada de maior peso no exercício comparativo, e não na ponderação por reconciliação, em que a solução é aquela que melhor reconcilia os interesses conflitantes. Nesse sentido, *Ibid.*, pp. 168-171.

fundamenta a medida restritiva, de um outro<sup>115</sup>. A comparação<sup>116</sup> realizada entre os dois pesos determinaria qual lado da equação deveria prevalecer, o da medida restritiva ou da restrição propriamente dita. Se aquele tivesse maior peso, a medida seria proporcional; se o lado a prevalecer fosse este, a medida seria desproporcional e, conseqüentemente, ilegítima. A utilização dos efeitos como paradigma da medição demanda uma alteração nessa configuração, congregando a aferição da importância desses efeitos à análise dos dois polos em oposição e retirando, do enfoque do processo do segmento da proporcionalidade, a observância preeminente dos respectivos níveis de intensidade<sup>117</sup>.

Como se depreende dessa breve explicação, essa etapa da proibição do excesso é permeada por uma subjetividade pervasiva a própria natureza da análise. A comparação de dois princípios formalmente isonômicos entre si não consegue escapar da ausência de hierarquia ou de qualquer classificação que indique a primazia de um princípio sobre os demais, dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Qualquer avaliação, portanto, que oponha dois ou mais princípios nesses parâmetros está fadada a questionamentos acerca da objetividade da mesma, ainda que essa avaliação seja, em tese, bem fundamentada. A *fórmula do peso* até tenta reificar – retirando a subjetividade – a argumentação por trás da resolução do conflito, entretanto, os próprios pesos atribuídos em si são frutos da subjetividade, inseparáveis de quem fez a análise.

Fora esses três parâmetros designados pelo jurista alemão e compartilhado por outros demais, destacamos a existência de uma variável que as vezes é incluída, as vezes

---

<sup>115</sup>Essa concepção se cristalizaria na chamada *lei do sopesamento* que basicamente determinaria como deveriam ser solucionados casos envolvendo colisão de princípios, quando se considera que a medida restritiva de direito não violou nenhum dos preceitos anteriormente mencionados da proibição do excesso. O resultado decorrente dessa análise comparativa descambaria em uma lei derivada da lei do sopesamento, conhecida como *lei da colisão*, a ser explanada posteriormente conjuntamente a lei que a deu origem.

<sup>116</sup>Perpassa aqui a discussão acerca da (in)comensurabilidade e da (in)comparabilidade entre escolhas distintas. Em suma, a proibição do excesso não demandaria que os bens, interesses e valores fossem comensuráveis, de modo a permitir a elaboração de uma escala cardinal entre eles, mas seria primordial que os elementos a serem contrapostos na operação da proporcionalidade fossem comparáveis, do que restaria possível o estabelecimento de uma relação ordinal de preferência (CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso...*, pp. 739-744). Para tanto, deveria se encontrar o valor de cobertura (*covering value*) que permite estabelecer uma relação de comparação avaliativa entre os objetos de comparação. Toda escolha entre mais de uma opção teria como pressuposto um valor que determinaria o que seria relevante, o que importaria, o que justificaria racionalmente a decisão tomada (CHANG, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, pp. 5-8). Esse *covering value* poderia variar, dependendo do exercício ponderativo a ser realizado. Nada obstante, existem tentativas de identificação do valor que poderia fundamentar os exercícios jurídicos de comparação, dentre as quais a medida comum da liberdade ganha ou perdida, proposta por CANAS, *Ibid.*, pp. 797-799.

<sup>117</sup>Importante pontuar que a intensidade, embora não fosse o enfoque específico desse segmento, seria elemento auxiliar para a aferição dos respectivos níveis de importância dos efeitos positivos e negativos contrapostos, assim como seria objeto de apreciação crítica quando da avaliação dos segmentos anteriores da adequação e da necessidade. Cfr. CANAS, *Op. Cit.*, p. 795.

não, no teste da proporcionalidade. Estamos falando aqui da legitimidade ou conformidade do fim<sup>118</sup> almejado pela medida restritiva. Esta seria, para muitos, a primeira etapa do exame de proporcionalidade. Antes de identificar uma ligação racional entre o meio e o fim, através da etapa da adequação, o observador deveria identificar se o fim declarado para justificar a execução do ato controvertido seria legítimo, ou seja, se a *raison d'être* por trás da interferência se sustentaria, segundo os parâmetros jurídicos apresentados pelo ordenamento jurídico em questão.

Causas evidentemente ilegais ou incompatíveis com preceitos fundamentais de uma sociedade não poderiam, portanto, fundamentar, de maneira alguma, a criação e implementação de uma medida limitadora de direitos. Além desse requisito representado pela ideia de validade<sup>119</sup> do fim, Canas entende que outros elementos também configurariam pré-condições para a conformação do fim ao sistema jurídico em que se inserem. Seriam eles: a consistência, a determinabilidade e o peso ou importância abstrata do bem almejado<sup>120</sup>. Esses dois primeiros demandariam que o legislador, no exercício de sua competência, determinasse, com clareza e detalhamento suficiente, o fim (ou fins) perseguido pela medida, sem apresentar contradições, de modo que seja possível inferir, do enunciado normativo, seu propósito e, assim, a relação meio-fim estabelecida.

Malgrado a inexistência, na maior parte das constituições modernas, de hierarquias fechadas entre normas constitucionais, em especial, entre normas que encerram direitos fundamentais, a atribuição de peso e de importância abstrato a elas pode utilizar de indicativos formais e materiais emitidos pelo texto constitucional e pela experiência prática jurisdicional de determinada cultura jurídica para elaborar uma hierarquia prefacial fluída, invariavelmente incipiente. Como estão ligadas

---

<sup>118</sup>Aqui é importante pontuar que não há diferenças abstratas cognoscíveis entre o que é meio e o que é fim. Em outras palavras, algo pode ser tanto meio para o alcance de um fim específico, quanto o fim último de um meio determinado. A isso se denomina *intercambialidade entre meios e fins*. Como essa verificação é um pressuposto necessário para a realização da análise da legitimidade/conformidade do fim e, conseqüentemente, do princípio da proporcionalidade, faz-se necessário efetuar um exercício de identificação do que é meio e o que é fim de determinada norma. Confrontado com essa realidade, Vitalino Canas traz uma definição que pode auxiliar na resolução desse problema: “[...] fins são os efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos remotos, que o legislador prognostica, *entende como positivos* e deseja que se verifiquem.” (*O Princípio da Proibição do Excesso ...*, p. 406). Para entender o processo por trás dessa definição, conferir *Ibid.*, pp. 402-407.

<sup>119</sup>A validade jurídica faz referência ao que o ordenamento jurídico permite, obriga e não-proíbe. Tudo aquilo que for absolutamente proibido pela lei, não pode ser promovido pelo poder público, mas proibições relativas podem ser afastadas, dependendo do caso concreto. Aquilo que configura obrigação para o legislador deve ser cumprido, respeitando a margem de independência conferido a ele, e permissões explícitas ou implícitas (por desinteresse legislativo) conferem ao legislador a faculdade de intervir ou não nessas questões. Aprofundando essa temática, CANAS, *Op. Cit.*, pp. 417-430.

<sup>120</sup>Entende, nesse sentido, CANAS, *Op. Cit.*, pp. 413-440.

umbilicalmente à impermanente realidade jurídica-material, entende-se que a importância abstrata atribuída a essas normas tenha caráter não definitivo, mas *prima facie*<sup>121</sup>, podendo ser alterada conforme mudanças despontam na realidade constitucional.

Seja qual for a formulação e o entendimento imputado à ideia de legitimidade do fim, este parece ser um elemento avaliativo de grande valia ao julgador, pois permite ao operador do direito alinhar informações e recursos que serão utilizados na aplicação da *lei da proporcionalidade*, mas que também poderão ser empregados em outros processos de harmonização jurídica. Nesse sentido, sua adesão a um processo analítico de validade e de conformidade de um ato juridicamente relevante é bem-vinda. A opção pela sua não-inclusão na estrutura da proporcionalidade em si se justifica pela conformidade do fim materializar não um elemento do princípio da proporcionalidade *lato sensu*, mas sim um pressuposto da sua aplicação prática.

Esse princípio só poderia, então, ser aplicado se anteriormente restasse definido o fim<sup>122</sup> da medida legislativa e se fosse possível distinguir esse fim do meio utilizado para seu alcance. É, nesse momento, que se configuraria o que Vitalino Canas define como a *fase de pré-configuração ou pré-estruturação* da aplicação do princípio da proibição do excesso, em que preliminarmente se circunscreveria os bens jurídicos pretexto das medidas visadas, que se determinaria os pesos e importâncias relativas atribuídas aos fins prosseguidos, e que se identificaria o grau de interferência ao direito contraposto. Nesse sentido, a utilização desse artifício de racionalidade jurídica auxilia na determinação do paradigma material-estrutural que será objeto de análise pela proporcionalidade *lato sensu*, podendo, ele mesmo, determinar antecipadamente a invalidez da norma por fim manifestamente ilegítimo.

Ademais, esclarecemos que, nesse trabalho, adotamos o ponto de vista de que, para além do pressuposto representado pela validade ou legitimidade do fim, a proporcionalidade como mecanismo de harmonização do direito contém outros

---

<sup>121</sup>Cfr. CANAS, *Op. Cit.*, p. 438.

<sup>122</sup>O fim, para que seja considerado, deve ser, ao menos, determinável e extraível logicamente da norma e/ou do processo legislativo que ensejou o seu surgimento. De mesma maneira, deve o fim ser suficientemente específico para que seja possível analisar a compatibilidade da medida legislativa elaborada com o objetivo material almejado pela mesma. A generalidade excessiva impede não só a consecução dessa etapa, como mutila categoricamente os expedientes da adequação e da necessidade. Nesse sentido, cfr. CANAS, *Op. Cit.*, p. 415-416.

pressupostos de utilização<sup>123</sup>. São alguns deles<sup>124</sup>: a existência prévia de uma interferência (qualquer intervenção ou ingerência que afete negativamente – ou seja, reduza, suprima, contraia – o âmbito de proteção ou exercício de um direito) em bens, interesses ou valores juridicamente relevantes; a não-violação do conteúdo essencial/núcleo mínimo do direito fundamental, considerando, nesse ponto – dentro de um sistema que contenha em si direitos absolutos (insuscetível de ponderação) e relativos – que os direitos absolutos de abstenção sempre se sobrepõem a direitos de prestação ou de ação, que detém caráter *prima facie*; e a não-proibição dos efeitos jurídicos causados pela norma, ou seja, dos meios utilizados para se alcançar os fins propostos e perseguidos pela mesma. Apesar de não ser o foco desse trabalho destrinchar esses requisitos, faz-se importante reconhecer a existência desses elementos para compreender que nem todo conflito ou contradição jurídica requer a utilização da proibição do excesso para esclarecer qual é o caminho jurídico correto a se seguir. Enquanto ferramenta harmonizadora, existem situações propícias e não-propícias para o seu emprego. Como veremos posteriormente, há situações em que se põem violações não de deveres de abstenção do Estado, mas sim de deveres de ação e prestação. Nesses casos, a ferramenta apropriada para solucionar conflitos de direitos não seria a proibição do excesso, mas a proibição do defeito/déficit.

De maneira sucinta, poderíamos dizer que a racionalidade do fundamento por trás de uma decisão com peso jurídico pode ser aperfeiçoada com a utilização do recurso à proporcionalidade *lato sensu*, ferramenta elucidativa que permite observar essa decisão mais objetiva e criticamente, racionalizando, conseqüentemente, a elaboração e a medida restritiva em si. A legitimidade do fim também pode ser ferramenta para uma análise profunda de medidas com esses mesmos efeitos. Contudo, entendemos que a legitimidade do fim não faz parte do teste da proporcionalidade, sendo um dispositivo externo a esta, não obstante auxiliar na operação desenvolvida pela mesma, considerando que é um

---

<sup>123</sup>Para além da já aludida relação entre proporcionalidade e princípios, Frank I. Michelman identifica seis pressupostos para a utilização da proporcionalidade como protocolo, dentro de um discurso constitucional. São eles: 1º) a existência de um ponto de partida representado por uma Constituição (em suma, um grupo de normas publicamente identificáveis); 2º) o corpo de normas deve gerar discursos constitucionais; 3º) Constituição deve apresentar os fins, valores e objetivos para orientar o exercício da função legislativa derivada; 4º) deve também estabelecer que fins são estritamente proibidos de serem seguidos a título de interesse público; 5º) nessa mesma toada, deve incluir requerimentos adicionais para configurar uma prática legislativa legítima; 6º) por fim, deve conter direitos derogáveis (pelo menos um). Para se aplicar o referido protocolo, seria necessário a presença concomitante de todos os pressupostos. Cfr. “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”, pp. 31-35.

<sup>124</sup>Aprofundando esses pressupostos e trazendo outros elementos relativos à aplicação da proporcionalidade *lato sensu*, cfr. *Ibid.*, capítulos 7-13.

instrumento de racionalidade da decisão política-jurídica que deve ser utilizado quando se demonstrar necessário.

A utilização, portanto, da teoria dos princípios se torna interessante para elucidar essa racionalidade essencial à universalização do direito como instrumento de justiça. Nesse trabalho, aplicaremos o princípio da proporcionalidade, assim como a legitimidade/validade do fim, para identificar a lógica ou não de normas e atos com teor jurídico que afetem indivíduos, em suas liberdades fundamentais, segundo a conformação do direito internacional. Essa aplicação, conforme explicado, pressupõe a compreensão dos direitos fundamentais sob a tipologia de normas-princípios, contudo, o entendimento de princípios serem comandos de otimização não será adotado, por esse trabalho, devido as suas limitações já conhecidas pela doutrina que será apresentada a seguir. Como entender esses princípios também será objeto da análise subsequente.

**Inadequação da ideia de comandos de otimização como definidora de normas-princípio, dentro de uma conjuntura de normatização e de exigibilidade dos princípios: alternativas a essa proposição/postulado;**

Não há identificação, muito menos solução de situações que envolvam conflito de direitos individuais subjetivos sem que antes seja necessário definir o que seriam esses direitos, de validade incontestável. Isso é uma consequência lógica da estrutura da linguagem. Precisamos, sendo assim, apresentar uma definição coerente e razoável acerca do significado do que comumente designamos como princípios, na sua acepção moderna e material. Por essa perspectiva, o enfoque não se dá na sua faceta filosófica e valorativa – princípio enquanto *soft law*, orientadores de conduta moral sem normatividade– mas segundo a nova roupagem que adquiriram com a ascensão do *novo constitucionalismo* e da cultura da justificação<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup>Esses termos vinculam-se ao movimento que emergiu no final do séc. XX – mas que também se conecta à ascensão da doutrina dos direitos humanos pós-2ª guerra –, no contexto jurídico sul-africano, e que se espalhou para outras jurisdições, que busca sedimentar a legitimidade dos atos públicos não mais sobre o alicerce da autoridade, mas sim sobre a força persuasiva de sua justificação. Dentro desse panorama, a ferramenta da proporcionalidade torna-se figura-chave nas discussões e deliberações acerca das motivações por trás da atuação estatal, que deverá demonstrar suficiente racionalidade para fundamentar devidamente essa atuação, principalmente quando se está em pauta questões mais controversas. Aprofundando nas razões por trás da grande capilarização da proporcionalidade, como ferramenta racionalizadora da decisão judicial, e da cultura da justificação, cfr. COHEN-ELIYA; PORAT, “Proportionality and the Culture of Justification”, pp.463-490; especificamente sobre o *novo constitucionalismo* e sobre a genealogia e difusão da proporcionalidade, cfr. SWEET; MATHEWS, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, pp. 85-87, 98 e ss; propondo a ideia de um modelo global de direitos constitucionais,

Aqui, portanto, identifica-se como elemento fundacional do princípio enquanto norma a obrigatoriedade do seu preceito. O princípio deve ser respeitado, caso contrário o ato que o viola não pode ser admitido pelo regime jurídico, por ser ilegal. Ainda assim, embora a normatividade seja um dos componentes dessa tipologia de norma, somente ela não consegue explicar o que de fato seria um princípio. Sabemos da vocação moral reiteradamente atribuída ao vocábulo “princípio”. Sabemos também da ligação umbilical entre a *justiça*<sup>126</sup> e o *direito* enquanto materializador da mesma.

Todavia, o conteúdo conceitual propriamente dito de princípio não parece ser algo consensual, muito menos auto evidente. Definir moral e justiça já é algo extremamente complicado, pela abstração inerente às mesmas. O que é princípio, algo que se conecta

---

sustentado por quatro pilares (inflação de direitos, obrigações positivas e direitos socioeconômicos, efeito horizontal dos direitos fundamentais, e ponderação e proporcionalidade) necessários à aplicação do princípio da proporcionalidade, cfr. MÖLLER, “US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model”, pp. 134-147.

<sup>126</sup>Sócrates, na *República* de Platão, por exemplo, definia justiça como o estado em que ninguém infringe às funções de ninguém. Essa concepção aparenta identificar justiça com uma ideia de justiça formal, procedimental, em que ela seria realizada quando não houvesse violações de competências por parte dos indivíduos e do Estado. Contudo, esse entendimento pode levar a incompreensões, pelo que é salutar explicá-lo, ao menos sucintamente. A ideia de justiça socrática pressupõe a compreensão prévia das três partes da alma para Sócrates e da metáfora platônica do homem como cidade. A alma, assim, como a cidade, divide-se em três partes distintas, porém essenciais à unidade do homem (pressuposto para a identificação do ser humano como autor da ação, entendida como resultado da atuação racional do homem). O regente da cidade corresponde à *razão*, sendo responsável pela elaboração e definição dos planos pessoais e dos caminhos a serem tomados pelo indivíduo. Os policiais e militares corresponderiam ao *espírito*, executando as determinações do regente, da *razão*, sem, contudo, confundir-se com este, já que animais e crianças (seres não dotados de razão) a possuiriam e a utilizavam para dar prosseguimento aos seus *interesses* volitivos. Os súditos, os outros membros da sociedade, responsáveis por realizar as atividades diárias que concedem vida à mesma representariam a esses *interesses* individuais (dentre os quais o desejo) – aquilo que decorre da ação de um objeto ou fato sobre o indivíduo, criando uma inclinação para a realização (ou não) de algo – e seria através do surgimento desses *interesses*, que seriam criados projetos a serem realizados. Em outras palavras, os *interesses* são a fagulha que dá início ao processo volitivo; são a partir deles que o homem passa a querer agir. Somente quando essas três partes da alma agem em harmonia e conforme suas incumbências próprias poderíamos afirmar que o homem estaria agindo bem. O bem, nesse sentido, não se equipara com concepções mais modernas de ética e moralidade. Age bem, um indivíduo, quando realiza bem uma ação. Não se se refere aqui, necessariamente, a um resultado positivo, acima da média; mas sim ao fato de que a ação cumpriu seu objetivo, sua função. Se se quer construir uma casa, o agir humano será bom se dele resultar uma casa, ainda que esta seja de má qualidade. Tanto uma casa excepcional, quanto uma casa defeituosa são propriamente casas. Cumprem, de fato, a função de casas. Isso implica que o agir bem corresponde tanto ao ato bem-feito, quanto ao ato que cumpre sua função, ainda que seja de qualidade questionável. Tendo como panorama conceitual essas elaborações, Sócrates afirma que a justiça só poderia ser alcançada quando a *razão* regesse a ação da pessoa e os *interesses* pessoais não a dominassem por completo, com o *espírito* materializando os desígnios daquela. Há, portanto, nessa concepção, um vínculo perene entre justiça e razão. Justo seria aquele que é *um*, reinado pela razão. Injusto, aquele que não alcança a unidade e é, por isso, reinado por seus impulsos primários. A racionalidade, nesse enquadramento, descola-se de uma concepção de moralidade e se atem à ideia de unidade do indivíduo. O homem só age racionalmente quando todas suas três funções trabalham dentro de seus âmbitos de atuação, sem que uma invada o espaço da outra. O homem só é uno, capaz de realizar atos a ele atribuíveis, quando suas partes estão em equilíbrio; só é racional e justo, se é uno. Elaborando mais profundamente sobre isso, cfr. KOORSGARD, *The constitution of agency: essays on practical reason and moral psychology*, pp. 102-109, 112-113, e 117-120.

diretamente com esses ideais, também necessariamente o é. No condão de sua teoria, Alexy tenta preencher esse vazio conceitual, identificando a norma-princípio como sendo o que ele chama de comando de otimização<sup>127</sup>. Aqui não há uma classificação baseada somente em *grau*, em uma escala de gradação normativa, mas sim algo que é baseado na *qualidade* da norma, em um aspecto peculiar que a define.

Seria um comando porque ordenaria ao aplicador do princípio de que este o realizasse de modo a alargar e aprofundar seu âmbito e a intensidade de sua proteção, por isso a utilização da locução *otimização*. Quem o aplicasse, deveria maximizar<sup>128</sup> o quanto fosse possível sua eficácia, observando indispensavelmente as possibilidades legais e fáticas do princípio. De prontidão, fica claro o perigo da adoção desse conceito por completo. Se o dever do legislador é otimizar o preceito principiológico a ser legislado, qualquer resultado que não implicasse impreterivelmente na melhor otimização possível seria e *deveria ser* objeto de modificação ou revogação pelo judiciário. Incentivar-se-ia, mesmo sem que essa fosse a intenção, a dilatação da atuação judiciária na correção do que seriam considerados equívocos legislativos. O controverso ativismo judiciário<sup>129</sup>, como forma de assegurar a incolumidade de um direito fundamental à dignidade humana,

---

<sup>127</sup>Em contrapartida, a norma-regra determinaria tão somente a aplicação do seu preceito como exposto textualmente, de maneira estanque e determinada (não-determinável); não implicaria, portanto, em um comando para maximizar o escopo de atuação de uma norma, mas sim na realização da norma na sua literalidade. O comando de otimização possibilita estruturar o conflito entre princípios como uma questão de *peso*, ao contrário dos conflitos entre regras, que são resolvidos em questão de *validade*, sendo assim, comandos definitivos. Isto quer dizer que, em oposição às regras, cujo conflito é solucionado introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes ou declarando a invalidade de, pelo menos, uma das duas regras; os princípios requerem a estipulação de uma prioridade condicional de um princípio sobre o outro, levando em consideração as circunstâncias específicas do caso, de tal modo que, excepcionalmente, seja estabelecido uma hierarquia principiológica válida tão somente ao caso concreto em apreço. De maneira sucinta, explica ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, pp. 295-297.

<sup>128</sup>Utilizamos o verbo *maximizar* aqui para significar a atuação daquele responsável pela operacionalização do princípio no sentido de preencher todos os campos de aplicação potencial do princípio, sem, contudo, olvidar da presença das circunstâncias fáticas e jurídicas limitadoras desses mesmos campos. Embora Alexy discordasse da utilização do mesmo, já que pode induzir ao erro o operador jurídico, quanto ao conteúdo e ao limite do princípio, achamos que a adição imediatamente posterior da necessidade de observância das possibilidades fáticas e jurídicas torna claro que a maximização tem limites. Assim sendo, cfr. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 95-96, nota de rodapé 37.

<sup>129</sup>A relação dialética entre a separação dos poderes – como alicerces do Estado de direito moderno – e a ascensão dos direitos humanos – como linguagem constitucional global (*supra* nota 125) – evidencia uma aparente contradição sistêmica, acentuada pela utilização de termos (i.e. deferência e ativismo judicial) convenientes, porém vagos e imprecisos demais para efetivamente auxiliarem na elucidação da situação existente (KLARE, “Critical Perspective on Social and Economic Rights, Democracy and Separation of Powers”, p. 5). Deferência judicial refere-se à atitude desse ramo perante decisões questionadas do poder legislativo, que se configura pela anuência para com o que foi deliberado por meio do processo legislativo democraticamente orientado. Sem inconstitucionalidade flagrante, prevalece a vontade legislativa. Em contrapartida, o ativismo judiciário configura uma tendência de maior ingerência do judiciário na atuação legislativa, sobretudo no que diz respeito à concessão de benefícios vinculados aos direitos econômicos, sociais e culturais. Frente à carência injustificada de bens essenciais para a população, o judiciário se põe como provedor das condições materiais necessárias para a vida humana digna.

seria acentuado e os limites de competência dos três poderes, por consequência, tensionar-se-iam em razão da proeminência massiva do judiciário.

Essa e outras fragilidades do conceito levaram Alexy a desenvolvê-lo posteriormente, modificando suavemente o seu entendimento<sup>130</sup>. Ainda assim, a ideia de otimização nos leva, quase que por um processo automático, a uma ideia de maximização, e esta, em sequência, a uma ideia de alargamento, de ampliação, de expansão do princípio e seu objeto dentro de um contexto fático e legal possível de ser alcançado. Como vimos, a independência e a integridade da separação dos poderes poderiam ser prejudicadas pela adoção dessa concepção.

Não seria adequado, assim, acolher sem ressalvas essa formulação para explicar o que distinguiria a norma-princípio da norma-regra. Como um ponto de partida, poderíamos reconhecer a correspondência umbilical entre princípios e valores morais, manifestados e aceitos por uma comunidade de indivíduos como normas de conduta, desprovidas, inicialmente, de normatividade. Porque são valiosos à coesão e à unificação social, são alçados a um nível de importância alto para o direito corrente, através da sua adoção como costume dotado de normatividade ou sendo inserido textualmente no ordenamento jurídico, notadamente na Constituição do país. Adquirem normatividade e tornam-se parâmetros jurídicos à ação humana e estatal.

Dependem, para existir, de uma moralidade social prévia que determina a importância do valor resguardado pelo princípio em questão. Exigem, portanto, o

---

<sup>130</sup>A formulação do conceito original utiliza a expressão comando de otimização para explicar aquilo que considera a particularidade principiológica que os distingue das regras. Uma das críticas apontadas para essa formulação consiste em que o comando de otimização gera uma obrigação, um comando definitivo para o operador jurídico para que este consubstancie o princípio no maior grau possível, dado as alternativas fáticas e legais apresentadas. A otimização, à vista disso, se transveste em regra, pois impõe que seu cumprimento seja obrigatório e, por isso, apresenta uma estrutura dedutiva de tudo ou nada. A configuração principiológica, nesse panorama, culmina na estrutura da regra, tornando improficua a diferenciação entre esses dois tipos de norma. Visando resolver essa celeuma, Alexy vem a propor uma ideia de duplicidade do que se entende por comando de otimização. Ao se utilizar essa terminologia, o sujeito pode fazer referência a dois aspectos paralelos e complementares do conceito, que podem ser identificados preliminarmente como comandos de otimização ou como comandos a serem otimizados. Esse primeiro aspecto diz respeito à *meta* norma, que se manifesta como regra, e que preconiza o comando, a obrigação, a prescrição que impõe que o objeto da otimização, ou seja, o princípio a ser aplicado, seja realizado no seu grau mais elevado, considerando as condições fáticas e legais existentes. É esse aspecto que se apresenta como comando definitivo e que deve ser empenhado em sua totalidade. Já o segundo aspecto, que adquire distinta terminologia, trata-se, em efeito, do princípio em si, do objeto da otimização, do direito *prima facie*, ainda não relativizado às circunstâncias peculiares do caso, ou seja, o princípio em abstração que será particularizado segundo a diretriz do comando de otimização. O que se otimiza e se pondera é o comando a ser otimizado e o que determina esse dever de otimizar é a regra prescrita pelo comando de otimização. Para simplificar essa empreitada, Alexy concede a possibilidade de utilização do termo comando de otimização para se referir a essas duas facetas do conceito. Acerca disso, cfr. ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, pp. 300-301.

reconhecimento da existência de uma dimensão moral-principiológica própria, que justifica seu enquadramento nessa tipologia específica da norma. Consequentemente, quando as peças se encaixam e há uma alteração do enquadramento moral de uma sociedade, também o princípio tende a ser modificado ou eliminado por completo da ordem jurídica existente, sendo substituído por outro, que adquiriu mesmo nível hierárquico.

Entretanto, reiteramos que um valor moral não corresponde inteiramente ao conteúdo de um princípio<sup>131</sup>. Enquanto entendimento subscrito em um enunciado normativo<sup>132</sup>, o princípio presume um exercício de cognição interpretativa para a elucidação do seu significado, assim como todas as normas. Por ser particularmente abstrato e por envolver signos linguísticos – os quais, graças a natureza relacional da comunicação, admitem mais de um resultado interpretativo – a norma-princípio pode corresponder a uma totalidade, uma parte ou até, nos casos dos princípios formais<sup>133</sup>, à nenhuma moralidade social auto evidente.

Referentes a esses últimos, por exemplo, ainda existe uma justificativa axiológica e dogmática, relacionada a valores entendidos como morais, mas essa moralidade não é observável pela análise fria do seu conteúdo. A não retroatividade da lei, o princípio democrático em si ou, até mesmo, a já mencionada separação dos poderes não correspondem diretamente a nenhum preceito moral auto evidente, legitimando-se como normas de alto valor hierárquico, pois são necessárias à estruturação e à coesão de um

---

<sup>131</sup>Contrariamente, Thomas Bustamante identifica uma identidade conteudística total entre princípio e valor moral, tendo como única diferenciação a força jurídica dos princípios, já que eles, ao contrário dos valores morais, passaram por um processo de judicialização. Para o autor, a “interseção entre o discurso jurídico e o discurso moral se dá porque o conteúdo desses princípios é determinado por uma argumentação construtivista que segue pautas morais.” (“Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, p. 167).

<sup>132</sup>O pressuposto aqui é que o princípio pode ser identificado através de uma fórmula escrita cognoscível, ou seja, por um texto. É a partir desse texto que o método jurídico será aplicado e se efetuará a interpretação, com o propósito de encontrar o significado por trás dessa norma. A norma, portanto, é extraída do enunciado normativo que encerra o princípio e, para tanto, está sujeita aos problemas interpretativos inerentes a atividade linguística (seja ele sintático, lógico ou semântico). Considerando que todas as palavras possuem inescapavelmente um núcleo consolidado de sentido no centro e uma zona de incerteza ao seu redor, a função última do intérprete é, ao tomar o enunciado como um todo e o contexto que o rodeia, buscar identificar o sentido propositado de cada palavra, esclarecendo, assim, o significado da unidade desses símbolos linguísticos. Alumando essa temática, cfr. ROSS, *Direito e Justiça*, pp. 139-165.

<sup>133</sup>Sucintamente, princípios formais são aqueles desprovidos de conteúdo, mas que têm a funcionalidade de determinar a quem cabe (em outras palavras, quem tem competência) a definição dos conteúdos de normas e leis (ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 615). Refere-se, portanto, ao princípio estruturante do Estado democrático de direito que determina a legitimidade do poder legislativo para efetuar escolhas e decisões relevantes para a sociedade. Embora os princípios formais não possam, por si só, contraporem-se a um princípio material conflitante, podem – quando associados a outro princípio material – influenciar no resultado do sopesamento de princípios. Alexy atribui à essa relação a designação de “lei da conexão” (*Ibid.*, p. 625). Acerca dessa temática e respondendo a críticas, cfr. Posfácio, *Ibid.*, pp. 611-627.

sistema político capaz de conceder aos indivíduos uma vida digna e boa, sustentada em certos valores entendidos como fundamentais. Ao que tudo indica, o princípio se assenta em algum alicerce axiomático, que se relaciona a valências éticas e deontológicas, mas que não se equiparam necessariamente com algum valor moral em sua totalidade.

Para além desse aspecto mais abstrato, é importante elucidar de que outras formas, a norma-princípio, distinguir-se-ia da norma-regra, já que esse aspecto, em isolamento, não teria a capacidade de sustentar uma diferenciação tipológica-normativa. Jorge Silva Sampaio<sup>134135</sup> expõe de maneira sucinta e interessante uma forma de distinguir entre os dois tipos de normas, segundo suas estruturas. Para tanto, ele parte de uma identificação de quais seriam os três elementos essenciais estruturais da norma, para, em seguida, identificar onde estaria localizado a particularidade estrutural que distingue um tipo do outro. O primeiro desses elementos seria o *antecedente*<sup>136137</sup>, que consistiria nas

---

<sup>134</sup>Cfr. J. S. SAMPAIO, “Proportionality in its narrow sense and measuring the intensity of restrictions on fundamental rights”, pp. 71-110

<sup>135</sup>O autor também utiliza outra nomenclatura para os elementos das normas jurídicas, sendo eles a previsão (correspondente ao antecedente); o operador deôntico (correspondente as modalidades deônticas); e a estatuição normativa (correspondente a consequência). Esquadrinhando mais essas figuras, cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, Vol. I, pp. 202-232.

<sup>136</sup>O cumprimento das condições de aplicação de uma norma não implica, forçosamente, que esta prevalecerá no caso concreto. A existência destas é necessária para a constituição da norma, porém não é capaz isoladamente de determinar sua aplicação. Isso tudo se relaciona ao conceito de *derrotabilidade* ou *superabilidade*, atributo presente e indissociável da norma jurídica, o qual denota, dentre outras coisas, que esta pode ser preterida por outra – mesmo que seus predicados tenham sido todos cumpridos – desde que a consideração oposta detenha maior valor considerando o caso concreto. Refere-se, portanto, as exceções, expressas ou implícitas, que tornam a norma inaplicável à determinada situação. Nesse sentido, operações de ponderação conduzem sempre a uma situação de derrota para uma das normas-objeto da ponderação, a qual será, então, preterida por outra (PRAKKEN, SARTOR, “The three faces of defeasibility in the law”, pp. 122-124). De maneira mais abrangente, podemos dizer que a *derrotabilidade* compreende o aspecto de mutabilidade das normas jurídicas, por qualificadores ou exceções (SUSNJAR, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, pp. 43-45). Para que fique claro, a *superabilidade* ou *derrotabilidade* é um atributo de toda norma jurídica, inclusive da norma-regra – destacando, assim, o caráter *prima facie* específico desse tipo de norma – que encontra sua justificação na incapacidade perene de se tomar consciência de toda a realidade empírica, sendo possível que informações inéditas interditem o raciocínio silogístico característico da regra e demandem, por conseguinte, uma exclusão da regra nesse caso específico (inclusão de uma exceção não-escrita). Nesse caso, em que a norma-regra não é declarada inválida, o que ocorre são decisões *contra legem*, cujo fundamento se encontrará em princípios opostos dotados de mais peso considerando o caso concreto. Assim, cfr. BUSTAMANTE, “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, pp. 160-163.

<sup>137</sup>Paralelo a essa concepção, Alexy trabalha com a terminologia do *suporte fático*, definido como sendo aquilo que é *prima facie* protegido pelo direito, os pressupostos materiais aptos a gerar as consequências jurídicas aventadas pela norma. Essa elaboração seria o contraposto à ideia de restrição, capaz de eliminar forçosamente pressupostos materiais habilitados a gerar a consequência jurídica indicada, gerando, nesse caso, uma cláusula de exceção. Como é possível se depreender dessa explicação, esse *suporte fático*, em certos aspectos, muito se identificará com o que se entende por *antecedente*, ou seja, as condições de aplicação da norma. É importante realçar que o jurista alemão aqui tratado adota a *teoria ampla do suporte fático*, incluindo nesse universo conceitual o suporte fático em sentido estrito e as cláusulas de restrição/exceção, com o intuito de trazer ao universo da justificação todas as atividades, mesmo tangencialmente, que tratem de direitos fundamentais. A razão pela qual o *suporte fático* em sentido amplo incluiria essas cláusulas de exceção é que sua inclusão permitiria identificar o que de fato seria

*condições de aplicação* da norma – os pressupostos mínimos para sua aplicabilidade – definindo, dessa forma, ao menos provisoriamente, o âmbito de atuação possível da norma; em sequência, teríamos a *modalidade deôntica*<sup>138</sup>, que determinaria o direcionamento do verbo de ação ou omissão normativo, estipulando se a norma se consumaria em uma proibição, uma permissão ou uma obrigação; finalmente, descambaria o último elemento, a *consequência* da norma, ou seja, os efeitos decorrentes da sua aplicação, aquilo que resultaria da sua realização, o resultado da materialização do cumprimento da mesma.

Identificando esses três componentes, o autor reconhece que a distinção entre regra e princípio se encontra no aspecto do *antecedente*, isto é, nas condições de aplicação da norma, mais especificamente, na condição objetiva manifestada pelo verbo. Para ele, as condições de aplicação do princípio seriam dotadas de *indeterminabilidade* ou *inespecificidade* e de *genericidade*, enquanto as condições da regra, não o seriam. A *indeterminabilidade* poderia ser discernida, pois as ações ou omissões ou situações abarcadas pelo (âmbito de aplicação do) princípio seriam muitas e várias, assim como seriam dotadas de *genericidade*, pois essas ações (as condições objetivas representadas pelo verbo) se organizariam entre si de maneira disjuntiva inclusiva, ou seja, desconectadas uma das outras, de modo que a consubstanciação de uma em nada interfere ou diz respeito a consubstanciação das outras. É dizer que as condições de aplicação do princípio são múltiplas e não atreladas, obrigatoriamente, umas as outras. A presença de uma bastaria para ensejar a existência de um direito *prima facie*<sup>139</sup>.

---

protegido pelo direito fundamental, pois elucidaria as razões válidas para justificar as restrições ao âmbito de proteção (autoexplicativo; aquilo que é protegido pela norma) do direito. Contra os argumentos de que inflaria descontroladamente os exames de constitucionalidade e as análises jurisdicionais fundadas em violações de direitos fundamentais, assim como aumentaria indiscriminadamente os casos de colisão entre normas-princípio, já que praticamente tudo poderia dizer respeito a um direito desse tipo, Alexy propõe a separação do âmbito de proteção em dois: um potencial e um real. Naquele se incluiria todos os casos em que o direito fundamental é relevante, mas seria neste em que se encontrariam as controvérsias, de fato, difíceis e nebulosas, as quais demandariam, do poder judiciário, a apreciação do conflito em termos de colisão entre princípios e de proporcionalidade em sentido amplo. Sobre isso, cfr. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 302-307, 321-332.

<sup>138</sup>Toda norma pode ser expressa por meio de um enunciado deôntico, ainda que não tenha sido redigida como tal. Como a norma é um comando de *dever ser*, sempre dirá respeito a um conteúdo relacional que conectará quem é titular do direito, o *dever ser* em si, e aquele a quem cabe o dever de atuar (comissiva ou omissivamente) para a realização da norma. Para tanto, todo o enunciado normativo pode ser transformado em deôntico. Cfr. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 56-57.

<sup>139</sup>Nas palavras de Jorge Silva Sampaio: “Se, a partir do verbo usado, for possível decompor analiticamente a ação-tipo modalizada em ações mais atômicas, nos termos da teoria da inespecificidade, estaremos *prima facie* perante um princípio. Se as ações atômicas que compõem o respectivo antecedente normativo se organizarem logicamente, conforme resulta da teoria da genericidade, de forma disjuntiva inclusiva, confirma-se que estamos mesmo perante uma norma de princípio.” (*Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. I, p. 272). Esquadrinhando esses elementos diferenciadores da norma-princípio, cfr. *Ibid.*, pp. 260-281.

Nesse sentido, ao passo que a norma-regra é determinada, de maneira clara e objetiva, permitindo, em princípio, a identificação das suas condições de existência a partir do verbo que espoleta a sua aplicação; a norma-princípio é por sua natureza indeterminável, já que não é possível elencar, muito menos pormenorizar, todas as condutas e situações em que se aplicaria. Por representar, em sua maioria, valores de considerável importância sistêmica, o princípio é indeterminável em sua essência. Sua abrangência não é delimitada nem delimitável, pois tende a perpassar o ordenamento jurídico como um todo<sup>140</sup>.

É importante pontuar a existência de propriedades diferenciadores que modalizam a manifestação do verbo – condição objetiva – mas que não alteram a identidade da ação representada por esse verbo. Embora se apresentem como modificadores do ato, elas atuam periférica e autonomamente orientando elementos que não são capazes, por si só, de modificar a natureza da ação (ou ações) projetado pelo antecedente. Essas propriedades não devem se confundir com os caracteres da *inespecificidade* e da *generecidade* elucidados acima<sup>141</sup>.

Para Alexy, essa *indeterminabilidade* da norma seria expressa de duas formas distintas, por meio da abertura semântica e da abertura estrutural. Quanto a esta, a generalidade das normas-princípio não apresentaria, em seu enunciado, definições objetivas acerca do modo em que estas deveriam ser postas em prática. Careceriam de instruções claras e retas para serem aplicadas, que só seriam suplantadas com a atuação legitimada de entes legais. Essa incerteza da forma nos permite elucidar a necessidade, em muitos casos, de criação de normas derivadas das normas expressas pela Constituição, que contenham enunciados deonticos e, com isso, sejam capazes de serem aplicadas a casos concretos.

---

<sup>140</sup>Precisamos elucidar, nesse ponto, que a existência de princípios mais restritos a determinadas áreas do saber jurídico não prejudica a aceção desenvolvida. A aceitação da validade de um princípio sobre uma área específica cerca-a por inteiro, determinando o seu respeito e observância em qualquer situação tangente à respectiva área. Nesse círculo concêntrico, ele impregna tudo, ainda que sua primazia não seja absoluta na prática. Espelhando essa ideia, esse princípio também tem que se adequar e promover, de certo modo, os *macro*-princípios, que justificam e alicerçam a ordem jurídica vigente. Isso porque a coerência e coesão desta é pressuposto para a construção de uma justiça dialogicamente compreensível. Mais claramente, uma lógica sistêmica é necessária para que os indivíduos compreendam seus limites e liberdades e, consequentemente, concedam validade (ou não) para as argumentações legais que atuem sobre sua vivência. Essa lógica (raciocínio lógico-jurídico), sustenta-se não somente nos pilares da coerência e da coesão, mas também nos pilares da consistência, derrotabilidade e universalidade (entendida como aplicabilidade para todos os casos em determinada classe ou tipo, não dizendo respeito, portanto, a aplicação a todos os tipos e classes de casos, indiscriminadamente). Mais sobre isso, cfr. SUSNJAR, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, pp. 34-45.

<sup>141</sup>Expressando isso, cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. I, p. 266

A esse processo de derivação, Alexy designa o nome de *relação de refinamento* e ele estaria associado a um processo diretamente inverso, em que a norma expressa textualmente justificaria a existência da(s) norma(s) dela(s) derivada(s), em uma *relação de fundamentação*. Tanto a norma objeto de refinamento, quanto a norma refinada representariam propriamente normas legítimas devidamente justificadas, ainda que em níveis de atuação distintos, pois é somente a partir da integração entre elas que a normatividade é assegurada e o princípio enquanto norma se torna eficaz.

Quanto à abertura semântica, a indeterminação decorreria das próprias palavras utilizadas no texto, que representariam conceitos sem forma concreta, requerendo impreterivelmente outros elementos semânticos para consolidar e determinar o sentido objetivo da norma. Requereriam, portanto, a criação de regras semânticas para orientar a sua utilização na prática. Esse aspecto da elaboração *alexiana* se relaciona particularmente à discricionariedade e à incerteza semântica, inerente ao exercício jurídico entendido como discurso, o que evidencia a estrita conexão entre esses dois conceitos.

Nesse condão, é possível depreender que a norma (-princípio) é indeterminável, pois seu conteúdo conduz a existência de diversas ações que podem configurar o antecedente da norma, consiste, geralmente, em algo genérico e vice-versa. A característica do antecedente ser genérico, embora seja componente fundamental de toda normativa – dado que a lei, para ser eficaz, deve atingir um número relevante de sujeitos – é constitutiva da espécie princípio. Não se trata aqui somente de definir o verbo da ação juridicamente relevante visada pelo legislador. Nem de um caso em que o leque de atos e situações é amplo, porém completamente assimilado pelo conteúdo de uma, ou mais de uma, palavra escolhida, afinal, faz-se necessário também que esse leque se organize de maneira disjuntiva inclusiva. Aqui, a própria palavra não permite a cognição de todos os seus limites. A inteireza do seu conteúdo não é humanamente cognoscível, não devido a uma falha interpretativa, mas sim em razão do que a palavra busca representar. Seu significado é abstrato, porque seu equivalente é metafísico.

Essa indeterminação conteudística demanda, muitas vezes, a formulação de normas-regra específicas para concretizar as consequências de suas diretrizes, em consonância a *relação de refinamento* identificada por Alexy. Para tanto, o âmbito de aplicação da norma é comprimido e especificado, de forma a facilitar sua aplicação e

ampliar sua efetividade para casos concretos. Riccardo Guastini<sup>142143</sup> reproduz esse mesmo pensamento ao considerar que essa indeterminação é inerente ao princípio e demanda, assim, a formulação de uma outra norma, mais específica, que concretize e execute os preceitos normativos presentes no princípio, de modo que estes possam ser aplicados ao caso concreto. Caso contrário, o princípio não seria capaz de atuar diretamente na resolução de controvérsias jurídicas concretas, salvo na condição de artifício retórico, interpretativo e argumentativo.

Entretanto, é importante destacar que essas regras que operacionalizam princípios, que os refinam, não são em si pressupostos de validade destes. O princípio é norma e detém normatividade por si só, independente da presença ou não de uma determinação normativa mais específica que o torne mais claro. De antemão, impõe, a todos, o respeito ao seu conteúdo, embora a aplicação em casos concretos demande refinamento para que a norma possa ser utilizada apropriadamente como ordem de *dever ser*.

A não-derivação de uma norma-regra da norma-princípio em questão não permite que esta seja aplicada diretamente enquanto comando normativo, exigindo algo a alguém, por lhe faltar clareza, pois é, por natureza, indeterminável, dependendo, portanto, de esforço argumentativo dentro do processo decisório para consolidar o seu conteúdo normativo. Ainda assim, os princípios podem ser utilizados jurisdicionalmente, ainda que não tenham sido delimitados previamente por normas mais objetivas, como artifícios argumentativos, fundamentando determinado posicionamento.

Uma derivação lógica dessa *genericidade* seria que o princípio poderia ser materializado, executado ou implementado das mais diferentes e diversas formas, não sendo possível, por si só, identificar-se um arranjo objetivo e claro aplicável na materialidade. A multiplicidade de possibilidades disjuntivas de consubstanciação do princípio na prática não determina de que forma essa norma deverá ser operacionalizada. Sem o recurso à argumentação externa, não existe uma forma específica que se sobressaia obrigatoriamente às demais. Devido a isso, o princípio continua a exigir a formulação de

---

<sup>142</sup>Cfr. *Intepretare e argomenetare*, p. 179 e ss.

<sup>143</sup>Oportuno pontuar que ao passo que esse autor se aproxima mais de uma teoria da indeterminação radical do direito, ainda que mais moderado – em que a interpretação é um exercício perenemente flagelado por uma indeterminação inafastável derivada dos múltiplos sentidos possíveis extraídos de uma norma –, Jorge Silva Sampaio subscreve à indeterminação parcial – em que, embora existam casos em que do enunciado normativo brotam diversos significados válidos para uma norma, sucedendo que o intérprete-aplicador do direito deverá efetuar uma escolha dentre estes, também existem casos em que a extração da norma do enunciado ocorre de maneira mais simplificada, haja visto ser possível a identificação clara do significado correto da norma –. Cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. I, pp. 117-122. Verifica-se que, a teoria da indeterminação parcial melhor equaciona a existência de casos difíceis e casos fáceis.

uma norma menos genérica capaz de concretizar a prescrição do princípio, embora seja facultado ao legislador, escolher de que forma isso se dará.

Pelos caminhos dessa doutrina, o princípio consistiria em uma norma teleológica-programática, de aplicação não-imediata; enquanto as regras seriam aplicáveis de imediato ao caso concreto, pela simples utilização de um silogismo jurisdicional. Ainda que reconheçamos o potencial explicativo dessa acepção, e mesmo concordando parcialmente com a natureza do princípio, em se tratando desse aspecto, entendemos que o princípio pode ser exigível judicialmente, quando restar por evidente a violação de seu conteúdo essencial e que esta trouxe dano profundo e injustificável a um aspecto valioso da existência humana. Nesse sentido, a despeito do funcionamento estatal e jurisdicional – para que seja efetivo – requerer clareza normativa, só alcançável com a criação e promulgação de leis e normas especificadoras de conteúdos principiológicos, o papel do princípio não se resume a ser norma programática. Para além da mera retórica, o princípio pode se apresentar como norma exigível no caso concreto, como já elucidado.

Retornando à questão da indeterminabilidade, toda norma dirige-se a um alguém, pois traz, no seu antecedente, as condutas e as situações a serem norteadas, e estas, necessariamente, envolvem a presença humana. Para ser eficaz e se justificar enquanto orientadora de conduta, qualquer norma deve apresentar algum grau de abrangência, de modo a não se restringir a condutas muito específicas, incapazes de firmar um *dever ser* jurídico que efetivamente direcione a atividade humana na sociedade. O que aparenta distinguir estruturalmente a regra do princípio, nessa questão, é o grau de especificidade da norma, mas a diferença não pode se reduzir a isso.

A regra é genérica – mas não indeterminável – pois almeja alcançar um grupo determinado ou determinável de indivíduos, segundo as condições de aplicação determinadas ou determináveis pela redação da norma. Em contraposição, o princípio é altamente genérico, pois suas fronteiras de aplicação são inescrutáveis, são indetermináveis. É um parâmetro de conduta social, mas como tende a orientar infindáveis condutas e situações, seus preceitos são abstratos, contém diversas ações possíveis, organizadas em grupos, capazes de satisfazer, individual ou coletivamente, o princípio em questão.

É importante pontuar, todavia, que existem regras com alto grau de indeterminabilidade e princípios mais focalizados, específicos a uma esfera particular de situações, de modo que, para além do grau, o antecedente do princípio parece dispor de uma peculiaridade ímpar, distinta do que se vê nas regras, que o caracteriza enquanto

tipologia própria. Nesse sentido, ser uma norma sobretudo teleológica, mais eficazmente realizada por meio de normas-regra circunstanciadas – conquanto seja exigível *per se* – parece ser, se não *a, uma* das manifestações da peculiaridade característica desse tipo de normas.

Temos, portanto, um panorama em que o princípio se corporifica como conceito jurídico, em função da presença de certas “características”, sendo elas, sua *indeterminabilidade* ou *inespecificidade* e sua *genericidade*. Particularmente, compreendemos ser possível congregarmos esses dois últimos conceitos em um só, considerando a interrelação estrita e circular entre eles. Nesse ponto, por exemplo, Guastini entende que, como característica de sua *indeterminabilidade* peculiar, o princípio seria, dentre outras coisas, genérico, compreendendo, assim, a *genericidade* como parte integrante da *indeterminabilidade* do princípio<sup>144</sup>. Mas fato é que a ordem em que se apresentam é de pouca importância. O que parece ser indiscutível e auto evidente é que quando se fala de um deles, também se trata, mesmo que indiretamente, do outro.

Para além desses dois atributos, a ligação do princípio com valores essenciais à sociedade talvez seja algo de singular importância, aquilo que, de fato, contribui à distinção entre regra e princípio. Como identificado no começo desse tópico, a própria terminologia de princípio evoca a ideia de moral, valor, ética. Contudo, o princípio enquanto norma não pode ser confundido com a ideia de valor, por uma simples razão. O princípio se manifesta no campo deontológico, ele é uma expressão de um *dever ser*; em contrapartida, o valor diz respeito sobretudo a algo que existe no campo axiológico, informando não um *dever ser*, mas uma qualificação positiva ou negativa sobre algo<sup>145</sup>. O princípio é jurídico, o valor, não.

---

<sup>144</sup>Para o autor, além da *genericidade*, a indeterminabilidade do princípio também seria caracterizada por ter um antecedente amplo (*fattispecie aperta*) – ou seja, a norma não enumera exaustivamente todas as situações que desencadeiam a aplicação de sua consequência jurídica –; e por ser derrotável – ou seja, a norma poderia ser suplantada por outra consideração, independentemente da existência de uma exceção expressa nela mesma. Cfr. *Intepretare e argomenetare*, pp. 176-180. Como já vimos anteriormente, a *derrotabilidade* aparenta ser um aspecto presente em toda norma jurídica, sendo equivocado atribuir essa característica tão somente à norma-princípio, embora seja verdade que, presumivelmente, a norma-regra será mais resistente do que aquela, dentro dos casos concretos (e considerando as forças dos princípios formais).

<sup>145</sup>Cfr. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 144-153.

Natureza dos direitos fundamentais e a resolução de conflitos envolvendo direitos dessa natureza: a inevitabilidade da ponderação para a instrumentalização dos direitos fundamentais que encerram princípios;

A apreensão do que consiste em um princípio, ou uma norma-princípio, faz-se necessária para possibilitar a compreensão mais apropriada do que poderíamos entender como direitos fundamentais. Observamos a aplicação desse termo, com maior frequência, em se tratando de matéria atinente ao direito constitucional. Em efeito, poderíamos fazer uma correlação direta entre direitos constitucionais e direitos fundamentais. Contudo, a identificação absoluta dos termos é imprecisa, cabendo um esclarecimento. Os direitos e deveres dispostos na Constituição de um país, de modo geral, são amplos e genéricos – exibindo, muitas vezes, a natureza de princípio – pois representam, muitas vezes, os valores sociais normatizados escolhidos por uma determinada sociedade para orientar a atuação estatal e as relações sociais (juridicamente relevantes).

Entretanto, estar em uma Carta Magna não implica que o conteúdo de um direito represente um valor de relevância para todas as esferas sociais, da mesma forma que a não-presença expressa nos textos constitucionais não impede que existam princípios importantes regendo as atividades em um Estado. Existem inúmeros exemplos de Constituições com normas de natureza meramente procedimentais, como é o caso da brasileira e da portuguesa, o que desconstrói o argumento que equaciona necessariamente direito fundamental com direito constitucional. Enquanto documento adotado por uma comunidade para a orientar, a Constituição não possui forma nem conteúdo pré-definido ou obrigatório. A própria sociedade, como expressão de sua autonomia, escolhe seus parâmetros de atuação.

Assim sendo, a constitucionalidade de uma norma não infere que esta será direito fundamental. Como já aduzimos em tópico prévio, direito fundamental em muito se identifica com a figura do direito humano. A ruptura ideológica e doutrinária, que deu ensejo ao surgimento do *neoconstitucionalismo* e ao reencontro entre o direito e ideais jusnaturalistas de justiça, tornou possível a concepção do direito humano como algo dotado de normatividade e autoridade. Na esfera nacional, o direito fundamental surge

como o outro lado da moeda do direito humano<sup>146</sup>, agora mais potente, porque subsidiado pela soberania estatal e pelas ferramentas legítimas e legais de repressão.

Considerando a vinculação existente com valores preciosos à vida humana digna, o direito fundamental poderia ser equacionado com a qualificação de princípio, pura e simplesmente. Todavia, existem direitos de natureza evidentemente principiológica que não se encontram consagrados na redação constitucional (como os princípios específicos aos ramos do direito civil, ambiental, administrativo, entre outros), não se enquadrando para o ordenamento jurídico como direito fundamental, de sorte que nem todo princípio impreterivelmente é direito fundamental. De mesma forma, existem direitos fundamentais caracterizados por prescrever condutas determinadas ou determináveis, que subscrevem obrigações definitivas, não-derrotáveis, como é o caso da proibição à tortura, ao tratamento desumano, à pena de morte. Nesses casos, não se há muitas dúvidas quanto a estrutura de regra desses direitos, nem sobre a natureza fundamental desses direitos. Assim, como raciocínio preliminar, direitos fundamentais podem circunscrever princípios ou regras, porém, nunca os dois ao mesmo tempo. A identificação do tipo depende do enunciado normativo, do dispositivo constitucional que estabelece textualmente o direito fundamental. A esse atributo das disposições de direito fundamental, Alexy designa o caráter duplo das disposições de direito fundamental<sup>147</sup>.

Acontece que o recurso a utilização de normas-princípio de direito fundamental requer, como é o caso de toda aplicação de princípios como razões nos casos concretos, de uma especificação do seu conteúdo, um refinamento que possibilite a identificação da norma atribuída extraída das normas fundamentais derivadas diretamente do texto constitucional. Essa norma atribuída apresenta, assim, natureza de regra, ainda que a norma que a origina, derivada diretamente do enunciado constitucional, tenha natureza de princípio. A norma fundamental, quando apresenta essa estrutura, apresenta também um caráter duplo, só que, nesse caso, essa denominação se justifica pela norma em si

---

<sup>146</sup>Uma outra diferença relevante a ser pontuada acerca da relação direitos humanos x direitos fundamentais é que a perspectiva situacional do direito (se é nacional ou supranacional, por exemplo) possibilita a existência de direitos que são considerados fundamentais para uma sociedade, mas que não detêm o caráter de direito humano para a comunidade global de países, pelo menos quando se observa uma perspectiva conceitual. Isso tudo suscita a questão da universalidade dos direitos humanos, em aparente contradição com as particularidades socioculturais de cada país. Contrário a esse pensamento, Antônio Trindade reforça que, como expressão da busca eterna pela autorrealização humana, as culturas – ao passo que inexistem hierarquia de valor e de virtude entre elas – são antes instrumentos que contribuem para a elucidação de uma universalidade de valores jurídicos. Nas suas palavras: “É, com efeito, a partir das particularidades ou da diversidade do gênero humano que se buscam os valores universais, que se manifesta uma consciência universal.” (*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. 3, pp. 306-307).

<sup>147</sup>Cfr. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 135-144.

apresentar os dois níveis distintos, o princípio e a regra. Dessa forma, aqui se fala não em um caráter duplo da disposição (regra ou princípio), mas em um caráter duplo da norma de direito fundamental em si (regra e princípio).

Partilhamos do entendimento, portanto, que direitos fundamentais podem circunscrevem tanto princípios, quanto regras. Uma maneira interessante de pensar essa categoria de direito é atribuir à sua constitucionalidade uma dimensão qualificadora. Em outras palavras, o direito fundamental o é porque é hierarquicamente superior aos demais, conforme sua posição de direito constitucionalmente protegido. Nem todo direito constitucional incorpora as vestes de direito fundamental, mas é o fato de estar inscrito dentro da Lei Maior de um país que confere ao direito essa roupagem.

Levando tudo isso em consideração, é interessante entender o direito fundamental a partir da conjunção entre sua natureza ética – o direito fundamental representa um valor de elevada importância para uma sociedade e, por isso, adquire o *status* mais elevado do ordenamento jurídico – e axiológica – compreende um alicerce fundante e justificador da ordem jurídica – com sua natureza constitucional – prestigiada com a maior hierarquia legal, em respeito a sua elevada importância cultural e social – para construirmos um conceito coerente e adequado desse direito. O direito fundamental é constitucional, pois incorpora um valor, tornado *dever ser*, de grande importância para a sociedade como um todo, valor este *fundamental* para a justificação da existência do Estado; esse direito tem caráter duplo, podendo, em primeiro momento, apresentar a natureza de regra ou princípio, sem embargo corresponder, em sua grande maioria, a este. Esta talvez seja a forma mais congruente de pensar os contornos dessa classe de direitos, para os propósitos desse trabalho.

Tendo como base esse entendimento da natureza dos direitos fundamentais, a resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, a partir dessa perspectiva, demanda uma compreensão dos métodos comumente aplicáveis à resolução de toda e qualquer incompatibilidade jurídica dentro de um só sistema jurídico. De forma generalizada, as ferramentas de resolução de conflito mais aceitas e utilizadas são as *meta-normas* da superioridade hierárquica (*lex superior derogat legi inferiori*), da posterioridade (*lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Pela lei da superioridade hierárquica, normas hierarquicamente superiores têm preferência sobre normas hierarquicamente inferiores, ou seja, caso normas contidas em legislações categoricamente superiores – segundo as regras do jogo estabelecidas quanto

a criação de leis e normas de um determinado ordenamento jurídico – conflitem-se com normas hierarquicamente inferiores, aquelas tendem a se sobressair e serem aplicadas no caso controvertido em análise. A utilização do verbo *tender*, nesse caso, ocorre, pois, outros fatores – para além do posicionamento estrutural das normas – podem e devem interferir na apreciação da contenda.

Um desses que também devem ser levados em conta em caso de colisão entre normas opostas é a lei da posterioridade, a qual determina, sucintamente, que as normas temporalmente posteriores devem suplantar normas anteriores, segundo a presunção de que o entendimento contrário subsequente do legislador manifestado pela criação de uma nova norma implica na supressão e na retirada do entendimento anterior consagrado em lei. Existindo alguma compatibilidade entre essas duas normas – existindo alguma parcela da norma anterior compatível com a nova norma – e inexistindo proclamação legislativa de que a norma anterior deve ser completamente revogada, há a possibilidade de uma revogação somente parcial da norma anterior. Em todos os casos, a manifestação do legislador influencia diretamente na relação e no resultado de uma colisão entre normas separadas pelo tempo.

Fechando a tríade de *meta*-normas resolutórias de conflitos entre normas dentro de um mesmo ordenamento jurídico, a lei da especialidade informa que, havendo interpretações incompatíveis entre duas ou mais normas, em se tratando de uma temática específica, a interpretação e, conseqüentemente, a norma que deverá prevalecer será aquela que trate mais especificamente do assunto, isto é, cujo antecedente é mais restrito, mais concentrado, mais focalizado em uma realidade específica.

Essa especificação trabalha para realçar uma ou um conjunto de condutas que merecem especial atenção, e, por isso, demandam a elaboração de regramentos mais adstringentes, que consigam fortalecer sua aplicabilidade na concretude da realidade. Considerando a existência de normas generalíssimas, com campos de influência massivos, assim como, a inescapabilidade da aparição de circunstâncias concretas excepcionais (discordantes dos propósitos da norma), dentro de um mar infinito de possibilidades, em determinados casos, a criação de normas centradas na regulação de condutas e situações mais particulares torna-se essencial para a promoção e manutenção da justiça.

Perpassando esse panorama, a realidade apresentada pelo choque entre dois ou mais direitos fundamentais incapacita, na maioria dos casos, o potencial resolutório

dessas ferramentas, tornando-as ineficazes<sup>148</sup>. O fato de existirem em um mesmo nível hierárquico afasta a primeira *meta* norma tratada da ação. Outrossim, por residirem, todos, no cume da pirâmide jurídica, na lei maior de uma nação, a esfera da temporalidade perde parte da sua relevância, já que as normas constitucionais, em especial, as cláusulas pétreas, existem quase em estado de suspensão temporal, ainda que seja possível a inclusão posterior de um direito nesse domínio. Essa inclusão, todavia, é incapaz, por si só, de determinar a preeminência do novo sobre o velho, se porventura suas interpretações colidam entre si. Seguindo essa linha de raciocínio, a lei da especificidade também encontra pouco campo de atuação, haja vista as normas constitucionais, em destaque, as normas de direito fundamental, serem usualmente dotadas de um elevado grau de *genericidade*, em seu intuito de regular uma multitude indefinível de relações sociais e estatais.

Frente a inadequação dessas ferramentas, como resolver habilmente conflitos de direitos fundamentais? Como determinar que direito fundamental deve prevalecer? No que se trata de normas de direito fundamental que correspondem a regras, a subsunção do fato a norma não encontra muita dificuldade, tendo em vista a sua determinabilidade característica. Quando se trata de direitos com natureza de princípio, contudo, esse processo simples não é factível. Conforme já trabalhado no tópico anterior, a teoria dos direitos fundamentais como princípios se sustenta em uma relação lógico-dedutiva em que a própria teoria (em razão da natureza de princípios adotada) pressupõe a existência de uma *lei da proporcionalidade*, e vice-versa<sup>149</sup><sup>150</sup>. Consiste em uma relação lógico-dedutiva, porque, da compreensão da natureza do princípio (comandos de otimização) se deduz, ou melhor, decorre logicamente a existência de uma *lei da proporcionalidade*, capaz de solucionar racionalmente colisões envolvendo princípios.

---

<sup>148</sup>Ainda que se desconsiderasse a impossibilidade de criação de um rol completo de normas resolutorias de conflitos capazes de solucionar todo e qualquer problema desse tipo, o fato de que os conflitos entre princípios serem parcial-parcial – por conta da genericidade de seus antecedentes, que implica em um potencial campo de aplicação tão alargado que invariavelmente invade o campo de aplicação de outra norma – acarreta que a norma resolutoria dessa contenda configura uma norma regulatória substantiva. Isso porque essa tipologia de conflito acontece no nível material, do conteúdo propriamente das normas, e não diz respeito à relação estruturalmente orientada objeto das *meta*-normas de conflito comumente utilizadas. Nesse sentido, cfr. DUARTE, “Gains and Losses in Balancing Social Rights”, p. 50.

<sup>149</sup>Assim, entende ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116 e ss.

<sup>150</sup>Para Alexy, a natureza principiológica dos direitos fundamentais implica na necessidade de sopesamento entre princípios, daí decorrendo o 3º elemento da *lei da proporcionalidade*, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito. Os outros dois elementos, a *necessidade* e a *adequação*, decorreriam do caráter de comandos de otimização dos princípios. Mais sobre isso, cfr. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 118 e ss.

É fato que o simples silogismo-dedutivo é incapaz de nos oferecer uma justificativa racional para a sobreposição de um princípio sobre outro, em um caso concreto. Outrossim, as *meta*-normas comumente utilizadas para resolver colisão entre normas não são suficientemente capazes de elaborar uma solução justa, cuja estrutura argumentativa possa ser aplicada analogamente a outras situações controvertidas de natureza semelhante. A particular indefinição (sua *indeterminabilidade e genericidade*) da norma-princípio – irreduzível em sua totalidade – impossibilita a assimilação por completo do seu conteúdo normativo, tanto que a subsunção do fato a norma muitas vezes é inviável em se tratando dessa tipologia, sem o recurso a normas-regra ou a regulamentos capazes de especificar as situações e condutas juridicamente relevantes, operacionalizando, assim, a máquina estatal para fazer cumprir essas normas.

Como princípios, as normas de direito fundamental também são “maculadas” por essa imprecisão de contornos, não só potencialmente prejudicando sua aplicação direta em casos concretos, mas também tornando problemático eventuais antagonismos entre normas com essa mesma natureza. Não é possível simplesmente aplicar o método silogístico-dedutivo a normas fundamentais, pois não é possível definir, somente com o recurso a interpretação do enunciado normativo, qual é o conteúdo da norma em si. A ausência dessa premissa impede o surgimento de uma conclusão lógica, ainda que se tenha clareza quanto à premissa menor.

Dessa forma, faz-se necessário a formulação e utilização de outro processo lógico que permita que direitos fundamentais estruturados em princípios sejam aplicáveis à realidade material. No caso de colisão entre princípios – quando nos deparamos com a justaposição de consequências jurídicas de um ou mais princípios incompatíveis entre si –, considerando que não é possível, em um primeiro momento, declarar a invalidade de um, nem introduzir uma cláusula de exceção aplicável a todas as situações, algum dos princípios colidentes terá que ceder em favor do outro no caso concreto, sem, contudo, revogar por completo o princípio cedente. Para identificar qual deles deve ser aplicável em determinada conjuntura, é preciso estabelecer uma relação de precedência, que leve em consideração as condições específicas e determinadas da situação em que houve a colisão entre os princípios. A precedência, reitera-se, somente é válida e aplicável a outros incidentes quando estes apresentarem as mesmas condições relevantes que fundamentaram, em primeiro lugar, a primazia de um princípio em detrimento de outro, de modo que não se pode falar aqui em uma cláusula de exceção congênere a das regras.

Sendo assim, os princípios colidentes têm que ser sopesados de alguma forma, para que seja possível identificar qual princípio, dentro do caso concreto, sobressairá e terá suas consequências jurídicas aplicadas. A fim de solucionar essa dificuldade específica às normas-princípio, a teoria *alexiana* formula duas leis a serem aplicadas quando nos encontramos diante de colisões entre princípios. Começamos pela célebre *lei do sopesamento*, que determinará como deve ser feito o balanceamento entre os fatores em colisão. Segundo esta, quanto maior for o grau de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do princípio oposto<sup>151</sup>. Em outras palavras, se o princípio não-satisfeito for muito afetado em seu campo de aplicação, a argumentação capaz de justificar tal afetação deve ser sustentada pela presença de um princípio contraditório, cuja realização é de tão grande importância que seja capaz de sobrepor o peso da interferência ao princípio afetado. De maneira simples, podemos dizer que, será proporcional, a medida que proporcionar mais ganhos do que perdas, mais benefícios do que malefícios, considerando todos os elementos relevantes ao sopesamento<sup>152</sup>. Conforme aduzido em tópico anterior, a substituição dos valores incomparáveis da interferência e da satisfação pela comparação de efeitos positivos e negativos da medida restritiva parece reduzir a complexidade da operação, de modo que a *lei do sopesamento* poderia ser reescrita como: o maior valor da comparação entre os efeitos positivos e negativos indica se a medida restritiva deve prevalecer ou não.

Essa lei baliza, assim, a solução de todo e qualquer conflito entre princípios, de sorte que, para Alexy, ela se apresentaria – assim como os demais subprincípios da proporcionalidade – com a estrutura de regra. A sua não-observância dotaria os casos difíceis, que apresentassem colisão entre princípios, de uma argumentação jurídica defeituosa, incapaz de justificar satisfatoriamente a sobreposição de um princípio sobre um outro. Embora não seja um protocolo exigível e obrigatório para a argumentação jurídica, sua formulação permite racionalizar, em certa perspectiva, o processo lógico-argumentativo por meio do qual o âmbito potencial de proteção e de atuação de um

---

<sup>151</sup>Alexy também aventa a existência de uma segunda lei do sopesamento, nomeada de lei epistêmica do sopesamento, em contraposição a lei acima descrita, a lei material do sopesamento. Essa segunda lei aduz basicamente que quanto maior a interferência sobre a norma em oposição, maior deverá ser o grau de certeza epistêmica sobre as premissas justificadoras da interferência. Cfr. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Posfácio, pp. 617-622. Apesar de parecer indicar que o legislador detém o ônus de demonstrar a certeza ou a veracidade de suas premissas, a aplicação da lei epistêmica, até mesmo pelo autor alemão, parece indicar uma deferência para com o decidido pelo legislador. Nesse sentido, cfr. J. A. L. SAMPAIO, “Proporcionalidade e incerteza”, pp. 34-36.

<sup>152</sup>*supra* nota 113.

princípio é reduzido em favor ao de outro, sem que isso implique em uma violação injustificável e, portanto, inválida do conteúdo protegido pelo direito fundamental.

A partir dela, obtém-se o que deve ser observado, considerado para a elaboração de um sopesamento, ou seja, ela esclarece o que de fato é importante nesse processo lógico-argumentativo: o grau de importância da satisfação do princípio por trás da medida restritiva e o grau de afetação do princípio restringido pela medida, no caso da matização proposta com base na argumentação de Canas, os efeitos positivos e os efeitos negativos acarretados pela restrição. A *lei do sopesamento*, contudo, não confina a uma caixa a atuação jurisdicional (ou de quem a aplicar), pois ela não traz em si uma orientação estrita sobre como e quais fundamentos devem ser levados em consideração na elaboração de um enunciado de preferência válido.

Essa lei é maleável de tal maneira que o operador do direito pode inserir, dentro de sua configuração, todo e qualquer elemento da argumentação jurídica e lógica existente, desde que, é claro, seja compatível com a discussão jurídica em pauta. Em suma, a *lei do sopesamento*, tal qual a máxima da proporcionalidade, fornece para nós um *layout* de interessante valia para a fundamentação qualificada de respostas a controvérsias jurídicas de difícil resolução, em especial, quando dizem respeito a princípios de alçada constitucional.

É importante destacar um aspecto dessa lei que pode passar despercebido. Como ela estabelece uma comparação entre o grau de afetação do princípio restringido e o grau de satisfação do princípio restritor, pressupõe-se, então, que a relação entre os princípios opostos é uma relação meio-fim. Ou seja, a restrição do âmbito de aplicação de um princípio válido se justifica desde que essa limitação seja operativa para a satisfação de um princípio de grande importância. Em linhas mais claras, a restrição é o *meio* pelo qual se alcança a efetivação de um *fim* de grande valor, substancializado na figura do princípio justificador da restrição.

Para tanto, a *lei do sopesamento* – consequentemente, também, a máxima da proporcionalidade como um todo – não pode ser equacionada a todo e qualquer exercício de ponderação ou de *balancing* ou, até mesmo, ao princípio da razoabilidade, muito empregados na tarefa de justificar ações estatais que afetam potencialmente a esfera dos direitos dos indivíduos. A cultura de justificação, originada como expressão do *neoconstitucionalismo*, demanda explicações e justificativas expressas para que se restrinja legitimamente direitos e potencialidades dos cidadãos, em termos da razão pública. Não se pode, portanto, presumir a obrigatoriedade do *framework* como proposto

pela teoria dos direitos fundamentais dentro do processo de justificação da atividade estatal. Conforme observado, essa lei pode ser ferramenta de muita utilidade para a racionalização da resolução de controvérsias jurídicas de difícil elucidação, mas, de fato, ela trabalha adequadamente frente a colisões condicionadas a relações de meio-fim entre normas-princípio.

Como elucida Stephen Garbaum<sup>153</sup>, a proporcionalidade é um conceito relacional, do qual se depreendem valores, qualidades de um princípio em relação com outro. Apesar da fórmula levar em consideração a importância, o *peso* abstrato de cada norma, o que de fato importa nessa concepção é a análise empírica da realidade e a identificação do *peso* concreto do princípio, que, para Alexy<sup>154</sup>, é, em si um *peso relativo*. Esse aspecto relacional, para estabelecer um juízo de proporcionalidade, geralmente requer um elo consequencial entre o ato que restringe um direito e a finalidade dessa restrição, que é a realização de um direito ou interesse público de grande importância. Quando o Estado limita algum direito para promover uma política pública relevante, ele se envolve em uma relação meio-fim.

Por outro lado, nem todo conflito entre direitos constitucionais se dá em uma perspectiva de instrumentalidade. Existem, também, casos em que à função jurisdicional cabe determinar o que é devido na prática, qual consequência jurídica deve prevalecer, sem que haja a restrição de um direito em favor da realização do outro. Quando deveres independentes colidem, por exemplo, há um exercício de ponderação, de *balancing*, para que se determine – a partir da aferição de seus *pesos* abstratos, da importância intrínseca deles – qual deverá prevalecer na materialidade. Como esses deveres constituem, de fato, alternativas concorrentes, a dimensão do *peso* da interferência é irrelevante, já que a redução do âmbito de aplicação de um princípio em si não contribui para a progressão do outro. A razão pela qual um adquire precedência sobre o outro resta sob a dimensão do *peso* da importância desses princípios. Prevalece aquele que demonstra, através de uma racionalidade valorativa, qual é mais importante.

Ainda assim, a *lei do sopesamento* e a estruturação da qual deriva continuam a ser instrumentos de racionalização de decisões aptos a gerarem soluções congruentes e justas. Tudo dependerá das proposições apresentadas e da argumentação logico-jurídica adotada pelas partes, do discurso racional utilizado para justificar uma ou outra posição. A ressalva

---

<sup>153</sup>Cfr. GARDBAUM, “Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s Next Frontier or a Bridge Too Far?”, pp. 221-225.

<sup>154</sup>Cfr. ALEXY, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, pp. 572-581.

a ser feita diz respeito a uma configuração específica de conflito entre princípios, em que a conformação ao esquema *alexiano* não é de todo adequada. Quando há um encadeamento lógico entre a limitação de um princípio, como *meio*, para a concretização de outro, como *finalidade*, ao que tudo indica a *lei do sopesamento* (e seus afins) procede.

Associada a essa lei, outro baluarte da teoria é a chamada *lei da colisão* que estabelece, basicamente, que a colisão entre princípios gera uma relação de precedência, condicionada às peculiaridades e características do caso, em favor de um dos princípios em colisão. Essa precedência é manifestada por meio de uma regra específica, que tem como suporte fático as condições específicas da colisão, e que levará a cabo as consequências jurídicas do princípio que prevaleceu<sup>155</sup>.

Em outras palavras, a *lei da colisão* torna claro a maneira como o princípio precedente, dentro de uma relação específica condicionada de preferência, é aplicado adequadamente aos casos concretos. Essa aplicação se dá a partir do surgimento de uma norma-regra derivada das normas-princípio em colisão, só que moldada segundo o resultado estabelecido pela máxima da proporcionalidade – em específico, segundo a proporcionalidade em sentido estrito – resultado este condicionado pelas particulares condições em que se deu o conflito. Ou seja, essa lei deriva e é decorrência direta do exercício de sopesamento, racionalizado por meio da já elucidada *lei do sopesamento*.

A conjunção dessas duas leis é essencial, segundo essa teoria, para a solução racional de conflitos entre normas principiológica, em especial, quando se trata de normas de direito fundamental. A importância inata a essas normas, dada pela própria sociedade quando formula sua Lei Maior, demanda um escrutínio judicial mais rígido quanto a possibilidade de violação do conteúdo das normas. Considerando esse panorama, a máxima da proporcionalidade, como ferramenta analítica apropriada para a resolução de casos de difícil solução envolvendo normas-princípio, apresenta-se como um artifício técnico de muita valia, frente à ineptidão das *meta*-normas resolutórias de conflito comumente utilizadas pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

---

<sup>155</sup>É relevante considerar que, durante o processo de deliberação legislativa, o legislador também faz uma ponderação de princípios e, como resultado da escolha constitucionalmente autorizada, formula uma regra universalizante que determina o âmbito de incidência dela, dentro do mar de possibilidades concretas. Em outras palavras, a *lei da colisão* é similarmente observável no nível legislativo, orientando, consequentemente, a formulação de normas-regra universalizantes (BUSTAMANTE, “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, pp. 154-157). Essas normas-regras, assim como se sucede com as normas-regra atribuídas pelo judiciário, são atribuídas e se relacionam com os princípios que as dão origem uma *relação de refinamento/precisão e de fundamentação*. De outro modo, toda regra teria fundamento em um ou mais princípios, sendo assim, produto de um processo de ponderação, ainda que implícito. Por conseguinte, “Toda regra jurídica conserva uma ligação com os princípios que lhe dão fundamento” (BUSTAMANTE, *Ibid.*, p. 157).

Contudo, ainda que não houvesse adesão estrita à estrutura da máxima da proporcionalidade, com o caminho linear pelas três (quatro em algumas formulações) etapas dessa estruturação – *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito* – fato é que ainda assim haveria a necessidade de estruturar racionalmente a colisão entre direitos fundamentais, identificando os polos em oposição, os princípios potencialmente conflitantes, e estabelecendo entre eles uma relação comparativa da qual fosse possível se abstrair uma solução satisfatória ao caso concreto. Isto é, algo semelhante à *lei do sopesamento* sempre é requisitado quando entram em conflito âmbitos de proteção pontuais de princípios, considerando a indispensabilidade da existência de poder normativo e exigibilidade nas normas de direito fundamental e a própria natureza de normas estruturadas em princípios.

Como a invalidação e a imposição de cláusulas restritivas é incongruente com a natureza das normas-princípio, a indeterminabilidade características delas sempre será capaz de gerar situações em que dois ou mais princípios igualmente válidos e importantes se posicionem em lados opostos em um conflito de direitos. Sempre será necessário relacionar os princípios em colisão e identificar qual deverá prevalecer. É dizer, sinteticamente, que ponderar, balancear, sopesar posições de direito fundamental opostas incompatíveis entre si é algo inescapável.

Mesmo na inexistência de um conflito concreto, a própria cognição do conteúdo normativo desses direitos só pode ser aferida propriamente com o reconhecimento das demais normas que povoam a totalidade da estrutura jurídica em que se situam. Como só existem em relacionamento e nunca isolados, a amplitude de sua ingerência e influência são limitadas e limitam reciprocamente a amplitude dos demais outros princípios. Em outras palavras, mesmo o simples exercício de compreensão do conteúdo de um direito pressupõe a sua contraposição com outros direitos, de modo que algum tipo de sopesamento será também necessário para a compreensão dos limites dos direitos não-determinados.

Especialmente em se tratando de direitos fundamentais com natureza de princípio, a não utilização da proporcionalidade em sentido amplo, como propôs Alexy, não elimina a demanda pela racionalização do processo de realização dos direitos, especialmente, quando são restringidos. Essa racionalização – no contexto específico das normas-princípio de direito fundamental – invariavelmente, pela própria natureza dessas normas, estrutura-se por meio de uma comparação, mais especificamente, um sopesamento, o qual – discernindo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes e utilizando elementos da

argumentação jurídica – estipula uma precedência específica às condições apresentadas, mas que também é geral, pois aplicável a situações que apresentem essas mesmas condições, salvo existindo alguma particularidade que inviabilize a subsunção.

O que põe em destaque aqui é que é inerente à natureza da norma-princípio de direito fundamental o exercício de alguma faculdade de ponderação, qualquer que seja sua estrutura. Até mesmo a identificação do seu âmbito de aplicação implica em uma comparação valorativa com outras normas de mesma natureza. A operacionalização dessas normas à realidade concreta, principalmente quando as mesmas não forem especificadas pelo legislador ordinário, reivindica um processo de delimitação do seu âmbito, pois só assim podem ser utilizadas como substrato direto a um raciocínio dedutivo-silogístico de aplicação do direito nas demandas cotidianas. Em suma, a ponderação é necessária à instrumentalização e exigibilidade das normas-princípio de direito fundamental.

## O princípio da proibição do defeito como instrumento de harmonização de colisões envolvendo o dever de ação estatal

A inevitabilidade de colisões jurídicas, envolvendo normas total ou parcialmente incompatíveis, demanda a utilização de instrumentos lógico-heurísticos capazes de solucionar satisfatoriamente tais incompatibilidades. A proibição do excesso, enquanto uma *meta*-norma de solução de conflitos normativos, concede ao operador do direito uma via de uso relativamente estável, nos casos em que as tradicionais *meta*-normas não logram respostas razoavelmente racionais para as demandas postas, especificamente em se tratando de colisões entre dois princípios jurídicos de igual hierarquia jurídica.

Em tópicos anteriores, esquadrihamos esta figura, identificamos seu significado, seus componentes e seus pressupostos de aplicação, dentre os quais se destaca a existência de uma interferência legislativa em direito constitucionalmente protegido. Se contrapõem aqui um direito de abstenção/não-interferência do Estado no âmbito de proteção *prima facie* das liberdades titularizada por indivíduos e uma norma jurídica (ato comissivo estatal) limitadora, persecutória de um qualquer fim legítimo. O objeto da querela é efetivamente a norma.

Todavia, existe deveres estatais que não se resumem a uma não-interferência, como é o caso daqueles que suscitam prestações de serviços públicos (e.g. saúde, educação, seguridade social)<sup>156157</sup>. Nessas situações, ao Estado não se atribui um dever de abstenção, mas sim um dever de ação<sup>158</sup>. O objeto dessas situações não é propriamente a norma interferente e seu fim propriamente dito – como se sucede com a proibição do excesso –, mas sim o (des)cumprimento satisfatório da obrigação estatal de realizar uma demanda a ele imposta pela Constituição. Em outras palavras, enquanto a proibição do excesso toma por ponto de partida norma restritiva emitida pelo legislador ordinário, a proibição do defeito parte de um dever de ação legislativa constitucionalmente determinado.

Sendo assim, não há aqui um objeto preliminarmente claro por si só, mas algo que só é aferido através da interpretação e análise constitucional, implicando que, para esses deveres, há necessidade de uma justificação mais densificada do que para os deveres de abstenção, que são decifráveis mais facilmente, quando ocorre potenciais violações do mesmo. Quando se põe o cumprimento deficitário de um dever de ação estatal em pauta não se objetiva limitar a ação estatal para proteger a liberdade individual de outrem, mas sim se busca impulsionar o Estado a atuar promovendo um fim de tamanha importância constitucional, que motivou o poder constituinte a firmar um dever estatal de proteger ou promover esse bem.

Considerando essas informações, no caso de cumprimento insuficiente dos deveres de ação, o instrumento da proibição do excesso pode se mostrar inadequado para promover uma análise eficiente e adequadamente estruturada do objeto de controvérsia,

---

<sup>156</sup>É interessante notar que os deveres que implicam uma ação estatal não parecem conflitar *prima facie* com nenhuma outra norma (seja ela outro dever de ação, uma que encerre alguma liberdade ou de outra natureza). Esse não é o caso das normas de liberdade negativa, cujo âmbito de proteção potencial entra, necessariamente, em conflito com o âmbito potencial de outras normas, de naturezas variadas. Nessa perspectiva, cfr. DUARTE, “Gains and Losses in Balancing Social Rights”, p. 58.

<sup>157</sup>Reiteramos a possibilidade da presença de obrigações positivas e negativas em um mesmo direito, sendo possível que direitos tradicionalmente entendidos como direitos negativos de liberdade possam apresentar – ainda que reduzida – uma faceta de obrigação positiva. Nesse caso, havendo omissão estatal no cumprimento dessa faceta, pode ser sujeita ao exame da proibição do defeito elucidado nesse tópico.

<sup>158</sup>Para Jorge Silva Sampaio, a existência de um dever de ação (enquanto razão normativa para realização da ação) é um dos pressupostos para a identificação de uma omissão legislativa. São os demais: 1º) conduta de não-realização de uma ação; 2º) a oportunidade de agir; 3º) a efetiva capacidade para realizar tal ação. O que importa, em síntese, é a existência de um dever institucional de agir, imposto por uma norma de competência, a uma autoridade legítima, que se encontra desrespeitado, sem que a intenção dessa autoridade detenha importância relevante na caracterização da omissão. Cfr. *Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. II, pp. 869 e ss.

ao contrário do que se passa com os deveres de abstenção<sup>159</sup>. Afinal, não se tem impreterivelmente uma norma restritiva a ser perscrutada sobre as lentes dos três segmentos afetos à proibição do excesso. Nesses casos, propõe-se a utilização de outro instrumento de harmonização<sup>160161</sup>, que leve em consideração as peculiaridades que diferem esses tipos de deveres estatais. A esse instrumento, dá-se o nome de proibição do defeito (ou do déficit ou da insuficiência).

Conforme indicado, o dever de ação – com suficiente grau de determinação – é um dos pressupostos para sua utilização, assim como o é a existência de uma colisão normativa entre um dever de ação com outro dever de ação, ou permissões, ou outros deveres do legislador<sup>162</sup>. No caso específico da proibição do defeito, pode estar em causa uma omissão total legislativa, com ausência completa de normatização ordinária, ou uma omissão parcial, caracterizada pela emissão de uma norma que não cumpre os limites mínimos de exequibilidade – requisitados pela Constituição – do dever estatal em pauta. Ou seja, embora prescindida de uma norma restritiva de direitos, a proibição do defeito pode, não obstante, se ocupar tangencialmente de tal. Entende-se, dessa forma, que a

---

<sup>159</sup>David Duarte entende que tanto em relação às liberdades (objeto paradigmático do princípio da proporcionalidade), quanto aos direitos de reivindicação social (*social claim rights* – o que estamos tratando por direitos sociais que impliquem primacialmente na necessidade de ação estatal para se realizarem), o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso funcionaria da mesma maneira. Contudo, é pertinente notar que sua análise parte da existência prévia de uma norma, ou seja, de uma omissão parcial e não total. Assim sendo, cfr. “Gains and Losses in Balancing Social Rights”, pp. 64-65. Partilhando da ideia de que ambos instrumentos constituem uma mesma norma, cfr. J. S. SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade...*, Vol. II, pp. 861-931.

<sup>160</sup>Nesse trabalho adotamos o posicionamento de que a proibição do excesso e a proibição do defeito são instrumentos autônomos entre si, embora expressem, cada uma a sua maneira, o ideal da proporcionalidade e se aproximem metodologicamente em se tratando de constelações triangulares (situações em que, para cumprir um comando constitucional, o legislador restringe outro direito constitucional de terceiro). Sobre a discussão envolvendo teoria da congruência e da divergência, cfr. CANAS, *Op. Cit.*, pp. 907 e ss.

<sup>161</sup>O Tribunal Constitucional checo utiliza, no tocante a análise de conflitos envolvendo direitos socioeconômicos, o teste da racionalidade, inspirado no modelo norte-americano. O teste da racionalidade, nesses parâmetros, apresenta quatro distintos segmentos: 1º) é observado o conteúdo mínimo (*minimum core*) do direito afetado; 2º) é analisado se a medida afeta ou não esse mínimo, se afeta, a medida é submetida a um exame de proporcionalidade *stricto sensu*; se não afeta, a investigação continua com os passos seguintes; 3º) nesse momento, é averiguada a legitimidade do fim; 4º) por fim, é observado se a interferência racionalmente contribui para o alcance do fim pretendido. Demonstrando essa configuração, cfr. CERVÍNEK, “Proportionality or rationality in socio-economic rights adjudication...”, pp. 95-96. Como evidencia essa formulação, a ideia do *minimum core* tem grande influência e perpassa constantemente as discussões acerca dos direitos socioeconômicos, muito em razão da natureza eminentemente positiva desses direitos. Posteriormente, trataremos mais dessa ideia, mas, de antemão, podemos sustentar que essa ideia e a proporcionalidade como aqui trabalhada não são obrigatoriamente incompatíveis. Ademais, a Corte da República Checa, ao adotar esse específico parâmetro de legitimidade, parece demonstrar não confiar no exame de proporcionalidade tradicional para solucionar conflitos envolvendo direitos, de natureza essencialmente positiva.

<sup>162</sup>Laura Clérico entende que é irrelevante a existência de um fim estatal contraposto ao fim do dever constitucional de ação para que seja realizado o exame da proibição do defeito. Cfr. *El examen de proporcionalidade em el derecho constitucional*, p. 330.

existência de uma norma restritiva não é um requisito indispensável para o emprego dessa ferramenta de harmonização.

Essa mudança de perspectiva de análise pode alterar sensivelmente a atuação dos segmentos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*. Em se tratando de omissões totais, qualquer ação que minimamente efetive o dever de ação sempre será mais adequada que a completa inação, de modo que esse estado é sempre inadequado sobre a ótica desse fim específico. A omissão injustificada será sempre arbitrária, mas pode ser que a omissão tenha sido conscientemente adotada pelo legislador, a fim de perseguir um outro objetivo legítimo e que qualquer nível de cumprimento do dever de ação contraposto afete indesejadamente esse fim. Sob a ótica desse fim, a omissão é considerada adequada. Pelo que se vê, a adequação, nos casos de omissão total, não elucida, em nenhuma das perspectivas, qual caminho se deve percorrer, do que podemos dizer que, nesses casos, é ferramenta inócua, cuja aplicação é prescindida.

A necessidade<sup>163</sup>, nesse mesmo cenário, apresenta-se também como ferramenta ineficaz para auxiliar na resolução da colisão normativa identificada. Primeiramente, consoante à adequação, também existiriam duas perspectivas de entrada para a realização desse teste, tendo como enfoque o dever de ação – o qual está sendo afetado negativamente pela omissão estatal – ou o dever ou permissão estatal contraposto – justificador da omissão. Pela primeira perspectiva, toda e qualquer medida que implicasse em um incremento mínimo na realização do dever de ação seria mais necessária que a omissão total. A comparação entre meios realizada nesse segmento, dentro dessa perspectiva, resultará sempre no descabimento da omissão. Paralelamente, na ótica contraposta, não haveria medida igual ou mais eficaz na concretização dos interesses justificadores da omissão e menos interferente em seu âmbito de proteção do que a própria omissão em si. Em resumo, não há espaço para esse segmento, em se tratando de omissões totais.

Resta, então, para preencher a carcaça aparentemente vazia da proibição do defeito, o segmento da proporcionalidade *stricto sensu*. Ao contrário dos elementos

---

<sup>163</sup>Outra denominação talvez seja mais adequada para representar esse segmento. Como o que está em questão não é propriamente a necessidade ou idoneidade da medida para alcançar o fim proposto, mas sim se essa medida é suficientemente eficiente para galgar os níveis de intensidade de satisfação almejada pelo dever de ação determinado, designações que façam referência à eficiência ou à eficácia da medida podem se mostrar mais congruentes com seu propósito. Cfr. CANAS, *Op. Cit.*, p. 1019.

anteriores, essa análise pode conceder, em algum nível, maior racionalidade para uma eventual solução da colisão normativa. Quando, ao dever de ação se contrapõe outro dever de assento constitucional, com peso abstrato comparável, a omissão total sempre figurará como uma supressão desmedida e desproporcional do polo afetado, já que aquele é completamente suprimido, mesmo em seu núcleo mínimo essencial. Mesmo em relação às permissões, é altamente improvável que a omissão total seja exitosa quando analisada sobre o crivo da proibição do defeito<sup>164</sup>.

O cenário é mais favorável à proibição do defeito e seus segmentos quando se trata das omissões (ou cumprimentos) parciais, em outras palavras, existindo norma que cumprisse, embora potencialmente insuficiente, o dever de ação demandado ao legislador. Embora o cerne continue a ser esse dever, agora se tem um objeto de análise mais concreto, qual seja, a medida elaborada para realizar o fim estipulado. Ainda assim, consoante à omissão total, continua, a proibição do defeito, a lidar com duas perspectivas conflitantes que substanciam, cada qual, um fim legítimo específico<sup>165</sup>. Dessa forma, o segmento da adequação pressupõe a capacidade da medida parcial tomada realizar ou fomentar suficientemente<sup>166</sup><sup>167</sup> os fins por ela perseguidos. A existência desses fins diversos implica na exigência de que sejam levados em consideração em todas as etapas do exame da proibição do defeito<sup>168</sup>.

Assim também se sucede com o segmento da necessidade ou eficiência ou meio mais idôneo. Nessa configuração, o teste não procura pela medida menos restritiva que

---

<sup>164</sup>Sobre isso, cfr. CANAS, *Op. Cit.*, pp. 1017-1022.

<sup>165</sup>Cfr. CANAS, *Op. Cit.*, p. 1023, nota de rodapé 3603.

<sup>166</sup>A adequação não necessariamente leva a uma medida de eficiência mínima, embora essa seja a tendência. Nesse sentido, cfr. CANAS, *Op. Cit.*, p. 1024-1025.

<sup>167</sup>Clérigo combina as versões fortes e fracas do exame da idoneidade para identificar quatro resultados relevantes possíveis desse exame: quando a medida adotada não fomenta nem o fim determinado pelo dever de ação, nem o fim estatal contraposto, nas suas acepções abstratas e concretas, pode-se afirmar que a mesma é inidônea; quando a medida adotada fomenta o fim determinado pelo dever de ação e o fim estatal contraposto, nas suas acepções abstratas e concretas, pode-se afirmar que a mesma é *claramente* idônea; quando a medida adotada fomenta o fim determinado pelo dever de ação e o fim estatal contraposto na acepção abstrata, mas não na concreta, pode-se afirmar que a mesma é idônea em sentido débil; e quando a medida adotada não fomenta o fim determinado pelo dever de ação ou o fim estatal contraposto abstratamente, mas o faz concretamente, pode-se afirmar que a mesma é idônea em sentido débil. Cfr. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, pp. 332-335.

<sup>168</sup>Não é infrequente que a justificativa por trás da não realização de um dever de ação se resuma a falta de capacidade financeira. Ainda que seja um entrave sobremaneira empírico, é possível observar a necessidade inescapável de capacidade financeira como sendo uma imposição implícita pela Constituição para a realização de suas normas, isto é, ela teria um caráter também jurídico. Observado assim, as omissões colidiriam com o princípio da capacidade financeira (obrigatoriamente constitucional) e a deficiência financeira concreta consistiria numa limitação empírica a esse princípio, ao invés do princípio que impõe um dever positivo ao Estado. Essa interessante perspectiva é mais trabalhada por DUARTE, “Gains and Losses in Balancing Social Rights”, pp. 58-59, 62-64.

cumpra o fim selecionado nos níveis definidos pelo legislador ordinário. O que se propõe é que, através da comparação de meios aptos para realizar os fins prosseguidos, encontrem-se aqueles que realizam mais satisfatoriamente o dever de ação – isto é, sejam mais idôneos – e igualmente os deveres ou permissões conflitantes. Simultaneamente, é analisado aqueles que cumprem níveis similares do dever de ação averiguado, ao mesmo tempo em que efetivam mais fortemente os deveres<sup>169</sup> colidentes com este<sup>170</sup>. Como se vê, requer-se uma exploração mais robusta das possibilidades existentes. Se existir alguma outra medida disponível que se encaixe nessas prerrogativas, há violação da proibição do defeito, pela ótica da necessidade/eficiência.

Ultrapassada essas duas etapas, a medida parcial em cotejo será objeto de análise pela proporcionalidade *stricto sensu*, em que se realizará uma ponderação entre a importância de satisfação do objeto (sob o prisma dos efeitos jurídicos e materiais) do dever de ação e a dos bens, valores e interesses salvaguardados pelos deveres e permissões conflitantes. Considerando a perspectiva específica da proibição do defeito, em que se contrapõem deveres conflitantes, a escolha da importância da satisfação dos efeitos jurídicos e materiais positivos de ambos os polos como objetos de sopesamento se mostra a mais adequada, tendo em vista que os efeitos jurídicos e materiais negativos da não-realização do dever de ação já se apresentam em sua potência máxima, quando da omissão total, e próxima da máxima, quando da omissão parcial (cumprimento defeituoso ou insuficiente). Ressalta-se que, em ambos os casos, em se tratando de conflito entre direitos fundamentais, como estes são dotados de uma mesma carga constitucional, deve-se almejar por uma solução equilibrada, a qual, idealmente, possibilite pelo menos algum nível de realização para o princípio restringido, ou seja, não esvaziando-o de conteúdo<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup>A proibição do defeito pode ser dividida em dois tipos a título de eficácia enquanto ferramenta harmonizadora de colisões normativas. São elas: a proibição do defeito paritária e a não-paritária. Para a primeira, põe-se em foco a colisão normativa entre um dever de ação com um outro dever (de abstenção, de proteção, etc.) igualmente de assento constitucional e a solução dessa incompatibilidade deve representar uma das soluções ótimas, levando em consideração as intensidades de satisfação e de afetação dos deveres colidentes. Ressalta-se que a busca por essa otimização não deságua na escolha obrigatória de *a solução ótima*, demandando somente uma das soluções ótimas. Para a segunda modalidade de proibição do defeito se contrapõe ao dever de ação, uma permissão constitucional, não dotada do mesmo peso nem importância *prima facie* daquele. Por essa razão, não se almeja encontrar uma solução ótima, mas apenas a realização mais satisfatória do dever de ação, dentro do contexto material em que está inserido. Desdobrando, mais detalhadamente, esses conceitos, cfr. CANAS, *Op. Cit.*, pp. 1006-1012.

<sup>170</sup>Para Clérico, o exame da medida alternativa mais idônea implica tão somente em dois passos: a identificação da maior idoneidade (ao invés da igual idoneidade requerida na proibição do excesso) e a identificação da menor lesividade das medidas (como se sucede com a proibição do excesso). Cfr. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p. 345.

<sup>171</sup>Nessa orientação, cfr. CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p.358, nota de rodapé 116.

Realizados, esses testes, e alcançando êxito nas análises, considera-se que a medida não viola a proibição do defeito.

As distinções que separam a proibição do defeito da proibição do excesso refletem os diferentes objetos de análise de cada ferramenta, ainda que confluam para uma mesma abstração, a ideia de proporcionalidade. Ao contrário do que se possa pensar, a proibição do defeito<sup>172</sup> não leva necessariamente à proteção somente do conteúdo essencial mínimo do direito de que se trata – em paralelo direto à concepção da proibição do excesso como limite aos limites dos direitos. A garantia do mínimo essencial dos direitos representa uma proteção última ao núcleo basilar e crucial de determinado direito considerado de elevada importância dentro do ordenamento jurídico, graças a sua fundamentabilidade no contexto da dignidade da pessoa humana. A proibição do defeito não se encaixilha confortavelmente nesses moldes, pois se propõe a algo distinto. Tendo em mente incompatibilidades jurídicas no tocante a direitos fundamentais, a proibição do defeito configura uma ferramenta de harmonização e conformação (nos moldes da proibição do excesso), racionalizadora da superação desses conflitos, quando as *meta*-normas resolutórias comumente utilizadas se mostram incapazes de conceber uma resposta racionalmente apreensível para tal. Dito isso, nada impede que esses instrumentos sejam utilizados simultaneamente.

## **TERCEIRA PARTE: APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS AO SISTEMA/INFRAESTRUTURA DOS DIREITOS HUMANOS**

### **Compatibilidade entre o modelo dos princípios e o panorama dos direitos humanos internacionais**

Conforme trabalhamos durante a segunda parte desse trabalho, a teoria dos princípios foi o resultado de uma tentativa de se racionalizar o processo decisório – principalmente jurisdicional – relacionado a conflitos de direitos fundamentais. Como seu

---

<sup>172</sup>Nesse sentido, adota-se o sentido próprio da proibição do defeito. Cfr. CANAS, *Op. Cit.*, pp. 963-964.

pano de fundo foi a análise crítica de um sistema jurídico nacional específico— qual seja, o alemão – a sua conformação ao sistema multipolar de direito internacional resta em alicerces instáveis. A explicação elaborada acerca da natureza e do significado de direitos humanos permitiu-nos compará-los com os direitos fundamentais, identificar suas áreas de convergência e de divergência, e deslindar didaticamente os contornos dos mesmos, tornando factível a identificação de seus conteúdos internos.

Como se tornou claro, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos compartilham de um mesmo berço de nascimento, e se interrelacionam de maneira profunda e, muitas vezes, indissociável. As diferenças topológica e morfológica desses direitos – enquanto dizem respeito a categorias de sistemas jurídicos distintos – embora, de fato, impliquem em distintos mecanismos de realização dos mesmos na materialidade, não impossibilitam que, tendo em base sua semelhança substantiva e seu papel e relevância dentro do sistema jurídico o qual fazem parte, sejam utilizados elementos lógico-rationais – os quais visem racionalizar e elucidar os âmbitos de ação e proteção desses direitos – semelhantes ou materialmente iguais.

Pelo menos conceitualmente, a utilização de artifícios lógicos e bem embasados para se desenvolver argumentações jurídicas, no tocante a ambas as categorias de direitos, não é algo descabido. Afora as possíveis adaptações necessárias relativas às diferentes estruturas sistêmicas de cada um, um esquema argumentativo que se utilize de pressupostos de racionalidade e linguística para racionalizar o processo decisório pode ser uma ferramenta útil para estabilizar e tornar mais consistente e coeso um sistema jurídico, que padece de uma autoridade central que o legitime e que o conceda instrumentos de coerção capazes de uniformizar determinada conduta globalmente. É nessa ótica que a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade podem ser observadas como alternativas interpretativas ao ramo do direito internacional dos direitos humanos.

Em primeiro lugar temos que desvendar se uma teoria baseada em um sistema constitucional específico pode ser utilizada, sem prejuízo material, para racionalizar questões situadas dentro de um sistema internacional de direitos<sup>173</sup>. Como trabalhado na

---

<sup>173</sup> Afinal, a proporcionalidade pressupõe um modelo de relação Estado-indivíduo, em que ambas as partes contraíam direitos e obrigações recíprocos. São duas as implicações disso: o contrato social (em que a perda de autonomia se contrapõe ao incremento na proteção) e a simetria (partes em conflito possuem direitos e obrigações entre si). Constituído por sistemas pulverizados e descentralizados, o caso do direito internacional é diferente desse modelo paradigmático, embora possa se aproximar em se tratando de Cortes

parte anterior, a teoria proposta inicialmente por Alexy tinha o propósito específico de elaborar um panorama descritivo-lógico acerca dos processos decisórios do Tribunal Constitucional alemão, relativos à matéria dos direitos fundamentais<sup>174</sup>. Não obstante essa perspectiva focalizada em um organograma jurídico específico, a teoria dos princípios encontrou adeptos mundo afora, em muito ultrapassando as fronteiras em que fora escrita. Sua importância é de tal forma elevada que até hoje seus preceitos são discutidos, reformulados, rejeitados e adotados como objeto de estudo e como mecanismo de resolução de conflitos judiciais em diversas realidades jurídicas.

Embora não seja o propósito desse trabalho discutir a adequação dessa teoria a essa gama de realidades jurídicas nacionais em que é aplicada, compreender a maleabilidade instrumental desta é fundamental para podermos asseverar ou não a possibilidade de utilização de seus mecanismos para a resolução de interrogações acerca dos direitos humanos. Antes, contudo, de partirmos nesse percurso, faz-se necessário entender como o sistema internacional dos direitos humanos difere estruturalmente dos sistemas nacionais jurídicos, analisados em sua convergência.

O ponto fundamental de distinção é que os sistemas nacionais se organizam e se fundamentam no poder centralizador do Estado moderno soberano<sup>175</sup>, enquanto o sistema internacional não possui um organismo central que detenha um poder soberano sobre todos os Estados. Essa falta de domínio sobre os diversos poderes estatais caracteriza esse sistema que depende mais da anuência e, muitas vezes, da tolerância dos Estados, do que da sua capacidade efetiva de fazê-los cumprir determinações com o recurso a sanções e penas (capacidade esta solapada pela ausência do monopólio da violência). Independentemente de qual sistema internacional se faça parte – seja ele regional ou internacional – os órgãos supraestatais, em sua maioria<sup>176</sup>, não possuem essa capacidade

---

que lidem com direitos humanos. Nesse sentido, cfr. CROW, “A Taxonomy of Proportionality in International Courts”, p. 5.

<sup>174</sup>Sobre a racionalidade por trás da utilização do protocolo da proporcionalidade para discursos constitucionais fora das Cortes, cfr. MICHELMAN, “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”.

<sup>175</sup>Em definição consagrada pelo art. 1º da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933, são quatro os principais elementos caracterizadores do Estado como pessoa de direito internacional: população permanente, território determinado, governo e capacidade de entrar em relações com outros Estados.

<sup>176</sup>A realidade nos mostra a existência de organismos internacionais mais ou menos influentes sobre o posicionamento dos Estados-membros. A União Europeia, por exemplo, detém um poder maior de influência e ingerência na decisão dos seus membros do que outras organizações como o MERCOSUL e a USMCA, ainda que detenham naturezas semelhantes, até certo ponto. Organizações mais globais como a própria ONU, a OMC e a OIT, dependendo de sua influência e preponderância internacional podem ter mais ou menos capacidade de interferir com as políticas públicas dos países membros. Sem embargo,

característica dos Estados nacionais modernos, a de impor sua vontade imperativa aos cidadãos e residentes de seu território.

O próprio direito internacional, enquanto disciplina jurídica, surge dentro desse contexto de soberania nacional, representada pelos Estados-nações, razão esta que explica o porquê de estes terem sido os sujeitos de direito internacional originários. A inclusão do indivíduo como sujeito do direito internacional é fenômeno moderno, representando verdadeira mudança de perspectiva sobre a importância do ser humano e o papel da comunidade internacional em assegurar as condições necessárias para a fruição de uma vida digna e boa por esses sujeitos singulares, antes preocupação exclusiva de seus Estados de origem e/ou residência.

É uma atividade recente, portanto, a atuação dos organismos internacionais diretamente sobre a vida dos indivíduos enquanto sujeitos de direito<sup>177</sup>, dentro de seus sistemas respectivos. A atuação jurisdicional de tribunais internacionais devidamente legitimados para tal – dado que esses tribunais, assim como os sistemas em que fazem parte, necessitam, na maioria dos casos, do consentimento expresso do Estado para empreender julgamentos que dizem respeito a demandas individuais e coletivas – nesse contexto, pode se assemelhar a de fóruns nacionais na construção lógica de seus argumentos, a despeito de não possuírem, como alternativa ao descumprimento, ferramentas de coerção incontestáveis.

Não há impeditivos lógicos para a aplicação de metodologias argumentativas utilizadas à nível nacional a níveis internacionais, desde que se tenha em consideração as diferenças normativas e as peculiaridades sistêmicas, na elaboração de decisões definitivas. Nesse sentido, embora a teoria dos princípios tenha sido elaborada tendo como objeto exclusivamente o direito interno, a utilização do seus encadeamentos lógico-argumentativos pode ser transposta a outros sistemas, como os regionais e internacionais,

---

predomina a autonomia, a soberania e a vontade dos Estados-nação se submeterem ou não à interferência de organismos supranacionais.

<sup>177</sup>Para alguns autores, não há mais como se questionar a personalidade jurídica internacional do indivíduo, nem sua capacidade jurídica. Esse é o caso, por exemplo, do ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça, Antonio Augusto Cançado Trindade (*The Access of Individuals to International Justice*, p. 16; e *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III, p. 436); e da jurista brasileira, Flávia Piovesan (*Direitos Humanos e Justiça Internacional*, p. 75). Para outros, essa questão é ainda controversa, como é o caso do jurista alemão e antigo membro do Comitê de Direitos Humanos da ONU, Christian Tomuschat (*Human Rights: between idealism and realism*, p. 381) e para o jurista israelita-americano Theodor Meron (*The Humanization of International Law*, p. 318).

se, com eles, compatível<sup>178179180</sup>. A semelhança nuclear entre direitos fundamentais e direitos humanos – elucidada em tópico anterior – permite, de antemão, que ferramentas aplicadas para trazer mais consistência e justiça no âmbito daqueles possam ser empregadas no âmbito destes.

Contudo, apesar de concluirmos com a adaptabilidade dessa ferramenta argumentativa é relevante destacar que nem sempre ela precisa ser o expediente utilizado para se alcançar uma solução para um conflito jurídico de natureza internacional. Em se tratando de direitos humanos, em princípio, parece ser uma boa opção para trazer racionalidade ao processo de dirimir disputas não solucionáveis através das *meta*-normas de resolução de conflitos jurídicos. Com relação a direitos de outras naturezas, pode não ser o instrumento mais adequado para tal<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup>Kevin Crow identifica duas tendências na utilização da proporcionalidade como uma abordagem estruturada para a revisão judicial. Nos casos dos tribunais que deliberam acerca de direitos humanos, há uma tendência de valorizar interpretações voltadas ao resultado. Em contrapartida, em tribunais que julgam demandas relativas a questões econômicas, a tendência é favorecer a adoção de interpretações que assegurem a segurança e previsibilidade das suas decisões. Cfr. CROW, “A Taxonomy of Proportionality in International Courts”, p. 8. Detalhando as posturas de vários desses tribunais, em respeito à proporcionalidade, cfr. *Ibid.*, pp. 9-22.

<sup>179</sup>Armando Rocha reconhece, brevemente, quatro orientações particulares, não-exaustivas, do princípio da proporcionalidade no direito internacional, distintas, sobretudo, quanto à função que exercem e quanto ao respectivo âmbito de atuação. Dentro da gramática da proteção dos direitos humanos, tem o propósito de controlar a conformidade da atuação dos Estados com os compromissos estabelecidos pelas normas de direitos humanos. Nesse caso, não obstante a estrutura horizontal do direito internacional – dissonante com o contexto geral de aplicação da proporcionalidade, como mecanismo de racionalização do direito – a prática estatal, objeto de análise, estrutura-se verticalmente, de modo que há mais amparo evidente à aplicação desse princípio nessa conjuntura. É o mesmo caso que se sucede com a o cenário da proteção do investimento estrangeiro, em que a proporcionalidade tem a função de conceder segurança e estabilidade a esse investimento, mas também outorga mais força ao Estado determinar as responsabilidades exigidas dos investidores. Dentro do direito marítimo, atua como definidor dos critérios de julgamento da autoridade internacional, trazendo, com isso, clareza e objetividade ao processo de definição de fronteiras marítimas, concedendo, assim, maior legitimidade a esse processo. Finalmente, seria utilizada no âmbito do direito da guerra – tanto *jus in bello*, quanto *jus ad bellum* – com o propósito de conter os efeitos negativos gerados à coletividade pelo uso da força estatal. O que evidenciam, essas orientações, é a maleabilidade do princípio da proporcionalidade, adequando-se às necessidades apresentadas por cada regime jurídico especial, podendo ser possível – também graças a sua ubiquidade nos ordenamentos constitucionais de diversos países – defini-lo como princípio geral do direito. Cfr. “Juízos de proporcionalidade – em Direito Internacional” pp. 111-112, 114-125. Discorrendo sobre a natureza de princípio geral dos direitos humanos, em razão de ser um critério universal de racionalidade, cfr. SIECKMANN, “Proportionality as a Universal Human Rights Principle”, pp. 3-10.

<sup>180</sup>Aprofundando-se na adoção da proporcionalidade por alguns dos sistemas internacionais (mais especificamente, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, União Europeia e Organização Mundial do Comércio), cfr. SWEET; MATHEWS, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, pp. 139-160. Especificamente sobre a utilização do princípio da proporcionalidade no direito penal da União Europeia, cfr. NIETO MARTÍN, “El Principio de Proporcionalidad”, pp. 135-180.

<sup>181</sup>Kevin Crow propõe que a proporcionalidade deveria ser utilizada de maneira categórica, ao invés de ser a ferramenta padrão para o balanceamento de direitos e obrigações de determinado tratado. Utilizando as noções de unidade e pluralismo, propõe que, em se tratando de interesses e direitos de indivíduos enquanto unidades singulares, deveria ser aplicada a proporcionalidade como artifício racionalizador; por outro lado,

Isso posto, focaremos nos elementos fundamentais da teoria apresentada, para identificarmos se se compatibilizam racionalmente com a realidade dos direitos humanos internacionais. Seguindo a ordem em que esses elementos foram apresentados por esse trabalho, iniciaremos com a distinção entre norma-regra e norma-princípio, um dos frutos da teoria *dworkiniana* que contribuiu para a formulação e desenvolvimento posterior da teoria dos princípios. Como já foi observado, os direitos fundamentais incorporam tanto normas-regra, quanto normas-princípio, dependendo do seu conteúdo jurídico.

Espelhando essa realidade, direitos humanos também podem compreender ambas naturezas, pois, assim como aqueles, dizem respeito a um campo amplo de direitos, contendo tanto proibições absolutas, como a proibição da tortura e da prática de crimes contra a humanidade, por exemplo, as quais enquadram, sem dúvida, regras que não aceitam afastamento; quanto normas que aceitam um certo nível de flexibilização, sem que, com isso, tornem-se inválidas, caso este da maioria das normas encapsuladas em tratados de direitos humanos.

A própria natureza dos sistemas difusos de direitos humanos orientará à adoção de normas mais generalistas e abstratas – na tentativa de lidar com os múltiplos interesses distintos presentes na esfera internacional – em um sentido que privilegiará, em grande parte, normas-princípio, mais maleáveis à interpretação e à aplicação por Estados de diferentes espectros ideológico-sociais. Essa realidade não implica, contudo, na inexistência de normas-regra, como as exemplificadas nesse parágrafo. Só se busca constatar que a multiplicidade de pontos de vista e de interesses diametricamente opostos impõe para a existência de algum nível de universalidade dos direitos, que eles sejam objetos de trato mais flexível, ainda que não a ponto de descaracterizar por completo seu conteúdo essencial, o qual tem por finalidade última trazer dignidade e qualidade de vida aos seres humanos, onde quer que estejam.

Quando diante de regras, o processo silogístico funciona de maneira habitual, com a predominância dessas regras absolutas de direitos humanos, que são assim consideradas pela primazia dos valores que protegem (vida, incolumidade física, dignidade humana etc.). Em contraponto, os princípios de direitos humanos, como existem em uma dimensão distinta das regras, não são compatíveis com a utilização pura e simples de

---

em se tratando de demandas de indivíduos enquanto grupo, a proporcionalidade não seria apropriada. Cfr. CROW, “A Taxonomy of Proportionality in International Courts”, p. 23-25.

qualquer modelo silogístico, desprovido de ferramentas que consigam afunilar e racionalizar o conteúdo da norma que sobressairá no caso concreto. Faz-se necessário, dessa forma, encontrar um modelo próprio para a resolução de conflitos envolvendo esse tipo de norma.

Reconhecendo essa necessidade, deparamo-nos agora com o entendimento dos princípios como mandamentos de otimização, conforme a teoria em destaque. Já demonstramos como essa ideia é incompatível com a realidade, pois sua configuração direciona ao entendimento de que existiria uma resposta ótima, preferível a todas outras, e que o operador do princípio deveria laborar para o alcance desta. Otimizar algo carrega em si o significado de elevar algo a sua máxima, ideal potência, ainda que não elimine, por completo, a possibilidade de existência de outras soluções ideais. E como se trata de um mandamento, diz respeito a uma obrigação, uma exigência de observar, em todos os casos, essa necessidade de otimização. Qualquer atuação oficial, portanto, que não empregasse todas as suas forças na análise de casos envolvendo princípios conflituosos e que não amparasse um princípio em sua acepção mais perfeita, frente às realidades fáticas e jurídicas em causa, estaria em oposição ao seu dever funcional e à própria natureza desse tipo de norma.

A observância da estrutura e dos sistemas atuantes do direito internacional nos mostra uma realidade em que nem todas as informações necessárias para a elaboração de um raciocínio bem embasado são apresentadas quando ocorrida alguma controvérsia jurídica<sup>182</sup>. As searas nacionais de tutela de direitos já padecem dessa condição, afinal a verdade processual nunca se equipará por completo à verdade real. A atuação de órgãos

---

<sup>182</sup>Não só a falta de informações, como a incerteza acerca da veracidade das mesmas afetam o processo de discernimento das autoridades internacionais. Como já aduzido, dependendo do grau de incerteza epistêmica empírica, o julgamento pode determinar a supressão total da norma – e.g. quando evidente a falta de conexão racional entre o meio e o fim – ou pode deferir ao decidido pelo legislador nacional, considerando ser ele aquele que tem mais conhecimento concreto sobre a realidade em que se situa. Embora seja possível estabelecer uma posição de deferência total ao legislador nacional, salvo se houver erro manifesto, um arranjo mais apropriado talvez seja aquele que olha mais profundamente sobre a gama de informações e bases empíricas, buscando identificar deficiência nessas bases de dados ou equívocos na análise destas, de modo que se demanda do legislador a evidência de um cumprimento (minimamente) satisfatório de sua função. Tendo em vista que o julgador/avaliador internacional dificilmente terá mais acesso às minúcias e especificidades que habitam o ecossistema nacional do que seu legislador, a identificação de dados relevantes sobre a situação regulada – ainda mais se forem dados de fácil ou simples acesso –, os quais não foram considerados pelo legislador nacional, pode permitir indicar, com clareza, que o mesmo falhou no exercício de sua diligência, justificando, por isso, uma reforma de sua decisão infundada. Assim, parece ser mais salutar manter essa deferência somente nos casos em que, após considerável *check-up* dos elementos factuais relevantes, a dúvida e a incerteza consolidada se mantêm presentes. Sobre a relação da deferência com os níveis de incerteza, cfr. J. A. L. SAMPAIO, “Proporcionalidade e incerteza”.

internacionais sofre ainda mais por não ser dotado das faculdades concedidas aos judiciários nacionais pelo Estado, único detentor – dentro de seu território legítimo – do monopólio sobre a violência. As ferramentas a disposição dos mecanismos internacionais de análises jurídicas são por vezes insuficientes para elaborar uma resposta concisa e definitiva para conflitos dessa natureza. Qualquer aprofundamento significativo sobre uma temática que diz respeito a realidades internas de um país dependerá, sem sombra de dúvidas, da aquiescência e da contribuição ativa do mesmo, o que pode ser difícil, principalmente quando ele mesmo é acusado de alguma violação de direitos.

A utilização desse artifício para dar conteúdo à norma-princípio, por pressupor uma análise exaustiva da questão em todas as esferas responsáveis pela mesma, demanda um nível de dispêndio energético muito grande e frequentemente infrutífero, especialmente em se tratando do nível dos direitos internacionais. Isso, contudo, não quer dizer que a estruturação das normas entre regras e princípios não se adequa aos direitos humanos, apenas que talvez o cerne do princípio como mandamento de otimização não seja adequado para orientar um exercício racional jurisdicional. O que então diferenciaria essas duas tipologias de norma, para além do seu efeito prático?

Assim como trouxemos anteriormente, não há consenso acerca do que faria parte do conteúdo da norma-regra e da norma-princípio, nem mesmo da existência dessas duas categorias claras e opostas. Apesar disso, essa classificação nos permite o aprofundamento em questões relacionadas às formas e aos conteúdos possíveis de estarem dispostos normativamente. Em especial, quando falamos de direitos humanos, encontramos-nos diante de um ramo do direito, contemplado com características únicas, as quais demandam uma investigação específica de seus contornos.

O fato de precisar conciliar interesses multipolares e criar algum grau de harmonização relacional – mesmo que incipiente – faz com que a maioria das elaborações normativas internacionais, especificamente as que dizem respeito aos direitos humanos, sejam notadamente mais genéricas do que certas normas presentes nos direitos internos dos países. E isso se faz notar fortemente na análise dos antecedentes das normas de direitos humanos, os quais, muitas vezes, não permitem nem a cognição dos atos ou omissões que podem acionar a aplicação delas.

Contudo, podemos dizer também que também as modalidades deônticas e as consequências jurídicas dessas normas podem possuir um grau de *indeterminabilidade*

tal que dificulta e acaba por prejudicar a aplicabilidade destas à realidade material. Como emolduram valores jurídicos, por assim dizer, em muito conectados a diversos valores sociais compartilhados, a sua expressão linguística pode alcançar níveis de abstração elevadíssimos, principalmente quando se tenta abstrair dela alguma aplicação prática, para além do mero artifício argumentativo.

Assim, não só a norma pode se ver desprovida de uma orientação acerca do direcionamento da modalidade deôntica, como também – muito em razão da natureza e das dificuldades inatas ao direito internacional – não apresentar clareza quanto às consequências do não-cumprimento ou do cumprimento insuficiente desta. A uma abertura semântica inescapável, assoma-se uma abertura estrutural, manifestada pela inabilidade da modalidade deôntica e da consequência, atreladas à norma, de trazer clareza e precisão ao processo de aplicação das normas de direitos humanos

Mesmo que essa seja a realidade de grande parte dos direitos humanos, na esfera internacional – assim como acontece com os direitos fundamentais – existem normas da sua natureza que encorparam não princípios, mas regras definitivas, como as já mencionadas proibições à tortura e à escravização humana. Nesses casos específicos, aplicar-se-ia, sem prejuízo, a subsunção do fato à norma, haja visto a clareza enunciativa expressa. Qualquer dúvida ou incerteza acerca da definição dos termos tortura ou escravização poderia ser suplantada com o recurso aos estudos e aos consensos de profissionais especialistas nessas temáticas, sem que com isso retire-se a clareza do núcleo de sentido dessas normas.

Afora esses casos, a maioria dos direitos humanos, pelo menos aqueles que não são objetos de controvérsias, encontram-se nessa penumbra conceitual que os aproxima mais das normas-princípios do que das regras, propriamente ditas. Por isso torna-se tão interessante o exame da compatibilidade da teoria dos princípios com o campo dos direitos humanos. O incremento na racionalidade das análises de descumprimento ou não de preceitos de direitos humanos seria positivo para um campo interseccionado por tantos interesses distintos e, por vezes, incompatíveis entre si. Até para o processo de pormenorização da norma, com a elaboração de uma norma derivada específica ao caso concreto – no que Alexy denomina *relação de refinamento* – a adoção de uma metodologia específica, como a inaugurada por esse autor, para o alcance de uma solução adequada ao fato concreto é uma ferramenta muito útil para a consolidação do corpo julgador e do direito internacional dos direitos humanos.

Assim, pensamos ser oportuno a observância do potencial dessa teoria para o aprimoramento desse campo jurídico. Embora talvez não seja ideal a conceptualização do princípio enquanto comando de otimização, a separação entre a norma-regra e a norma-princípio pode ser útil para o ramo dos direitos humanos, justamente por trazer uma ferramenta prática capaz de trazer mais lógica e estabilidade aos processos de direitos humanos envolvendo princípios. Afinal, o rol dos direitos humanos nos mostra uma grande quantidade de liberdades e garantias simplesmente incapazes de serem objetos de subsunção, pela inacessibilidade direta ao conteúdo dos mesmos.

Conforme trabalhamos anteriormente, as *meta*-normas de resolução de conflitos jurídicos mais comuns (lei da superioridade hierárquica, lei da posteridade, lei da especialidade) não são adequadas para elaborar soluções a conflitos de direitos fundamentais principiológicos que se sustentem frente a exames de racionalidade razoáveis. Isso porque estes são assim classificados, porque possuem uma importância imensurável ao ordenamento jurídico em que se situam, de modo que é impossível determinar com clareza uma escala de ascendência entre eles, o que torna o aspecto temporal também irrelevante, já que, estando dispostos na Carta Magna de um país, não podem com facilidade revogar uma norma de mesma natureza anterior. A lei da especialidade, de maneira símile, não pode implicar que uma norma mais específica se sobreponha a uma norma mais geral, se esta configurar um preceito basilar do ordenamento jurídico.

Tomando como recorte o universo dos direitos humanos e compreendendo as interseções e partições entre estes e os direitos fundamentais, também não é congruente aplicar, pura e simplesmente, as *meta*-normas de resolução de conflitos a questões envolvendo interesses dessa natureza. Em primeiro lugar, é importante destacar que, ao contrário de grande parte dos ordenamentos jurídicos, o direito internacional carece de um documento fundacional, hierarquicamente superior aos demais, que orienta e valida a prática jurídica posterior. Poderíamos identificar na Declaração Universal dos Direitos Humanos essa caracterização, ainda mais considerando que a esmagadora maioria de suas provisões já podem ter adquirido natureza de normas de *jus cogens*. Contudo, não só existem direitos humanos não especificados por essa declaração, mas também esses direitos, paulatinamente, podem adquirir essa mesma natureza de normas peremptórias.

Assim, não podemos afirmar necessariamente que direitos humanos reconhecidos pela DUDH se sobrepõem, em primazia e magnitude, a todos os demais direitos humanos

contidos em outras fontes do direito internacional. Ficando isso claro, faz-se necessário, de antemão, observar o caso concreto e averiguar se as *meta*-normas podem ser aplicadas, sem trazer prejuízo à racionalidade da decisão. Pode ser que a contraposição entre direitos humanos envolva normas-princípio e normas-regra, do que seria possível aplicar diretamente a norma-regra, mais específica e categórica, à realidade posta em cheque. Mas, em se tratando de colisão entre duas normas-princípio de direitos humanos, recorrentemente teremos que verificar as especificidades dos casos concretos para, somente então, chegarmos a um resultado sobre qual deve prevalecer, em que circunstâncias particulares.

À vista disso, a proibição do excesso, enquanto ferramenta de solucionamento de questões envolvendo princípios em lados opostos, pode ser explorada como uma alternativa para trazer mais logicidade ao universo dos direitos humanos internacionais. Para fazermos isso, temos que focalizar nas três regras derivadas dessa máxima e postá-las nesse contexto específico. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu* são parâmetros que pressupõem diferentes níveis de cognição da realidade por parte de quem faz a análise. Identificar se determinada medida racionalmente pode acarretar o resultado almejado, ou seja, se ela é adequada para os fins propostos, é algo de mais fácil realização, pois ela demanda um conhecimento das especificidades do caso concreto mais raso. Em contraposição, verificar se a medida restritiva de algum direito humano é necessária<sup>183</sup>, tendo em vista o mar de alternativas possíveis para o objetivo traçado, todas com um mesmo nível – ou similar – de limitação a esse direito, requer uma compreensão bem maior da realidade em que isso se situa, pois, demanda a capacidade de se apreender outras hipóteses possíveis e factíveis adequadas para a realização desse fim. Sendo possível analisar a realidade material com um grau de aprofundamento suficiente para que se possa empreender essa análise, o exercício do teste da necessidade é exequível e pode auxiliar na identificação de alternativas mais apropriadas para a resolução da questão controvertida.

A proporcionalidade *stricto sensu*, como forma de sopesamento dos interesses em oposição, demanda a compreensão da importância dos objetos, da intensidade e da forma como a medida restritiva atua concretamente sobre o direito restringido e sobre o direito

---

<sup>183</sup>Atestando a proeminência do segmento da necessidade para uma proteção mais fortalecida dos direitos restringidos pela atuação estatal, através de uma metodologia experimental-empírica, cfr. STEINER; NETZER; SULITZEANU-KENAN, “Necessity or balancing: the protection of rights under different proportionality tests – experimental evidence”.

justificador da restrição, identificando os efeitos jurídicos e materiais positivos e negativos gerados por essa medida, de modo que podemos dizer que todos os testes contidos dentro da proporcionalidade *lato sensu* pressupõem o acesso a um repositório de informações atualizadas e significativas suficientemente capazes de minar o operador de direito das ferramentas necessárias para a realização de um juízo esclarecido. Dessa forma, é imprescindível que o órgão responsável pela análise da validade do ato restritivo do direito humano tenha amplo acesso as informações relacionadas ao caso em questão, justamente para que este seja capaz de efetuar um julgamento justo.

De toda forma, a realidade inescapável é a de que os órgãos internacionais de fiscalização e de monitoramento não detém o monopólio do poder e da violência, tornando-os capaz de impor seus entendimentos e suas decisões aos países a eles vinculados por uma aceitação de sua competência, sem falar naqueles que não legitimaram nem mesmo os tratados dos quais derivam esses órgãos. Malgrado essa realidade, o proferimento de decisões acerca de violações potenciais a esses tratados e a análise dos documentos e comunicações emitidas pelos Estados acerca do cumprimento das obrigações pactuadas podem se beneficiar do uso das ferramentas concebidas pela teoria dos princípios para tornar mais coerente todo o sistema subjacente. Logicamente, qualquer exame mais aprofundado e mais detalhado acerca da realidade material demandará uma abertura do país, cuja conduta será investigada, o que torna, por si só, mais difícil essa empreitada. Dito isso e entendendo as limitações apresentadas por cada contexto, qualquer investigação – e posterior julgamento – a ser realizada por esses órgãos internacionais deverá ter discernimento e prudência para não emitir pareceres que desconsiderem a existência de lacunas informacionais, em algum nível, de sorte que a o âmbito de manobra normalmente concebido pelo poder judiciário à atuação do legislativo talvez tenha que ser alargado.

Ademais, é importante ressaltar que a utilização da *lei do sopesamento*, como derivação da proporcionalidade *stricto sensu*, assenta-se, como já elaborado, em uma relação meio-fim sendo a restrição propriamente dita meio para o alcance da realização de um interesse de elevada importância. Colisões entre normas-princípio de direitos humanos que não se enquadrarem nesse *layout* específico também serão sujeitas a um processo de sopesamento, de balanceamento de interesses, contudo, seria inadequado enquadrarem-nas nesse expediente específico, se não desenvolvessem adaptações úteis às peculiaridades fáticas. A *lei da colisão*, em contrapartida, é menos controvertível, pois

seu conteúdo somente determina que do conflito surgirá uma relação de procedência específica ao caso concreto, que se manifestará, na realidade prática, através de uma norma-regra específica. Qualquer que seja a forma do sopesamento, essa lei atuará com fluência, formalizando o resultado alcançado.

Questão menos cristalina é a adaptação da ferramenta da proibição do defeito ao campo dos direitos humanos. É incontrovertido a existência de direitos dessa natureza que implicam, para os Estados, um dever de ação correspondente, como é o caso dos direitos sociais, mas a inexactidão de algumas formulações emoldurando direitos pode dificultar a determinação inequívoca de deveres estatais correspondentes. Sendo possível os aferir claramente, é indispensável identificar um conflito normativo envolvendo o dever de ação analisado, para que se possa aplicar corretamente a armação racionalizadora da proibição do defeito. Logicamente, inexistindo fim contrário a esse dever que justifique a omissão, seja ela total ou parcial, pode-se determinar que a mesma é ilegítima e deve ser retificada. Sendo possível identificar o fim oposto justificador da omissão, e sendo o mesmo legítimo, surge, então, o contexto de aplicação para essa ferramenta.

Em se tratando de omissões totais, em concordância com o que já foi mencionado, é difícil que a justificção para a omissão sobreviva ao crivo da proibição do defeito. Se um núcleo contedístico mínimo do direito restringido não é identificável e se os efeitos positivos da medida se sobrepõem consideravelmente aos negativos, teoricamente é possível que a omissão seja legítima. Mas essa seria uma situação excepcional. Na maior parte dos casos, a proibição do defeito se mostra mais útil na análise de omissões (ou cumprimentos) parciais de deveres de ação. Nesses contextos, a tríade dos testes comumente associados à proibição do excesso poderia ser utilizada, observando certa modulação.

Identificado os fins existentes dentro do conflito normativo, e sendo eles exigidos (no caso do dever de ação) e legítimos, o segmento da adequação averiguará se o posicionamento tomado pelo legislador se mostra idôneo para implementar esses fins. Para isso, o órgão responsável pela fiscalização do cumprimento de tratados, por exemplo, deverá ser capaz de identificar, para além do dever de ação, o fim expresso ou implícito justificador da omissão, através da colheita de informações relacionadas ao processo legislativo e à própria lei, como o projeto de lei, sua justificção e demais documentos e declarações relevantes. Dessa forma, exige-se mais do usuário da proibição do defeito do que normalmente se exige do da proibição do excesso.

Nessa mesma toada, o teste da necessidade ou eficiência demandará uma busca ativa por alternativas que satisfaçam mais o dever de ação, sem aumentar a interferência no bem, interesse ou valor contraposto, bem como por aquelas que, satisfazendo do mesmo modo o dever de ação, cumpram mais amplamente o polo oposto. Novamente, como perpassará por toda proibição do defeito a necessidade de se apreciar o conflito tanto pela ótica do dever de ação – finalidade imposta – quanto pelo dever ou permissão posto em oposição, demandar-se-á do investigador da legitimidade da omissão um esforço dobrado para a realização dessa análise. Finalmente, o último passo da proibição do defeito, representado pela proporcionalidade *stricto sensu*, assemelha-se fundamentalmente a sua acepção dentro da proibição do excesso, de modo que se os efeitos positivos se sobrepõem aos negativos, pode-se afirmar que a omissão ou cumprimento parcial é proporcional e, portanto, válido, a título de proibição de defeito.

Posto isso, contrariamente ao direito interno, esse dever de ação não se sustenta sobre os alicerces de uma Constituição, centro de um ordenamento jurídico, mas sim sobre provisões jurídicas, não necessariamente registradas em algum documento oficial e, ainda que registradas, geralmente não tão claras quanto suas equivalentes constitucionais. Essa característica, que em muito define o campo dos direitos humanos, pode gerar indefinições acerca dos deveres atribuídos aos Estados-nação (signatários, nos casos de convenções e tratados internacionais), de modo que é essencial que, se a obrigação não está clara da leitura ou da interpretação de alguma provisão, esta se faça clara, com o auxílio de órgãos oficiais atrelados a esses documentos legais, da interpretação majoritária dos demais países, do auxílio a doutrinas consolidadas sobre o tema, e com quaisquer outros instrumentos que permitam delimitar, minimamente, a existência de tal dever. Reconhecido o dever e identificado a colisão entre ele e outro dever ou permissão, consolida-se o âmbito de aplicação da proibição do defeito.

## A máxima da proporcionalidade e os pareceres oficiais de comissões de direitos humanos: enfoque na perspectiva do PIDCP e PIDESC

Como já vimos, a localização da teoria dos princípios no ramo do direito constitucional não obsta que a mesma, dadas as devidas proporções, seja aplicada em

outras realidades jurídicas, desde que contribua efetivamente com uma simplificação e um incremento na racionalidade e, conseqüentemente, traga resultados mais justos. Esse pensamento é esteado pelo fato de que, embora tenha sido elaborada como uma teoria direcionada exclusivamente para a experiência jurisdicional alemã, seus ensinamentos influenciaram e direcionaram o discurso acerca dos direitos fundamentais para além das barreiras desse país.

A influência dessa teoria não se limitou, entretanto, às realidades nacionais. No caso da Carta Internacional dos Direitos Humanos, embora os textos das declarações de direito nela contidas não mencionem expressamente necessariamente termos que façam alusão à essa teoria (proporcionalidade, balanceamento, ponderação etc.), os comitês implementados para fiscalizar a implementação dos Pactos pelos Estados signatários dos mesmos, em diversas ocasiões, já fizeram menções à utilização de elementos estruturais dessa elaboração.

## Conformidade da máxima da proporcionalidade com o sistema PIDCP

O Comitê de Direitos Humanos (CCPR)<sup>184</sup> – órgão independente responsável pela fiscalização do cumprimento do PIDCP – nos seus comentários gerais, já empregou noções dessa teoria para orientar e instruir a atuação estatal, quanto ao respeito às provisões convencionadas. A necessidade, como requisito para limitações de direitos convencionados já era mencionada no texto da própria convenção, visto que subseqüentes comunicações proferidas pelo comitê somente reforçaram a exigibilidade desse elemento.

Conforme já trabalhado anteriormente, o Pacto trouxe seus próprios critérios referentes a limitações e restrições dos direitos elencados em seu texto. A permissão excepcional de derrogação (art.4), já discutida em detalhes, elucida os limites estritamente

---

<sup>184</sup>O Comitê tem como função principal a fiscalização e o monitoramento da aplicação do pactuado pelos Estados membros, função essa que se destribe em quatro principais responsabilidades: o recebimento e a análise dos relatórios concedidos pelos Estados, contendo os passos tomados para a realização dos direitos em pauta; a elaboração de comentários gerais (“*general comments*”) com o objetivo de esmiuçar mais profundamente o conteúdo do Pacto, com vistas a esclarecer e facilitar a implementação deste por parte dos signatários; receber e analisar as comunicações individuais (segundo o primeiro Protocolo Opcional), produzida por indivíduos que alegam violações de direitos pactuados por países membros do sistema; e analisar reclamações, formulados por um Estado-parte, acerca de violações a obrigações pactuadas iniciadas por outro Estado-parte. Nesse sentido, ver: UNHROHC, Fact Sheet n.º. 15, Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, 2005, pp. 14 e ss.

permitidos<sup>185</sup> para a derrogação ou suspensão desses direitos, quais sejam, a presença de ameaças à existência do Estado. Essa permissão diz respeito propriamente a uma situação excepcional, pois ensejaria a possibilidade de suprimir a efetividade de direitos muito prestigiados e de grande importância dentro dos direitos humanos. Como tal, não diz respeito às limitações comuns permitidas aplicadas em casos de conflitos com outros princípios ou interesses, mas sim às limitações extremas justificadas por uma razão extraordinária.

Levando isso em consideração, parece ser evidente que uma aplicação extrínseca da teoria dos princípios, em especial, da máxima da proporcionalidade, não é incompatível com esse critério, pois além de demandar uma condição extrema para poder ser aplicada, a permissão excepcional de derrogação em nada se contrapõe com a estrutura dessa teoria. O que esse critério impõe é um ônus argumentativo intenso para que uma limitação igualmente intensa seja permitida, por causa da importância singular do objeto a ser protegido – a preservação da existência do Estado. Mas isso, como foi dito, é uma exceção. Acerca das limitações permitidas pelo Pacto, também não há obstáculo à aplicação dos pilares dessa teoria, os testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Embora só faça menção direta à necessidade, não há nada que impeça a utilização desses elementos para a apreciação e para a fiscalização da atuação dos Estados-signatários, desde que qualquer correção proposta seja bem fundamentada dentro dos preceitos consolidados do sistema.

Do mesmo modo, a proibição da interpretação das cláusulas do Pacto que leve à destruição ou limitação severa dos direitos (art. 5, §1º) não aparenta ser incompatível com essas premissas. Embora ela de fato imponha uma limitação às limitações dos direitos, ela o faz com o objetivo de manter a integralidade dos propósitos por trás do PIDCP, de modo que não se retire seu fundamento de existência. Essa norma, assim como a anterior, tem caráter excepcional, sendo aplicável dentro de conjunturas bem específicas; no caso do art. 4, §1º, quando se se depara com um grave risco à existência da nação, e no caso do art. 5, §1º, quando alguma restrição efetivamente desvirtua e destrói a própria substância das garantias pactuadas.

---

<sup>185</sup>Cfr. UNHROHC, Fact Sheet n.º. 15, Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, 2005, pp. 5-6.

Afora essas circunstâncias, limitações, desde que se sucedam dentro dos parâmetros expressos pelo Pacto e pelo seu respectivo Comitê, são permitidas, observados, logicamente, os direitos que configuram regras *jus cogens* inderrogáveis<sup>186</sup>. No tópico específico dedicado a esse tema (1.c.i), já elucidamos essa realidade. Nada obstante a inexistência – dentro do texto pactuado – de padrões claros e detalhados relacionados ao tratamento desses direitos, o Comitê, dentro de sua atribuição de auxiliar os Estados em tornar efetiva as provisões contidas no PIDCP, em diversos momentos citou, desenvolveu e utilizou como parâmetros para essa tarefa, elementos representativos da teoria dos princípios.

O princípio da proporcionalidade vem ser primeiro mencionado no Comentário Geral nº 27 (67), que visa esmiuçar a liberdade de movimento, contida no art. 12 do Pacto. Em simples palavras, o comitê assevera que medidas restritivas devem conformar-se ao princípio da proporcionalidade e que isso decorreria diretamente do referido artigo, o qual, ao aludir à necessidade e à insuficiência do propósito legítimo para, por si só, justificar uma restrição, traz à tona o espírito desse princípio. Esse comentário vai além e traz outros elementos fundamentais da teoria dos princípios, mencionando que o poder público deve também demonstrar a adequação da medida ao propósito indicado; que esta era o instrumento menos intrusivo dentre os que poderiam ter alcançado o mesmo resultado; e que esta deveria ser proporcional aos interesses a serem protegidos<sup>187</sup>. Nesse documento não temos somente menções soltas e descontextualizadas a termos como a razoabilidade e a necessidade, mas alusões diretas e afirmações categóricas do emprego da lei da proporcionalidade na aferição da legitimidade de limitações a esses direitos.

---

<sup>186</sup>Como, por exemplo, a primazia do direito à vida (art. 6, proibição da privação arbitrária da vida); proibição da tortura e do tratamento cruel e desumano (art. 7); proibição da escravidão e do trabalho análogo à escravidão (art. 8).

<sup>187</sup>“Article 12, paragraph 3, clearly indicates that it is not sufficient that the restrictions serve the permissible purposes; they must also be necessary to protect them. Restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result; and they must be proportionate to the interest to be protected [...] The application of restrictions in any individual case must be based on clear legal grounds and meet the test of necessity and the requirements of proportionality.” (Comitê de Direitos Humanos [CCPR], General Comment n.º 27 [67], nov/1999, §§14-16)

As referências inequívocas a essa teoria continuam a ser identificadas em comentários gerais subsequentes<sup>188</sup> e em outros documentos e comunicações oficiais<sup>189</sup>. O que se observa é que, com o passar dos anos, menções a elementos da lei da proporcionalidade são cada vez mais frequentes e particularizadas, demonstrando uma assimilação contínua dessa teoria no âmbito dos direitos humanos civis e políticos. Como

---

<sup>188</sup>*supra* nota 49; “[...] the obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers. [...] When considering States parties’ reports the Committee has expressed its concern over insufficient attention being paid to the principle of proportionality” (Comitê de Direitos Humanos [CCPR], General Comment n.º 29, ago/2001, §4); *supra* nota 51 (Comitê de Direitos Humanos [CCPR], General Comment n.º 31 [81], mai/2004, §6); “Paragraph 3 lays down specific conditions and it is only subject to these conditions that restrictions may be imposed: the restrictions must be “provided by law”; [...] and they must conform to the strict tests of necessity and proportionality. [...] When a State party invokes a legitimate ground for restriction of freedom of expression, it must demonstrate in specific and individualized fashion the precise nature of the threat, and the necessity and proportionality of the specific action taken, in particular by establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat.” (Comitê de Direitos Humanos [CCPR], General Comment n.º 34, Set/2011, §§ 22, 35); “The notion of “arbitrariness” is not to be equated with “against the law”, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law,<sup>24</sup> as well as elements of reasonableness, necessity and proportionality. [...] Detention in the course of proceedings for the control of immigration is not per se arbitrary, but the detention must be justified as reasonable, necessary and proportionate in the light of the circumstances and reassessed as it extends in time. [...] the requirements of strict necessity and proportionality constrain any derogating measures involving security detention, which must be limited in duration and accompanied by procedures to prevent arbitrary application.” (Comitê de Direitos Humanos [CCPR], General Comment n.º 35, dez/2014, §§ 12, 18, 66); “The notion of “arbitrariness” is not to be fully equated with ‘against the law’, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law, <sup>24</sup> as well as elements of reasonableness, necessity and proportionality. [...] Furthermore, less-lethal weapons must be employed only subject to strict requirements of necessity and proportionality, in situations in which other less harmful measures have proven to be or clearly are ineffective to address the threat [...] practices inconsistent with international humanitarian law, entailing a risk to the lives of civilians and other persons protected by international humanitarian law, including the targeting of civilians, [...] failure to apply the principles of precaution and proportionality, and the use of human shields would also violate article 6 of the Covenant.” (Comitê de Direitos Humanos [CCPR], General Comment n.º 36, nov/2018, §§ 12, 14, 64); “Authorities must be able to show that any restrictions meet the requirement of legality, and are also both necessary for and proportionate to at least one of the permissible grounds for restrictions enumerated in article 21[...] The imposition of any restrictions should be guided by the objective of facilitating the right, rather than seeking unnecessary and disproportionate limitations on it [...] Article 21 provides that any restrictions must be ‘necessary in a democratic society’. Restrictions must therefore be necessary and proportionate in the context of a society based on democracy, the rule of law, political pluralism and human rights, as opposed to being merely reasonable or expedient. Such restrictions must be appropriate responses to a pressing social need, [...]. They must also be the least intrusive among the measures that might serve the relevant protective function. Moreover, they must be proportionate, which requires a value assessment, weighing the nature and detrimental impact of the interference on the exercise of the right against the resultant benefit to one of the grounds for interfering. If the detriment outweighs the benefit, the restriction is disproportionate and thus not permissible.” (Comitê de Direitos Humanos [CCPR], General Comment n.º 37, jul/2020, §§36, 40).

<sup>189</sup>*supra* nota 50; comunicações oficiais como as de n.º 574/1994, §§12.4, 12.5 (Kim vs Republic of Korea); 628/1995, §§10.3, 10.4 (Park vs Republic of Korea); 780/1997, §§8.3, 8.5 (Vladimir Laptsevich vs Belarus); 926/2000, §7.3 (Shin vs Republic of Korea); e 1022/2001, §7.3 (Velichkin vs Belarus), embora não façam referência direta à lei da proporcionalidade, especificam a indispensabilidade da realização de um rígido teste de justificação, dando especial importância para a legalidade, a legitimidade do fim e a necessidade da medida, para qualquer limitação a direitos essenciais para a democracia, em específico, à liberdade de expressão.

é possível constatar, é importante salientar que as alusões a essa teoria dizem respeito essencialmente à vertente da proporcionalidade como proibição do excesso, o que faz sentido se considerarmos a natureza inerentemente negativa da maior parte dos direitos consagrados por esse tratado. A maior parte das demandas e controvérsias relacionadas a esses direitos referem-se a limitações controvertidas às liberdades emolduradas pela redação dos artigos acordados, de sorte que o instrumento de harmonização pertinente a essa configuração é, sem dúvida, a proibição do excesso.

Entretanto, nada impede que, em se tratando da dimensão positiva de prestação, presente em alguns desses direitos, possa ser aplicada a proibição do defeito, como deslindada anteriormente. A maior dificuldade consiste em determinar, com alto grau de certeza, a existência de um dever prestacional do Estado – derivado de alguma das obrigações pactuadas – e que ele não cumpriu com este, seja por permanecer completamente inativo, seja por estipular medidas inidôneas, defeituosas ou insuficientes para concretizar esse fim.

Nesse sentido, é importante destacar que o PIDCP demanda de seus signatários não só o respeito – concretizado com a não-interferência do poder estatal na fruição das liberdades pelos indivíduos – mas também exige, em certo nível, a proteção e a promoção deles, quando reclamar a experiência prática<sup>190</sup>. Isto é, requisita-se não só o respeito à dimensão negativa do direito, mas também o cumprimento e a satisfação da dimensão positiva dos mesmos, com a obrigação de se tomar as medidas necessárias para fazer valer essas provisões<sup>191</sup>.

Não obstante, embora possamos afirmar a existência da dimensão positiva desses direitos e a respectiva obrigação estatal de cumpri-las, a análise documental do trabalho desenvolvido pelo Comitê de Direitos Humanos evidencia um enfoque sobretudo nas controvérsias relativas a limitações e restrições das liberdades pactuadas. Independentemente dessa realidade, nada impede – ao menos teoricamente – a utilização

---

<sup>190</sup>É isso que reitera o CCPR, no seu General Comment n.º 31 [80] (§5), afirmando, a respeito do artigo 2º do Pacto, que o §1 deste determina uma obrigação de respeito e de garantia imediata dos direitos convencionados e que o parágrafo subsequente (§2) elucida uma obrigação de proteção e promoção desses direitos, manifestada pelo dever realizar as medidas necessárias para dar efeito a eles, obrigação essa que seria de efeito imediato.

<sup>191</sup>“Art. 2, §2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.” (PIDCP).

da proibição do defeito, quando se mostrar adequada, nos contornos apresentados anteriormente.

Em suma, considerando as incompatibilidades inerentes a tentativa de adaptação de um sistema voltado ao direito constitucional aos múltiplos sistemas que configuram o direito internacional como disciplina autônoma, a utilização da teoria dos princípios dentro do campo regido pelo PIDCP não é impossível. Pelo contrário, já se vê sua penetração não só timidamente na redação de certos artigos do Pacto, mas também em elaborações posteriores do CCPR, as quais mostram, sem sombra de dúvidas, o recurso direto a elementos fundacionais e fundamentais da teoria dos princípios para a elucidação da correta prática estatal e para a resolução de controvérsias relacionadas a restrições dessas liberdades. A ver como se sucederia o emprego concreto do princípio da proibição do defeito nesse cenário. Como veremos a seguir, diferentes considerações serão desenvolvidas acerca do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em razão de seus distintos objetos.

## Conformidade da máxima da proporcionalidade com o sistema PIDESC

Em paralelo ao trabalho efetuado por esse órgão, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, responsável pela fiscalização da implementação do PIDESC, reverbera, em seus documentos oficiais, um cenário distinto e o motivo por trás disso parece ser claro. Enquanto os direitos civis e políticos se materializam e se exaurem pela atuação negativa estatal<sup>192</sup>, os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem, em geral, uma atuação positiva do Estado para que possam ter expressão na realidade concreta.

Por exemplo, enquanto que a liberdade de expressão (art. 19, §2, PIDCP) de um indivíduo, em tese, não demanda nada senão o exercício da vontade individual livre e desimpedida do titular do direito; o direito a uma moradia digna (art. 11, §1, PIDESC) demanda não só que todos tenham um teto sobre suas cabeças, mas que este seja

---

<sup>192</sup>É ressaltar novamente que esses direitos também têm dimensões positivas, demandando prestações do Estado para se realizarem de maneira ideal. Contudo, ao contrário dos direitos econômicos, sociais e culturais, que dependem comumente da atuação positiva dos poderes públicos, aqueles conseguem, em grande parte, serem realizados, em princípio, sem uma intervenção estatal direta.

adequado, digno, implicando, para tanto, níveis razoáveis de segurança, de iluminação, de privacidade, de infraestrutura, além de outros fatores, que possibilitem qualidade de vida aos que nele habitam. Para tanto, não basta que o Estado se abstenha de obstaculizar a realização do direito pelos indivíduos, mas ele também deve operar ativamente para assegurar que todos tenham acesso a uma moradia de qualidade, independente das condições socioeconômicas de cada um, através das mais diferentes ações, sejam elas limitações ou estabilizações dos preços de revenda e de aluguéis, projetos de iluminação e aprimoramento de infraestruturas antigas e precárias ou, até mesmos, programas educacionais voltados à diminuição da violência em áreas assoladas pela criminalidade.

Embora seja um dos postulados centrais desses sistemas de direitos humanos que ambos são indivisíveis e interdependentes<sup>193</sup>, os direitos incluídos no PIDESC, via de regra, têm como condição de existência a realização de atos e empreendimentos estatais, ao passo que as liberdades contidas no PIDCP, em tese, realizam-se à revelia de interferências estatais, mesmo considerando que uma plena realização somente se sucederia dentro de um Estado que constantemente emprega suas forças para garantir a manutenção de uma sociedade justa e democrática, em que todas as vozes têm um ambiente fértil para se desenvolverem e uma chance de serem ouvidas.

A obrigação de realização progressiva dos direitos, nesse contexto, surge como um artifício conciliador das diferentes realidades socioeconômicas de cada país. Embora ela e a proibição do retrocesso imponham embargos para a atuação livre estatal quanto aos direitos pactuados, constatamos anteriormente que estas não se apresentam como vedações absolutas a essas atuações. De fato, apesar de configurar, respectivamente, um dever de proatividade e de ação estatal; e uma limitação da atuação estatal no sentido de reduzir o âmbito de aplicação dos direitos; ambas refletem mais um aumento do ônus argumentativo necessário para justificar uma limitação a um direito do que trunfos absolutos, cujo Estado não pode violar. Observados por esse ângulo, não haveria uma incompatibilidade, ao que tudo indica, entre eles e a construção teórica trabalhada na parte dois desse trabalho. A única peculiaridade, em um cenário de proibição do excesso, se sucederia na etapa da proporcionalidade em sentido estrito, quando a medida restritiva de um direito pactuado, que implicasse no retrocesso na realização deste, deparasse-se com um peso argumentativo maior a ser superado para que a mesma seja considerada válida.

---

<sup>193</sup>Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment nº. 2, fev/1990, §6.

Nesse mesmo caminho, afigura-se a obrigação da utilização do máximo dos recursos disponíveis para a realização dos direitos pactuados. Além de configurar propriamente um dever estatal, também conforma um incremento considerável no ônus argumentativo para aquele que vise a limitação desses direitos. Contudo, essa obrigação pode vir a ser mais perigosa, dentro do enquadramento da teoria dos princípios, pela seguinte razão: como adequadamente comprovar para o judiciário ou para qualquer outro observador que foram imprimidos todos os esforços para a realização desses direitos? Afinal, o que configuram esses máximos esforços? Essa dificuldade em determinar quais são esses esforços e a sujeição dessa análise e dessas determinações ao poder judiciário em muito refletem um dos pontos mais controversos da formulação da teoria dos princípios qual seja, a identificação dos princípios como sendo comandos de otimização.

Conforme já trabalhado em tópico específico, o comando de otimização seria uma ordem voltada ao aplicador do princípio que este o realizasse maximizando a eficácia do mesmo, frente às possibilidades fáticas e jurídicas postas. Como dessa ideia se depreende a existência de uma resposta ideal – a resposta ótima – ela demanda do aplicador do princípio um perfeccionismo e uma meticulosidade excepcionais para o alcance dessa solução. Essa exigência considerável para a realização das normas-princípios, como já aduzimos, é incompatível com a realidade da dialética política e com a aplicação eficiente das normas no contexto fático existente.

Assim como da otimização pode se pressupor uma resposta ideal, também, se consideramos a ideia de maximização dos esforços, podemos extrair a necessidade de se demonstrar a consolidação da realidade ótima para que seja possível considerar que todos os esforços foram empregados de tal forma e para tal propósito. Por esse ponto de vista, poderíamos aplicar nossas ressalvas a ideia dos comandos de otimização à cláusula do emprego do máximo dos recursos disponíveis para a realização dos direitos do referido Pacto.

Retornando à dicotomia entre PIDESC e PIDCP, podemos aduzir que a distinção entre os dois grupos de direitos também justifica, em parte, a existência do previamente explicado, art. 2º, §1 do PIDESC. Ao passo que este contém um dispositivo que visa orientar a realização, por parte dos Estados, dos direitos convencionados; o PIDCP não contém nenhuma provisão nesse sentido, partindo da ideia de que a não limitação arbitrária e ilegítima dos direitos é a posição de inércia do qual parte o poder estatal, e, portanto, não se torna tão urgente a delimitação dos caminhos a serem seguidos por ele.

Decorre dessa realidade que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não parece incorporar, com tanto vigor, a estrutura proposta pela teoria dos princípios como referência das suas decisões, embora não deixe de beber dessa fonte. Em um dos seus comentários gerais mais antigos<sup>194</sup>, o Comitê já introduz um novo elemento<sup>195</sup> a esse arranjo, a noção de um núcleo mínimo (*minimum core*) para os direitos pactuados. Basicamente, o que é proposto é a existência de um limite essencial mínimo de realização desses direitos, que não pode ser descumprido, salvo se suficientemente demonstrado a ausência de recursos disponíveis e o emprego de todos os esforços estatais para o cumprimento dessa obrigação. Se inexistisse esse *minimum core*, aduz o Comitê, o Pacto correria o risco de perder seu sentido, sua razão de ser.

Inicialmente, essa identificação do núcleo mínimo foi realizada através do que se denomina abordagem do consenso<sup>196</sup>, com o centro do direito sendo aquilo que configura objeto do consenso e discordâncias, divergências e incompatibilidade de entendimentos fazendo parte das extremidades do direito. Posteriormente, ao discorrer sobre alguns dos direitos especificados nessa convenção, o Comitê explicitará e desenvolverá a noção das obrigações nucleares (*core obligations*) a serem cumpridas para que se considere que o Estado satisfaz os níveis mínimos de cada direito<sup>197</sup>. Busca-se elucidar, com isso, as

---

<sup>194</sup>Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 3, dez/1990, §10.

<sup>195</sup>Ao contrário das obrigações da realização progressiva e da obrigação de emprego dos máximos recursos, o compromisso com o núcleo essencial do direito, assim como se sucede com a proibição do retrocesso, não se encontra presente no texto do Pacto, sendo criação posterior desenvolvida pelo Comitê em questão. Em outras palavras, é uma obrigação entendida como implícita.

<sup>196</sup>Katharine G. Young identifica três abordagens diferentes utilizadas para a definição do que seria *minimum core*. A abordagem da essência normativa (*minimum core as normative essence*) define o conteúdo essencial do direito através da definição da essência, dos elementos mais básicos do direito, daquilo que o configura efetivamente enquanto direito humano. Distinta, porém, também buscando a elucidação do conteúdo normativo desse núcleo está a referida abordagem do consenso (*minimum core as minimum consensus*) reconhecendo na concordância de diversos atores o elemento-chave para a consolidação de um núcleo essencial. A terceira e última trabalhada pela autora é a abordagem das obrigações mínimas (*minimum core as minimum obligations*), que vem a ser utilizada *a posteriori* pelo Comitê e que destaca os deveres ao invés dos direitos propriamente dito, visando operacionalizar e constatar os processos e ações estatais profícuas para a materialização desses direitos na realidade material. Nesse trabalho, a autora identifica vantagens e desvantagens de cada abordagem, voltando seus olhos para a utilização de parâmetros de referência (*indicators and benchmarks*) – ela cita como exemplo a lei da proporcionalidade proposta por Alexy – como alternativa à definição de um núcleo essencial pré-estabelecido, em especial quando se está diante de limitações a esses direitos. Sobre isso, cfr. YOUNG, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, pp.113-175.

<sup>197</sup>Comentários gerais subsequentes fazem menção direta ao comentário anteriormente mencionado e desenvolvem mais essa questão específica ao destacarem, em mais de um deles, a noção de obrigações nucleares. São eles: Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, General Comment n.º. 12, mai/1999, §17; Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 13, dez/1999, §57; Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 15, jan/2003, §§ 37, 44, 56; Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 17, jan/2006, § 39; Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 18, fev/2006, § 31); Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 21, dez/2009, §67; Comitê do Direitos Econômicos,

atividades estatais comissivas e omissivas que são necessárias para a configuração desse limite essencial mínimo para cada direito tratado.

Independente da abordagem utilizada para a identificação do conteúdo desse conceito, em um primeiro momento, este parece ser incompatível com os moldes postos pela teoria dos princípios e pela lei da proporcionalidade. Ao estabelecer um cerne fundamental desses direitos, relega os elementos periféricos destes a uma posição enfraquecida frente a qualquer ímpeto limitador. Da mesma maneira, a determinação objetiva dos conjuntos de recursos mínimos necessários para uma vida boa pode retirar a autonomia e a capacidade dos indivíduos em sociedade de participar e influenciar a decisão acerca da distribuição dos recursos. Há uma tendência, com a adoção acrítica desse conceito, de se desconsiderar particularidades e diferenças reais entre sociedades, diferenças essas que podem implicar que uma medida propícia para a diminuição da pobreza em uma, seja ela mesma prejudicial, para o mesmo objetivo visado, em outra.

Sem embargo, o Comitê não parece se importar tanto com a determinação de uma fórmula específica a ser utilizada, nem com a utilização concomitante de mais de uma ferramenta argumentativa-lógica para a consecução de seus objetivos fiscalizatórios. Assim sendo, a inclusão do *minimum core* como elemento de validação de algumas condutas não quer dizer que o Comitê não adote, também, a teoria dos princípios como paradigma para suas deliberações. Uma análise sucinta dos comentários gerais e comunicações oficiais desse órgão identifica a utilização de mais de um critério para a deliberação acerca do cumprimento ou não dos preceitos convencionados por parte dos Estados-membros. Observamos o emprego intercalado de parâmetros como o da razoabilidade<sup>198</sup>, da proporcionalidade<sup>199</sup>, da necessidade<sup>200</sup>, e do já exemplificado núcleo

---

Sociais e Culturais; General Comment n.º. 23, abr/2016, § 65; Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 22, mai/2016, § 49.

<sup>198</sup>Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 19, fev/2008, §§ 37,63; General Comment n.º. 20, jul/2009, §§ 9,13; General Comment n.º. 26, jan/2023, § 23; Substantive Statement on an evaluation of the obligation to take steps to the "Maximum of available resources" under an optional protocol to the Covenant, set/2007, § 8; Substantive Statement on the duties of states towards refugees and migrants under the international covenant on economic, social and cultural rights, fev/2017, § 5.

<sup>199</sup>Comitê do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; General Comment n.º. 14, ago/2000, § 29; General Comment n.º. 17, jan/2006, § 23; General Comment n.º. 19, fev/2008, §§ 37,63; General Comment n.º. 20, jul/2009, §§ 9,13; General Comment n.º. 25, abr/2020, § 21; General Comment n.º. 26, jan/2023, § 23; Letter by the Chairperson of the Committee on austerity measures, mai/2012, § 7; Substantive Statement on public debt, austerity measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, jul/2016, § 4; Substantive Statement on the duties of states towards refugees and migrants under the International covenant on economic, social and cultural rights, fev/2017, § 5.

<sup>200</sup>Dizendo respeito propriamente à ideia de *least restrictive means*: Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, General Comment n.º. 14, ago/2000, § 29; General Comment n.º. 17, jan/2006, § 23;

essencial mínimo dos direitos, sem a expressa determinação sobre qual parâmetro é o cardeal do sistema.

Nesse ponto, é importante trazermos à baila a teoria dos princípios sob a ótica não da proibição do excesso, mas sim da proibição do defeito. O Comitê não aparenta efetuar alguma distinção entre as duas modalidades, limitando-se a introduzir e aprofundar elementos esparsos da teoria tratada, não claramente concatenados de maneira racional, de modo que a identificação de qual das duas se trata tem que ser efetuada através de pistas trazidas pelo contexto. É possível constatar um pendor à adoção, pura e simples, da proibição do excesso, que pode ser explicado pela sua prevalência nas discussões doutrinárias e nos julgamentos das jurisdições nacionais. Ainda assim, a dimensão de prestação fortemente presente nos direitos presentes nesse Pacto traz a possibilidade de aplicação da estruturação apresentada pela proibição do defeito, quando constatada a presença de seus pressupostos de utilização.

Por exemplo, o Comentário Geral nº 14 – já relacionado anteriormente – que deslinda especificamente o direito ao usufruto do melhor estado de saúde, física e mental, possivelmente atingido (art. 12 do PIDESC), refere-se a exemplos de situações de limitações desse direito, para afirmar o ônus argumentativo estatal de comprovar as prerrogativas elegidas pelo art. 4<sup>201</sup>. Nesse exercício, elenca três situações hipotéticas, das quais, duas dizem respeito diretamente a restrições da liberdade de movimento, enquanto a terceira trata especificamente de uma falha (por omissão total ou parcial) do dever de ação estatal de prover as bases necessárias para o usufruto efetivo desse direito<sup>202</sup>. Embora seja possível observar essa terceira situação pela ótica da proibição do excesso – e é isso que o Comitê dá a entender – por se tratar, no exemplo dado, de uma constelação triangular, a ferramenta que parece ser mais apropriada, para solucionar esse conflito de direitos seria, sem sombra de dúvidas, a proibição do defeito, já que o elemento principal a ser analisado por esse órgão é o descumprimento do dever estatal de fomentar esse

---

General Comment nº. 25, abr/2020, § 21; General Comment nº. 26, jan/2023, § 23; Substantive Statement on an evaluation of the obligation to take steps to the "Maximum of available resources" under an optional protocol to the Covenant, set/2007, § 8, (d).

<sup>201</sup>PIDESC. “Art. 4. The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society”.

<sup>202</sup>“[...] a State party which, for example, restricts the movement of, or incarcerates, persons with transmissible diseases such as HIV/AIDS, refuses to allow doctors to treat persons believed to be opposed to a government, or fails to provide immunization against the community’s major infectious diseases [...]” (General Comment nº. 14, ago/2000, § 28)

direito de saúde. Não obstante, como já relatamos, a linguagem apresentada nesse – e nos demais – comentário demonstra uma preferência pela proibição do excesso, enquanto instrumento de harmonização.

A despeito dessa realidade, reforçamos que o ordenamento PIDESC se encaixa excepcionalmente bem à sistemática apresentada pela proibição do defeito. A disposição paradigmática trabalhada no tópico dedicado a esse Pacto (art. 2º, §1) – da qual se extrai tanto a obrigação de realização progressiva dos direitos, quanto a obrigação de utilização máxima dos recursos disponíveis – aponta indubitavelmente para um dever de agir estatal<sup>203</sup> que permeia todos os direitos pactuados. É dizer que, o Estado detém, para cada direito, uma obrigação de agir, elaborando medidas e promovendo ações, para o fim último de realizar níveis cada vez maiores daqueles. Como um dos pressupostos de aplicação da proibição é a presença de um dever de ação estatal, basta a identificação de um conflito normativo envolvendo algum desses deveres para que se efetive o cenário ideal para a proibição do defeito.

Dito isso, a não preocupação com o estabelecimento de um paradigma fechado para servir de pedra de toque à atuação estatal não é necessariamente algo de todo negativo. Esse cenário permitiu que fossem exploradas diferentes formas de se averiguar o cumprimento ou não das obrigações pactuadas, readequando o sistema estabelecido a necessidades novas ou recém-descobertas. Nesse cenário, emerge a ferramenta do princípio da proporcionalidade (contendo a proibição do excesso e a proibição do defeito), dotado da capacidade de sanar problemas inerentes à ideia de *minimum core*, sem que obrigatoriamente haja uma rejeição integral desta. Essa formulação própria do sistema do PIDESC pode auxiliar instrumentalmente nos debates de direitos humanos – em específico, os direitos econômicos, sociais e culturais – e na criação de novas e mais desenvolvidas concepções acerca destes, trazendo mais substância a direitos que sofrem com uma indeterminação perene.

Em outras palavras, a formulação do mínimo essencial dos direitos e de uma lei da proporcionalidade aplicada a suas limitações podem ser adotadas conjuntamente, ainda que seja necessário reconhecer e contornar a incompatibilidade intrínseca a esses dois modelos. Enquanto aquela poderia elucidar quais elementos fazem parte indiscutível do

---

<sup>203</sup>A versão inglesa utiliza a terminologia “to take steps”, mas outras versões oficiais, como a francesa (“s’engage à agir”), realçam, ainda mais, o dever de ação atribuído aos Estados.

conceito de um direito, esta poderia executar seus testes sequenciados, adicionando um ônus argumentativo mais pesado àqueles que queiram restringir algo reconhecido como parte da essência do direito restringido. A partir desse enquadramento, não é imperativo que se descarte o desenvolvimento teórico e substancial de nenhum desses expedientes.

## CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido teve por enfoque identificar se a metodologia dos direitos fundamentais como princípios, comumente utilizada em sistemas jurídicos nacionais para dirimir conflitos entre normas-princípio de caráter constitucional, pode ser satisfatoriamente aplicada à realidade dos direitos humanos internacionais. Para tanto, separamo-lo em três partes distintas, mas complementares, cada qual com seu objetivo definido, com o intuito de alcançar, ao final desse exercício, uma resposta adequada à pergunta.

A primeira parte, relacionada aos direitos humanos, objetivou explicitar, o quanto fosse possível, a natureza, o conteúdo e o significado desse vocábulo. Constatamos a vinculação umbilical entre esse ramo do direito – assim como, o ramo dos direitos fundamentais – e concepções morais historicamente construídas, sua formação enquanto resultado de uma dialética de lutas políticas tencionadas à melhoria das condições de vida dos indivíduos e da consolidação de um aspecto psicológico-anímico dentro de determinada coletividade. Dessa forma, encontra-se uma harmonia entre a percepção de atemporalidade dos direitos humanos, com a realidade concreta e sua inevitável historicidade.

Esse aprofundamento nos permitiu reconhecer a impossibilidade de se definir e categorizar todo o ramo dos direitos humanos, sem que com isso se caia em definições potencialmente obsoletas. Conjuntamente, permitiu-nos compreender que a necessidade de se manter um alto grau de genericidade e de indeterminabilidade nas normas de direitos humanos está cingida na própria natureza do direito humano como uma constante, que deve se adequar e adequar – em um movimento circular – as diversas culturas presentes nas mais diversas sociedades, em tempo e espaço diferentes. Apesar disso, as declarações e tratados de direitos humanos amplamente adotados pela comunidade internacional nos permitiram deslindar um cerne de direitos já consolidados para tomar como objeto de análise. No caso do presente trabalho, o recorte adotado toma como alvo de examinação os Pactos contidos na Carta Internacional dos Direitos Humanos, devido a ubiquidade dos direitos contidos no mesmo, a clareza conceitual já alcançada pelos mesmos, e pela consolidação dos sistemas estabelecidos por eles – permitindo, assim, uma investigação não só sobre o texto pactuado nesses documentos, mas também de documentos auxiliares,

principalmente aqueles desenvolvidos pelos seus respectivos comitês (Comitê de Direitos Humanos e Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

A segunda parte, relacionada a teoria dos princípios, tentou elucidar os principais elementos dessa teoria e a utilidade prática deles na racionalização dos processos decisórios estatais. Com esse propósito, esquadramos a categorização de normas-regra e normas-princípio, reconhecendo suas limitações, mas atestando sua valia, apesar das dificuldades de se adotar a ideia de comandos de otimização para definir princípios. Destacamos a figura da ponderação como ingrediente inexorável da resolução de incompatibilidades jurídicas entre normas-princípio e, à vista disso, focalizamos nosso olhar sobre os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como formas de trazer coerência e racionalidade para essas questões controversas.

Frente a fragilidade da conceituação sobre a substância dos princípios inicialmente proposta pela teoria de Robert Alexy, imprimimos esforços para reconhecer a natureza dessa tipologia normativa, considerando a perspectiva dos direitos humanos. O resultado dessa diligência nos permitiu reconhecer como características-chave dela a sua *genericidade e indeterminabilidade*, elementos identificáveis no antecedente da norma, especificamente na condição objetiva – com indeterminações peculiares também nos operadores deônticos e nas consequências jurídicas da norma – e uma vinculação estreita com valores morais ou com artifícios voltados a manutenção de estruturas essenciais ao respeito, proteção e promoção dos direitos humanos, como é o caso do Estado de direito.

Apontamos também que, assim como decorre com os direitos fundamentais, as normas de direitos humanos podem encerrar regras ou princípios, de modo que às normas-regra, não se aplica, em princípio, a lei da proporcionalidade, mas sim a subsunção característica de sua natureza. Fechando a segunda parte, deslindamos a figura da proibição do defeito como instrumento também derivado da ideia de proporcionalidade, mas que não se confunde com o princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade), já que ambos possuem, dentre outras coisas, objetos de análise distintos. Explicamos como ela se aplica à realidade material e como pode auxiliar a resolução de conflitos, principalmente no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais – embora não se limite a eles –, os quais reivindicam, por natureza, a atuação proativa estatal para torná-los eficaz.

Finalmente, na terceira e última parte desenvolvida pelo trabalho, confrontamos essas duas realidades: a dos direitos humanos e a da teoria dos princípios; com o intuito de descobrir se esta pode ser aplicada àquela. Reconhecendo a diferença fundamental entre os sistemas jurídicos nacionais e o sistema internacional – destacando a figura da soberania – e a natureza de regra ou princípio que também se aplica a normas de direitos humanos, observamos que não há prejuízo de racionalidade na aplicação dessa teoria ao universo desses direitos.

Nada obstante, alguns elementos dessa teoria entendemos não serem adequados para essa realidade – quiçá até para os próprios direitos fundamentais. Dentre estes, destacamos a figura do princípio como comando de otimização e como essa definição é imprecisa quando aplicada à realidade concreta. Ainda que se descarte, em algum nível a utilização desse elemento dessa teoria, ressaltamos a relevância da diferenciação tipológica entre regra e princípio, principalmente para solucionar casos de difícil resolução, muito em razão das limitações intrínsecas à linguagem e à necessidade de se enquadrar diversas visões de mundo em um único enunciado normativo. Nesse sentido, a teoria tem muita valia principalmente quando se põe em evidência as normas de direitos humanos que compreendem princípios.

Acentuamos também que os três testes derivados da lei da proporcionalidade podem ser aplicados em casos de colisão de normas-princípio de direito humano, desde que se tenha em mente a incompletude do processo de obtenção de informação efetuada pelos órgãos ou comitês responsáveis pela fiscalização e monitoramento do cumprimento das obrigações de direitos humanos internacionais. É por isso que a análise elaborada por eles deverá ser menos intransigente do que as elaboradas pelos poderes judiciários de cada jurisdição nacional, afinal estes têm muito mais acesso a informações do que aqueles.

Com isso em mente, adentramos no microcosmo dos Pactos de Direitos Humanos (PIDCP e PIDESC) e fizemos uma análise da conformação do sistema desenvolvido por esses tratados internacionais com a metodologia desenvolvida pela teoria dos princípios. Em primeiro lugar, voltamos nossos olhos para o PIDCP e os comentários e pareceres do Comitê – Comitê de Direitos Humanos – responsável por sua fiscalização e monitoramento. Com esse exercício, identificamos não só a compatibilidade de provisões pactuadas textualmente com a máxima da proporcionalidade, como também verificamos a utilização de diversos elementos dessa teoria pelo Comitê, na análise e no

aprofundamento do Pacto desenvolvido por esse órgão oficial, através, principalmente, de seus comentários gerais, embora não seja claramente identificável e homogênea a metodologia adotada e aplicada por ele. Ato contínuo, focalizamos no PIDESC para efetuar esse exame de compatibilidade.

Contrariamente ao que se sucede com o PIDCP, identificamos alguns componentes sistêmicos que podem vir a discordar da metodologia pura da teoria dos princípios. Ainda assim, o próprio Comitê – Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – atrelado a esse Pacto não parece entender como incompatíveis esses expedientes (ainda que também pequem com a utilização destes, sem critério aparentemente definido) demonstrando a flexibilidade inerente a esses exercícios de racionalidade, o que parece demonstrar uma compatibilidade entre esse sistema e a máxima da proporcionalidade, tomadas as devidas ressalvas exigidas pela situação em foco.

O que parece ser claro é que uma aplicação do princípio da proporcionalidade – e, paralelamente, da proibição do defeito – a ambos sistemas demandaria um esforço direcionado a esclarecer uma formatação consistente dessa ferramenta racionalizadora, de modo a conceder às partes signatárias dos tratados, e a todos interessados, uma estabilização de expectativas e algum nível de segurança jurídica. No que tange à linguagem e ao raciocínio já empregado pelos respectivos comitês, nota-se uma adoção quase onipresente dos vocabulários e códigos linguísticos característicos do princípio da proporcionalidade, ainda que fora de sua estruturação habitual e sem uma sistemática clara de aplicação. O esclarecimento dessa sistemática remanesce como passo a ser tomado por esses órgãos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, out/2005, n° 4, pp. 572-581
- *Law’s Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021
- “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, set/2000, n° 3, pp. 294-304
- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2011
- “The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, 2017, n° 1, pp. 31-47
- ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012
- BERNSTORFF, Jochen von. “Proportionality without balancing: why judicial ad hoc balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination”, In: Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher; Bowles, Nigel (Eds.), *Reasoning Rights: comparative judicial engagement*, Oxford e Portland (EUA), Hart, 2014, pp. 63-86.
- BIDART CAMPOS, Gérman J. *Teoría General de los Derechos Humanos*, Cidade do México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989
- BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, *Direito, Estado e Sociedade*, jul/dez 2010, n° 37, pp. 152-180

- CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017
- CERVÍNEK, Zdenek. “Proportionality or rationality in socio-economic rights adjudication? Case study of the Czech Constitutional Court’s judgement in compulsory vaccination case”, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, fev/2018, pp. 86-102
- CHANG, Ruth. “Introduction”, In: Chang, Ruth (Ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge (EUA), Harvard University Press, 1997, pp. 1-34
- CHANG, Yun-Chien; DAI, Xin. “The limited usefulness of the proportionality principle”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 19, jul/2021, nº. 3, pp. 1110-1134
- CHEROT, Jean-Yves. “La Proportionnalité entre Théorie Politique et Raisonnement selon le Droit”, *Cahiers de méthodologie juridique*, 2017, nº. 31
- CHIASSONI, Pierluigi. “La balanza inexistente”, *Analisi e Diritto*, 2019, pp. 165-230
- CHOUDHRY, Sujit. “So What is the Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter’s Section 1”, *Supreme Court Law Review*, Vol. 34, set/2006, pp. 501-535
- CLÉRICO, Laura. *El Examen de Proporcionalidade em el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. “Proportionality and the Culture of Justification”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, 2011, nº. 2, pp. 463-490

- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 10ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2015
- CROW, Kevin. “A Taxonomy of Proportionality in International Courts”, *ICourts Working Paper Series*, 2017, nº. 107
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 5ª Ed., São Paulo, Atlas, 2014
- DUARTE, David. “Gains and Losses in Balancing Social Rights”, In: Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Eds.), *Proportionality in Law: an analytical perspective*, Cham (SUI), Springer, 2018, pp. 49-69
- “From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula”, In: Sieckmann, Jan-R (Ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy’s Theory of Constitutional Rights*, Cham (SUI), Springer, 2021, pp. 11-48
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002
- ELLIOT, Mark. “Proportionality and deference: The importance of a structured approach”, *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, set/2013, nº. 32/2013
- FISCHER-LESCANO, Andreas. “Putting proportionality in proportion: whistleblowing in transnational law”, In: Blome, Kerstin; Fischer-Lescano, Andreas; Franzki, Hannah; Markard, Nora; Oeter, Stefan (Eds.), *Contested Regime Collisions: norm fragmentation in world society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 324-346
- GARDBAUM, Stephen. “Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s Next Frontier or a Bridge Too Far?”, In: Jackson, Vicki C.; Tushnet, Mark (Eds.),

*Proportionality: new frontiers, new challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 221-247

GUASTINI, Riccardo. *Intepretare e argomentare*, Milão, Giuffrè, 2011

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*, trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma história*, trad. Rosaura Eichenberg, São Paulo, Companhia das Letras, 2007

JASPERS, Karl. *The Origins and Goal of History*, trad. Michael Bullock, New Haven (EUA), Yale University Press, 1953

JOSEPH, Sarah; CASTAN, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials and commentary*, 3ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013

KLARE, Karl. “Critical Perspectives on Social and Economic Right, Democracy and Separation of Powers”, In: García, Helena Alviar; Klare, Karl; Williams, Lucy A. (Eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: critical inquires*, Abingdon-on-Thames (UK), Routledge, 2015, pp. 3-22

KORSGAARD, Christine M. *The Constitution of Agency: essays on practical reason and moral psychology*, Oxford, Oxford University Press, 2008

KUMM, Mattias. “Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, jul/2004, n° 3, pp. 574–596

LADEUR, Karl-Heinz. “A critique of balancing and the principle of proportionality in constitutional law – a case for ‘impersonal rights’?”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 7, 2016, n°. 2, pp. 228-256

- MERON, Theodor. *The Humanization of International Law*, Leiden (PBA) e Boston (MA), Martinus Nijhoff Publishers e Brill Academic Publishers, 2006
- MICHELMAN, Frank I. “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”, In: Jackson, Vicki C.; Tushnet, Mark (Eds.), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 30-50
- MÖLLER, Kai. “US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model”, In: Jackson, Vicki C.; Tushnet, Mark (Eds.), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 130-147
- NIETO MARTÍN, Adán. “El Principio de Proporcionalidad”, In: Sicurella, Rosaria; Mitsilegas, Valsamis; Parizot, Raphaële; Lucifora, Analisa (Eds.), *Principios generales del Derecho Penal em la Unión Europea*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 135-180
- NOVAIS, Jorge Reis. *Limites dos Direitos Fundamentais: fundamento, justificação e controlo*, Coimbra, Almedina, 2021
- NOWAK, Manfred. *U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*, 2ª Ed., N. P. Engel, Kehl (ALE), 2005
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF”, In: Sarmento, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 167-206
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 5.ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2014
- PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. “The three faces of defeasibility in the law”, *Ratio Juris*, Vol. 17, 2004, nº 1, pp. 118-139

ROCHA, Armando. “Juízos de proporcionalidade – em Direito Internacional”, In: Lopes, Dulce; Coutinho, Francisco Pereira; Botelho, Catarina Santos (Org.), *O Princípio da Proporcionalidade: XIII encontro de professores de direito público*, Coimbra, Instituto Jurídico Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2021, pp. 111-126

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, trad. Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2000

SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade: uma teoria analítica do raciocínio constitucional*, Vol. I: as condições normativas para a ponderação – derrotabilidade, conflitos com normas de direitos fundamentais e particularismo jurídico, Coimbra, Almedina, 2023

– *Ponderação e Proporcionalidade: uma teoria analítica do raciocínio constitucional*, Vol. II: a operação da ponderação, a proporcionalidade como norma reguladora e as condições para a deferência judicial, Coimbra, Almedina, 2023

– “Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights”, In: Duarte, D.; Sampaio, J.S. (Eds.), *Proportionality in Law: an analytical perspective*, Cham (SUI), Springer, 2018, pp. 71-110

SAMPAIO, José Adércio Leite. “Proporcionalidade e incerteza”, *Revista Juris Poiesis*, Vol. 24, 2021, n.º. 36, pp. 21-49

SIECKMANN, Jan. “Proportionality as a Universal Human Rights Principle”, In: Duarte, David; Sampaio, Jorge Silva (Eds.), *Proportionality in Law: an analytical perspective*, Cham (SUI), Springer, 2018, pp. 3-24

STEINER, Talya; LANG, Andrej; KREMNIETZER, Mordechai. “Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice: Towards and Integrative Model of Proportionality”, In: Kremnitzer, Mordechai; Steiner, Talya; Lang, Andrej

(Eds.), *Proportionality in Action: comparative and empirical perspectives on the judicial practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 542-611

STEINER, Talya; NETZER, Liat; SULITZEANU-KENAN, Raanan. “Necessity or balancing: the protection of rights under different proportionality tests – experimental evidence”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 20, 2022, n°. 2, pp. 642-663

SUSNJAR, Davor. *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Leiden (PBA) e Boston (MA), Martinus Nijhoff Publishers, 2012

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, jan/2008, pp. 73-165

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights: between idealism and realism*, 2<sup>a</sup> Ed., Oxford, Oxford University Press, 2008

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *The Access of Individuals to International Justice*, New York, Oxford University Press, 2011

– *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003

YOUNG, Katharine G. “The Minimum Core of Economic and Social Rights: a concept in search of content”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, n°. 1, pp.113-175.