

UMA TEORIA AXIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Marcel Moraes Mota*

RESUMO

Os direitos fundamentais podem ser investigados desde diversas perspectivas, tais como filosófica, sociológica ou jurídica. É possível notar a diferença entre essas perspectivas, mas não é dado separá-las. De acordo com Böckenförde, há cinco tipos de teorias dos direitos fundamentais: liberal, institucional, do Estado Social, democrático-funcional e axiológica. Todavia, todas essas teorias, sendo teorias materiais dos direitos fundamentais, podem ser consideradas como teorias axiológicas. Como não existe somente um tipo de teoria axiológica dos direitos fundamentais, é relevante encontrar aquela que seja a mais adequada constitucionalmente. Para atingir esse propósito, é necessário distinguir diferentes tipos de teorias axiológicas e examinar quais podem ser aceitas. A teoria axiológica dos direitos fundamentais que está mais de acordo com uma Constituição democrática afirma que valorações são requeridas para aplicar os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; VALORES; HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

* Mestrando em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Bolsista CAPES.

The basic rights can be investigated from different perspectives, such as philosophical, sociological or juridical. It is possible to note the difference between those perspectives, but not to separate them. According to Böckenförde, there are five types of theories of basic rights: liberal, institutional, Welfare State's theory, functional-democratical and axiological. However, all those theories, being material theories of basic rights, can be considered as axiological theories. Since there is not only one axiological theory of basic rights, it is relevant to find the one that is the most constitutionally suitable. In order to achieve that purpose, it is necessary to distinguish different types from axiological theories and examine which can be accepted. The axiological theory of basic rights which suits best a democratical Constitution states that evaluations are required to apply the basic rights.

KEYWORDS

THEORIES OF BASIC RIGHTS, VALUES, CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS.

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo discutir em que consiste uma teoria axiológica dos direitos fundamentais que seja constitucionalmente adequada, buscando-se evidenciar sua importância para a hermenêutica constitucional e para a argumentação jusfundamental.

De início, cabe analisar algumas teorias dos direitos fundamentais, a fim de se obter um quadro analítico claro sobre as teorias axiológicas. Em seguida, cabe discutir que teorias axiológicas devem ser aceitas.

A partir dos resultados obtidos nas seções precedentes, deve-se expor o que se entende por teoria axiológica dos direitos fundamentais apropriada ao direito constitucional positivo.

Ao fim, cuida-se de mostrar um caso jurisprudencial de aplicação concreta dos conceitos hauridos na mencionada teoria axiológica dos direitos fundamentais.

2 Teorias dos direitos fundamentais

Sobre os direitos fundamentais, podem ser formuladas teorias de vários tipos¹. Dentre as perspectivas que ultrapassam a dimensão jurídica, são possíveis pesquisas históricas, sociológicas, filosóficas, econômicas, entre outras. Por vezes, essas teorias são combinadas, ampliando-se o horizonte investigativo do teórico. É o que se pode constatar, à guisa de exemplo, na relação entre teorias jurídicas e filosóficas, como ocorre no âmbito das teorias axiológicas dos direitos fundamentais. É possível distinguir essas teorias, mas separá-las por completo seria uma tentativa de excessivo formalismo e de sucesso questionável.

A diversidade de enfoques teóricos sobre os direitos fundamentais evidencia, a um só tempo, sua complexidade e importância como objeto do conhecimento. Em face do caráter multidimensional dos direitos fundamentais, é necessário recorrer a classificações, a fim de que a discussão sobre eles ganhe em clareza e profundidade.

Partindo de uma classificação já apontada, entre teorias jurídicas e teorias não-jurídicas, convém introduzir diferenciações no marco das teorias jurídicas, para nelas indicar o lugar teórico das teorias axiológicas dos direitos fundamentais. Com isso, manifesta-se o propósito de examinar as referidas teorias axiológicas mais no aspecto jurídico, orientado para a solução de casos práticos, do que filosófico, de feições mais abstratas, em todo caso sem ignorar os pontos de contato que essas perspectivas apresentam.

Interessa sobretudo examinar a influência de uma teoria jurídico-axiológica na argumentação constitucional, observando-se o problema de interesse prático referente à interpretação das disposições de direitos fundamentais, questão das mais centrais dentre as debatidas na esfera da hermenêutica constitucional.

Em relação às teorias jurídicas dos direitos fundamentais, podem ser apresentadas diversas teorias materiais. As teorias materiais se referem ao conteúdo das disposições de direitos fundamentais, compreendem elementos axiológicos e teleológicos. Por sua vez, as teorias formais examinam aspectos que não se referem ao conteúdo dos direitos, a

¹ Ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 21.

exemplo das teorias que cuidam da estrutura das normas jusfundamentais, na medida em que se ocupam de questões analíticas, ou conceituais.

3 A classificação de Böckenförde

Levando em consideração a tipologia proposta por Böckenförde², observam-se os seguintes tipos de teorias de direitos fundamentais: teoria liberal, teoria institucional, teoria democrático-funcional, teoria do Estado social e teoria axiológica dos direitos fundamentais.

3.1 Teoria liberal

A teoria liberal dos direitos fundamentais, ou teoria burguesa, segue os postulados clássicos do Estado liberal, de limitação do poder do Estado e de valorização da liberdade individual em sentido negativo, liberdade como ausência de impedimentos impostos pelo poder público.

Trata-se de concepção teórica surgida nos primórdios do constitucionalismo, período histórico em que sobrelevava o desiderato burguês de pôr fim ao absolutismo estatal, maior inimigo das liberdades do indivíduo³.

De acordo com a teoria liberal, os direitos fundamentais teriam a estrutura de direitos de defesa perante o Estado. Consistem nos chamados direitos de liberdade, ou de primeira geração⁴, responsáveis pela formação da primeira dimensão⁵ dos direitos fundamentais do constitucionalismo atual.

² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 45-71.

³ Nesse sentido, v. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40.

⁴ Id. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 562.

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001. p. 39.

Conforme a teoria liberal dos direitos fundamentais de inspiração jusnaturalista⁶, caberia à Constituição declarar os direitos individuais do estado de natureza, preexistentes ao Estado, que deve reconhecê-los.

A respeito da característica dos direitos fundamentais na concepção liberal, Böckenförde destaca dois aspectos relevantes. A liberdade seria conferida aos indivíduos em si mesma, não se vinculando a quaisquer fins, como a liberdade positiva, de participação nos destinos da comunidade política⁷. Ademais, nessa perspectiva, cumpriria aos titulares dos direitos de liberdade, não ao Estado, a busca pela conversão da liberdade abstrata em liberdade real⁸.

Com respeito à hermenêutica constitucional, as teorias liberais dos direitos fundamentais fornecem uma teoria da interpretação dos direitos fundamentais, pela qual os direitos de liberdade devem ter preferência em relação aos demais direitos constitucionais, assim como diante de princípios referentes a bens coletivos.

3.2 Teoria institucional

A teoria institucional dos direitos fundamentais se enquadra como reação à teoria liberal dos direitos fundamentais, marcada por fortes traços individualistas.

Com efeito, nos moldes institucionalistas, os direitos fundamentais são concebidos além da dimensão meramente subjetiva, na medida em que se situam no quadro de uma instituição, o que lhes rende caráter objetivo.

Dessa forma, passam a integrar os direitos e garantias fundamentais não apenas os direitos de liberdade, mas as garantias institucionais (direito público) e as garantias do instituto (direito privado).

⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 381-382.

⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, ob. cit., 1993. p. 49.

⁸ Ibid., 1993. p. 51.

Os direitos fundamentais, na concepção institucionalista, devem ser interpretados no interior da instituição a que pertencem, logrando-se com isso conferir-lhes dimensão objetiva, de forma que também a liberdade se torna objetivada⁹.

Se os direitos fundamentais se enquadram na realidade objetiva da instituição, podem ser limitados em favor de bens constitucionais coletivos. Logo, admite-se, em relação à teoria liberal, maior espaço de conformação reservado ao poder legislativo. Conseqüentemente, os direitos de liberdade deixam de ser direitos em si mesmos, já que sua interpretação deve levar em conta também a realização dos interesses albergados pela instituição.

O risco de uma versão forte da teoria institucional, como adverte Bonavides¹⁰, seria o de subtrair “com os argumentos do discurso institucional, os direitos fundamentais à ação limitativa do legislador”. Em nome da instituição, a atividade de conformação legislativa poderia se converter em limitação indevida dos direitos fundamentais.

É o que ocorreria no caso de uma regulamentação indevida da liberdade de imprensa, com o pretexto de preservar a instituição da imprensa, cujo papel na sociedade depende de uma rede complexa de valores político e morais.

3.3 Teoria do Estado social

A exemplo da teoria institucional, a teoria jusfundamental do Estado social se apresenta em contraposição à teoria liberal. Trata-se de teoria forjada de acordo com uma concepção de Estado oposta à da ordem jurídica liberal burguesa.

Conforme as teorias do Estado social, os direitos fundamentais abrangem, além dos direitos de defesa, os direitos a prestações a serem exigidas do Estado, que assume a incumbência de promover a justiça social e corrigir os desequilíbrios sociais, com o intuito de permitir aos titulares de direitos fundamentais não apenas liberdades abstratas, mas liberdades reais, concretas.

⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, ob. cit., 1993. p. 53.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2004. p. 621.

Com base no princípio da socialidade do Estado, que compreende uma série de valores sociais fundamentais¹¹, os direitos fundamentais ganham uma nova dimensão, a segunda, de cunho positivo, de que compartilham os direitos sociais fundamentais, os quais permitem aos seus titulares tomar parte dos bens produzidos pela sociedade (*Teilhaberechte*), mediante intervenção estatal.

Böckenförde destaca três aspectos implicados pela teoria do Estado social na interpretação dos direitos fundamentais¹².

A eficácia social dos direitos fundamentais sociais depende do manejo de recursos financeiros do Estado. Ocorre que esses recursos são escassos, o que implica a tomada de decisões pelo poder público sobre quais programas de ação terão prioridade. Como essas decisões têm reflexos sobre os direitos fundamentais, observa-se a tendência de submetê-las ao crivo do controle jurisdicional, sempre que se revelarem injustificáveis diante das normas constitucionais que os consagram, de modo que poderia haver o deslocamento do centro de decisões políticas relevantes do Executivo e do Legislativo para o Judiciário.

Uma versão forte da teoria do Estado social corresponde à teoria socialista dos direitos fundamentais, que se baseia na pré-compreensão antropológica marxista¹³. Segundo essa concepção, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é absorvida pela dimensão objetiva, a liberdade negativa se dissolve no conceito de liberdade positiva, os princípios referentes a bens coletivos ganham primazia em relação aos direitos de natureza individual, oriundos do Estado liberal burguês.

3.4 Teoria democrático-funcional

A teoria democrático-funcional tem em comum com as teorias institucional e do Estado social uma visão positiva dos direitos de liberdade, na qual a liberdade não é

¹¹ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*. 2. ed., München: Beck, 1984. p. 933, refere-se aos seguintes valores sociais fundamentais: socialidade, solidariedade, humanidade e participação.

¹² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, ob. cit., 1993. p. 65-66.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 1401-1402.

apenas considerada abstratamente, em si mesma, mas também vinculada a uma dimensão objetiva¹⁴.

É teoria democrática, uma vez que se destacam os direitos de liberdade como direitos de participação da formação pública da opinião e da vontade, de modo que se confere preferência argumentativa aos direitos fundamentais relacionados ao processo democrático, como a liberdade de expressão e a liberdade de associação.

Consideram-se funcionais os direitos fundamentais, na medida em que são tidos como meios de garantia para o desenvolvimento do princípio democrático¹⁵.

Se se vislumbra nos direitos fundamentais a dimensão funcional com respeito à democracia, logo se compreende que não seriam apenas direitos, mas também deveres, pois, de acordo com as concepções comunitaristas, o titular de direitos fundamentais está integrado eticamente à sociedade política em que está inserido, nela devendo influir através da participação.

Como os direitos fundamentais, na perspectiva em análise, são concebidos em função do princípio democrático, é forçoso concluir pela importância do papel conformador do legislador, na definição do papel ativo que lhes deve ser próprio.

Convém assinalar que concepção democrática-funcional não esgota a compreensão dos direitos fundamentais como condições de exercício do processo democrático. É perfeitamente possível reconhecer a conexão entre direitos fundamentais e democracia, sem preterir a dimensão negativa dos direitos de liberdade, como se pode constatar através de um conceito discursivo de democracia¹⁶.

3.5 Teoria axiológica

¹⁴ Sobre o caráter duplo dos direitos fundamentais, v. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999. p. 133-136.

¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, ob. cit., 1993. p. 61.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p.161, através da teoria do discurso, fundamenta-se a “co-originalidade entre autonomia política e autonomia privada” (*Gleichursprünglichkeit von politischer und privater Autonomie*), de sorte que as liberdades negativas não seriam meros instrumentos para a formação da vontade política, assim como a autonomia pública não constituiria uma ameaça para a autonomia privada, na formação legítima do direito.

De acordo com o enunciado básico da teoria axiológica exposta por Böckenförde, os direitos fundamentais são resultado de opções axiológicas de uma comunidade e, por essa razão, constituem uma ordem de valores objetivada na Constituição. Como consequência dessa proposição teórica, os direitos fundamentais são positivados através de normas objetivas¹⁷, a partir das quais se pode chegar às posições jusfundamentais dos indivíduos.

As teorias jusvalorativas possuem a virtude de chamar a atenção para a relação estreita que os direitos fundamentais possuem com os valores políticos e morais da comunidade política, na qual estão inseridos seus titulares.

Com isso, avança-se na compreensão do conceito de direito, que não prescinde de elementos morais em uma teoria não-positivista (*nichtpositivistisch*)¹⁸, assim como da importância da moralidade constitucional na solução dos casos difíceis¹⁹, ou casos jusfundamentais.

Sobre as teorias axiológicas, convém distinguir três tipos: (I) uma teoria pode ser axiológica, se procura evidenciar que os direitos fundamentais são resultado de opções valorativas da comunidade; (II) são teorias axiológicas aquelas segundo as quais os direitos fundamentais são valores, ou que é uma consequência da assunção da relação de identidade entre norma e valor; (III) pode ser axiológica uma teoria dos direitos fundamentais que reconheça a indispensabilidade das valorações na aplicação dos direitos fundamentais, o que envolve o conceito de ponderação.

Constata-se certo acordo teórico quanto à afirmação que os direitos fundamentais resultam de opções axiológicas²⁰. Contudo, o mesmo não se observa em relação aos

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, ob. cit., 1993. p. 57.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed., München: Karl Alber GmbH, 2005. p. 17. A proposta de uma teoria do direito não-positivista e não-jusnaturalista se desenvolve no âmbito do pós-positivismo, cf. MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 18-22.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978. p. 81-130.

²⁰ As questões controvertidas se apresentam com maior intensidade, quando se busca saber se esses valores são relativos ou absolutos, se é possível verificar unidade axiológica entre eles ou não, se esses valores devem ser protegidos especialmente pelo poder judiciário, pelo poder legislativo ou pelo poder executivo etc.

demais tipos de teorias valorativas dos direitos fundamentais mencionados. Em seguida, será firmado entendimento sobre qual dessas teorias merece ser aceita.

4 Teorias materiais dos direitos fundamentais como teorias axiológicas

Os cinco tipos de teorias dos direitos fundamentais acima expostos representam diferentes versões de teorias materiais dos direitos fundamentais, uma vez que essas teorias contêm, em seus enunciados, a definição de preferências argumentativas por alguns direitos fundamentais em relação a outros.

Além dessas cinco teorias, pode haver tantas teorias dos direitos fundamentais quantas sejam as combinações possíveis de preferências *prima facie* entre os princípios constitucionais.

A importância hermenêutica das teorias materiais dos direitos fundamentais, como teorias normativas gerais²¹, justifica-se pelo papel que assumem de condições restritivas da argumentação jurídico-constitucional, em conjunto com as disposições normativas e os precedentes jurisprudenciais, atuando como concepções dogmáticas²².

Desse modo, na aplicação dos direitos fundamentais, o intérprete deve, justificadamente, seguir uma teoria material dos direitos fundamentais, a qual deve indicar, de acordo com as concepções políticas e morais da sociedade constitucional, os princípios, ou grupo de princípios, que, em princípio, devido à rede de precedentes e ao texto constitucional, devem prevalecer diante dos demais, correndo a favor deles a carga do argumento. Se da rede de precedentes e das disposições constitucionais não puder ser inferida uma ordem branda de princípios, deverá ser observada a igualdade abstrata entre os mesmos.

²¹ ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 509.

²² Id. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristische Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 307-334.

As teorias materiais dos direitos fundamentais são teorias dos princípios. Por sua vez, todas as teorias dos princípios podem ser convertidas em teorias axiológicas e em teorias teleológicas²³.

Por essa razão, a classificação de Böckenförde apresenta, na verdade, diferentes versões de teorias dos valores, sendo a teoria axiológica por ele referida apenas uma dentre as teorias dos valores possíveis: a teoria da ordem objetiva de valores, segundo a qual “direitos fundamentais são bens jurídicos e contêm valores objetivos” (*Grundrechte sind Rechtsgüter und enthalten objektive Werte*)²⁴, conforme determinada autocompreensão metodológica do tribunal constitucional federal alemão.

Portanto, teorias axiológicas são teorias dos princípios com determinado conteúdo. A estrutura das teorias dos princípios é descrita por uma teoria formal dos direitos fundamentais, que representa a tese teórica-estrutural geral (*allgemeine strukturtheoretische These*)²⁵.

Resta saber em que sentido as teorias materiais são teorias axiológicas. Para isso, deve-se discutir o que seria uma teoria axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, nos moldes do Estado democrático de direito.

5 Uma teoria axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada

A busca por uma teoria jusfundamental dos valores que esteja de acordo com a fórmula política do Estado democrático de direito enfrenta algumas questões básicas.

De início, como tarefa geral, impende justificar a presença do elemento axiológico no conceito de direito. Posteriormente, é preciso identificar em que consistem os valores, com base nos quais se constrói uma teoria dos direitos fundamentais. Com isso, é possível chegar a uma resposta satisfatória sobre qual seria o tipo de teoria axiológica mais apropriado para a dogmática dos direitos fundamentais, que exerce a função prática de

²³ Id, ob. cit.,1994. p. 512.

²⁴ SCHNEIDER, Harald. *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*: Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles. Baden-Baden: Nomos, 1979. p. 221.

²⁵ Ibid., 1979. p. 512.

fornecer critérios analíticos e normativos para a solução de problemas concretos envolvendo normas jusfundamentais válidas.

5.1 A dimensão valorativa do direito

A afirmação de que o fenômeno jurídico está imerso em considerações de natureza valorativa não é rejeitada nem mesmo na perspectiva normativista e formalista, a exemplo da teoria pura de Kelsen²⁶, cuja proposta metodológica consiste em descrever o direito, separando-o de elementos considerados, no âmbito do positivismo jurídico formalista, como exteriores ao conceito de direito, como são os elementos morais e políticos.

Que a produção do direito segue padrões axiológicos, de natureza democrática ou não, é algo que se verifica na dimensão empírica. A escolha das condutas a serem permitidas, impostas ou proibidas se dá com base em avaliações de preferência do poder legislativo em relação à sociedade política a que pertence.

Uma das críticas que se fazem ao positivismo jurídico formalista consiste em reconhecer a impossibilidade de separar a dimensão jurídica, das dimensões fática e valorativa. Isso quer dizer que as investigações da Jurisprudência, ou ciência do direito, não podem ser separadas por completo das contribuições sociológicas e filosóficas.

Sobre a natureza tridimensional ou triádica do direito, afirma Reale que não é dado a nenhum pesquisador a possibilidade de “isolar, de maneira absoluta, um dos fatores para torná-lo objeto de qualquer pesquisa de ordem *filosófica, sociológica ou jurídica*”²⁷. Conforme o jusfilósofo em questão, o direito “é uma integração normativa de fatos segundo valores”²⁸, que se dá através de uma dialética de implicação-polaridade²⁹.

Como integração normativa de fatos segundo valores, o direito é resultado de uma interação entre aspectos fáticos e axiológicos. Essa interação segue uma dialética

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1-2, que reconhece a conexão do Direito “com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política”.

²⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 54. Grifo no original.

²⁸ Ibid., 1994. p. 119.

²⁹ Id. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 67.

específica, pela qual os fatores fáticos e axiológicos se exigem mutuamente, para a produção da norma jurídica, sem que, com isso, um desses fatores se reduza ao outro, permanecendo, portanto, distinguíveis, embora inseparáveis.

As normas jusfundamentais, como quaisquer normas jurídicas, podem ser explicadas com o auxílio do tridimensionalismo concreto realeano. Por expressarem decisões axiológicas básicas da sociedade política, sobre a relação a ser observada entre os princípios jurídicos fundamentais, são normas materialmente constitucionais. O conteúdo dos direitos fundamentais está aberto aos valores da comunidade política, como se pode constatar através do exame dos conceitos de liberdade, igualdade e dignidade, aos quais o catálogo dos direitos fundamentais pode ser reconduzido.

5.2 Teorias dos valores

Claro está que os direitos fundamentais resultam de opções axiológicas básicas dos membros de uma comunidade política, regida por uma constituição. Mas isso acrescenta pouco ao projeto de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. O exame de alguns aspectos teóricos relativos aos valores é um caminho indispensável a ser trilhado em direção ao objetivo proposto.

A elaboração de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais pode conduzir à confusão entre normas e valores³⁰. Para essa confusão, contribui o fato de os princípios serem normas de alto grau de generalidade e dotados de *fecondità*³¹.

As normas principiológicas, da mesma forma que os valores, entram em colisão, o que lhes confere uma semelhança estrutural³². Mas dessa semelhança estrutural não se pode deduzir a identidade ontológica.

Conforme esclarece Raz, uma teoria dos valores se ocupa da comparação de várias situações, com o objetivo de determinar qual delas é preferível, ou para determinar-lhes as

³⁰ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2004. p. 630.

³¹ Segundo FARIAS, Domenico. *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 163, “*i principi sono anima o fondamento delle altre norme*”.

³² ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 125.

características positivas ou negativas, ao passo que o papel de uma teoria normativa é estabelecer o que as pessoas devem fazer, o que pressupõe alguma teoria do valor³³.

Assim, os valores se referem ao que é bom, ou desejável. As normas são padrões de comportamento que devem ser seguidos pelas pessoas, acompanhadas, em geral, de sanção externa e institucionalizada³⁴.

Os valores são preferências que podem ser compartilhadas, ou não, pelos membros de uma sociedade política. As normas válidas devem ser obedecidas por todos, de maneira independente à adesão espiritual ao conteúdo que tenham.

Isso significa que as normas são dotadas de obrigatoriedade absoluta, enquanto os valores têm sentido de obrigatoriedade relativo, medido por sua capacidade de atrair a preferência das pessoas³⁵. Por isso, as normas são válidas ou inválidas, já os valores são mais atrativos ou menos atrativos. Como as normas são qualificadas como válidas ou inválidas, não podem ser contraditórias³⁶. Quanto aos valores, em dada forma de vida, é possível observar relações contraditórias, o que não implica a exclusão do valor menos preferido em favor do valor mais desejado, por ser este incompatível com aquele.

Por essas razões, não é exato afirmar que os princípios jurídicos, como normas jurídicas positivas, são “pautas gerais de valoração ou preferências valorativas”³⁷.

Os princípios expressam valores, são positivados através de um processo decisório fundado em valores, entram em colisão como os valores, como normas jurídicas resultam de uma interação dialética entre fatos e valores, mas não são valores propriamente, fundamentalmente porque são obrigatórios para todos os membros da sociedade.

Assim, dizer que princípios são valores e vice-versa só seria possível através da modificação do conceito de valor, para atribuir-lhe sentido deontológico. Dessa forma,

³³ RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. New York: Oxford, 2002. p. 11.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 27-31.

³⁵ HABERMAS, Jürgen, ob. cit., 1998. p. 311.

³⁶ Sobre as relações lógicas entre as normas, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: EDIPRO, 2001. p. 184-187.

³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 316.

tornar-se-ia compreensível a assertiva de que os princípios são valores jurídicos, valores positivados. Contudo, essa afirmação seria uma mera tautologia, equivaleria a dizer que normas são conceitos deontológicos, ou que normas são normas. Nega-se, portanto, o tipo de teoria axiológica (II) acima formulada³⁸.

Uma teoria axiológica dos direitos fundamentais só pode ser aceita, se for passível de justificação racional, se conduzir a resultados hermenêuticos intersubjetivamente controláveis. Para isso, não é suficiente afirmar a teoria (I). Impende verificar a viabilidade da teoria (III). Logo, deve-se ter em vista se é racional o processo de ponderação de direitos fundamentais, ordenado pelo mandado de ponderação (*Abwägungsgebot*)³⁹, que compõe o procedimento da proporcionalidade⁴⁰.

Müller e Christensen consideram que a metódica dos direitos fundamentais baseada em valorações e ponderações, incompatível com a metódica estruturante por eles defendida, é subjetivo-irracional⁴¹.

Alexy defende que valores são critérios de valoração, de modo que os objetos têm valor, mas não são valores⁴². Com isso, afirma-se que o ente tem valor, mas o valor não tem Ser, descartando-se as doutrinas do ontologismo axiológico⁴³.

Na hermenêutica constitucional, a argumentação sobre direitos fundamentais, baseada em uma teoria axiológica constitucionalmente adequada, deve recorrer a ponderações, a juízos de valor comparativos, com base nos quais um princípio constitucional deve prevalecer sobre o outro, porque os princípios são mandados de otimização⁴⁴, são assemelhados estruturalmente a critérios de valoração.

³⁸ Vide 2.5.

³⁹ ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 100. CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2001. p. 140, utiliza a expressão mandado de proporcionalidade (*Gebot der Proportionalität*).

⁴⁰ Sobre a estrutura do procedimento da proporcionalidade, composto por duas regras (adequação e necessidade) e um princípio (proporcionalidade), v. MOTA, Marcel Moraes, ob. cit., 2006. p. 116-127.

⁴¹ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph, *Juristische Methodik I*. 9. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 72. Para uma crítica do conceito estruturante de norma jusfundamental, v. ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 63-70.

⁴² ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 130.

⁴³ A respeito, v. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 202-204.

⁴⁴ ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 75-76.

Os princípios, como critérios de valoração, são conhecidos através de uma fundamentação jusfundamental correta, que deve obedecer às regras de uma teoria do discurso como teoria da argumentação jurídica racional contemporânea.

A teoria do discurso⁴⁵ constitui uma terceira via entre o relativismo e o absolutismo ético. Ao descartar o relativismo ético, a teoria do discurso oferece a possibilidade de discussão racional sobre questões jurídicas e morais. Rejeita-se o ceticismo subjetivista. Ao superar o absolutismo ético, atende às exigências das sociedades pluralistas⁴⁶ regidas por uma constituição democrática.

Com base em uma teoria da argumentação racional, é possível justificar racionalmente o mandado da ponderação⁴⁷, que prescreve: “quanto maior o grau de não realização ou de prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro”⁴⁸.

A via da teoria da argumentação jurídica apoiada em uma teoria do discurso afasta a teoria da ordem objetiva de valores, inspirado no ontologismo axiológico, assim como livra a hermenêutica constitucional do intuicionismo.

Como observa Alexy, o intuicionismo é uma posição filosófica insustentável, pois não fornece critério para distinguir uma intuição verdadeira de uma falsa⁴⁹, o que acaba conduzindo ao subjetivismo. Desse modo, a intuicionismo não pode ser considerado como teoria racional satisfatória.

A teoria do discurso, que se articula com uma teoria axiológica constitucionalmente adequada, não conduz a apenas uma solução racionalmente correta. Isso pode ser

⁴⁵ Sobre a tarefa da teoria do discurso, v. Id, ob. cit., 1991. p. 36.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen, ob. cit., 1998. p. 340.

⁴⁷ A estrutura da ponderação pode ser descrita com o auxílio de uma fórmula de peso, cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153.

⁴⁸ ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 146. No original: “*Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein*”.

⁴⁹ Id, ob. cit., 1991. p. 59-60. A seu turno, LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”. Fortaleza: ABC, 2001. p. 99, afirma que “*O valor não se apreende no conhecimento racional-metodológico, mas sim no racional-intuitivo*. Como o homem não é máquina, só de lógica, o elemento *sentir* é essencial”. Grifos no original.

constatado com o emprego da proporcionalidade, mediante o qual o aplicador se depara com um conjunto de soluções possíveis, que, de todo modo, não estão submetidas ao seu arbítrio⁵⁰.

Conclui-se, assim, que, dentre os tipos de teorias axiológicas acima mencionados, é de se rechaçar o tipo (II), devendo ser aceitos os tipos (I) e (III), sendo este o de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada.

6 Análise de um precedente do Supremo Tribunal Federal

Manifestação inequívoca da teoria axiológica (III) consiste na aplicação dos mandados da proporcionalidade.

Como teoria axiológica dos direitos fundamentais, os princípios são critérios de valoração, são mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas e jurídicas, em razão dos quais pode haver o recurso a ponderações.

No julgamento de *habeas corpus* (HC 76.060-4/SC, julgado em 31/03/98)⁵¹, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, terceiro pedia que o paciente se submetesse a teste de DNA, a fim de se esclarecer a paternidade de criança havida durante o casamento deste. O paciente, que respondia a ação ordinária de reconhecimento de filiação c/c retificação de registro movida pelo terceiro, reusou-se a fazer o exame, aduzindo como razão de sua negativa o direito fundamental à integridade física. O terceiro estaria amparado no direito fundamental de conhecer a própria identidade, do qual a criança seria o titular.

Se os dois direitos encerrassem mandamentos definitivos, seria o caso de uma antinomia, cujo afastamento provocaria a exclusão de uma das normas do sistema jurídico. No caso, contudo, observa-se a colisão de dois mandados de otimização, de dois critérios de valoração.

⁵⁰ Na mesma linha, PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*. Aix-Marseille: Économica, 1990. p. 154, ressalta que “A proporcionalidade tem assim contornos e um campo de aplicação que não depende da arbitrariedade do juiz”. No original: “*La proportionnalité a ainsi des contours et un champ d’application qui ne dépendent pas de l’arbitraire d’un juge*”.

⁵¹ Inteiro teor do acórdão disponível no site do STF, www.stf.gov.br, na seção de jurisprudência.

Deve-se buscar uma solução que permita a maior realização possível dos direitos fundamentais do paciente e do terceiro. Para tanto, é necessária a aplicação subsidiária dos mandados que compõem o procedimento da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵².

Sem dúvida, o exame seria adequado, pois contribuiria para a realização do direito fundamental ao conhecimento da origem genética. Para saber se, ademais, é necessário, é preciso avaliar os autos, tomar conhecimento das circunstâncias fáticas do caso concreto.

No caso *sub examine*, o exame de paternidade seria apenas um reforço probatório, pois já constam do quadro probatório exames de DNA da mãe, do filho e do autor, os quais esclarecem que não assiste ao paciente a paternidade. Tais exames tornam dispensável, desnecessário, o exame de DNA do paciente, razão pela qual o relator deferiu o pedido de *habeas corpus*, sendo acompanhado pelos demais ministros da primeira turma.

No precedente em questão, não foi necessária a incidência do mandado de ponderação, ou mandado de proporcionalidade (sentido estrito). Se o exame do paciente fosse a única prova para a declaração, positiva ou negativa de paternidade, haveria de ser realizado, pois seria indispensável.

Restaria saber se o exame seria proporcional. No processo em tela, cita-se precedente do *Bundesverfassungsgericht* (79.256), em que se afirma como manifestação do direito à personalidade o direito ao conhecimento da origem genética, em razão do qual partes e testemunhas devem se submeter a exames de sangue, caso a medida seja necessária ao exame de filiação da criança.

Se se considerar que o exame de DNA representa apenas uma agressão leve à integridade física, ao passo que a não realização do exame acarretaria um prejuízo grave ao direito fundamental ao conhecimento da origem genética, levando ainda em consideração que ambos direitos têm o mesmo peso abstrato, o exame deveria ser ordenado, nos termos do que prescreve o mandado da ponderação.

⁵² ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 100-104.

7 Conclusões

1. Os direitos fundamentais podem ser examinados a partir de diferentes perspectivas (jurídica, sociológica, jurídica etc.), que podem ser diferenciadas, mas não separadas por completo;

2. As teorias dos direitos fundamentais podem ser formais ou materiais. A classificação de Böckenförde apresenta tipos de teorias materiais

3. Identificam-se três tipos de teorias axiológicas, que se referem: (I) à origem dos direitos fundamentais, (II) à identidade entre valores e direitos fundamentais, (III) à indispensabilidade das valorações na aplicação dos direitos fundamentais;

4. As diversas teorias materiais correspondem a diversos tipos de teorias axiológicas dos direitos fundamentais;

5. Deve-se rejeitar a tese da identidade entre valores e direitos fundamentais;

6. É correto afirmar que os direitos fundamentais resultam de decisões envolvendo valores;

7. Apresenta-se como teoria axiológica dos direitos fundamentais aquela segundo a qual as valorações são indispensáveis na aplicação dos direitos fundamentais;

8. No HC 76.060-4/SC, verifica-se aplicação de mandados da proporcionalidade, o que atesta a adequação da teoria axiológica dos direitos fundamentais (III).

8 Referências

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed., München: Karl Alber GmbH, 2005.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristische Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: EDIPRO, 2001.

- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos, 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978.
- FARIAS, Domenico. *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1981.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamago, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC, 2001.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.
- MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph, *Juristische Methodik I*. 9. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*. Aix-Marseille: Économica, 1990.
- RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. New York: Oxford, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Filosofia do direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHNEIDER, Harald. *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten: Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles*. Baden-Baden: Nomos, 1979.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*. 2. ed., München: Beck, 1984.