

EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DENSIDADE NORMATIVA - UM FALSO PROBLEMA

EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND DENSITY REGULATIONS - A FALSE PROBLEM

Ricardo Rocha Viola¹

Resumo: Discute-se se a efetividade dos direitos fundamentais está atrelada à necessidade de aquilatar a densidade normativa dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais, pois, a partir desta constatação, define-se em que grau deve interferir o legislador ordinário com vistas à concretização jusfundamental. Esta aferição de densidade normativa passa pela distinção entre regras e princípios. Robert Alexy é o mais árduo defensor desta necessidade. Demonstra-se neste artigo que o deslocamento do problema da efetividade dos direitos fundamentais para o campo da distinção acima apontada traduz um falso problema.

Palavras-chave: direitos fundamentais; princípios; regras; distinção; densidade normativa; racionalidade; efetividade.

Abstract: It is discussed if the effectiveness of the human rights is harnessed to the need of valuing the normative density of the human rights prescriptive backer's statements, because, starting from this verification, it is defined in what degree the ordinary legislator should interfere with views to the materialization of this rights. This gauging of normative density goes by the distinction between rules and rules. Robert Alexy is more arduous defender of this need. It is demonstrated in this article that the displacement of the human rights effectiveness problem, for the field of the distinction above pointed, translates a false problem.

Key-words: human rights; principles; rules; distinction; normative density; reasonable; effectiveness.

1. Introdução

O problema central deste artigo é aferir a relevância ou irrelevância da distinção de enunciados prescritivos em regras e princípios para efeitos do debate acerca da efetividade dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais.

Segundo boa parcela da doutrina contemporânea, se estes enunciados são encarados como princípios, a densidade normativa é baixíssima, o que traz complicações para a sua concretização e posterior efetivação. Se caracterizáveis como regras, a densidade normativa é acentuada e a concretização e efetivação são mais asseguradas. Daí a afirmação de que a “distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008).

¹ Advogado, mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia e professor na Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação (ESAMC) - Unidade Uberlândia/MG. E-mail: ricardo.viola@esamc.br

Com vistas a facilitar a compreensão do tema, inauguralmente passar-se-á em revista as noções de sistema jurídico, a fim de delimitar o contexto habitado tanto pelas regras quanto pelos princípios. Em seguida tratar-se-á das propostas de distinção entre as duas categorias enunciativas em destaque.

Depois de ultrapassadas as referidas noções, frise-se, sem querer desmerecer ou colocar em dúvida a consistência e a fundamentalidade da distinção acima apontada, demonstrar-se-á que o debate quanto à efetividade dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais com base na densidade normativa de princípios e regras traduz um falso problema.

2. O sistema jurídico: repertório e estrutura

É comum a referência por parte dos manuais de disciplinas jurídicas à entidade denominada de sistema jurídico. Tão comum quanto esta maciça referência é ausência de indicação quanto às bases científicas que autorizam a adoção da noção de sistema pela Ciência do Direito, o que faz com que a existência do sistema jurídico pareça tratar-se de mais um, dentre os diversos dogmas inexplicáveis da dogmática jurídica. Daí a necessidade de uma breve e superficial investigação sobre o tema.

Invertendo a ordem da locução, e sem querer aqui adentrar em toda a imensidão da problemática da semântica do termo, tem-se que o vocábulo “jurídico” adjetiva tudo o quanto tenha importância para a fenomenologia do Direito, ou, como preferem alguns, tudo o que pertença ao universo das coisas do Direito.

Por seu turno, e para o que importa à construção da noção de sistema jurídico, sistema pressupõe um todo organizado, ordenado, de tal sorte que as partes integrantes do todo convivem perenemente em função de forças aglutinantes formando uma estrutura homeostática. Esta homeostase sistêmica é possível na medida em que o sistema é autoregulativo, isto é, é dotado de condições de calibrar suas incongruências por meio do processamento de informações recebidas a partir do macroambiente no qual está inserido, o que, por seu turno torna necessária a autopoiese deste mesmo sistema, é dizer, traz a indispensabilidade de o próprio sistema criar suas regras renovação estrutural.

Do exposto tem-se que o sistema jurídico é o conjunto, perene e equilibrado, composto por enunciados prescritivos denominados de repertório e pelas relações entre estes enunciados denominadas de estrutura; sendo que a ordenação e a organização do sistema são estabelecidas por ele mesmo.

Primeiramente tratar-se-á das partes, para em seguida aproximarmos-nos das relações que proporcionam a forma sistêmica ao Direito.

As partes ou elementos do sistema jurídico, o seu repertório, são os enunciados prescritivos. Explica-se.

Enunciados são estruturas linguísticas portadoras de determinados significados. São os chamados suportes físicos, isto é, os meios utilizados pelo emissor da mensagem com o fim de atingir o seu desiderato. Para o que nos interessa, os enunciados veiculam um determinado tipo discursivo, qual seja, o prescritivo, que vem a ser o modelo encarregado de veicular e dirigir expectativas comportamentais protegidas, equivale dizer, expedindo ordens, sempre voltadas ao comportamento humano, que deverá amoldar-se às condutas emolduradas pelos enunciados prescritivos.

O Direito enquanto mecanismo criado e eleito pela sociedade para o fim de prevenir e decidir conflitos de interesses manifesta-se por meio de linguagem, que vem revestida da forma prescritiva, isto é, determinando modos ideais de comportamento por meio dos denominados modais deônticos “proibido”, “permitido” ou “obrigado”. É o mesmo que afirmar que pelo Direito a sociedade elege um catálogo de comportamentos fundamentais para a manutenção e desenvolvimento do organismo social, elevando-os ao altiplano dos enunciados prescritivos institucionalizados e dotados de força jurídica.

Mas para que se conceba a idéia de sistema jurídico, não basta que se admita a existência do mencionado repertório, os enunciados prescritivos. Para tanto, há de se ter em linha de conta que este repertório deve originar-se de fontes legitimadas e deverão alocar-se num universo sujeito a interferências internas e externas, que sempre deverão ser equacionadas com o fito de estabilizar e perenizar o sistema.

Sem adentrar aqui no problema das fontes do direito, temos que, por uma análise de caráter eminentemente sociológica, a fonte do direito é a vontade coletiva. Está-se a afirmar que, a legitimidade do direito advém do senso comum de que ele é o mecanismo de controle social encarregado de ser a ultima ratio da sociedade, isto é, cabe ao direito a função decisória final, atribuindo equitativamente a cada um o que é de cada um.

Prosseguindo, para que o direito atinja o seu desiderato é essencial que seja ele concebido enquanto mecanismo organizado, coeso. Neste cenário, o repertório (conjunto de enunciados prescritivos) deverá estar disposto de forma organizada. Tal organização foi concebida na forma de um sistema escalonado de regras:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (KELSEN, 1998).

Kelsen mencionou a conexão de dependência verificada entre os enunciados que compõem o repertório do sistema jurídico. Esta dependência se dá pela necessária fundamentação de validade a ser aquilatada entre os diversos enunciados que integram o repertório. São as relações de dependência havidas entre os enunciados que caracterizam o que chamamos de estrutura do sistema.

O que se está a afirmar é que, estando os enunciados alocados de forma escalonada, isto é, num plano de dependência e fundamentação de validade vertical, o que os imbrica, uns aos outros, mantendo a forma de sistema, é a sua estrutura, ou seja, as relações havidas entre os diversos enunciados que dão unidade e coesão o sistema. No caso do sistema jurídico, o repertório são os enunciados prescritivos, e a estrutura são as relações, por exemplo, de validade, vigência, eficácia, congruência material, as regras de irretroatividade e retroatividade etc. Assim, sistema é a totalidade envolvendo o repertório e a estrutura.

O problema é que no âmbito deste sistema perceber-se-á a coexistência de diversos tipos de enunciados. Há enunciados que são direcionados à conduta humana propriamente dita. Há enunciados que tratam da produção de enunciados prescritivos. Há enunciados veiculadores de formas e ditames de organização do próprio sistema. Há outros enunciados encarregados de prescrever a forma a ser adotada pelo Poder que lançará mão do próprio sistema jurídico para fazer valer os desígnios da sociedade a que ele deve servir. E é justamente por conta desta diversidade de percepções em relação aos enunciados, que surgiram na doutrina uma miríade de classificações fincadas nos mais diversos critérios, que no mais das vezes não possuem aguda implicação prática, servindo senão para proporcionar aos observadores do sistema uma visão global e mais ou menos organizada do todo.

Nada obstante, há uma distinção dotada de elevada importância prática, e que dentro do tema central deste escrito, qual seja, a importância da aquilatação da densidade normativa dos direitos fundamentais, assume foros de essencialidade para efeitos de compreensão. Está-se referindo à distinção dos enunciados em regras e princípios.

3. Uma possível distinção de enunciados: princípios e regras

De início é importante frisar que princípios e regras tratam-se de espécies de enunciados prescritivos. Um e outro dizem o que deve-ser, além de serem expressos em termos deônticos básicos - permitido, proibido e obrigatório. Por fim, ambas as figuras podem ser tomadas como razões de juízos concretos de dever-ser.

São clássicas as idéias que tomam os princípios ora como fonte ou origem de algo, ora como razão justificativa de ações. No primeiro caso tem-se uma visão aristotélica e no segundo um sentido kantiano.

Inúmeras são as teorias sobre o que vêm a ser os princípios e o que vêm a ser as regras. É tradicional a lição de que os princípios são os mandamentos nucleares do sistema (BANDEIRA DE MELLO, 2004), enquanto que as regras seriam mandamentos de dever-ser (REALE, 2007). Todavia, nada obstante a autoridade e confiabilidade de seus prolores, tais definições pouco esclarecem quanto à intimidade estrutural e funcional das peças componentes do repertório do sistema jurídico, mantendo o jurista no campo da perplexidade.

Humberto Ávila (2009) traça um rico panorama da evolução da distinção entre princípios e regras:

Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que um determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão (ÁVILA, 2009).

Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos antes mencionados, na medida

em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação.

O autor menciona ainda a contribuição de Ronald Dworkin para a questão. O jurista inglês defende que a diferença entre regras e princípios estaria no modo de solução de conflitos entre regras e entre princípios (DWORKIN, 2007). Assim, considerando o modo “tudo ou nada” de aplicação das regras, o conflito entre enunciados desta dignidade normativa importaria necessariamente na expulsão sistêmica da regra refutada ou a inclusão de uma cláusula de exceção no referido enunciado; ao passo que a colisão entre princípios importaria no sopesamento entre os princípios colidentes, de sorte que a prevalência de um não importaria na invalidação do outro.

3.1. Diferenciação estrutural-funcional

Segundo as idéias da Escola do Construtivismo Lógico Jurídico, em especial na doutrina do professor Paulo de Barros Carvalho (2002, 2006, 20080, que tem bases sólidas na teoria geral do direito, sem, contudo, desconsiderar a necessidade de interpretá-la de forma adequada e sem desprezo de dotar-lhe de possibilidades de concretização, para a compreensão do repertório do sistema jurídico as noções sobre os juízos hipotéticos condicionais avultam-se como extremamente úteis.

Segundo estas noções, os enunciados prescritivos que integram o sistema jurídico terão uma estrutura tal que em linguagem formal pode ser descrita por:

(H – C)

Lê-se:

[se H, deve-ser C]

Onde “H” é o antecedente caracterizador da hipótese, ou seja, um fato de possível ocorrência; “–” é o conectivo entre o antecedente e o consequente que traduz a ideia de “deve-ser” designando relação de imputação; e “C” é o consequente que traduz a consequência, equivale dizer, a situação jurídica que instalar-se-á em decorrência da concretização do fato descrito na hipótese do enunciado.

Com base nesta teoria, a primeira diferença entre princípios e regras está em que, se na hipótese do enunciado prescritivo existir a simples previsão de um comportamento, ou seja, de uma conduta humana desejada, estar-se-á diante de típica regra, ao passo que, se a hipótese do enunciado contiver valores jurídicos ou limitações fundamentais à atuação dos sujeitos de direito, estar-se-á diante de enunciado veiculador de princípios.

Quanto ao conteúdo das regras, os comportamentos, não há muito que debater, pois, comportamentos nada mais são que maneiras de se comportar, procedimentos, conjunto de atitudes e reações do indivíduo em face do meio social.

A mesma tranquilidade quanto à identificação do conteúdo, não se verifica em relação aos princípios. Acima foi dito que os enunciados prescritivos veiculadores de princípios terão em sua hipótese valores jurídicos ou limitações fundamentais à atuação dos sujeitos de direito. Aqui surge o primeiro problema, qual seja, identificar o que são os mencionados “valores jurídicos”.

Esta indagação aponta para a necessidade de adentrar-se no terreno da axiologia, para o que definitivamente não há espaço neste brevíssimo trabalho. Nada obstante, para não deixar sem qualquer resposta o questionamento acima formulado, tomar-se-á aqui “valor jurídico” no sentido de situações objetivas denotadoras de essencialidade jurídica universal.

Assim os valores jurídicos são introduzidos no universo do Direito pela prescrição de estados de coisas lançados implícita ou explicitamente no seio do sistema jurídico, daí a sua objetividade. A essencialidade destes estados de coisas objetivados representa aquilo que não pode não ser, frise-se, especificamente em matéria jurídica, sendo que estas situações objetivas devem ter caráter universalizante, isto é, devem valer para toda a comunidade jurídica indistintamente, pelo menos em potência, uma vez que sem aquelas, a plenitude da experiência jurídica torna-se inviável ou injustificável racionalmente.

Prosseguindo na empreitada da identificação do conteúdo próprio dos enunciados prescritivos veiculadores de princípios, há enunciados que trarão em sua hipótese limites fundamentais à atuação dos sujeitos de direito. Neste cenário, os destinatários destes enunciados estarão jungidos por estas limitações comportamentais que dizem-se fundamentais pois sempre terão em foco a preservação de situações jurídicas essenciais para a manutenção da sociedade como tal e do indivíduo enquanto ser humano merecedor de vida digna.

Importa aqui uma ressalva. Não se há de confundir limitação fundamental à atuação do sujeito com imposição de simples comportamento omissivo. A distinção entre uma e outra previsão está na fundamentalidade da limitação. É dizer, se o alvo da prescrição é a abstenção teleologicamente orientada de um comportamento com vistas a preservar um direito fundamental, temos uma limitação fundamental ao agir do sujeito, lado outro, se a omissão prescrita não tem em sua base aquela mencionada teleologia, temos simples previsão de comportamento omissivo.

Vejam, por exemplo, o princípio da legalidade em matéria tributária, que impede a cobrança de tributo sem lei anterior que o institua; e o princípio da boa-fé objetiva contratual,

que condiciona as partes contratantes a uma atitude sempre transparente e voltada a conclusão plena e satisfatória do objeto contratado.

Em ambos os exemplos impõem-se limitações aos sujeitos de direito. No primeiro caso, ao Estado e, no segundo, ao particular, ambos, indubitavelmente, sujeitos de direito.

Nas duas situações tomadas como parâmetro o objetivo é preservar situações essenciais a uma vida digna. No primeiro exemplo preserva-se a comunidade da voracidade pantagruélica do Estado, evitando que sejam editadas normas de tributação que surpreendam os contribuintes inviabilizando os planejamentos orçamentários. No segundo, privilegiando a autonomia da vontade, impõe-se aos contratantes um comportamento que induza ao atingimento da função social do contrato, indispensável para a evolução humana e social.

Neste passo, tratam-se as regras de enunciados que apresentam alta densidade normativa, na medida em que o conteúdo de significação deste tipo de enunciados é comumente mais preciso que o conteúdo de significação dos enunciados veiculadores de princípios, uma vez que a técnica legislativa utilizada na construção destes é a da utilização de conceitos indeterminados, sabidamente abertos ao preenchimento pontual no plano da concretude normativa.

A segunda diferença entre regras e princípios está nas funções desempenhadas por um e outro tipo de enunciados no âmbito do sistema jurídico em que estão alocados.

Estando as regras voltadas diretamente para o plano das condutas intersubjetivas criando expectativas comportamentais, orientam os seus destinatários quanto ao modo de comportar-se, proibindo, permitindo ou obrigando modos de agir; enquanto que os princípios jurídicos, não estando voltados apenas e diretamente para o universo das condutas humanas, mas, sobretudo, para o próprio sistema, assumem função sistêmica condicionante em três planos:

- a) No plano dos atos de produção dos enunciados prescritivos.
- b) No plano da interpretação dos enunciados prescritivos e do sistema jurídico.
- c) No plano dos atos de aplicação dos enunciados prescritivos.

Explica-se.

No que tange ao plano da produção de enunciados, tem-se que o legislador ao exercer sua competência legislativa, por exemplo, tributária, deve respeito ao Princípio da Capacidade Contributiva, sob pena de não o respeitando, ver declarado inconstitucional o enunciado produzido em desrespeito ao cânone.

A mesma vinculação tem o particular quando da produção de contratos.

É sabido que o contrato tem força vinculante entre os contratantes, é dizer, é lei entre as partes, de sorte que qualquer contratante que descumprir o pactuado estará sujeito às sanções

estipuladas no pacto e na lei, podendo sofrer a execução forçada e até os efeitos da rescisão contratual. Esta força vinculante é atribuída a duas circunstâncias. A primeira, deve-se ao fato de o contrato haver sido livremente estipulado e aceito; a segunda, decorre do fato de o contrato haver sido firmado segundo os próprios interesses das partes, ou seja, em razão das vantagens que iriam auferir com ele. É a tradução do brocardo *pacta sunt servanda*.

Já no plano da interpretação dos enunciados prescritivos e do próprio sistema jurídico, tem-se que o teórico que se dedica ao estudo sistematizado do objeto cultural “Direito”, se pretende criar conhecimento consistente sobre este objeto deve estrita observância aos princípios jurídicos, pois, se, por exemplo, tiver de analisar um regime jurídico aplicável a determinada relação jurídica, deverá atentar-se aos princípios interpretativos de direito público ou de direito privado, sob pena de concluir de forma equivocada sobre o regime jurídico aplicável ao caso.

Da mesma forma deve comportar-se o aplicador do direito, isto é, com absoluto respeito aos princípios jurídicos, seja para interpretar os enunciados e o sistema seja para aplicar estes mesmos enunciados. Imagine um juiz que prolata sua sentença sem a devida motivação ou sem preocupar-se em publicá-la no veículo competente. Afrontados seriam os princípios da motivação das decisões judiciais e da publicidade, indispensáveis à higidez do ato em análise.

Em síntese, temos que a primeira distinção entre enunciados prescritivos veiculadores de princípios e enunciados prescritivos veiculadores de regras é estrutural e funcional. Em outras palavras, as diferenças estão na estrutura do enunciado e nas funções exercidas por este no âmbito do sistema, seja para efeitos de autoprodução, seja para fins de interpretação, seja para ordenar a sua aplicação no subsistema social.

3.2. A proposta de Robert Alexy

Em Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy (2008) faz um apanhado histórico acerca dos diversos critérios tradicionalmente utilizados para levar a cabo a distinção entre princípios e regras.

Neste mister, Alexy aponta o critério da generalidade como critério normalmente suscitado. Deve-se entender generalidade como o nível de alcance pessoal do enunciado. Quanto mais horizontalizado for o alcance, mais generalizável é a regra. Segundo este critério o grau de generalidade dos enunciados prescritivos veiculadores de princípios é mais alto do que o dos enunciados veiculadores de regras.

Robert Alexy aponta ainda outros critérios tradicionalmente utilizados para a distinção, tais como, a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento, o caráter explícito

de conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema, além do critério da importância para a ordem jurídica. Por fim, Alexy (2008) relembra os critérios de serem os princípios e as regras razões para regras ou regras em si e o fato de serem tomadas como regras de comportamento ou regras de argumentação.

Para o autor alemão, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. E prossegue: “princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008).

Regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008).

Sua análise tem baldrame na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e demonstra que em casos de colisão entre normas veiculadoras de princípios, a solução não surge pela determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função de ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Assim, os princípios possuem dimensão de peso, não ocupando-se de determinar de plano as consequências normativas, ao contrário das regras. Neste contexto, a aplicação de um princípio está sempre condicionada a uma cláusula de reserva, definida nos termos de que é o caso concreto que determinará a prevalência.

Alexy (2008) afirma que existem apenas duas soluções possíveis para o conflito entre regras. Ou introduz-se uma exceção à regra, ou decreta-se a invalidade de uma das normas conflitantes. Já no que pertine aos princípios, Alexy criou o teorema da colisão, na mesma linha de raciocínio de ponderação de Dworkin (2007).

Percebe-se que Alexy avança em relação à Dworkin na constatação de mais uma diferenciação entre as entidades normativas, qual seja, a do tipo de obrigação estatuída por uma e outra espécies normativas. As regras criam obrigações absolutas, ou seja, não podem ser superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, isto é, podem ser suplantados por outros enunciados da mesma dignidade normativa, desde que assim recomende o caso concreto. É a regra do sopesamento, segundo a qual “quanto maior for o grau

de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167).

3.3. A importância da distinção entre princípios e regras em Robert Alexy. A densidade normativa dos direitos fundamentais

Em apertadíssima síntese, os estudos sobre os enunciados veiculadores de direitos fundamentais apontam para três direções, quais sejam, os enunciados em questão seriam princípios, ou seriam regras, ou seriam regras e/ou princípios.

A adoção de cada uma das posições acima elencadas tem repercussão na medida da densidade normativa dos enunciados, e, via de consequência, na intensidade da intervenção do legislador ordinário no que toca à concretização dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais.

Assim, se tem que o catálogo de direitos fundamentais trata-se de um catálogo de princípios, termos enunciados com baixíssima densidade normativa. Neste cenário, a concretização dos direitos fundamentais demandaria uma significativa intervenção legislativa ordinária, de sorte tal que, os enunciados em questão não confeririam direitos subjetivos aos seus destinatários. Este teoria afirma que se este for o cenário, a decisão do constituinte seria esvaziada e estariam sendo outorgados plenos poderes ao legislador ordinário e ao intérprete da Constituição, e, assim, o resultado seria a insegurança constitucional.

Lado outro, se o catálogo de direitos fundamentais for tomado como um catálogo de regras, a densidade normativa é altíssima e a judiciabilidade destes direitos é plena, devendo as regras incidirem no esquema de “tudo ou nada”, afastando-se a possibilidade de sopesamento. O problema é que assim sendo, toda interferência extrassistêmica seria inexplicável e inaceitável, o que também poderia conduzir a um esvaziamento dos direitos fundamentais, uma vez que toda decisão de concretização dos direitos fundamentais importa em interferências entre os diversos subsistemas sociais. Enfim, a ideal vinculação à Constituição também seria mitigada.

O autor alemão propõe por fim que o melhor modelo é o que toma os enunciados veiculadores de direitos fundamentais ora como regras ora como princípios, dependendo sempre do caso concreto, desde que, este sopesamento seja embasado em estrutura argumentativa racional.

4. A identificação do falso problema

O pano de fundo deste artigo é a densidade normativa os direitos fundamentais, isto é, em que grau requer-se a interferência do legislador ordinário rumo à concretude dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais.

Defendem alguns, com base nas distinções anteriormente apresentadas, que sendo o enunciado prescritivo veiculador de um princípio jurídico, o que importaria na sua baixa densidade normativa, a necessidade de interferência do legislador seria alta. Lado outro, traduzindo o enunciado prescritivo veiculador de direitos fundamentais uma estrutura linguística do tipo “regra”, ter-se-ia alta densidade normativa importando assim em baixa ou nenhuma necessidade de interferência por parte do legislador ordinário para o atingimento da concretização dos direitos fundamentais.

É possível entender que toda esta celeuma representa um falso problema. Explica-se.

A questão aqui está atrelada aos direitos fundamentais. Ora, direitos fundamentais são direitos que servem de fundamento ao edifício jurídico, são direitos básicos, necessários, e assim, essenciais. Esta essencialidade é transcendente, equivale dizer, busca preservar algo que está além dos simples limites normativos, em última instância, a dignidade da pessoa humana. Este é o elemento fundante do direito, pois, já se foi o tempo em que o direito poderia ser tomado por uma feição puramente liberal, tendo como âncoras apenas a liberdade e a propriedade burguesas.

Sem dignidade o homem não é cidadão, não é sujeito de direito e nem tampouco é ser humano, por isso que é forçoso tomar em conta a dignidade da pessoa humana como o fechamento e a abertura do sistema jurídico, e assim, como matriz para todo e qualquer entendimento e interpretação acerca, especialmente, dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais.

Não se pode admitir que a plenitude da densidade normativa de um enunciado veiculador de direito fundamental esteja legada às maiorias parlamentares, sabidamente sujeitas aos interesses de governos e não de Estados. Uma coisa é a densidade normativa outra é o grau eficaz dos enunciados.

A premissa a ser adotada para a preservação da coerência do sistema jurídico deve ser a de que a densidade normativa dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais é sempre plena, é dizer, a interferência do legislador é sempre bem vinda, mas nunca necessária, de tal modo que, mesmo na inexistência desta, o sujeito tem direito subjetivo e assim, está apto a exigir a materialização do conteúdo normativo do direito fundamental.

Não pode ser outro o entendimento, que tem arrimo no disposto no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não há como conceber a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, se esta aplicação estiver sempre condicionada à interferência do legislador ordinário.

O dito acima não põe em dificuldades o Estado Democrático Social de Direito, pois, este Estado tem por finalidade precípua garantir aos cidadãos uma vida digna, e vida digna não há quando os direitos essenciais não são efetivados.

É óbvio, por outro lado, que via de regra, o Estado não possui condições materiais plenas de dar respaldo fático a todas as pretensões que lhes são apresentadas em busca de efetividade de direitos fundamentais. Neste contexto, não se pode defender a preponderância da reserva do possível, em prejuízo da efetivação do mínimo existencial. A lógica mostra que o raciocínio deve ser inverso. A prevalência deve ser sempre do mínimo existencial. Se o Estado não tem condições orçamentárias para garantir este mínimo, que se adeque o Estado. Pensar diferente admite o entendimento quanto à desnecessidade do Estado.

Assim, tem-se que o problema não pode estar localizado no altiplano dos enunciados prescritivos gerais e abstratos, mas sim na interface jurídica da experiência, isto é, no campo da aplicação efetiva dos enunciados jurídicos. É esta aplicação que pode e deve sofrer ponderação pelos órgãos aplicadores. Neste sentido, se o legislador ordinário, percebendo a necessidade imposta pela Constituição Federal, decide interferir no sistema jurídico recheando-o de feixes de enunciados prescritivos concretizadores dos direitos fundamentais, são estas regras que deverão ser tomadas em conta nos casos em que o cidadão chegue às barras do Judiciário formulando pleitos ligados aos direitos fundamentais. E nada impede que o Poder Legislativo crie regras razoáveis para a entrega de prestações fáticas concretizadoras de direitos fundamentais por parte do Poder Executivo. Lado outro, se inexistirem os referidos enunciados concretizadores, isto não impede que o cidadão formule pretensão efetivadora de seus direitos fundamentais. E uma vez deduzido o pleito perante o Poder Judiciário, caberá ao cidadão o ônus da prova quanto à necessidade de entrega da prestação fática por parte do Estado, que por seu turno terá o ônus de provar a inexistência de necessidade da entrega e não de que não possui condições materiais para a efetivação do direito fundamental que se busca efetivar na prática, pois estas, sempre existem, se não universalmente, pelo menos pontualmente.

Assim, é que se pode concluir que, se a distinção entre princípios e regras é de fertilidade inquestionável em termos de dogmática jurídica em geral, esta fertilidade não se verifica quando o debate gravita em torno da efetividade dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais, o que legitima o entendimento pela falsidade deste problema largamente enfrentado na doutrina contemporânea.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Husecond life berto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.