

AS LIBERDADES PÚBLICAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A FORÇA COGENTE DOS PRINCÍPIOS NA PLENA EFICÁCIA DESSES DIREITOS

HUMAN RESOURCES MANAGERS' PERCEPTION TOWARDS SKILLS MANAGEMENT

Liana Chaib*

Doutora em Direito pela Universidade Estadual do Piauí

Professora de Direito na Universidade Estadual do Piauí

E-mail: liana.chaib@hotmail.com

Teresina, Piauí, Brasil

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Pós-Doutora em Direito/Universidade Federal de Santa Catarina

Professora da Universidade de Fortaleza

E-mail: liridacalou@unifor.br

Fortaleza, Ceará, Brasil

Ravana Medeiros Costa Soares Basilio

Mestrado em Direito pela Universidade de Fortaleza

Professora de Direito na Escola Superior dos Advogados do Piauí

E-mail: ravanacosta@hotmail.com

Teresina, Piauí, Brasil

*Endereço: Liana Chaib

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, Rua 24 de Janeiro, 181/Norte, Centro, CEP: 64000-921.

Editora-chefe: Dra. Marlene Araújo de Carvalho/Faculdade Santo Agostinho

Artigo recebido em 02/08/2014. Última versão recebida em 22/08/2014. Aprovado em 23/08/2014.

Avaliado pelo sistema Triple Review: a) Desk Review pela Editora-Chefe; e b) Double Blind Review (avaliação cega por dois avaliadores da área).

RESUMO

Desde há muito, abandonou-se a ideia de simples submissão do indivíduo aos desmandos originários de um Estado marcado pela concentração de poderes na mão de um soberano. Inaugurou-se a nova era do Estado democrático de Direito, cujos postulados são fincados na positivação dos Direitos fundamentais em uma Constituição. Esses direitos, por sua vez, formam um arcabouço de valores que se destinam a tornar plenamente realizado o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse superprincípio alimenta a razão de existir do Direito fundamental às liberdades públicas, que se externalizam como obrigações precípua do Estado em face da pessoa, cujo elo deve ser regulado por normas e princípios. Estes, após anos de amadurecimento, deixaram de ter apenas uma função supletiva, mas avultam como verdadeiros mandados de concretização de direitos e se suplantam a estes por, não raro, atuar com voz prevalente diante de eventual conflito de normas. Essa perspectiva será apresentada neste estudo, ressaltando os princípios como normas garantidoras das liberdades públicas.

Palavras-chave: Liberdade. Estado de Direito. Constituição. Princípios.

ABSTRACT

Long since abandoned the idea of mere submission of the individual to the excesses originating in a state marked by the concentration of power in the hands of a sovereign. Opened up a new era of democratic rule of law, which postulates are stuck in positivization of Fundamental Rights in a Constitution. These rights, in turn, form a framework of values and designed to become fully realized the principle of human dignity. This superprincípio feeds the *raison d'être* of law fundamental civil liberties, which externalize as *precípua* obligations of the state in the face of the person whose link should be regulated by norms and principles. These, after years of maturing, having left only a residual function, but loom as true realization of rights warrants and supplant them by, often, with voice acting prevalent before any conflicting rules. This perspective will be presented in this study, emphasizing the principles and norms that guarantee public freedoms.

Keywords: Freedom. Rule of law. Constitution. Principles.

1. INTRODUÇÃO

Torna-se cada vez mais sólida a ideia de que a liberdade encontra no regime democrático o terreno solidamente fértil de concretização de seus elementos conceituais. Jean-Marie Pontier (2007, p. 7) ensina que a democracia pressupõe liberdades, e estas são plenamente asseguradas na democracia, mas, adverte o insigne professor, que a democracia hodierna, por estar assimilada ao Estado de direito, exige das autoridades o respeito à hierarquia das normas.

Por certo, desde o “*souffle de liberté*” emanado da Declaração dos Direitos de Homem e do Cidadão, na França de 1789 (PONTIER, p. 10), os séculos de amadurecimento, acerca do real alcance da liberdade como direito fundamental, resultaram, também, na indispensabilidade de se transmudar para a esfera normativa os valores jungidos ao ideal de liberdade.

De outro lado, não é insustentável em um Estado de direito a convivência entre coação e liberdade. Contudo, na valiosa lição de José Afonso da Silva (2009, p. 232), o que é incogitável é a coação “anormal, ilegítima e imoral”, pois toda “lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe.”

Inseridos nesse cenário de Estado de Direito, encontram-se não somente as leis emanadas do Poder legiferante, mas igualmente **os princípios**, cujo ápice do reconhecimento de seu valor normativo ocorreu com o pós-positivismo, que “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX.” (Bonavides, 2009, p. 264).

Portanto, não se pode, quando se aprofunda no estudo das liberdades, notadamente das liberdades públicas, olvidar a necessidade de se ressaltar a força cogente dos princípios no sistema de proteção e plena efetividade do direito fundamental às liberdades.

À luz dessas linhas introdutórias, discorrer-se-á doravante sobre a afirmação desses princípios e sua forte correlação com as liberdades públicas dentro do Estado democrático de direito, buscando-se, no processo histórico-evolutivo francês, os lampejos necessários ao desenvolvimento e entendimento do tema proposto.

2. LIBERDADES PÚBLICAS: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEUS REFLEXOS.

Abstraindo-se das divergências de base filosófica ou moral acerca do que se pode incluir na estrutura conceitual de liberdades (esse termo no plural apenas ressalta os vários tipos de liberdade), neste breve ensaio se dará ênfase à liberdade em convívio com o Estado de Direito.

Pimenta Bueno (*apud*, Silva, 2011, p. 235) enfatizou que a liberdade é una e a sua “divisão” em formas apenas representa um modo de compreendê-la em uma determinada relação, por isso a necessidade de segmentá-la em liberdades de pensamento, de consciência ou religião, de locomoção etc.

E o que se concebe de liberdade é a garantia legal do livre poder de ação humana, oponível perante o Estado e perante os demais cidadãos. Quando se adjetiva a liberdade de pública, apenas se ressalta o dever fundamental do Estado de proteger a liberdade, seja qual for a sua tipicidade.

Por isso, liberdades públicas pressupõem intervenção estatal, por meios de mecanismos legais, capazes de resguardar o direito fundamental do homem de ser livre de todos os obstáculos que podem reprimir o pleno exercício da liberdade.

É importante dar destaque que não se pode ver sinonímia entre direitos fundamentais e liberdades públicas, pois estas têm conteúdo restrito e aqueles possuem raio de atuação mais extenso, alcançando, em nível de direito positivado, “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência, digna, livre e igual de todas as pessoas”. (Silva, 2011, p. 178).

Quando se atribui aos direitos fundamentais a prerrogativa de tutores da dignidade, liberdade e igualdade, vislumbra-se aí a profundidade da dimensão dos bens que são tutelados por esses direitos. Estão mais próximos do princípio da dignidade da pessoa humana, que se trata de superprincípio que atende “à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança.” (Mendes, 2012, p. 159).

Contudo, essa visão madura de reconhecimento da existência de direitos fundamentais e da inamovibilidade da liberdade como núcleo essencial desses direitos não data de pouco tempo, mas é fruto de um processo lento marcado por lutas seculares e rompimento de barreiras notadamente políticas.

Acertadas, nesse ponto, as palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 232), respeitado constitucionalista brasileiro, quando conclui que “o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.”

Na doutrina, quando se propõe uma fixação evolutiva das conquistas dos direitos fundamentais, é corrente classificá-los em *gerações*, inserindo-se as liberdades individuais como direitos de primeira geração. Gilmar Mendes (2012, p. 155) destaca-as nessa posição porque detêm a prerrogativa da primazia da positivação, e se caracterizam pelo distanciamento das necessidades sociais e na concentração do homem individualizado, com “abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.”¹

E, como não há quebras de paradigmas sem forças que impulsionem esse rompimento, essa mudança de visão e direcionamento da relação Estado-indivíduo adveio de influências filosóficas e econômicas, tendo como real sustentáculo a ascensão e manutenção do poder de classes dominantes.

É consabido que as aspirações dos filósofos da Europa, dos séculos XVII e XVIII, influenciaram sobremaneira nessas transformações. Em Locke, presenciamos o combate ao absolutismo e a pugna pela preservação dos direitos fundamentais do homem. Montesquieu, inspirado em Locke, idealizou a liberdade política que, a rigor, não se traduzia em fazer tudo o que se quer, mas no direito de fazer o que as leis permitem.

Rousseau, por sua vez, não muito distante de Locke, traz a lume a ideia do contrato social e da soberania popular. Para ele, os homens, a fim de que vençam os obstáculos que se opõem a cada um em seu estado original, necessitam se agrupar e formar uma sociedade política, pois “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo [...]. A soberania não é senão o exercício da vontade geral.” (ROUSSEAU, 1978, p. 33).

Todo esse ideário, indubitavelmente, foi essencial para as transmutações que conduziram ao abismo o Estado absolutista que, por essência, anulava qualquer possibilidade de existência de direitos do homem, mas reconhecia a prestação de deveres do indivíduo perante o Estado.

Contudo, é nota de destaque em todas as transformações políticas a luta das classes dominantes pela manutenção do *status*. Os pensamentos filosóficos encontraram eco na Burguesia do século XVIII que, ciosa de destaque, orquestrou a Revolução francesa de 1789. De fato, a classe burguesa, sedenta de ocupar os privilégios destinados apenas à nobreza e à

¹ Paulo Bonavides, além das quatro gerações direitos, afirma que há uma quinta geração que eleva a paz como direito fundamental do homem. (Bonavides, 2011, pp. 579-593).

realiza, inobstante ser detentora do poder econômico, trouxe consigo, então, os desideratos de liberdade, fraternidade e igualdade.

Criticável, não se pode olvidar, que por trás dessa centelha de liberdade e igualdade havia interesses que sequer tangenciavam as pretensões do povo, pois, até mesmo a proclamação de igualdade era meramente formal. No entanto, louva-se o fato de que essas iniciativas foram determinantes para a passagem de um Estado sem a prevalência da vontade pessoal do Rei para um Estado, onde a lei tornava-se a nova divindade.

Era o prenúncio do Estado de Direito, tendo por postulado maior o princípio da legalidade. Em momento anterior, mas contemporâneo a essa nova ordem que se firmava, eclodiu a Revolução francesa de 1789 e, como ápice, a positivação de alguns direitos fundamentais, especialmente a liberdade, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que foi “la première, et plus grande, source de libertés “(PONTIER, p. 16).

A declaração de 1789, afirma Jean-Marie Pontier, é um texto sempre atual e se reveste de três características marcantes: 1) **universalidade**: escrita não só para os franceses, mas para todos os seres humanos; 2) **é abstrata**: define direitos gerais, sem considerar os processos de execução; e 3) **toma em consideração unicamente o indivíduo**, não leva em consideração o grupo. (PONTIER, p. 17).

Essa importante matriz de caráter supranacional, com verdadeiro conteúdo normativo e axiológico, do antanho ao presente, continua sendo o principal centro de onde irradia a iluminação para a formação de textos constitucionais, reconhecendo a liberdade como direito fundamental do homem.

É crucial evidenciar que outros textos preexistentes também tiveram sua fração de importância no processo de normatização dos direitos fundamentais, como, por exemplo, na Inglaterra (Carta Magna – 1215; Direito de Petição – 1688; Carta de Direitos – 1689 e *Act of Settlement* - 1701), e nos Estados Unidos (Declaração de Independência – 1776; A Declaração dos Direitos da *Virgínia* – 1776). (PONTIER, p. 16.).

Gilmar Mendes (2012, p. 154) acentua a *Bill of Rights* como sendo o marco de “positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem”, ressaltando que eram direitos “até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente.”

Contudo, como bem ressalta José Afonso da Silva (2011, p. 157), a Revolução americana, embora precedente à francesa, foi reflexo das aspirações de reconhecimento dos

direitos do homem preexistentes entre os revolucionários franceses “que já vinham preparando o advento Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII.”

Em passos semelhantes, Bonavides (2011, p. 562) acentua a importância da Declaração francesa porque tinha como destinatário o gênero humano, e “pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.”

Assim, é na Declaração de 1789 que se vê a primazia no processo histórico de afirmação dos direitos fundamentais, sem embargo do alcance e riqueza dos ideais perpetrados pelas demais proclamações solenes de direitos.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS: A REALIDADE BRASILEIRA E O ALCANCE DO CORPO NORMATIVO CONSTITUCIONAL

Na França, o corpo normativo das grandes liberdades somente tomou vulto no período da Terceira República (1875-1940), que foi o interstício denominado de República das Liberdades, em que se viu protegida a liberdade de reunião (1881), liberdade de imprensa (1884), liberdade sindical (1884), liberdade de associação (1901). (PONTIER, p. 12).

Após isso, dois destacados textos resguardam as liberdades públicas na França, a saber: o preâmbulo da Constituição de 27 de Outubro de 1946 e o preâmbulo da Constituição de 4 de outubro de 1958. Ademais, ainda como fonte normativa do direito à liberdade, houve a instituição da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ratificada em 4/11/1950 pelos países integrantes do Conselho de Estado Europeu.

Hodiernamente, persegue-se esse mesmo desiderato em prol da constitucionalização das liberdades, embora não se desconheça que a profundidade como se tratam as liberdades depende de fatores culturais, históricos, sociais etc.

A tessitura jurídico-constitucional brasileira é exemplo bem nítido dessas normais variações. O direito fundamental à vida “sofre limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.” (Gilmar Mendes, 2012, p. 163).

Entre os franceses, há o reconhecimento de que, dentro da liberdade da pessoa física, se vislumbram três prerrogativas: 1) liberdade de ir e vir; 2) segurança individual; e 3) liberdade de intimidade. A realidade brasileira difere ao reconhecer “apenas a liberdade de locomoção e a liberdade de circulação.” (SILVA, 2011, p. 237).

Porém, independente do aprofundamento que cada odornamento ofereça, e das exceções de eficácia, quando em conflito com outros direitos fundamentais previstos na ordem

constitucional de determinado Estado, o que se tem por certeza é que as liberdades devem ser sempre constitucionalmente protegidas com a mesma sebe que envolve os direitos fundamentais.

Por isso, considerá-las também como direitos universais e absolutos, inalienáveis e indisponíveis. No entanto, conforme se assentou linhas acima, em todos esses predicados há fatores que formam um bloco restritivo de pretensão de que essas características atuem de modo uniforme e em toda a sua plenitude no universo das sociedades.

Essas limitações somente são entendidas e aceitáveis quando se observa a necessidade de preservação de outros valores ou direitos positivados na Constituição. E, de muito maior valor do que esse possível conflito, ressaí a constitucionalização das liberdades como direito fundamental, e revelada como uma das maiores conquistas da humanidade.

A feição dos direitos fundamentais como direitos constitucionais traz, por consequência, a vinculação dos Poderes públicos, determinando que os “atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.” (MENDES, 2012, p. 167).

Retendo a atenção no Poder Legislativo, a principal casa de produção das normas, é possível se estabelecer uma real vinculação desse órgão ao dever de respeito aos direitos fundamentais. Por exemplo, a liberdade no exercício das profissões, prevista na Constituição brasileira, é assegurada no art. 5º, XIII, mas, de acordo com essa norma, ato legislativo pode impor restrições ao exercício de determinadas profissões.

Gilmar Mendes explica que a vinculação legislativa também se aplica nesses casos em que o legislador constituinte atribui ao Legislativo a restrição de certos direitos, mas atenta para o fato de que “há de se respeitar o núcleo essencial do direito, não se legitimando a criação de condições desarrazoadas ou que torne impraticável o direito previsto pelo constituinte.” (MENDES, 2012, p. 168).

Esse atrelamento, já se disse, é decorrente da constitucionalização dos direitos fundamentais e está presente no Poder Executivo e no Poder Judiciário. Neste, o elo se dá na atuação jurisdicional de proteção e efetividade dos direitos fundamentais. Naquele, o vínculo se mostra na produção de atos, especialmente aqueles residentes nos perigosos conceitos indeterminados, que não ofendam os direitos fundamentais.

E nesse movimento mundial de constitucionalização dos direitos fundamentais, o ordenamento constitucional brasileiro é notável por se enquadrar nesse avanço, conforme se afere do texto constante da Constituição de 1988. Esta Carta política elevou à índole constitucional a “liberdade-matriz, a liberdade-base, que é a liberdade de ação em geral, a

liberdade geral de atuar”, descrita no art. 5º, II, ao assegurar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (SILVA, 2011, p. 235).

Observa-se que o referido preceptivo constitucional tangencia liberdade com legalidade. Esse contato entre liberdade e legalidade tem sua razão de existir, quando se observa que “a ideia de liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção).” (SILVA, 2011, p. 236).

Essa aparente antagonia entre liberdade e coação é facilmente encontrada no Estado de Direito que, reprise-se, é o terreno fértil de concretização dos direitos do homem e, em uma escala específica, do direito fundamental às liberdades públicas.

Encontram-se espalhadas no texto constitucional brasileiro a previsão e garantia de eficácia das liberdades públicas.

Na verdade, pode-se dizer que a norma ápice brasileira é pródiga no que toca ao reconhecimento de diversos tipos de liberdade. Por isso, Silva (2011, p. 235) ensina que a sistematização constitucional brasileira pode ser vista a partir de cinco grandes grupos, a saber: liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico e social.

No Título inicial, da Constituição, já se nota, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Além do imprescindível e já citado texto do artigo 5º, II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”), há o superprincípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, que se acentua como essencial base de existência dos direitos fundamentais.

No referido art. 5º, registram-se as mais importantes liberdades públicas, como a livre manifestação do pensamento (inciso IV), a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (inciso VI), a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), a liberdade de locomoção no território nacional (inciso XV), a liberdade de reunião (inciso XVI) etc.

Como foi expressado em momento anterior, a ordem constitucional brasileira é moderna em matéria de catalogação de liberdades públicas em suas diversas manifestações. A liberdade de expressão é um exemplo significativo dessa nova era de reconhecimento das liberdades. Significa, em sua acepção mais resumida, o direito de o indivíduo ter o livre arbítrio para externar convicções religiosas, políticas, culturais, artísticas e intelectuais, inclusive, de permanecer calado e não informar.

Branco (2012, p. 298) eleva essa liberdade como “um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos.” Esteve presente já na Declaração dos Direitos e do Cidadão de 1789, prevendo que todo cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, respondendo, nos casos determinado por lei, pelos abusos dessa liberdade.

Na Declaração de Direitos Humanos da ONU, de 1948, encontra-se o artigo XIX, declarando que “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios independentemente de fronteiras.”

Essa previsão nesses grandes estatutos foi significativa e deve ser irreversível, considerando que a livre expressão de pensamentos é um dos pilares do Estado democrático de Direito. A liberdade a que se referem os textos constitucionais é de caráter geral e irrestrita, podendo o indivíduo ter o livre arbítrio para externar convicções religiosas, políticas, culturais, artísticas e intelectuais.

No entanto, a liberdade de se dizer o que quer traz a mesma responsabilidade da liberdade de falar o que não deveria ser dito. Por isso, o corpo constitucional brasileiro traz certas limitações ao exercício dessa liberdade, como no art. 220, ao assegurar que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

Esses incisos disciplinam as consequências dos excessos dessa liberdade: proibição do anonimato; direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; o direito à indenização pelo dano material ou moral, em caso de violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o direito à informação, sendo resguardado o sigilo da fonte somente quando necessário ao exercício profissional.

No Brasil e ao redor do mundo, vêm-se diversas formas de expressão de pensamento, gerando polêmicas e incertezas sobre se o interesse é comunicar ou desmoralizar. Branco (2012, p. 307) cita o caso de queimas de bandeiras dos Estados Unidos da América, tendo a Corte suprema daquele país decidido que a norma que criminalizava esse comportamento era inconstitucional e que o ato foi exercício da liberdade de expressão, de efeito apenas comportamental.

Outro caso emblemático ocorrera em 2006, quando o jornal dinamarquês *Jyllands-Posten* publicou vários cartuns do profeta Maomé, gerando protestos violentos de

muçulmanos por toda a Europa e Oriente Médio, gerando, inclusive, mortes e fechamento de embaixadas. Em setembro deste ano o mesmo fato se repete, tendo por protagonistas a revista francesa satírica "Charlie Hebdo" e a revista espanhola de sátira política "El Jueves", suscitando revolta das comunidades islâmicas.

Em terras brasileiras, tem-se o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que condenou os reus por fazerem apologia ao nazismo, defendendo, inclusive, a suástica. Aquela Corte entendeu que "se de um lado a constituição exaltou a liberdade de expressão do pensamento como um dos direitos fundamentais, ficou preservada também a dignidade humana, com repúdio à discriminação ou preconceito" (Apelação Crime nº 70012571659, Quinta Câmara Criminal, Relatora: Des. Genacéia da Silva Alberton).

Esses exemplos externam o avanço em que se encontram as liberdades públicas, mas também o equilíbrio entre a máxima efetivação dos direitos fundamentais e o respeito a outros valores previstos no texto constitucional, especialmente quando se afronta o princípio da dignidade humana.

Porém, todo esse arcabouço de positivação do direito à liberdade, em suas diversas acepções, não tem sustentação se não existir um sistema de garantias que permita a perenidade e a eficácia desses direitos conquistados. Em outro dizer, a mera presença de normas, ainda que no corpo da Constituição, prevendo o reconhecimento das liberdades civis, pode-se reduzir a letras sem vida, se esses direitos fundamentais não estiverem associados a garantias de efetivo respeito.

Não é por outra razão que na Carta da República brasileira há título reservado para os direitos e garantias fundamentais. Estas se encontram distribuídas ao longo do texto constitucional, às vezes aparecendo de forma explícita (é garantido o direito de propriedade, art. 5º XXII), e, noutras vezes, surgindo sob a forma de inviolabilidade do elemento assecuratório (a casa é asilo inviolável do indivíduo, art. 5º XI). (Silva, 2011, p. 187).

Essas normas assecuratórias têm a função precípua de deixar viva a razão de ser dos valores, bens e direitos protegidos pelas normas constitucionais, que existem para serem realizadas em respeito à vida digna que é a principal consecução humana. É plenamente inserível dentro dessa perspectiva o que foi dito alhures sobre a vinculação dos poderes nessa função de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Tendo por exemplo o Judiciário, a sua função constitucional no Estado de Direito irroga-lhe o dever de tutelar a eficácia desses direitos por meio da jurisdição constitucional, que alcança a função de controle de constitucionalidade das leis e atos da Administração, e a

tutela constitucional das liberdades por meio dos denominados remédios constitucionais, tais como *habeas data* e *habeas corpus*, mandado de segurança e mandado de injunção etc.

Contudo, as garantias de satisfação plena dos direitos fundamentais, e, especialmente as liberdades públicas, não mais são alcançadas pela simples aplicação de normas constitucionais ou infraconstitucionais expressas. É que o Estado de direito não é estanque, pois se subjeta aos anseios e necessidades de indivíduos em determinada época.

Por isso, o Estado de Direito não mais convive apenas com o regrado das leis, mas, como força normativa tão plena como as leis, há os princípios que deixaram de ter aquela ultrapassa função intergativa, subsidiária ou supletiva, e assume o protagonismo de tutela dos direitos fundamentais.

4. REMODALEGAM DA NATUREZA DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO ESTADO DE DIREITO

Em meio a todos os direitos fundamentais, notadamente o direito das liberdades públicas, os princípios destacam-se e ganham relevo, já que dotados de uma carga valorativa bem acentuada, em razão de pautarem fins a serem perseguidos. Não mais se coloca em dúvida a afirmação de que os princípios possuem caráter normativo, força cogente e não são apenas pautas de recomendações, donde a sua não observância é destituída de qualquer consequência.

Bonavides (2011, p. 257) nos dá conta de que essa remodelagem na afirmação da normatividade dos princípios, de forma categórica e precursora, é encontrada em Crisafulli, em 1952, ao conceituar que:

[...] princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

E foi com a denominada fase do pós-positivismo que a normatividade dos princípios atinge seu ponto culminante. A grande conquista não reside na própria existência dos princípios ou no seu eventual reconhecimento, pois os princípios vêm de longe e, de um modo ou de outro, sempre existiram. Mas, o que lhes emprestou singularidade foi o atestado consagrado de sua normatividade.

Abandonou-se o ultrapassado contentamento com o exame da legalidade estrita. Mais que isso, realocou-se o pensamento para se analisar as ações humanas à luz da compatibilização com a regência principiológica que envolve as relações entre Estado e indivíduo. Barroso (2000, p. 47-48) relembra que “[...] na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.”

Celso Antônio de Mello (1991, p. 230) bem delineou a importância dos princípios em trecho que se tornou referência sobre o tema:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Nesse contexto, em torno do tratamento dos princípios como Direito, insere-se a figura de Dworkin (apud BONAVIDES, 2011, p. 265), reconhecendo a possibilidade de que “tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.”

Na linha de pensamento de Dworkin, as normas fazem parte do gênero, no qual se encontram as regras e princípios como espécie. Em sequência, assevera que os princípios, de revés, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fins, que devem ser conjugados com outros fins oriundos de outros princípios: encontram-se no campo da **ponderação de valores**, possuem uma maior carga valorativa e indicam uma direção a seguir; não se posta um perante o outro dentro desse binômio válido/inválido (Dworkin, 1995, p. 77).

Uma ordem jurídica abriga, por vezes, princípios contrapostos, *verbi gratia*, princípio da liberdade de expressão *versus* privacidade. É natural a colisão de princípios; entretanto, sua aplicação não se coloca no binômio do tudo ou nada. Reconhece-se aos princípios uma **dimensão de peso**: a aplicação de um, em determinado caso concreto, não invalida aquele não escolhido, podendo, posteriormente, ser selecionado e aplicado em outro caso concreto.

Para esse autor, na **ponderação de valores**, procura-se estabelecer o peso relativo a cada um dos princípios contrapostos. Em caso de tensão, de conflito ou colisão dos princípios, aplica-se o que melhor atenda a situação em apreço, de forma a que se sacrifique o mínimo de

cada um dos princípios ou direitos fundamentais contrapostos. A aplicação do princípio se dará, predominantemente, mediante **ponderação**. (Dworkin, 1995, p. 77).

Alexy (1993, p. 86) também tratou do tema, enunciando que as regras ou são válidas e se aplicam, ou não são válidas e não se aplicam. Com os princípios, o processo é distinto, pois contêm deveres de otimização, **mandados de otimização**, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas, não determinando de forma direta as consequências normativas, como no caso das regras. Há apenas, no caso concreto, a prevalência de um sobre o outro, em caso de colisão.

Veja-se, ainda, a esse respeito, Canotilho (1998, p. 1035):

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica ou tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

Contudo, comportar, deixar bem nítido que, a despeito de possuírem estrutura diferente das regras, nem por isso os princípios perdem em eficácia e imposição. Ao contrário, como explica Ávila (1999, p. 168):

[...] a definição de princípios como normas *imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta* explica sua importância relativamente a outras normas que compõem o ordenamento jurídico. Possuindo menor grau de determinação do comando e maior generalidade relativamente aos destinatários, os princípios correlacionam-se com um maior número de normas (princípios e regras), na medida em que essas se deixam reconduzir ao conteúdo dos princípios. Isso explica a hierarquia sintática e semântica que se estabelece entre princípios e demais normas do ordenamento e, conseqüentemente, a importância dos princípios na interpretação e aplicação do Direito.

Essa remodelagem e solidez dos princípios como normas não desestrutura o Estado de Direito, que, por sua natureza, ainda continua tendo seu foro de validade sustentado na ideia de submissão de todos à legalidade. O pensamento correto que se deduz é que os princípios apenas deixaram de ter sua tacanha ação de força integrativa e inspiradora para assumir o

desígnio de personagem em destaque para a máxima efetivação das liberdades como direito fundamental.

Assim, é indispensável o manejo dos princípios essencialmente quando postos diante de ausência de regras expressas na constituição que dêem eficácia aos direitos fundamentais, ou quando houver naturais conflitos entre esses direito sagrados.

5. PRINCÍPIOS COMO FORÇA NORMATIVA NA PROTEÇÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A CF/88 adotou a teoria principialista, consagrando a positivação de vários princípios, alguns já de há muito invocados pela doutrina e jurisprudência, e, ao assim proceder, elevou-os ao topo da cadeia hierárquica das normas constitucionais. Nessa ordem, os princípios assomam de importância e deixam de ter função meramente supletória terciária (depois da analogia e dos costumes), consoante previsto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Os princípios, conforme visto fartamente, constituem as vigas mestras do sistema jurídico. Seus comandos encontram-se por todo o ordenamento constitucional, como um feixe de luz a iluminar as regras e as condutas dos aplicadores do Direito. Para Canotilho (1999, p. 1037), os princípios têm uma **função** normogenética e uma função sistêmica: “[...] são os fundamentos de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.”

Ao cumprir seu papel de presidir a inteligência do sistema jurídico positivo, os princípios também atuam, fundamentalmente, como vetores de condutas e, *a fortiori*, também limitadores de comportamentos, prestando-se para coibir e rechaçar atos que discrepem de seus mandamentos. Aferem, pois, a validade ou invalidade de uma ação humana que tenha reflexos no Estado do Direito.

A doutrina brasileira não é unívoca quanto à caracterização e classificação dos princípios expressos ou implícitos contidos no corpo da Carta de 1988. De maneira geral, segue-se como referência a classificação de José Afonso da Silva, inspirada em Canotilho, que define os princípios em duas categorias: Princípios políticos-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais.

No primeiro, encontram-se as decisões políticas fundamentais, traduzindo-se em **princípios constitucionais fundamentais** e estão constituídos nos art. 1º ao 4º, do Título I da Constituição de 1988. No segundo, enquadram-se todos os princípios ligados à ordem jurídica

nacional, dentre os quais podem ser citados o princípio da supremacia da constituição, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio do juiz natural etc. (2011, p. 92-93).

Destacam-se nessa perspectiva os princípios constitucionais fundamentais previstos na Constituição de 1988, que podem ser detalhados em princípios do pacto federativo, da forma de governo, da organização social justa e solidária, do regime político (princípio da dignidade da pessoa), da prestação positiva do Estado (princípio da justiça social e da não-discriminação) e princípio relativos à comunidade internacional (respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana). (SILVA, 2011, p. 94).

Para a proposta deste estudo, alça-se o princípio da dignidade humana como superprincípio que representa muito mais do que apenas valores, pois, além de ser a célula-mater a partir da qual nasce a razão de existência dos direitos à vida, liberdade, igualdade, a dignidade da pessoa também “demanda fórmulas de limitação do poder, prevendo o arbítrio e a injustiça.” (MENDES, 2012, p. 159).

É com esse princípio que se vê bem nítido o atual nível de aprofundamento das modificações na relação entre Estado e indivíduo. Não se trata, portanto, apenas do reconhecimento de que o indivíduo tem direitos e depois deveres, e que essas obrigações, ainda que inafastáveis, devem ser exigidas em benefício do indivíduo. Trata-se, agora, de que determinados direitos, notadamente aqueles tidos como fundamentais (o direito às liberdades públicas), devem sempre ser satisfeitos tendo a pessoa como valor fundamental.

Sob esse enfoque há um profundo impacto nas ações do Estado, ou dos poderes constituídos, de produzir resultados que respeitem a autodeterminação, a liberdade, a igualdade, a autonomia, do indivíduo, e proporcione uma vida digna reduzindo as desigualdades e construindo uma sociedade realmente justa, livre e solidária.

Contudo, o princípio da dignidade da pessoa humana não traz em si a prerrogativa de ser via única de realização das liberdades públicas, pois princípios outros, dentro de seu respectivo grau de atuação, ainda que reduzido, pode ter força suficiente para cumprir esse objetivo. Destaca-se, nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade que, na verdade, serve ao princípio da dignidade humana, tornando-se poderoso aliado na preservação dos direitos fundamentais, núcleo mínimo garantidor de uma vida realmente digna, propiciando o desenvolvimento das potencialidades do ser humano.

Esse princípio surgiu relacionado às limitações dos poderes, na busca do equilíbrio entre os privilégios governamentais e os direitos dos cidadãos. Por isso, é encontrado desde a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, onde não mais se admitia o arbítrio,

a utilização de poderes absolutos e desmedidos, mas se exigia agasalhamento dos direitos dos cidadãos, na busca de uma existência digna.

Fincou estacas sólidas no Direito alemão, com utilização permanente pelo Tribunal Constitucional Alemão, atuando, sobremaneira, na preservação dos direitos fundamentais, mormente quando em colisão entre si, com outros princípios ou entre aqueles e as prerrogativas públicas. É conhecido como o princípio da **proibição de excesso**, abrangente de toda a atividade estatal.

Heinrich Scholler (2000, p. 241), em excelente artigo traduzido pelo prof. Ingo Wolfgang, faz as seguintes anotações:

Constata-se que o princípio da proporcionalidade não se aplica apenas na esfera dos atos discricionários, mas igualmente – no sentido de uma ‘interpretação das leis conforme a Constituição’ – na interpretação de conceitos jurídicos, assim como no caso da avaliação da **necessidade** de uma determinada medida coercitiva no exercício do poder de polícia.

Costuma-se vislumbrar nesse princípio duas vertentes ou subprincípios que são a **adequação** e **necessidade**. O subprincípio da adequação, o primeiro na ordem de averiguação, significa que os meios arbitrados pela lei devem ser aptos a fomentar os objetivos perseguidos. Traduz-se na ideia de utilidade, de aptidão dos meios ao atingimento dos fins legais. O segundo elemento, da exigibilidade, necessidade ou da **menor ingerência**, traduz-se na escolha do meio que ocasione menos gravame, menor ônus ao patrimônio jurídico dos cidadãos, na implementação do fim pretendido.

Está relacionado à **ponderação de valores** detectada por Dworkin, que “exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danos para atingir o resultado desejado [...]” e que “devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência ou núcleo essencial.” (MENDES, 2012, p. 211).

Toda essa fundamentação tem frequentemente sido utilizada como proteção da plena realização dos direitos fundamentais, incluindo-se, obviamente, a custódia das liberdades públicas. Seja quando se trata de limitações do poder público, seja nos possíveis choques entre direitos ou princípios fundamentais diante da concretude de um caso, o princípio da proporcionalidade tem-se mostrado o assegurador da coexistência pacífica dos valores consagrados na constituição.

Na primeira situação, vê-se sua atuação quando há excesso de poder do legislativo ao produzir, por exemplo, normas que contrariam direitos constitucionais fundamentais

(inconstitucionalidade). No segundo, o princípio da proporcionalidade está presente, por exemplo, quando há via de fricção entre dois direitos constitucionais, como o direito de liberdade e o direito à privacidade.

É claro que essa visão de princípios protetores das liberdades públicas tem passagem obrigatória na tutela jurisdicional desses direitos fundamentais. Não é por outra razão que o texto constitucional, em apoio necessário à proteção desses direitos, otimiza um leque de remédios constitucionais que equipa o cidadão de meios próprios de realização dos direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário, dentro de sua obrigatória vinculação aos direitos fundamentais, o papel substancial de dar máxima eficácia e respeitar os direitos fundamentais.

6. CONCLUSÃO

O caminhar de um Estado liberal para um Estado social democrático exigiu mudanças radicais na forma de relação entre o Poder estatal e o indivíduo, de modo a se entreolharem não apenas como soberano e súdito, ou Estado estipulador de exigência e cidadão cumpridor de seus deveres, mas como Estado sensível às necessidades humanas e, ainda que atuando como regulador de condutas, preocupado com o respeito aos direitos fundamentais.

Não se concebe outro prisma senão esse, sob pena de retrocesso à época marcada pela inexistência de um Estado de direito, em que sequer a pessoa humana poderia gozar de sua imanente liberdade. Contudo, esse Estado de Direito não se conforma apenas com a submissão de todos à lei, considerando que esse modelo não atende, por si só, às necessidades relativas à dignidade humana.

De fato, vida, liberdade, integridade física e igualdade passam ao largo da mera aplicação de um frio modelo de servilismo à lei. Por isso, o Estado, por meios de seus Poderes constituídos devem render estrita submissão a esses valores maiores em todos os momentos de sua atuação, visando sempre à necessidade de se comprometer com o resguardo do homem, como ser dependente das liberdades constitucionalmente asseguradas.

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, percebe-se, claramente, essa necessidade. E, para a preservação dessa consecução, a estrutura constitucional brasileira é farta de normas que vinculam os Poderes a esse fim e que não deixam lacunas de realização desses direitos, até mesmo quando há eventuais conflitos entre princípios e direitos fundamentais.

Sob esse viés, chegou-se à louvável aceitação de que os princípios são muito mais do que um comum repositório de valores. Longe disso, os princípios são normas integrantes do

Estado de Direito e se prestam, ao lado dos demais textos normativos, a dar maior eficácia possível à realização das liberdades públicas e, numa acepção maior, dos direitos fundamentais do homem.

No atual momento de desenvolvimento dessa mudança de relação Estado e indivíduo, é marca indelével do Estado de Direito, que se presta a proteger o indivíduo dos desmandos estatais tão “naturais” em épocas pretéritas, todos os Poderes são responsáveis pela persecução da dignidade do homem, podendo, para tanto, fazer uso dos princípios para se chegar ao íntimo das questões de difíceis apreensões, que envolvam, por exemplo, normas constitucionais contrapostas, mediante uma ponderação de valores inspirada em nossa Carta da República que, por natureza, sustenta pujante carga axiológica.

E, o mais importante, frise-se, é a imperatividade de se preservar as liberdades públicas como direito fundamental do homem, tendo em vista que os Poderes estão constituídos e solidificados para cumprir o papel de muito maior relevância que é tornar realidade para todos o sabor de uma vida pautada pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

ÁVILA, H. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar.1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BARROSO, L. R. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 29, 2000.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BONAVIDADES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

SCHOLLER, H. Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*. Porto Alegre, n. 38, 2000.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. España: Editorial Ariel, 1995 .

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

MENDES, G. F; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, C. A. B. de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1991.

MONDAINI, M. *Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2009.

NOVAIS, J. R. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PONTIER, J. *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Hachette, coll. Les fondamentaux, 3è éd. 2007.

ROUSSEAU, J. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, W. A. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: **Livr. do Advogado**, 2001.

STUMM, R. D. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: **Livr. do Advogado**, 1995.