

# ENSAIO SOBRE A NORMATIZAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DE ROBERT ALEXY A PARTIR DE UMA VISÃO CONTEXTUALIZADA DO DIREITO, DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup>

Mílard Zhaf Alves Lehmkuhl<sup>2</sup>

Sumário: Introdução; 1. Contextualização Histórica sobre a Evolução do Direito, Estado e Constituição; 2. A Normatização Principiológica de Robert Alexy; Considerações Finais. Referências das Fontes Citadas.

Resumo: No atual panorama vivido pela sociedade mundial, há uma preocupação do Estado com o bem estar social. O Estado, antes jusnaturalista na época das monarquias e, portanto, absolutista, passou com o evoluir da sociedade para um Estado Liberal de Direito, no qual sua função consistia em proteger o cidadão do próprio Estado e, ainda, assegurar-lhe as liberdades e garantias individuais. Porém, esse modelo de Estado Liberal, num período pós-guerra mundial, não mais conseguiu responder aos anseios sociais, em especial pelos trágicos modelos de totalitarismo que o legalismo jurídico da época possibilitou. Logo, surgiu a necessidade de um novo modelo estatal, hoje considerado um Estado Democrático e Social de Direito, decorrente de um Direito pós-positivista, no qual a Constituição passa a valorizar os princípios como normas e, através desses, assegurar e dar eficácia aos direitos

---

<sup>1</sup> Artigo científico elaborado para a conclusão da disciplina de Teoria dos Princípios Constitucionais, junto ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão.

<sup>2</sup> Advogado, Professor de Direito, Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. mzhaf@univali.br

fundamentais, caminhando a passos largos para a concretização do bem comum. Nesse contexto, uma obra que merece destacada atenção é a obra de Robert Alexy, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, pela qual o jurista alemão busca, dentre outros temas, atribuir força normativa aos princípios e verificar nesses um mecanismo de efetivação e garantia dos direitos fundamentais em um período de pós modernidade. Assim, o presente artigo, sem o fim de esgotar o tema, apresenta-se dividido em dois momentos: o primeiro deles direcionado a contextualização do período atual do Direito, do Estado e da Constituição, destinado a preparar um campo de conhecimento histórico para o segundo momento, cujo objetivo é apresentar a teoria da normatização dos princípios expostos na obra de Robert Alexy. O método utilizado na Fase de Investigação foi o Dedutivo; na Fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano. As técnicas de investigação foram as do Referente, Pesquisa Bibliográfica e Conceitos Operacionais<sup>3</sup>.

Palavras chave: Estado, Direito, Constituição, Norma, Princípios

## ESSAY ON THE PRINCIPLED NORMALIZATION OF ROBERT ALEXY FROM A CONTEXTUALIZED VIEW OF THE LAW, THE STATE AND THE CONSTITUTION

Abstract: In the current scenario experienced by the world society, there is a concern from the State with the social welfare. The State, before jusnaturalist by the time of monarchies and therefore absolutist, went on with the evolution of society towards a Liberal State of Law, where its job was to protect the citizens from its own and also assure them their freedoms and individual guarantees. However, this model of the Liberal State, in the postwar world, no longer was able to

---

<sup>3</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*, 2011

respond to social concerns, in particular the tragic models of totalitarianism that the juridical legalism of that time allowed. Thereafter, the need for a new model state arose, now considered a Democratic and Social State of Law, due from a post-positivist law, which the Constitution gets to enrich the principles as rules and, through these, ensure the effectiveness to the fundamental rights, going towards the achievement of the common good. In this context, a work that deserves a highlighted attention is the work of Robert Alexy, "Theory of Fundamental Rights", where the german jurist seeks, among other topics, to assign normative force to these principles and verify a mechanism for effectiveness and guarantee of fundamental rights in a period of post modernity. Thus, this article, without the purpose of exhausting the subject, has been divided into two parts: the first one aimed the contextualization of the current period of Law, State and Constitution, in order to prepare a field of historical knowledge, aiming in a second moment to present the theory of normalization of the principles outlined in the work of Robert Alexy. The method used in the research stage was the Deductive; the Cartesian, in the stage of data treatment. Investigation techniques were the ones from the Referent, Library Research and Operational Concepts.

Keywords: State, Law, Constitution, Rule, Principles



## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais defende-se a idéia de um Estado Democrático e Social de Direito, vivendo o Direito um período de pós-positivismo, com uma reaproximação da moral e do

ideário de Justiça, tendo na Constituição o instrumento capaz de assegurar e dar eficácia aos direitos fundamentais, o que faz através da força normativa dos princípios constitucionais.

Porém, nem sempre foi assim, eis que essa concepção pós-moderna sobre Constituição, Estado e Direito; da força normativa dos princípios, é consequência das modificações que aconteceram ao longo dos tempos.

Atualmente, conforme Jorge Miranda<sup>4</sup>, para poder se falar com propriedade em constitucionalismo pós-moderno e em princípios constitucionais de direito fundamental, há de se ter em mente as evoluções que sofreram o Estado, o Direito e a Constituição ao longo da história, decorrentes dos acontecimentos sociais e políticos vivenciados em cada momento e lugar.

Segundo Miguel Reale<sup>5</sup> o homem é reflexo dos acontecimentos históricos sociais, de modo que qualquer análise sua distante dessa contextualização de tempo e lugar, irá representar uma imagem distorcida da realidade de cada momento.

Se pensarmos em tudo que o homem, através do dever histórico-social, veio constituindo e realizando, em obras e em atos, temos a “dimensão objetiva do próprio homem”, o que se sói denominadas de mundo histórico, espírito objetivo, mundo cultural ou que melhor nome tenha, e que é tão essencial à imagem do homem como a reflexão sobre si próprio. A historiografia é o espelho no qual o homem temporalmente se contempla, adquirindo plena consequência de seu existir, de seu atuar. Qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do

---

<sup>4</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 2000, p. 10

<sup>5</sup> Reale, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito* – situação atual, 1994, p. 80.

conhecimento do direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem.

Deste modo, o estudo dessas evoluções da História é um primeiro passo importante para a compreensão do papel relevante que a normatização principiológica representa em nossos dias.

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

Num primeiro momento o Estado surgiu baseado na centralização arbitrária do poder nas mãos do monarca, período no o qual se fala em Estado Absolutista. André Del Negri<sup>6</sup> explica que este Estado Absolutista, até meados do século XVIII, partia da premissa de que o rei era o escolhido de Deus, governava por intermédio e a mando desse, sendo o único concededor e detentor do Direito, portanto capaz de ditá-lo e impô-lo.

O Direito vivia nesse período primário a sua fase *jusnaturalista* (distinta em dois períodos, de *jusnaturalismo* clássico e *jusnaturalismo* racional), no qual os direitos eram de origem transcendental, decorrentes de preceitos inscritos na alma humana por Deus. Direito era o que fosse moral, tido por justo pela divindade.

Não havia nessa época a compreensão moderna do constitucionalismo. Não havia uma Constituição escrita, sendo que o monarca, arbitrariamente, fazia o que melhor lhe convinha, sem limites, ao seu livre arbítrio, ainda que em detrimento dos súditos.

Ensina Luiz Roberto Barroso<sup>7</sup> que por quase todo o período do Estado Absolutista não haviam constituições e,

---

<sup>6</sup> NEGRI, André Del. *Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da legitimidade democrática*, p. 19/20

<sup>7</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 5

assim, não havia como se falar em constitucionalismo. As constituições vieram a surgir somente pelo fim do século XVIII, já no fim do Estado Absolutista.

Naquele momento da História, denominado de constitucionalismo na antiguidade, as poucas constituições existentes se apresentavam com uma significação mais restrita do que vieram a ter posteriormente. Estavam elas intimamente ligadas à idéia de ser um instrumento para disciplinar o poder, estabelecendo uma relação legal entre o governante e os governados. Os atos do monarca absolutista agora eram de certa forma controlados, pois, submetidos a uma ordem jurídica máxima, fixada pela Constituição.

A partir do Século das Luzes, fruto da revolução Francesa e impulsionado pela revolução Industrial ocorrida na Inglaterra, estabeleceram-se novas exigências sociais, tais como a concretização dos ideais de liberdade, legalidade, igualdade, fraternidade.

Cansados de sofrer os excessos do monarca, os burgueses passam a defender a idéia de um Estado protecionista em relação ao próprio poder estatal, em relação a propriedade (pois, os proprietários eram os burgueses) e aos direitos e garantias individuais, possibilitando um liberalismo da sociedade.

O Estado, conforme relata André Del Negri<sup>8</sup>, passa a ser compreendido então como um Estado Liberal de Direito. Nesse novo modelo estatal não mais seria possível a prática de arbitrariedades pelo governante. Seus atos necessariamente teriam que ser decorrentes de uma ordem jurídica, consequência de uma norma.

O Direito, até então natural, ligada ao valor de Justiça, passa a ser normativista, vendo na lei a sua única fonte, independente dos valores morais e do aspecto da Justiça. Justo

---

<sup>8</sup> NEGRI, André Del. *Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da legitimidade democrática*, p. 19/20

e moral era o que a lei dizia. Houve um esvaziamento axiológico do Direito. As normas eram elaboradas ao interesse da classe dominante da época, a burguesia.

Historicamente, à essa época, a Constituição era tida como o elemento utilizado para limitar o poder dos monarcas e fortalecer no plano jurídico uma nova era, a do positivismo. Diz Ronaldo Polletti<sup>9</sup> que a Constituição era fruto de um processo racional, distante das raízes sociais.

Foi em decorrência das grandes revoluções do século XVIII que a idéia do constitucionalismo modificou-se, migrando de um constitucionalismo da antiguidade para um constitucionalismo contemporâneo. Nesse período, em decorrência dos acontecimentos políticos e jurídicos, do surgimento de novas ideologias, do fortalecimento da classe burguesa, foi que o Estado transformou-se de Absolutista para Liberal de Direito, inaugurando o denominado período da modernidade.

Conforme Maria da Graça dos Santos Dias (*et al*)<sup>10</sup> o período da modernidade traduz-se numa “viragem paradigmática”, em que o Estado Absolutista, *jusnaturalista*, passa a ser Liberal, no qual o Direito caracteriza-se “como produto do poder estatal, identificando-se com a ordem jurídica positivada e assegurada coercitivamente pelo Estado.”

No período moderno, o constitucionalismo da antiguidade, no qual as Constituições serviam como uma simples norma maior, geral e suprema, capaz de institucionalizar um poder existente na época, passa a dar roupagem a uma nova figura de Constituição.

Para Ana Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes Almeida<sup>11</sup> o constitucionalismo na antiguidade

---

<sup>9</sup> POLLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*, 2000, p. 239

<sup>10</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos *in* DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política Jurídica e Pós Modernidade*, 2009, p. 22.

<sup>11</sup> FERRAZ, Ana Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *in*

representa os primórdios momentos em que passaram a surgir as constituições, antes mesmo do Estado de Direito. O constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo como preferem as autoras, marca um novo período da história, em que as constituições, frente ao Estado Liberal passam a garantir os direitos e liberdades individuais.

Joaquim José Gomes Canotilho<sup>12</sup> leciona que:

(...) entre o “constitucionalismo antigo” e o “constitucionalismo moderno” vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional.

No período moderno, a Constituição representa “uma ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”<sup>13</sup> O constitucionalismo contemporâneo, fruto do Estado Liberal de Direito, é uma garantia dada pela Constituição contra o absolutismo e o exercício arbitrário do poder, possibilitando uma forma de organização estatal mais preparada para respeitar o indivíduo e seus direitos.

Para Ana Paula de Barcelos<sup>14</sup> quando do Estado Liberal, sob a influência do positivismo jurídico vivenciado pelo Direito, as Constituições eram dogmáticas, impondo a vontade do soberano, legitimidade pela legalidade, mediante um processo racional de certa forma distante da realidade social.

---

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro e BETTINI, Lucia Helena Polleti. *Hermenêutica Constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*, 2010, p. 216.

<sup>12</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 52

<sup>13</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 52

<sup>14</sup> BARCELOS, Ana Paula de Barcelos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2002, p. 22

Pode-se apontar como principais alicerces filosóficos ampararam e fortaleceram o constitucionalismo contemporâneo no período moderno o “contratualismo”, o “individualismo” e o “iluminismo”, trazendo como filósofos precursores Locke (Segundo Tratado sobre o Governo), Montesquieu (Espírito das Leis), Rosseau (Contrato Social) e Kant (Paz perpétua).

Diz textualmente Joaquim José Gomes Canotilho<sup>15</sup> que:

Quem quiser uma compreensão de algumas “palavras viajantes” da modernidade política, como soberania, poder unidade do Estado e lei não poderá ignorar o relevantíssimo papel de autores como Bodin e da sua obra *Les Six livres de La République* (1576) ou Hobbes e o seu famoso *The Leviathan* (1651). Mesmo os *maître-penseurs* do constitucionalismo moderno – Locke, Montesquieu e Russo – transportam, nalguns casos, “modo de pensar” antigos e só compreendemos as suas propostas no contexto do saber e das “estratégias do saber” das escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas – *jus naturalismo*, *jus racionalismo*, *individualismo* e *contratualismo* – e dos seus respectivos mestres ( Francisco Vitória e Francisco Suarez, para o jus naturalismo peninsular, Grócio, para o jus naturalismo individualista, Hobbes para a teoria dos direitos subjetivos)

Conforme Gustavo Zagrebelski, esse nova forma de Estado, o Estado de Direito, criado pelas mudanças da vida social entre o século XVIII e XIX passa a assumir o papel de resguardar os cidadãos frente as arbitrariedades do detentor do poder. O Estado de Direito, através da lei, resultado do interesse coletivo dominante, passa a ditar e impor as normas.

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 52

Diz o jurista<sup>16</sup> que:

*(...) el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era – la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad –. La sociedad con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzada a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser la expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses transcendentales propio, empezada a concebirse como instrumento de garantía de los derechos.*

O Estado Liberal se desenvolve com base no princípio da legalidade, pondo termo ao Estado Absolutista. Há uma fuga do *jusnaturalismo*, passando a sociedade da época a exigir uma vinculação de justiça ligada diretamente ao comando legal. O Direito passa, então, a ser puramente legalista, em especial pelas influências de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito). Ao ditar o Direito e estabelecer o que é justo, a lei fixa os limites de atuação do poder do Estado no contexto da experiência social de cada período e lugar, evitando-se arbitrariedades. O Estado Liberal de Direito passa a defender o cidadão dos abusos do governante, impondo e fazendo respeitar os direitos individuais. Cria-se uma idéia de igualdade formal, a lei, única fonte normativa, é igual para todos.

Foi no decorrer do período moderno, em que vigorava a normativismo jurídico que surgiu a idéia de Direitos Fundamentais. Conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo

---

<sup>16</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2005, p. 22/23

Gustavo Gonet Branco<sup>17</sup>, os direitos fundamentais são fruto do Estado Liberal de Direito. Eles são os direitos do homem, originados da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foram positivados pelas constituições dogmáticas.

Para Alexandre Moares da Rosa<sup>18</sup> os direitos fundamentais não possuem conceito único. Para o autor eles são fruto de:

(...) um processo que existe desde o início e que jamais deixara de existir uma vez que os direitos fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto, e muito pelo contrário, trata-se um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positividade para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.

Em que pese toda a importância do Estado de Direito Liberal, em especial pela elevação dos direitos fundamentais a figura de regra, com o fim da Segunda Guerra Mundial esse modelo de Estado passa a perder respaldo.

Mais uma vez os acontecimento sociais (políticos, históricos, econômicos, *et cetera*) passam a influenciar diretamente no Direito, por consequência, a refletir no Estado e na Constituição. De um Estado Absolutista, alicerçado num Direito Natural, sem a figura (moderna) da Constituição, migrou-se, por força de novas ideologias liberais e dos anseios sociais do final do século XVIII, para um Estado Liberal pautado num Direito puramente positivo, baseado em um constitucionalismo moderno.

---

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 279

<sup>18</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. in DO VALLE, Juliano Keller e MARCELINO JUNIOR, Julio César. *Reflexões de Pós Modernidade: Estado, Direito e Constituição*, 2008, p 196.

Mas, essa mudança de posição do Direito, do Estado e da Constituição, como dito anteriormente, renovou-se com as grandes guerras mundiais. Verificou-se que o Estado Liberal de Direito, puramente legalista, possibilitava a criação de Estados Totalitários (como o Nazismo de Hitler na Alemanha e o Facismo de Mussolini na Itália), pelos quais a via legal tudo possibilitava. Nessa época, o mesmo mecanismo legislativo que resguardava os direitos fundamentais poderia passar a sonégá-los.

Nos dizeres de Celso Ribeiro de Bastos<sup>19</sup>:

Obviamente o Estado que não se contenta apenas em por leis, mas aspira ao próprio controle das mentes humanas, não é respeitador dos direitos individuais. O estado totalitário diz respeito, pois, aos limites da atuação do estado. É um dos extremos a que o Estado pode chegar em matéria do exercício do poder.

Para a sociedade plural dos novos tempos (tempos pós-modernos, pós guerra) o comando legal despedido de valor, distinto da moral, afastado da acepção de justiça, não responde mais aos desejos coletivos de bem estar social, de respeito as minorias, de respeito as diversidades do homem, de asseguaração efetiva dos direitos fundamentais, base de uma sociedade justa, igual e fraterna.

Segundo Luiz Alberto Warat<sup>20</sup>,

(...) a modernidade está sofrendo um processo de profundas alterações em fundamentos, valores, desejos e modos de construção do mundo. Toda uma concepção de vida está saindo da História. Uma nova sensibilidade começa a chegar para ocupar seu lugar (...).

---

<sup>19</sup> BASTOS, Celso Ribeiro de. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 2004 p. 172

<sup>20</sup> WARAT, Luiz Alberto. in MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994

A igualdade prometida pelo Estado de Direito, não passou de ficção, de uma igualdade formal, pois, na prática as pessoas dos tempos atuais são distintas, heterogêneas, formando grupos variados, de concepções e aspirações diferentes. A sociedade pós-moderna é plural. Não há, simplesmente pela lei, como considerar todos os cidadãos iguais, o que afasta automaticamente a idéia de fraternidade e liberdade.

Esse descontentamento social enfraquece o legalismo jurídico até então vigente, passando-se a propagar-se a idéia de “democracia constitucional”, erguendo-se então um novo *standard*, denominado de Estado Democrático e Social de Direito.

Diz Celso Ribeiro de Bastos<sup>21</sup> que:

Como não poderia deixar de ser, o estado de direitos formalista recebeu inúmeras críticas, falava-se até mesmo em que ele estaria em crise, na medida em que permitiu quase um absolutismo do contrato, da propriedade privada e da livre empresa. Era necessário redinamizar este estado, lançar-lhe outros fins; não que se desconsiderasse aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim do arbitrarismo, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais era imprescindível. Dá-se início então a um processo de democratização do estado que irá culminar com o estado democrático de direito. Vale dizer que esse princípio vem descrito no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (...).

O então Estado Liberal de Direito, vigente num período de modernidade, reflexo da aplicação da lei numa sociedade liberal, passa, a partir do século XX, a assumir papel mais ativo na proteção dos direitos dos cidadãos, dando margem ao

---

<sup>21</sup> BASTOS, Celso Ribeiro de. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 2004 p. 163

surgimento de um constitucionalismo efetivamente democrático e social. O Estado passa a intervir na sociedade com o intuito não mais de simplesmente limitar o seu poder frente aos cidadãos, não mais desejando apenas dizer o Direito pela norma posta, não simplesmente baseado em um suposta igualdade formal. O Estado passa a perceber na sociedade pós-moderna, pluralidades e a necessidade de uma concretização de igualdade material, exercendo um papel mais ativo para assegurar as liberdades individuais e conferir maior proteção e eficácia aos direitos fundamentais.

Discorre Gustavo Zagrebelsky<sup>22</sup> dizendo que a época do Estado detentor do monopólio de tudo e impositor pela coerção das suas regras deve ser sepultada. Segundo o jurista deve haver o fim do período moderno e o início de uma pós-modernidade, ou seja, o encerramento do Estado Liberal de Direito e o nascimento de um Estado Constitucional de Direito, em que os princípios devem ganhar contorno constitucional e, assim, representarem os próprios direitos fundamentais do homem.

Sérgio Fernandes Ricardo de Aquino<sup>23</sup> sustenta que o Estado contemporâneo, formulado a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da alemã – de Weimar, sofre por modificações axiológicas, jurídicas sociais, tecnológicas, econômicas entre outras. A partir desse cenário, o desafio que se impõe a esse modelo é o cumprimento de sua função social a fim de garantir e preservar condições razoáveis de vida aos cidadãos.

A partir do século XX o positivismo jurídico perde suas forças. A quase unificação da idéia de direito e norma, sem um fundo axiológico, não mais corresponde ao atual estágio humanitário da sociedade.

---

<sup>22</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2005, p. 51

<sup>23</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. in PASOLD, Cesar Luiz. *Primeiros Ensaios de Teoria do estado e da constituição*, 2010, p. 108

Eis que se abre então um novo período no qual o Estado passa a ter uma roupagem democrática, pois, alicerçado na imposição de uma atuação estatal de maneira legítima e na busca dos interesses de todos, inclusive das minorias; assim como de vestimenta social, eis que atribui eficácia vinculante as normas constitucionais como forma de concretização dos direitos fundamentais, efetivando os ideais de igualdade, agora material, e fraternidade.

Nos dizeres de Rosemiro Leal<sup>24</sup>:

O Estado que se tem que estudar; aperfeiçoar e implantar, é o da pós-modernidade: é o Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde, por norma indubitosa, o Estado brasileiro há de se ater à principiologia constitucional da democracia (incisos I a V e parágrafo único do art. 1º), como necessário e legal rompimento com a teoria do Estado mínimo dos neoliberais e comprometimento irrestrito como a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e respostas surgidas na problemática do povo.

Afirma Júlio César Marcelino<sup>25</sup> que:

Na contemporaneidade, especialmente na década e 40, ocorre uma verdadeira guinada histórica – sem precedentes, diga-se. Aquele liberalismo moderno romântico, sonhador e, como dito, ainda um tanto quanto ingênuo, passa por uma releitura que mudariam os rumos da humanidade.

Com a implantação do Estado Democrático e Social de

---

<sup>24</sup> LEAL, Rosemiro, *apud* NEGRI, André Del. *Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da legitimidade democrática*, 2003, p. 26

<sup>25</sup> MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. DO VALLE, Juliano Keller e MARCELINO JUNIOR, Julio César. *Reflexões de Pós Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. 2008, p. 102

Direito, a Constituição ganha natureza jurídica de lei fundamental assumindo papel político na efetivação dos direitos fundamentais.

Esse período de pós-modernidade inicia-se quando o constitucionalismo passa a ver em todo texto constitucional, em especial em seus princípios, um caráter normativo e, portanto, impõe ao Estado uma maior atuação jurídico política para a concretização das normas expressas na Constituição, em especial os direitos fundamentais.

Diz Gustavo Zagrebelski<sup>26</sup> que o Estado Constitucional de Direito permite uma flexibilidade, uma “ductibilidade” da constituição nascida no Estado Liberal de Direito, devendo ela hoje estar aberta para a figura dos princípios e valores.

Essa abertura constitucional com ampliação da sua importância e significação decorre dos avanços tecnológicos; da nova visão de sociedade pós-guerra (fragilizada e traumatizada com o totalitarismo), da modificação dos processos políticos; da implementação da democracia, de mudanças econômicas; das concepções plurais do ser humano e seu grupos ideológicos, dentre outras mudanças sociais, que, como dito, refletem no Direito e, por consequência na idéia de Estado e de Constituição.

Diz Paulo Bonavides<sup>27</sup> que:

(...) é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma reação intelectual implacável.

A letra fria da lei não mais acompanha as mudanças ideológicas e os novos direitos que vão surgindo. O Direito não pode mais andar distante da moral, do valor Justiça.

Dessa forma, passa-se a repensar a figura do Estado e da

---

<sup>26</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2005, p. 14

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 237

Constituição, defendendo-se a idéia de um constitucionalismo não mais simplesmente liberal (pelo qual a lei cria e defende os direitos individuais dos cidadãos em relação ao Estado), mas sim um Estado Democrático e Social, cujo objetivo é que os direitos fundamentais possam ter eficácia concreta, superando o formalismo jurídico e, assim, dando uma resposta mais legítima a sociedade atual.

Cumpra esclarecer que o atual momento de pós-modernidade não faz uma desconstrução do positivismo. A nova fase do constitucionalismo mantém o respeito a legalidade, mas introduzindo nessa normatização questões axiológicas e políticas. Há uma reaproximação entre o Direito e moral. Os valores sociais passam a interferir diretamente na aplicação da norma.

Os direitos fundamentais, surgidos no período do Iluminismo, até então protegidos pela lei, passam a ganhar maior importância e assim montam o núcleo principal da Constituição. O Estado Constitucional de Direito, decorrente de um Direito pós-positivista, dá margem ao surgimento de uma Constituição aberta, mais democrática, preocupada em dar efetividade aos direitos fundamentais através da figura dos princípios.

Há uma enorme valorização dos princípios como normas, devendo a Constituição estar atenta aos acontecimentos sociais, políticos, econômicos e jurídicos de sua época e lugar. Há uma amplitude do conteúdo material da Constituição como forma de alcançar-se maior eficácia dos direitos nela contidos.

No período da pós-modernidade o constitucionalismo ampara-se na idéia de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, um sistema amplo, composto por normas das quais decorrem os direitos fundamentais. A Constituição tem por escopo teleológico finalístico o de servir de instrumento para a realização dos direitos fundamentais, possibilitando a existência do Estado Democrático e Social de

Direito.

No pós-positivismo ganha especial relevo o papel dos princípios, pois, no modelo anteriormente adotado a norma positivada não estava mais conseguindo apresentar respostas satisfatórias aos desejos da humanidade. Os princípios representam uma aproximação dos conceitos de Direito e Justiça, Direito e moral, trazendo consigo uma carga histórico-valorativa dos direitos do homem.

Paulo Bonavides ao comentar a evolução da importância dos princípios ao longo da história, subdivide sua análise em três momentos, um jusnaturalista (quando do Estado Absolutista), outro positivista (quando do Estado Liberal de Direito) e, por fim, um terceiro momento pós positivista (quando do Estado Democrático e Social de Direito). Sobre esse último momento, assim se posiciona:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativos sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Construído esse novo paradigma, a atribuição de caráter normativo aos princípios vem merecendo destaque e estudos, eis ser o elemento utilizado para dar eficácia aos direitos fundamentais, respondendo ao atual panorama jurídico da pós modernidade. A normatização constitucional dos princípios faz com que, para o Direito, a lei deixe de ser o seu elemento central, passando este a serem os direitos fundamentais previstos na Constituição (haja vista representarem os valores sociais), o que enseja em uma abertura constitucional axiológica, aplicada através de mecanismos racionais.

Diz-se que a Constituição é aberta porque ela passa a ser

um conjunto de regras e princípios, em que o sistema normativo constitucional apresenta-se apto a moldar-se de acordo com as novas realidades sociais.

Conforme o jurista Oswaldo Ferreira de Melo<sup>28</sup>,

Para que o direito assuma o seu mais importante papel, que é o de harmonizar conflitos e, com isso, estetizar as relações humanas, será preciso estar ele fundamentado em princípios e valores capazes de sustentar adequadamente as estratégias necessárias para esse objetivo. Quanto aos princípios, que são os faróis para guiar os navegantes dos mares dos interesses incoincidentes – precisamos deles fortes e garantidos pela Constituição. O avanço do constitucionalismo na história das instituições políticas e das novas posições jusfilosóficas da contemporaneidade permitem que se possa contar com os princípios atuando como verdadeiras normas e, normas-fontes de toda regulação destinada à superação das crises sociais.

Como dito, os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meros norteadores da aplicação da lei, para serem considerados como normas fundamentais, carregadas de valores e de eficácia. Segundo Celso Ribeiro de Bastos<sup>29</sup>:

Os princípios constitucionais demonstram sua transcendência ao encampar valores, impedindo que a Constituição se torne um corpo sem alma, uma vez que fornecem a ótica sob a qual a Constituição será manuseada de forma segura

Gustavo Zagrebelski<sup>30</sup> afirma que a distinção que antes

---

<sup>28</sup> MELO, Oswaldo Ferreira de DIAS, in DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Oswaldo Ferreira de. *Política Jurídica e Pós Modernidade*. 2009, p. 97

<sup>29</sup> BASTOS, Celso Ribeiro de. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 2004 p. 97

<sup>30</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2005, p. 51

era simplesmente conceitual, pois, os princípios no período Liberal não possuíam força normativa, no presente momento da vida humana ganham relevante importância. Por serem norma, os princípios de direito fundamental são patrimônio inviolável, de aplicabilidade efetivamente concreta, independente da lei.

*Con las Constituciones contemporáneas, la distinción hobbesiana entre lex y ius deja de ser exclusivamente una precisión conceptual o una aspiración – moral – (segundo el significado que el adjetivo asume de la formulación ‘moral rights’, comprensible allí donde no existe una Constitución en el sentido continental). Dicha distinción se convierte, por el contrario, en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias, quizás aún no todas afloradas. Teniendo presentes los catálogos de los derechos establecidos en constituciones rígidas, es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que lo expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como – patrimonio jurídico de su titulares, independiente de la ley.*

Fazendo crítica aos métodos de aplicação do direito no caso concreto em períodos de positivismo, o autor acima<sup>31</sup> afirma que a falta de atenção e importância aos princípios seria o mesmo que mecanizar o direito, retirando-lhe os valores e, assim, distanciando-se da verdadeira noção de Estado em período de pós-modernidade.

*Se podría indicar la diferencia señalando*

---

<sup>31</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2005, p. 111

*simplemente que son las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho solo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar el la – maquinización – de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo jurídico y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida que el derecho contenga principios. La – aplicación – de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una – reacción –, se – tome posición – ante ésta de conformidad con ellos. Una máquina capaz de – tomar posición – en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tornarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina.*

Logo, no atual panorama da realidade nacional, acredita-se estar se vivendo em um momento em que o Direito passa a ser pós positivista, ainda amparado em normas, mas não somente normas regras, mas também normas princípios, as quais trazem em seu bojo elementos axiológicos, reaproximando o Direito da moral, do conceito natural de Justiça.

## 2. A NORMATIZAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DE ROBERT ALEXY

Pela contextualização apresentada acredita-se ter sido foi

possível perceber que a evolução social gera modificações no Direito e esse, por consequência, estabelece novos paradigmas para o Estado e para a Constituição. Estes acontecimentos históricos vivenciados pelo homem ao longo do tempo, hoje colocam a sociedade num período de pós-modernidade, no qual os princípios têm papel relevante, eis que servem como normas constitucionais capazes de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Assim, para uma melhor percepção jurídica sobre essa normatização dos princípios e efetivação dos direitos fundamentais, compreensão importante para um entendimento adequado da atual conjuntura vivida pelo Direito, pelo Estado e pela Constituição, o presente estudo apresenta a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy<sup>32</sup>.

A teoria em questão foi escrita em 1986, quando o jurista Robert Alexy resolve traçar um estudo sobre os direitos fundamentais e, para tanto, discorre sobre a normatização dos princípios, tomando por base a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão e a Constituição alemã.

Segundo o autor, a metodologia tradicional imposta pelo normativismo jurídico vivido na época do Estado Liberal de Direito, não se presta mais, em tempos pós-modernos, para diferenciar princípios e regras. Aqueles, não podem mais ser concebidos como meros orientadores, simples mecanismos de integração da regra.

O Direito hoje está muito permeado pelos valores sociais e humanos, ou seja, pelos direitos fundamentais esculpidos na Constituição, de modo que a efetividade desses pressupõe uma compreensão distinta entre a figura das regras e dos princípios. Sem essa distinção não há como se falar em proteção e efetividade aos direitos fundamentais.

Os princípios, conforme Robert Alexy, devem ser vistos com força normativa, portanto capazes de resguardar e efetivar

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011

os direitos fundamentais.

A lei, por si só, não passa pelo pressuposto “qualitativo”, valorativo, o que é necessário para alcançar-se o fim social que o Estado pós-moderno tem por missão assegurar. A Constituição deve ser vista não apenas como um conjunto de regras, mas sim como instrumento aberto de regras e princípios.

O momento é de abertura do sistema jurídico frente à moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo com meios racionais.

Somente os princípios seriam capazes de atribuir uma carga axiológica ao Direito e, portanto, ter a possibilidade de efetivamente responder aos anseios sociais. “A distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais não raro são consideradas ‘princípios’.”<sup>33</sup>

A distinção entre regras e princípios, segundo o Robert Alexy, deve ser definida pela natureza da orientação dada ao caso. Os princípios possuem uma qualidade que as regras não têm, qual seja de possuir “importância”, “peso”. Essa dimensão “qualitativa” está relacionada à carga de valores que os princípios carregam consigo, o que a lei, reflexo do legalismo, deixou de trazer em seu bojo quando se afastou do direito natural.

“A realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores.”<sup>34</sup> A quebra da normatização jurídica com a chegada do pós-positivismo faz o Direito buscar novamente os valores “jusnaturalistas”, mas agora através de mecanismos normativos, os princípios constitucionais.

As regras, esvaziadas de valor, seriam aplicadas na forma do tudo ou nada. Dados os fatos hipotéticos que essa regra estipula, ela poderá ser considerada válida ou inválida,

---

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 86

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008, p. 144

hipóteses nas quais as respostas que elas fornecem devem ser aceitas ou em nada interferirão na realidade social.

Conforme Robert Alexy<sup>35</sup>:

As regras são normas que sempre ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contem, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.

Os princípios, diferentemente das regras, são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam algo que deva ser realizado na maior medida do possível; na maior realidade jurídica possível.

O ponto decisivo entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizado por poderem ser satisfeitos em grau variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>36</sup>

As regras são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridas ou não, de forma que, se forem válidas, deverão ser cumpridas como exatamente exigido. Uma vez preenchidas as suas hipóteses de incidência (independente das condições fáticas e jurídicas, o que afasta a questão dos valores da sua abrangência), possuem sempre um resultado previamente definitivo.

Já os princípios não possuem caráter definitivo. Sua aplicação depende das circunstâncias fáticas e jurídicas

---

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 91

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 90

envolvidas, das questões axiológicas postas *sub examine*. Os princípios dizem o Direito *a prima facie*, em princípio, num juízo inicial e abstrato de valor. Sua real dimensão depende diretamente das circunstâncias fáticas e jurídicas ligadas ao caso em concreto, ao suporte fático apresentado.

As regras e os princípios, enquanto razões para um “dever ser”, possuem caráter diferenciado. Aquelas são definitivas, pelo que suas razões de um “dever ser” para todos os casos em que a hipótese legal seja preenchida são absolutas (respeitado é claro a cláusulas de exceção). Já os princípios constituem razões *prima facie*, que dependem das circunstâncias dos casos concretos para demonstrar sua real extensão.

Assim, é possível perceber-se que regras são direitos definitivos, ao tempo que princípios são direitos *a prima facie*. Para Robert Alexy<sup>37</sup> sempre que um princípio é, em última análise, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que apresenta uma razão definitiva para esse juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmo nunca são razões definitivas.

Sendo as regras “mandamentos definitivos”, surge, como já exposto, o imperativo de se cumprir exatamente o que por elas é determinado. Assim, existindo duas regras para um mesmo caso concreto, isto é, havendo conflito de regras, ou se incluiu uma cláusula de exceção de uma em outra, ou uma delas deve ser considerada inválida (segundo os critérios de hierarquia; temporalidade; especificidade e importância), portanto, devendo ser retirada do ordenamento. O conflito de regras se resolve pela subsunção.

A aplicação das regras ao caso concreto é um processo binário. Ou a regra é válida ou não é validade, não existindo graduação dessa validade, eis que a figura da regra esta distanciada da questão do valor, da importância. Assim a

---

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 103

solução do conflito entre ambas resolve-se pela superação de uma pela outra, com a retirada da regra sobreposta do ordenamento jurídico.

No caso dos princípios, para os quais há colisão (e não conflito, como ocorre com as regras), não se faz um processo “tudo-ou-nada”, havendo a possibilidade de graduação da valoração dos direitos fundamentais postos em jogo, pois, eles formam um todo unitário que precisa viver integrado e harmonizado. Quando dois princípios se colidem um terá de preceder ao outro, porém, precedência não faz com que o outro tenha que ser retirado do ordenamento; nem mesmo que seja esvaziado por completo, eis que deve preservar sempre um núcleo mínimo.

Diz Robert Alexy que o “conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípio – visto que só os princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”<sup>38</sup>, ou seja, dos valores.

No caso dos princípios, a sua colisão é resolvida por um processo de ponderação. A estrutura dessas soluções de colisão (mediante ponderação) é apresentada por Robert Alexy na “lei de colisão”<sup>39</sup>. Segundo a “lei de colisão” o processo de ponderação deve ser resultado de sopesamento. Quanto mais alto o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

“O “conflito” deve (...) ser resolvido por meio de um sopesamento sobre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”<sup>40</sup>.

Quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro princípio, devem ser observadas as

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 94

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 95

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 94

circunstancias (fáticas e jurídicas) do caso concreto, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada entre ambos a fim de manter a harmonia do sistema. Frente a cada caso concreto é que se poderá verificar quando um princípio precede ao outro, sendo que, as situações de precedência podem se alternar, tudo dependendo do caso real em apreciação.

Explicando de maneira simples a precedência condicionada, Robert Alexy diz que:

O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio  $P_1$  tem um peso maior que o princípio precedente  $P_2$ , se houver razões suficientes para que  $P_1$  prevaleça sobre  $P_2$  sob as condições  $C$  presentes nesse caso concreto<sup>41</sup>.

Essas situações que levam a determinação de qual princípio naquele caso em específico deve preceder ao outro, são o que se denominou de peso do princípio. Quanto maior o peso de um princípio em certo caso concreto, maior a sua precedência em relação aos demais de menor peso, de menor importância.

A “precedência condicionada” está diretamente ligada às circunstâncias do caso concreto, de modo que é condição *sine qua non* para o exercício da ponderação, não havendo como se falar em “precedência absoluta” na colisão de princípios. Não há uma pré-disposição de preferência entre os princípios de direito fundamental. Eles coexistem formando um todo unitário. O que há é, frente ao caso concreto e de acordo com a possibilidade jurídica, a maior ou menor aplicação de um em relação ao outro, sem um enfraquecimento total do princípio precedido.

Portanto, haja vista seu caráter *prima facie*; por ser mandamento de otimização; por sempre ter um núcleo mínimo

---

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 118

reservado em caso de colisões, ou seja, nunca podendo ser esvaziado por completo frente à precedência condicionada, é que os princípios revelam-se importantes para a efetivação dos direitos fundamentais.

Robert Alexy sustenta que a compreensão de norma jurídica como um “dever ser” abstratamente criado (simplesmente como regra) “é uma ilusão puramente formalista do Estado de Direito”<sup>42</sup>. Não há como conceber-se a norma jurídica distante da realidade social a que ela vai alcançar, distanciada dos valores morais do lugar e tempo em que houver a necessidade de aplicação do Direito.

Essa adequação qualitativa de aplicação do Direito em tempos de pós-positivismo compete aos princípios, que compreendidos como normas, apresentam-se como os mecanismos jurídicos que as Constituições possuem para concretizar o devir do Estado Democrático e Social de Direito em tempos de pós-modernidade, o devir de bem estar social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente artigo objetivou-se apresentar uma análise sobre a normatização dos princípios feita por Robert Alexy na sua obra intitulada de Teoria dos Direitos Fundamentais.

Para uma melhor compreensão do assunto, delineou-se uma breve contextualização sobre Direito, Estado e Constituição, eis que as mutações dessas figuras ao longo dos tempos importaram diretamente na concepção atual e na importância que se dá aos princípios.

Como visto no decorrer do estudo, o Direito, por força das mudanças sociais, deixa num primeiro momento de ser *jusnaturalista* e a partir do final do séc. XVIII passa a ser puramente legalista.

Porém, essa roupagem jurídica, num período pós-guerra

---

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2011, p. 76/77

mundial, deixa de conseguir responder aos desejos da coletividade, eis que não possui uma carga qualitativa em suas normas (até então apenas regras). O direito posto, amplamente individualista e originado de acordo com os interesses da classe burguesa, em tempo pós-modernos, afasta-se das novas ideologias de bem estar social frente a uma sociedade plural, o que culmina na sua perda de forças, eis que distante da concepção de Justiça.

Na atual conjuntura da sociedade, atravessa-se uma fase pós-positivista, pela qual o Direito volta a aproximar-se da moral e, assim, a dar com maior eficácia as respostas que a sociedade heterogênea espera. Todas as ideologias, inclusive as menos favorecidas, passam a ser de interesse do Estado Democrático. As regras, centro do positivismo jurídico, passam a ceder espaço e importância aos princípios, os quais se tornam o núcleo do ordenamento jurídico, pois, estes trazem uma qualidade axiológica em seu bojo.

Essa mudança no Direito ao longo da História culminou também em uma modificação da percepção de Estado e Constituição. Enquanto o Direito era *jusnatural* e depois legalista, o Estado apresentava-se como Absolutista e Liberal. A Constituição após seu real surgimento no período moderno, nada mais era do que um instrumento normativo capaz de limitar o poder do Estado e garantir os direitos e liberdades individuais, de forma fria, despida (e muitas vezes distante) dos valores morais da sociedade.

Com a mudança do panorama jurídico, da concepção de Direito, de sua análise num período de pós-positivismo, consegue-se perceber também uma mudança na figura do Estado e da Constituição. Em períodos de pós-modernidade, o Estado passa a ser tido como Democrático e Social de Direito, preocupado com os valores sociais e com a eficácia dos direitos fundamentais a todos os grupos da sociedade.

Por conta dessa nova visão estatal a Constituição passa a

ser tida como um sistema aberto, que tem como seu cerne os princípios, agora elevados ao caráter de norma e que, portanto, podem regular e direcionar as situações do caso concreto para que os direitos fundamentais consigam ser efetivados e o bem estar social alcançado.

Os princípios, ao contrário das regras, em que pese ambos serem normas, foram denominados por Robert Alexy como direitos *a prima facie* que dependem diretamente da análise do caso concreto para a verificação da sua aplicabilidade e extensão. Os princípios estão intimamente ligados aos valores humanos, aos direitos fundamentais. Enquanto as regras seriam normas de aplicação imediata e total, os princípios, carregados de valores, seriam mandamentos de otimização que podem ser aplicados em maior ou menor grau frente a cada caso concreto, em atenção aos direitos fundamentais postos em disputa.

Os princípios representam uma reaproximação do Direito a moral, ao conceito de Justiça.

As regras, quando sofrem conflitos, passam por um processo de subsunção, de modo que apenas uma delas será aplicável ao caso concreto, tendo a outra que ser retirada do ordenamento jurídico. Já os princípios, que não conflitam, pois, devem conviver harmonicamente, quando colidem passam por um processo de sopesamento, de modo que a aplicação de um deles não esvazia por completo a aplicação do outro. A aplicação de um princípio ligado a um direito fundamental, por maior que seja em relação a outro de mesma categoria, não gera uma precedência absoluta, mas condicionada, limitada ao caso em concreto posto *sub examine*, assegurando sempre um mínimo de existência do princípio precedido.

Em que pese à orientação de máxima realização possível do âmbito de proteção do direito fundamental, os princípios não trazem direitos em absoluto, aplicáveis de forma maximizada. Os princípios traduzem direitos *a prima facie*,

otimizações de realização de maior amplitude fática e jurídica possível, admitindo assim, em certos casos, intervenções estatais limitadoras. O objetivo dessas intervenções, restrições, é obter uma harmonização de todo o sistema jurídico e de uma delimitação do alcance dos direitos fundamentais tutelados.

Portanto, acredita-se ter sido possível perceber que a História da humanidade gerou mutações na compreensão do Direito, do Estado e da Constituição. Foi a partir dessas novas realidades sociais que foram surgindo ao longo dos tempos que se alcançou o atual panorama pós-moderno, no qual o Direito se reencontra com a moral. Essa reaproximação faz com que os princípios ganhem *status* de norma e, assim, sirvam de alicerce para a atuação estatal e para a efetivação constitucional dos direitos fundamentais, possibilitando que a sociedade pluralista cada vez esteja mais perto de alcançar o bem comum, o resguardo do interesse social.



## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Título original *Theoria der Grundrecht*. Trad Virgilio Afonso Da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo : Malheiros. 2011.
- AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. in (org.) PASOLD, Cesar Luiz. *Primeiros Ensaio de Teoria do estado e da constituição*. Curitiba : Juruá, 2010.
- BARCELOS, Ana Paula de Barcelos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo : Saraiva, 2009.

- BASTOS, Celso Ribeiro de. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 6. ed. São Paulo : Celso Bastos Editora. 2004
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 9. reimp. Coimbra : Almedina, 2003
- DIAS, Maria da Graça dos Santos *in* (org.) DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política Jurídica e Pós Modernidade*. Florianópolis : Conceito editorial, 2009.
- FERRAZ, Ana Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de *in* (org.) MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro e BETTINI, Lucia Helena Polleti. *Hermenêutica Constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis : Conceito editorial, 2010
- LEAL, Rosemiro, *apud* NEGRI, André Del. *Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte : Fórum, 2003
- MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. *in* (org.) DO VALLE, Juliano Keller e MARCELINO JUNIOR, Julio César. *Reflexões de Pós Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis : Conceito editorial, 2008
- MELO, Osvaldo Ferreira de DIAS, *in* (org.) DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política Jurídica e Pós Modernidade*. Florianópolis : Conceito editorial, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito de Direito Constitucional*. Tomo II: Constituição. 4 ed. rev. atu. Coimbra : Coimbra Editora. 2000.

- NEGRI, André Del. *Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte : Fórum, 2003.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo : Conceito Editorial, 2011.
- POLLETTI, Ronaldo. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito – situação atual*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *in* (org.) DO VALLE, Juliano Keller e MARCELINO JUNIOR, Julio César. *Reflexões de Pós Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis : Conceito editorial, 2008
- WARAT, Luiz Alberto. *in* MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1992
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Título original: *Il diritto mite: legge diritti gistizia*. Trad Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005