

4

O Reflexo das Lutas por Reconhecimento no Direito Constitucional

Essa parte do trabalho tem por objetivo caracterizar o reflexo que as Lutas por Reconhecimento, desencadeadas no plano social, tiveram no Direito, mais propriamente no Direito Constitucional. Como é sabido, o Direito nasce da necessidade de regulação das principais demandas sociais, viabilizando um foro pacífico de solução das controvérsias. Cada realidade produz suas formas jurídicas próprias, as mudanças que porventura venham a ocorrer na primeira acabam, ainda que em tempos diferentes, repercutindo sobre as segundas. Toda Constituição é fruto de uma transação entre forças sociais, econômicas e políticas, o deslocamento dessas forças requer uma modificação na estrutura constitucional, a fim de produzir-se o condicionamento das forças sociais.¹ O Direito, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, deve ser visto como instrumento de transformação social². Os ordenamentos constitucionais devem ter como meta a adequação de seus enunciados normativos às relações de poder existentes na sociedade, sob pena de tornarem-se letras mortas, desvinculadas de seu sentido original.

É patente também que o Direito não pode dar conta de toda e qualquer demanda social. O hiato temporal existente entre as modificações sociais e sua “apropriação” pelo Direito, decorre exatamente da expressão de necessidade de tais demandas para a coletividade. O reconhecimento, enquanto estava pautado na idéia de honra, não representava sequer uma questão social relevante. Passou a se constituir como tal com o advento da idéia de dignidade, quando a crença na igualdade entre os seres humanos fez surgir um movimento social de combate aos privilégios. Nesse momento, a influência direta sobre o Direito ocorreu com a consagração do princípio da igualdade, sob o ponto de vista exclusivamente formal. O desenvolvimento da própria concepção de dignidade – em sua perspectiva social – refletiu em um equivalente desenvolvimento da perspectiva

¹ José Afonso da Silva. *Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, p. 263.

² Lenio Luiz Streck. “As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana”. In *1988-1998: uma década de Constituição.org*. Margarida Camargo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 319.

normativa da dignidade. Nas sociedades industriais avançadas, o século XIX e o início do século XX foram marcados por lutas por reconhecimento que objetivavam garantir o pilar dignidade. Este ideal foi sendo gradativamente alcançado, tendo como principal concretizador o Estado de bem-estar social. Uma vez efetivada a dignidade, na maior medida possível, as demandas passaram a ter como foco, agora já na segunda metade do século XX, a política da diferença. No Direito Constitucional podemos verificar um movimento análogo.

Como reflexo das grandes revoluções, notadamente a francesa e a norte-americana, os ideais de liberdade e igualdade³ foram amplamente difundidos, servindo de bandeira aos principais ordenamentos constitucionais ocidentais. Em um primeiro momento, a consagração da liberdade e da igualdade formal ocupou lugar de destaque. Aos poucos foi sendo percebida a necessidade de reformular tais conceitos, conferindo-lhes nova dimensão. A transformação pela qual passou o conceito de dignidade, que tem como corolários a liberdade, a igualdade e a vida, é bastante elucidativa, uma vez que nos permite verificar a correspondência entre as modificações ocorridas no âmbito dos conflitos sociais e suas repercussões no âmbito jurídico.

³ Aqui, tomamos como paralelo o desenvolvimento das Gerações de Direitos Fundamentais, idéia capitaneada por Norberto Bobbio, no livro *A Era dos Direitos* [Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992], para fundamentar a evolução desses direitos em relação aos ideais difundidos pela Revolução Francesa. Os direitos chamados de primeira geração teriam uma íntima relação com a idéia de Liberdade, os de segunda geração afirmariam o pilar Igualdade, enquanto que a terceira geração buscaria empreender a Fraternidade. Cumpre enfatizar que a fraternidade, por ter uma marca altruísta essencial ao conceito, foi substituída pela idéia de solidariedade, que tem como corolário a afirmação de uma dependência recíproca, mais adequada à consagração dos direitos em questão.

Os direitos de primeira geração são os direitos individuais, que remontam às primeiras Constituições escritas. Correspondem à concepção liberal de negatividade do Estado, quando este passa a não poder mais emitir prescrições legais que limitem abusivamente o exercício da liberdade individual, nem reduzir o campo de atuação potencial abarcável pelo livre empreendimento individual.

Os direitos de segunda geração correspondem a uma próxima etapa, decorrente do surgimento de determinados direitos sociais que reivindicavam o redirecionamento do poder estatal, no sentido do atendimento das necessidades mínimas da pessoa humana. Se com os direitos de primeira geração houve a limitação do potencial opressor do Estado, com os direitos de segunda geração o Estado haveria de satisfazer aquelas que demandas que, se não atendidas, poderiam inviabilizar a plena possibilidade de libertação humana. São considerados como direitos de segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais, que ao situar a pessoa humana em uma perspectiva tanto individual quanto coletiva, consagram o princípio da igualdade, revestido agora de uma conotação substantiva.

A terceira geração de direitos é aquela preocupada com o destino da humanidade e a essência do ser humano. Eles foram reconhecidos como direitos transindividuais, mas também observados como coletivos e difusos, basicamente relacionados com os direitos ao meio ambiente sadio e equilibrado, ao desenvolvimento econômico e à defesa do consumidor. São os chamados direitos de solidariedade, que passam a ser incorporados pelo Direito a partir de meados da década de 60.

Consoante ao sentimento de negação do Absolutismo, a concepção moderna de liberdade pós Revolução Francesa traduzia-se como a faculdade ou atributo do indivíduo, capaz de zelar pela não interferência do Estado na sua esfera privada⁴. Esta concepção unilateral da liberdade, de forte carga individualista, pretendeu garantir aos sujeitos o direito a uma esfera de atuação ilimitada, através da qual lhes seria possível realizar seus objetivos pessoais sem serem importunados pelo Estado e por suas vontades contingentes. Esses ideais se firmaram como hegemônicos até o final da Segunda Guerra, quando, então, passou a ser questionado, entre outros dogmas, o individualismo descontextualizado e sem limites, que imperava na era moderna. O movimento de valorização humanística decorrente deste período levou a que o indivíduo enquanto ser isolado e solitário fosse substituído por um indivíduo solidário e inexoravelmente atrelado ao contexto social a que está imerso. Na esteira dessas modificações, o conceito normativo de liberdade passou a ser compreendido no contexto do livre desenvolvimento da personalidade, que pressupõe a concretização da autonomia, da integridade e da proteção de todas as formas de atividade humana⁵.

O sentido de igualdade formal - traduzido na idéia de que ‘todos são iguais perante a lei’ - ao determinar um tratamento rigidamente igualitário entre todos, ao invés de dirimir as desigualdades já existentes, serviu como instrumento de manutenção dos privilégios, aumentando cada vez mais o fosso existente entre aqueles que possuíam reais possibilidades de escolha - sujeitos que detinham os recursos escassos e que, portanto, podiam barganhar - e os que não tinham as mesmas oportunidades. O acirramento das desigualdades fez com que o conceito inicial sofresse uma reformulação, passando a conter uma dimensão positiva de real promoção da igualdade, de acordo com o seguinte postulado: ‘deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade’.

Embora a maioria dos constitucionalistas brasileiros entenda como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana a vida, liberdade e

⁴ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 517.

⁵ Conforme idéia inovadora desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã que passou a atribuir ao conteúdo da liberdade de agir, a idéia de livre desenvolvimento da personalidade. Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2. ed., Durham/London, Duke University Press, 1997, p. 314.

igualdade, a interferência do Direito Constitucional em outras áreas do direito, notadamente no Direito Civil, chama a atenção para uma nova dimensão do conceito de dignidade, que passa a ter como idéia central também a solidariedade. O século XIX representou o coroamento de uma perspectiva individualista, calcada na explosão de confiança e orgulho na potência do indivíduo, em sua criatividade intelectual e em seu esforço pessoal. A partir das atrocidades vivenciadas com a Segunda Grande Guerra mundial, vimos nascer na última metade do século XX um novo tipo de relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade social.⁶ Aqui já é possível perceber que os lemas da Revolução Francesa serviram de norte para o desenvolvimento do Direito Constitucional ocidental, que teve sua trajetória marcada pela efetivação da liberdade, igualdade e fraternidade. Entendida esta última como inspiração da solidariedade difundida na modernidade. Ressalta Maria Celina Bodin de Moraes⁷ que:

A idéia de fraternidade, ainda que virtuosa, não se mostra suficiente para representar o vínculo caracterizador de uma sociedade que, pautada pelo pluralismo, cada vez mais compreende distintas e sortidas culturas. Mais do que um sentimento fraternal [...] é o respeito pela diferença que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida.

A partir do estudo desenvolvido no decorrer do trabalho, ousamos afirmar que a ‘luta por reconhecimento’, entendida como uma demanda social fundamental, se manifestou no Direito Constitucional pela defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. A tentativa de funcionar como meio de integração social, leva o Direito Constitucional a apostar no desenvolvimento da concepção normativa de dignidade como a saída para a resolução pacífica dos conflitos sociais por reconhecimento. Sabemos que o reconhecimento não pode ser alcançado pela imposição de direitos e obrigações⁸, o que pretendemos demonstrar a seguir é que o Direito Constitucional pode contribuir significativamente para esta problemática, exercendo uma função educativa. O

⁶ Maria Celina Bodin de Moraes. “O Princípio da Solidariedade”. In *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Organizadores: Antônio Celso Alves Pereira e Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 527.

⁷ Op. cit., pp. 535 e 536.

⁸ Além de não podermos impor o reconhecimento, salienta Willis Santiago Guerra Filho, que a simples elaboração de um texto constitucional não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. “Direito Constitucional e Democracia”. In *Direito e Democracia*. Org. Kátia Arguello. Florianópolis, Letras Contemporâneas, 1996. Daí porque apostamos na capacidade de transformação social do Direito Constitucional.

arsenal coercitivo do Direito deve ser utilizado, nesse sentido, para proibir práticas atentatórias à dignidade humana e para exigir do Estado o desenvolvimento de políticas públicas condizentes à promoção da dignidade, em todas as suas dimensões. O Direito Constitucional auxiliaria, assim, no processo de mudança das práticas sociais, levando a que posturas de condescendência se transformassem, paulatinamente, em respeito.

O princípio da dignidade da pessoa humana ainda passa por um processo de elaboração doutrinária, a alta carga de generalidade e abstração inerente à própria idéia dificulta sobremaneira a tarefa de determinarmos o seu conceito⁹. Várias teorias vêm sendo desenvolvidas no intuito de garantir uma maior densidade jurídica ao termo. Impossibilitados pelos estreitos limites desse trabalho, não poderemos abordar todas elas, assim, optamos por apontar somente aquelas contribuições que mais se adequam à perspectiva central do trabalho.

4.1 **A dignidade enquanto valor**

A consagração da dignidade humana enquanto valor fundamental foi objeto de um longo processo histórico, marcado por avanços e retrocessos, que lhes permitiram ser considerada hoje como um dos poucos valores cujo reconhecimento representa um consenso¹⁰. A origem da idéia do valor da pessoa humana pode ser atribuída ao pensamento clássico e à ideologia cristã. O dogma de que o homem fora criado à imagem e semelhança de Deus foi apropriado pelo cristianismo que passou a difundir a idéia de que o ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.¹¹

A Criação e a Redenção constituem, segundo Cleber Francisco Alves, as duas circunstâncias em que repousa o valor do homem na doutrina cristã. Segundo o mesmo autor, Deus criou o homem à sua imagem e Cristo redimiu o homem decaído pelo pecado, restaurando nele a ordem divina: *Dessa verdade fundamental de ordem teleológica, sobre a criação do homem como imagem e*

⁹ Ingo Sarlet. Op. Cit., p. 108.

¹⁰ Conforme Daniel Sarmento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 61.

¹¹ Ingo Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 106.

*semelhança do Criador, decorre sua eminente dignidade e grandeza.*¹² A mensagem de Cristo além de vincular a salvação a uma decisão pessoal, dando ao indivíduo um papel central nesse processo: *Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento*, enfatiza ainda o valor do outro, colocando como segundo mandamento: *Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos depende toda a lei e os profetas*. Este último coloca os sentimentos de solidariedade e piedade como centrais para direcionar a relação dos indivíduos com o outro.¹³

Ao mesmo tempo em que a dignidade constituía o elemento diferenciador entre os seres humanos e as demais criaturas, no âmbito do pensamento clássico, estava atrelada à posição social do indivíduo e ao seu grau de reconhecimento pelos membros da comunidade. A ideia desenvolvida pelo pensamento clássico guarda estreita relação com a origem da palavra dignidade, proveniente do latim *dignus*, ou seja, aquele que merece estima e respeito¹⁴. Até o século XVI, a ideia de dignidade esteve vinculada às noções de liberdade – homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino – e à ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade¹⁵. O pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII¹⁶ promoveu um processo de racionalização e laicização da concepção de

¹² Cleber Francisco Alves. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 16-20.

¹³ Destaca Ana Paula Barcellos que os sentimentos de solidariedade e piedade estão na base das considerações acerca dos direitos sociais e do direito a condições mínimas de existência: a teoria contemporaneamente desenvolvida do mínimo existencial. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105.

¹⁴ Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional do dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77. Nos ensina Carmem Lúcia Antunes da Rocha que as primeiras vezes que a dignidade apareceu em textos jurídicos, o fez no plural - “dignidades” - porque se referia exatamente a cargos ou honrarias de alguém que se faz titular. Este uso afasta-se totalmente do conceito no seu âmbito moral, mesmo assim, foi esse o sentido que figurou no artigo 7. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dizia que os cidadãos são “igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos”. Cf. Sustenta a autora no texto “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social”. Cópia mimeo, p. 6.

¹⁵ Ingo Sarlet. *A Eficácia ...* Op. Cit., pp. 106-107.

¹⁶ Conforme afirma Carlos Roberto de Siqueira Castro, a tônica do classicismo constitucional, cunhada pelas pautas do iluminismo de raiz liberal e individualista que fez as glórias do século XVIII, não ia além da organização do Estado, com os freios e cautelas assecuratórias das liberdades de traçado jusnaturalista, e da enunciação de um elenco de direitos e garantias individuais que consubstanciavam a própria essência de ideário da constituição da era moderna. “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas”. In *1988-1998: uma década de Constituição*. org. Margarida Camargo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 104.

dignidade, o homem passou a ocupar o centro de todas as coisas e a legitimação do pensamento passou a estar sujeita à sua racionalização, mas a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade permaneceu a mesma.

Como decorrência do desenvolvimento teórico humanista, Kant vai apresentar uma concepção de dignidade, cuja complexidade foi determinante para que se tornasse hegemônica durante muito tempo. O autor sustenta que a autonomia ética do ser humano constitui o fundamento de sua dignidade, não podendo este ser tratado – nem por si próprio – como mero objeto. Dispondo de uma dignidade ontológica, o homem passa a ser um fim em si mesmo, restando ao Direito e ao Estado a função de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais. A concepção kantiana é adotada até hoje, embora tenha sofrido algumas modificações, tendo seu sentido ampliado pela tutela coletiva dos interesses individuais e a verificação da existência de condições materiais indispensáveis para o exercício da liberdade.¹⁷

Essas modificações podem ser atribuídas aos massacres vividos na primeira metade do século XX, com as duas grandes Guerras Mundiais, quando a dignidade passa a ser considerada o valor fundamental e norteador dos diversos ordenamentos jurídicos e de suas instituições. A formulação original se mostrou insuficiente quando permitiu que um número considerável de pessoas passasse a apostar no extermínio de seres humanos como uma política de Estado, e a banalização da vida humana fizesse com que as principais vítimas dessa crueldade, os judeus, negociassem a libertação de judeus ‘mais importantes’ em lugar de judeus ‘comuns’. A crença de que todos os seres humanos têm a mesma dignidade e liberdade foi aviltada de forma direta, cruel e injustificada.

O valor da dignidade passa, a partir da segunda metade século XX, a estar intimamente relacionado com o respeito aos direitos fundamentais¹⁸ e passa a constituir um valor absoluto, exercendo papel essencial na fundamentação e legitimação do Estado Democrático de Direito. O conceito sofre nova reformulação e passa a ser encarado como o respeito à integridade e à

¹⁷ Ana Paula Barcellos. op. cit., p. 107.

¹⁸ Afirma Carlos Roberto de Siqueira Castro que: “impende reconhecer que o princípio da *dignidade* da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. op. cit., p. 104.

inviolabilidade do homem, e não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade¹⁹. Segundo lição de Dieter Grimm, a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana²⁰. A dignidade é uma qualidade intrínseca do indivíduo pelo simples fato de ser humano, *é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente*²¹. O Tribunal Constitucional Espanhol conceituou a dignidade, em 1985, da seguinte maneira: *a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito pelos demais*²².

A maioria da doutrina constitucional aponta como elemento nuclear da dignidade a autonomia e a autodeterminação de cada pessoa. Há, no entanto, autores que defendem que a dignidade não deve ser vista como algo exclusivamente relacionado com a natureza humana, por possuir esta também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo, razão pela qual a dimensão natural deve ter com a dimensão cultural uma relação de complementaridade.²³ As relações humanas foram impactadas pelo avanço tecnológico em todas as frentes do conhecimento, pela insurgência de novos valores e direitos que passaram a integrar o receituário axiológico da democracia de massas e, ainda, pelas transformações do processo político permeável às condicionantes de uma nova ordem internacional que, longe de estabilizar o convívio das nações e melhorar a qualidade de vida dos povos do planeta, apresenta novos desafios e angústias para a humanidade.²⁴

Temos, agora, um conceito marcado por duas dimensões que são por princípio inseparáveis: a dimensão individual e a dimensão intersubjetiva. Na

¹⁹ Cf. Carmem Lúcia Antunes da Rocha. op. cit, mimeo, p. 6

²⁰ Apud Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa ...*, op. Cit., p. 52.

²¹ Ingo Sarlet. *A Eficácia ...* Op. Cit., p. 109.

²² Id. Ibidem.

²³ Idem, p. 110.

²⁴ Carlos Roberto de Siqueira Castro. “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas”.op. cit., p. 103.

primeira, encontramos a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada; a segunda, parte da relação do indivíduo com o outro, ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitando sua esfera individual.²⁵ Cumpre enfatizar, nesse momento, que deve haver uma relação de complementaridade entre as duas esferas, a dignidade individual não deve ser sacrificada em relação à dignidade intersubjetiva e vice-versa. As ingerências na esfera individual só podem ocorrer com base na lei e desde que resguardado o princípio da razoabilidade²⁶. A dignidade plena só poderá ser alcançada pela observância necessária entre esses dois aspectos, porque a ofensa desmedida e injustificável a qualquer uma delas implica em violação ao valor em questão.

Segundo lição de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente tudo o que esteja associado ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências em sua esfera pessoal. Nas palavras do autor.²⁷:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Nesse diapasão, a dignidade tem como postulados: a) o respeito e a proteção da integridade física do indivíduo; b) a garantia de condições justas e

²⁵ Ingo Sarlet. *A Eficácia ...*, Op. Cit. P, 111.

²⁶ Para a caracterização do princípio da razoabilidade, utilizamo-nos do entendimento de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003, pp 94-103. Segundo o autor, a razoabilidade como dever de harmonização do Direito com as suas condições externas exige a regulação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Não se trata de uma relação entre meios e fins ou causa e efeito, mas de uma relação de correspondência entre duas grandezas – deve haver uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Por exemplo, uma pena (medida) imputada de acordo com o princípio da razoabilidade será aquela fixada de acordo com a culpabilidade (critério que dimensiona a medida) do agente. No nosso caso, para que possamos justificar uma violação à dimensão individual de dignidade em relação à sua faceta intersubjetiva, é preciso que a medida imposta à primeira seja fixada a partir do grau de necessidade de proteção da segunda, e vice versa, caso contrário, estaremos violentando de forma arbitrária e inconcebível a dignidade de uma pessoa.

²⁷ Ingo Sarlet. *A Eficácia ...*, Op. Cit., p. 113 e 114.

adequadas de vida para o indivíduo e sua família, c) a isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário; e d) a garantia da identidade pessoal do indivíduo, no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual.

4.2

A dignidade enquanto norma: o princípio da dignidade da pessoa humana

Este ponto tem a pretensão de servir como “mediador” entre a abordagem feita anteriormente – a dignidade enquanto valor – e a que será objeto do ponto seguinte – o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira de 1988. Assim, antes de adentrarmos propriamente na caracterização da perspectiva normativa da dignidade, precisamos esclarecer os pressupostos teóricos a que estamos vinculados.

Primeiramente, nos debruçaremos sobre a questão da eficácia das normas constitucionais, não pretendemos esgotar a questão, até porque fugiria demasiadamente aos objetivos desse trabalho, mas tão-somente enunciá-la, de modo a viabilizar uma defesa da concepção normativa dos princípios. Posteriormente, consideramos oportuno diferenciar princípios de valores, tendo como referências teóricas básicas os trabalhos desenvolvidos por Jürgen Habermas e Robert Alexy.

4.2.1

A concepção normativa dos princípios

Inicialmente cumpre enfatizar que, em relação à eficácia das normas constitucionais, nossa abordagem parte de uma concepção pós-positivista segundo a qual os princípios passam a ser considerados norma jurídica. A corrente jusnaturalista concebia os princípios gerais de direito sob a forma de axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão. Os princípios estariam impregnados do ideal de justiça, seriam *um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana*²⁸. Com o advento do positivismo, os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária, como *válvulas de segurança*²⁹ que teriam como único objetivo garantir o reinado absoluto da lei,

²⁸ Bonavides, op. Cit., p. 234.

²⁹ Idem, p. 235.

vez que informariam e serviriam de fundamento para o Direito Positivo. O Positivismo relegava os princípios, na ordem constitucional, ao patamar de normas programáticas³⁰, não reconhecendo sua imperatividade. A doutrina pós-positivista, como reação aos dois movimentos anteriores trouxe como principal inovação o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios, acentuando seu caráter deontológico e convertendo-os em pedestal normativo de todo o sistema jurídico.³¹

Os problemas do direito, como problemas da *praxis* humana, pertencem à ponderação razoável sobre o agir, implicando na procura daqueles fundamentos comunitariamente aceitos pelo consenso, ou contrato social, que geram a legitimidade. Este não é um problema solucionável de acordo com a lógica formal de um modelo matemático, inaplicável à vida humano-social, porque nesta só o raciocínio prático pode ser norteado pela consideração de aspirações diversas de interesses múltiplos. O direito tem que retomar os princípios através de um

³⁰ Luís Roberto Barroso, em seu livro *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira* (4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp 116-120) traz um elucidativo estudo acerca das normas programáticas, com contribuições de diversos doutrinadores, tais como Pontes de Miranda, Crisafulli, Celso Antônio Bandeira de Mello entre outros. Pontes de Miranda conceituou as normas programáticas como sendo aquelas “em que o legislador, constituinte ou não, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se não de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames que são como programas dados à sua função”. Crisafulli trata o tais normas como “programa político incorporado ao ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, dotado de eficácia prevalecente em relação às normas legais ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e, assim, obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.” Luís Roberto Barroso trazendo as idéias de Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que “as regras desta categoria apenas explicitam fins, sem indicação dos meios previstos para alcançá-los, por tal razão, não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada”. O mesmo autor aduz que “as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, com efeito, [...] elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigi-la”. E termina elencando os efeitos imediatos das normas programáticas e os direitos conferidos de imediato pelas mesmas:

Segundo o autor, as normas programáticas geram os seguintes efeitos imediatos: a) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; b) possibilitam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis;

E conferem ao administrado, num ângulo subjetivo, os seguintes direitos:

- a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional;
- b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.

³¹ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., pp. 228-266.

trabalho de teorização que tenha origem na situação histórica do nosso tempo e que leve em conta a amplitude do conhecimento empírico nele gerado: *os princípios gerais de direito devem ser entendidos como os alicerces, as fontes de inspiração, a alma do direito*³².

Os princípios gerais de direito ganharam relevância a partir da segunda metade do século XX, quando os tribunais - para enfrentar casos limites como os decorrentes do horror nazista, levado a cabo sob o manto da legalidade - passaram a recorrer com mais frequência e mais abertamente a esta espécie normativa:³³

A idéia que dominou o processo de Nuremberg foi a de que os crimes abomináveis cometidos pelos dirigentes da Alemanha de Hitler não podiam escapar à justiça, mesmo na ausência de disposições legais expressas, a menos que fossem consideradas tais as regras do direito internacional público. Era necessário, portanto, para respeitar o princípio *nullum crimen sine lege*, não há crime sem lei prévia que o defina, afirmar a existência de um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas, concernente ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Na esteira desse posicionamento, François Ewald atribui à prática dos princípios gerais de direito o desejo de uma sociedade de ligar-se a ela mesma através de sua própria história, sua herança, seu patrimônio jurídico e constitucional, como se a prática dos princípios gerais de direito fizesse da história do direito, da sedimentação jurídica e da positividade do direito uma fonte para o mesmo.³⁴ Com a emergência deste novo paradigma, verifica-se uma significativa modificação nas ordens constitucionais européias. Na Alemanha, por exemplo, a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, inaugurou uma nova fase que se caracterizou, dentre outras coisas, por conter um extenso elenco de direitos, que assumem uma dimensão objetiva, como centro de validade da ordem jurídica positiva.

Além dessa nova tendência apresentada pelo constitucionalismo alemão, na cultura norte-americana, a partir dos anos 60, desenvolveu-se uma nova perspectiva metodológica, onde os princípios passaram a ser considerados elementos formadores do sistema jurídico. O trabalho de Ronald Dworkin - impulsionado pela reabilitação da filosofia prática, trazida pela obra de John

³² MALTEZ, José Adelino. *Princípios de Ciência Política, II volume: O Problema do Direito*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1996, p.75.

³³ Chaïm Perelman, *A Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 102-103

³⁴ François Ewald. "Os Princípios Gerais de Direito: uma experiência foucaultiana", In *Foucault - a norma e o direito*, Lisboa : Vega, 1993, pp.792-793.

Rawls - impôs-se como um divisor de águas para o debate da teoria do direito contemporânea, ao trazer à tona novas conexões entre a filosofia do direito e a filosofia política. Tomando como premissa uma teoria hermenêutica do direito, de dimensão histórica, Dworkin eleva os princípios ao *status* de elemento capaz de fundamentar uma crítica contundente à concepção hegemônica do positivismo analítico de Hart, a partir dos *hard cases*.³⁵

Segundo a visão positivista, o sistema jurídico era compreendido como contendo exclusivamente normas, entendidas estas como comandos legais que têm a sua obrigatoriedade determinada de forma absoluta. Nesse caso, ou as normas são consideradas válidas e, portanto, devem ser observadas, ou são inválidas e, como tais, descartadas do sistema jurídico. É o que Dworkin entende com a forma *all or nothing*: se os fatos que a regra estipula são dados, ela deve necessariamente ser respeitada, caso contrário, ela deve ser retirada do sistema jurídico.³⁶ Entretanto, Dworkin irá assinalar que, em diversas ocasiões, sobretudo nos casos difíceis, os juízes recorrem a princípios como, por exemplo, o princípio de que “ninguém pode beneficiar-se da sua própria torpeza”, evocado no *leading case* ‘*Riggs v. Palmer*’, um dos casos utilizados para respaldar sua teoria.³⁷ Nessa oportunidade, o autor defendeu a idéia de que o sistema jurídico é composto de diferentes tipos de normas, a merecer consideração: as regras e os princípios. Dworkin estabelece a distinção entre princípios e regras nos seguintes aspectos: 1º) as regras são aplicadas segundo o critério do tudo-ou-nada, ou seja, tanto que válidas atingem o fato nelas previsto; já os princípios são enunciados genéricos, em que inexistente enumeração de exceções, de modo que se abrem para incontáveis casos imaginários; 2º) enquanto os princípios têm diferentes pesos e podem ser escolhidos em razão de sua importância maior ou menor, as regras não têm tal dimensão, pois a diferente importância que possuem não conduz a que o conflito entre elas se resolva pelo peso relativo de cada qual³⁸.

³⁵ Antônio Cavalcanti Maia, Cláudio Pereira Souza Neto, *Acerca dos princípios gerais de direito e do pós-positivismo nas perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*, cópia mimeografada.

³⁶ Cf. Ronald Dworkin. "Is law a system of rules?", in *The philosophy of Law*, edited by R. M. Dworkin, Oxford University Press, 1986, p. 45, 46 e 47.

³⁷ Idem, p. 44.

³⁸ *Apud* Ricardo Lobo Torres, *Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação*, cópia mimeografada.

Na Alemanha, as idéias de Dworkin foram criticadas e desenvolvidas por Robert Alexy.³⁹ O autor estabelece uma distinção entre princípios e regras, crucial para a construção de uma dogmática dos direitos fundamentais. A grande questão para Alexy está nos mecanismos de aplicação das normas principiológicas. Entendendo que normas devem expressar necessariamente modalidades deônticas (mandado, permissão e proibição) e que tanto os princípios quanto as regras expressam algo que deve (juridicamente) ser, ambos devem ser entendidos como tipos de normas jurídicas.⁴⁰ Outro dogma que o autor tenta afastar é o de que o critério de diferenciação entre princípios e regras, por excelência, é o critério qualitativo da generalização crescente. Alexy demonstra que a generalidade não é uma causa, mas uma conseqüência do conceito de princípio, insuficiente para diferenciar de maneira adequada as duas categorias. A distinção proposta por ele pode ser assim formulada: os princípios são mandados de otimização, uma espécie normativa que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com suas possibilidades reais e jurídicas, enquanto as regras são determinações que devem ser observadas de forma absoluta - ou são cumpridas ou não.⁴¹ Considerar que os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível é o mesmo que dizer que os princípios caracterizam-se por serem razões *prima facie*, indicam a direção a ser tomada, e não razões definitivas como acontece com as regras, que exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena.

No Brasil, o grande precursor desta temática foi, sem dúvida, Paulo Bonavides que, ao introduzir o capítulo VIII à edição de 1994 de seu Curso de Direito Constitucional, colocou o debate constitucional brasileiro em compasso com os últimos desdobramentos do debate jurídico da cultura norte-atlântica. No

³⁹ Vide *Teoria da Argumentação* (1978), *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1986) e *Direito e Razão Prática* (1988).

⁴⁰ Cf. Marcelo Gallupo. “Princípios Jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição das obras de Alexy”. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: UFMG, v. 1, n. 2, 2. sem, 1998, p. 136.

⁴¹ Alexy, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87. Segundo pesquisa de Ruy Samuel Espídola, autores como Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Robert Alexy, entre outros, proclamaram, assim, a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores a das teses até então consagradas, que defendiam uma mera posição subsidiária, uma auxiliar função integrativa na aplicação do direito, cabível aos princípios enquanto “princípios gerais de direito”. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.27.

capítulo "Dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais"⁴², o autor atribui aos princípios a responsabilidade pela congruência, equilíbrio e essencialidade que faz do nosso sistema jurídico um sistema jurídico legítimo.

Os princípios gerais, a partir da análise anteriormente feita, correspondem aos princípios constitucionais. Toda a nossa exposição procurou demonstrar que a mudança, além da nomenclatura, passa apenas pelo lugar e caráter de normatividade conferida a eles no decorrer de todos os fenômenos jurídicos referidos. Assim sendo, os princípios que para os seguidores do jusnaturalismo seriam aqueles que inspirariam os sistemas jurídicos vigentes conduzindo-os ao reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à natureza do homem, passaram aos Códigos como fontes subsidiárias no positivismo, vindo a habitar as Constituições, sob influência do pós-positivismo, onde, enfim, se converteram na norma suprema de toda a ordem jurídica, com o status de princípios constitucionais. Dentro dos Códigos, os princípios serviam às leis e, como tais, situavam-se numa posição hierarquicamente inferior a elas. Uma vez constitucionalizados passam a posicionar-se no topo do sistema, guiando e fundamentando todos os tipos normativos a eles inferiores. Tudo isso se dá pelo fato da Constituição representar uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva⁴³, além de refletir a expressão do consenso social sobre os valores básicos, o que faz de seus princípios a verdadeira ‘espinha dorsal’ de todo o ordenamento jurídico, que lhe é subordinado.

Sendo a dignidade da pessoa humana um valor supremo e fundamental, foi transformado em princípio de direito e passou a integrar os sistemas constitucionais, preparados e promulgados a partir de um cenário pós-positivista, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental⁴⁴, a substância mesma do quanto

⁴² *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1994, capítulo VIII.

⁴³ Gisele Cittadino, op cit. p. 16

⁴⁴ É necessário esclarecer neste ponto que, a despeito do constituinte ter dado à dignidade o *status* de princípio fundamental, ela pode assumir além de sua dimensão principiológica o caráter de regra jurídica. Conforme demonstra Alexy [*Teoria de los Derechos Fundamentales*, op. Cit., pp. 106 a 109] além de atuar como mandado de otimização, a dignidade assumirá o conteúdo de regra a partir do processo de ponderação, quando da colisão com outro princípio resultar em uma regra

constitucionalmente construído⁴⁵. Deixa de ser um anseio compartilhado por alguns e passa a vincular positiva e juridicamente o Estado e a sociedade⁴⁶ à sua observância e respeito. A imposição de sua normatividade significa que o Direito reconhece a dignidade humana como um dado essencial de uma construção jurídico-normativa que pretende proteger o homem e criar garantias institucionais capazes de permitir que a sociedade busque a eficácia e o respeito à estatuição deste princípio fundamental.

4.2.2 Princípios e Valores

Os princípios e os valores estão extremamente vinculados entre si, daí porque a sua diferenciação, nesse momento, torna-se fundamental para um melhor enquadramento da dignidade. Alexy diferencia os referidos institutos pelos níveis deontológico e axiológico. O conceito deontológico refere-se ao conceito de mandado ou de dever ser, já o axiológico caracteriza-se pelo que é *bom*. A variedade dos conceitos axiológicos resulta dos muitos critérios de acordo com os quais algo pode ser qualificado de bom, tal atribuição pode estar vinculada a qualidades como belo, valente, seguro, econômico, democrático, social, liberal, entre outros.

Os princípios, enquanto mandados de otimização, pertenceriam ao campo deontológico, enquanto que os valores teriam que ser incluídos no nível

adscrita. Enquanto regra, sob esta dimensão, aplicar-se-á a lógica do “tudo ou nada”. Infelizmente não poderemos aprofundar neste trabalho o tema da ponderação de princípios, porque fugiria demasiadamente aos nossos objetivos. Para um melhor entendimento do tema apontamos como referências básicas, além da obra do próprio Robert Alexy, já citada, as seguintes: Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996; Paulo Bonavides. “O Princípio da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais”, In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.34, 1994; Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para a formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: RT, 1999; Edilson Pereira de Farias, *Colisão de Direitos – a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996; Marcelo Campus Gallupo, “Princípios Jurídicos e a Solução de seus conflitos – a contribuição das obras de Alexy”. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 1998; Willis Santiago Guerra Filho, “Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade” In *Revista dos Tribunais*, n. 719 set, 1995; Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

⁴⁵ Carmem Lúcia Antunes da Rocha. Op. Cit. Mimeo, p.7.

⁴⁶ Afirma Ingo Sarlet [*O princípio da dignidade ..., pp. 112-113*] que além do Estado, todas as entidades privadas e os particulares “encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula também no âmbito das relações entre os particulares.”

axiológico: *a diferença entre princípios e valores se reduz a um ponto. O que no modelo dos valores é prima facie o melhor, no modelo dos princípios é prima facie devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor, no modelo dos princípios é definitivamente devido. Assim, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente*⁴⁷. Como o Direito trata do que é devido, acaba privilegiando o modelo dos princípios, mesmo havendo casos em que possamos partir da argumentação jurídica do modelo de valores no lugar do modelo dos princípios. Alexy aponta para a vantagem do segundo, por estar este ancorado expressa e claramente no dever ser, o que faz com que dê lugar a menos falsas interpretações.

Habermas empreende sua diferenciação atribuindo aos princípios, assim como Alexy, um caráter deontológico. Como normas obrigariam, quando válidas, seus destinatários a um comportamento que preenche expectativas generalizadas. Aos valores, por sua vez, o autor reconhece um caráter teleológico, já que estes devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente:⁴⁸

Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo 'sim' ou 'não', ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor.

Como as normas têm uma validade deontológica, pressupõem uma obrigação incondicional e universal de caráter absoluto. Por estarem inscritas em um ordenamento que se pretende sistêmico, as normas não podem ser contraditórias entre si, caso contrário não poderão ser consideradas válidas em um mesmo círculo de destinatários. Os valores, a seu modo, configuram aqueles bens adotados ou exercitados no âmbito de formas de vida ou de uma cultura. A sua relatividade repousa no fato de que decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, diante de determinada comunidade, é bom para nós ou para mim. A contraditoriedade entre eles é representativa dos bens em conflito naquela comunidade, nesse âmbito, não

⁴⁷ Robert Alexy, op. cit., p. 147.

⁴⁸ Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 315.

podemos dizer que um valor é válido ou inválido, todos podem ser adotados. Eles concorrem entre si para obter primazia, terá maior visibilidade aquele que obtiver o reconhecimento intersubjetivo de determinada cultura ou forma de vida.

Como visto, Habermas distingue os princípios dos valores a partir de três critérios: o primeiro é o que reconhece o sentido deontológico aos princípios e teleológico aos valores – do qual decorre a respectiva obrigatoriedade absoluta e relativa dos mesmos; o segundo utiliza-se da codificação binária ou gradual da pretensão de validade dos institutos; enquanto que o terceiro refere-se aos critérios que o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Diante dessas premissas, o autor defende que se pensarmos os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito, não poderemos considerá-los, ao mesmo tempo, como bens otimizáveis, conforme entende Alexy. Porque entender os direitos fundamentais dessa forma é considerá-los como valores e, portanto, na configuração com outros valores, estes formariam nada mais que uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. Daí porque se mostra mais adepto da concepção desenvolvida por Dworkin, que toma os princípios como normas do direito, formados, assim como as regras morais, segundo o modelo de normas de ação obrigatória e não segundo o modelo de bens atraentes. Regras e Princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*⁴⁹, devido ao seu sentido deontológico de validade. Já os valores, têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores e, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação é realizada de modo arbitrário, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.⁵⁰

Diante de tal posicionamento, Habermas desenvolve uma feroz crítica à concepção dominante no Tribunal Constitucional Alemão, que considera a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não como um sistema de regras estruturado através de princípios, mas como uma *ordem concreta de valores*⁵¹. Entende o autor que o Tribunal que adota a *ordem dos valores* para a tomada de suas decisões, aumenta a possibilidade da ocorrência de juízos irracionais, ao

⁴⁹ Habermas, Idem, p. 321.

⁵⁰ Cf. Habermas, op. Cit. Pp. 315-322.

⁵¹ Idem, p. 315.

privilegiar os argumentos funcionalistas em detrimento dos argumentos normativos.⁵² Assegura, em consequência que a jurisprudência orientada por princípios guarda uma reserva de coerência, pois uma vez que precisa definir qual a pretensão e qual a ação deve ser exigida num determinado conflito, impede o arbitramento sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre os valores.⁵³

Os constitucionalistas comunitários, por sua vez, entendem que o cumprimento dos direitos fundamentais equivale a uma realização de valores. Se os valores representam o fundamento ético do ordenamento jurídico e os princípios expressam os valores fundamentais compartilhados por determinada comunidade, a Constituição organiza um tipo de Estado que não pode ser neutro⁵⁴. Uma das maiores reivindicações dos comunitários repousa na transformação do modelo liberal clássico de Estado – caracterizado por Walzer como liberalismo 1 – por um Estado comprometido com a sobrevivência da diversidade cultural, atuando de forma positiva para a preservação desta – liberalismo 2. Como dito no ponto 1.3, o primeiro tipo aposta na neutralidade do aparelho estatal em relação às perspectivas culturais e demais metas coletivas, dando ensejo a um modelo de aplicação uniforme das regras que definem os direitos fundamentais, desconsiderando as metas coletivas.⁵⁵ O modelo alternativo defendido pelos comunitários, ao invés da neutralidade, é marcado pelo compromisso expressamente declarado do ordenamento constitucional com os valores supremos daquela nação.

Os valores são particulares, o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceituação lógica, já as normas devem sua validade a um teste de universalização. A dignidade humana se revela no sistema de direitos constitucionais como um valor essencial que dá unidade e sentido à Constituição⁵⁶, mas uma vez incorporada pelo texto constitucional, na qualidade de princípio fundamental, passa imediatamente a ser revestida pelo manto do dever ser, passando a constituir uma obrigação incondicional e universal de natureza absoluta. Desse modo, uma decisão judicial orientada pelo princípio da

⁵² Idem, p. 322.

⁵³ Idem, p.323.

⁵⁴ Cf. Gisele Cittadino. Op. Cit. Pp. 44 a 49.

⁵⁵ Taylor. *Política Del Reconocimiento*. Op. Cit. P. 94

⁵⁶ Gisele Cittadino. Op. Cit., p. 44

dignidade teria a reserva de coerência reivindicada por Habermas. Enquanto valor essencial da Constituição, mesmo sob a forma de um conceito deontológico, faz de nosso ordenamento constitucional um sistema preocupado em assegurar aos indivíduos uma esfera de liberdade frente às intervenções do Poder Político, em garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana, e comprometido com a preservação das diversidades culturais, como reivindicam os comunitários.

4.3

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável, impositiva, e uma nova concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de preceitos, para um figurino normativo de princípios.⁵⁷

Conforme demonstramos anteriormente, a dignidade humana passou a ser o centro das preocupações político-jurídicas notadamente a partir do holocausto, quando se tornou incontestado que a proteção do homem deve ir além da defesa de sua integridade física: *ultrapassou-se o direito à vida como o conteúdo que se adotara desde os textos constitucionais setecentistas, reformulando-se e fortalecendo-se essa definição jurídica, agora sob o influxo de um núcleo de direito muito mais amplo do que antes se tivera*⁵⁸. O século XX mostrou que podemos impedir alguém de viver, de viver com dignidade, sem eliminá-lo fisicamente. Toda forma de desumanização atinge não apenas uma pessoa, mas toda humanidade representada em cada homem⁵⁹. A violação à dignidade, enquanto valor próprio de cada um e de todos, se manifesta no âmbito das relações intersubjetivas. Enquanto a sua esfera de ação estava restrita à imposição de condutas ético-morais condizentes com seu conteúdo, a garantia de sua observância dependia da consciência dos indivíduos. A sua proteção jurídica nasce da necessidade de podermos impor coercitivamente que todos recebam igual consideração e respeito por parte da comunidade e do Estado. Tendo sede na

⁵⁷ Carmem Lúcia Antunes da Rocha. Op. cit., mimeo, p. 8

⁵⁸ Carmem Lúcia, op. Cit, mimeo, p. 7.

⁵⁹ Carmem Lúcia Antunes da Rocha. “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”, cópia mimeo, p. 1

filosofia, o conceito de dignidade humana ganhou juridicidade após a Segunda Guerra Mundial, representando a luta do Direito para combater todas as formas de degradação humana⁶⁰. Por essa razão, o princípio símbolo do constitucionalismo contemporâneo é o princípio da dignidade da pessoa humana: *a dignidade da pessoa humana põe-se na lágrima vertida sem pressa, sem prece e, principalmente sem busca de troca. Tal como se tem no pranto de Antígona, a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade*⁶¹.

No Brasil, foi com a Constituição de 1988 que marcamos nossa entrada nessa luta. Pela primeira vez em nossa história constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana foi escolhido pelos constituintes originários como um dos Princípios Fundamentais da República brasileira. Costumam ensinar os nossos principais publicistas que os princípios fundamentais *explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*⁶², são as normas que representam as decisões políticas mais importantes de nosso documento constitucional. São responsáveis pela coerência, substância e ordem de nosso sistema jurídico; determinam as finalidades e os objetivos a serem alcançados pelo Estado; servem de parâmetro aos intérpretes; além de constituírem as normas a partir das quais devem originar-se todas as demais espécies normativas que integram o texto constitucional. Embora alguns insistam em conferir-lhe apenas uma função retórica, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o nosso artigo primeiro⁶³ não

⁶⁰ Antes da Segunda Guerra, alguns países já tinham previsto o princípio da dignidade em seu texto constitucional, como a Alemanha (Constituição de Weimar, art. 151, I), Portugal (Constituição de 1933, art. 6, n. 3) e Irlanda (Constituição de 1937, preâmbulo). Mas, foi a partir da segunda metade do século XX que o valor fundamental da dignidade humana passou a ser reconhecido expressamente na maioria das Constituições Ocidentais, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948. A Alemanha reafirmou compromisso na Lei fundamental de Bonn (art. 1,I), Espanha (preâmbulo e artigo 10.1), Grécia (art. 2, I), Irlanda (preâmbulo), Portugal (art. 1), Brasil (art. 1, III), Paraguai (preâmbulo), Cuba (art. 8), Venezuela (preâmbulo), Peru (de forma indireta em seu artigo 4) e Guatemala (preâmbulo). Esta não é uma lista exaustiva, utilizamo-nos dos exemplos trazidos por Ingo Sarlet, *A Eficácia ...*, op. Cit.pp. 104-105. Ressalta ainda o autor que muitos Estados integrantes da comunidade internacional não chegaram a incluir o princípio em questão em seus textos constitucionais. Apesar de seu crescente reconhecimento como valor fundamental de uma sociedade que se pretenda democrática, o princípio da dignidade ainda não se incorporou de forma definitiva e preponderante às Constituições de nosso tempo.

⁶¹ Id. Ibidem.

⁶² José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 99

⁶³ Constituição da República Federativa do Brasil:

contém apenas uma declaração de conteúdo ético ou moral, mas que constitui norma constitucional, dotada de juridicidade, coercitividade e eficácia.

Sob essa nova visão, podemos exigir do Executivo, Legislativo e do Judiciário que se comportem como autênticos representantes de um Estado Democrático de Direito, cujo pacto constitucional determinou expressamente que suas ações devem estar vinculadas à promoção da dignidade da pessoa humana, bem como aos demais fundamentos elencados no artigo supracitado. O respeito e a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana constitui *não apenas uma garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo*⁶⁴. Nesse sentido, impõe aos órgãos estatais uma conduta bipolar: por um lado, deve o Estado abster-se de interferir na esfera íntima de seus cidadãos, *o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, nesse sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas*⁶⁵, seja qual for a procedência da agressão; por outro, deve o Estado atuar positivamente no sentido de viabilizar a existência de uma vida digna.

Isto é, cabe ao legislador criar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe aos administradores a tarefa de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades - sociais e regionais; bem como, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁶⁶ Por fim, deve o judiciário garantir a total observância e plena aplicação do princípio sob exame, utilizando-o como parâmetro para a interpretação e integração de todo ordenamento jurídico. A preservação da

Art. 1. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- a soberania;
- II- a cidadania;
- III- a dignidade da pessoa humana;
- IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V- o pluralismo político.

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁶⁴ Pérez Luño, Apud Ingo Sarlet, *A Eficácia ...*, op. Cit., p. 115.

⁶⁵ Ingo Sarlet. *A Eficácia ...*, op. cit. P 117

⁶⁶ Cf. Previsto no artigo 3. da Constituição Federal brasileira

dignidade da pessoa humana pressupõe um tratamento que possibilite às pessoas representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade⁶⁷, e isto só será possível se todos os Poderes e demais órgãos estatais estiverem atuando juntos no intuito de alcançar essa finalidade, o homem como fim em si mesmo.

Sabemos que o Estado não é o único ente capaz de interferir na dita esfera intangível da pessoa, assim sendo, além da imposição de uma conduta positiva e negativa a este, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula ainda as ações das entidades privadas e dos particulares. Todos devem pautar suas ações para a promoção da dignidade humana. Esta última afirmação por mais que tenha a forma de um dos dez mandamentos, serve de barreira à opressão cada vez mais opulenta do poder econômico. Não basta garantir que o Estado atue de maneira a promover a dignidade, se esta mesma imposição não for feita àqueles que, nas relações intersubjetivas as mais cotidianas, representam uma dimensão do poder que muitas das vezes foge ao controle do próprio Estado. Nessa esfera de atuação, o princípio da dignidade pretende evitar que o individualismo seja tomado de maneira exacerbada, conduzindo a uma condição social na qual se infirmem os interesses e bens de toda a coletividade, bem como *impõe que os caprichos individuais não segreguem grupos ou pessoas e que os grandes debates não percam a dimensão da humanidade que está em cada um como representação do todo*⁶⁸.

Toda forma de preconceito viola o princípio da dignidade e sua manifestação é antijurídica, uma vez que coloca o homem, um ser social por essência, à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de seu reconhecimento social. *A dignidade da pessoa humana é a prova de que o homem é um ser de razão compelido ao outro pelo sentimento, o de fraternidade, o qual, se às vezes se ensaia solapar pelo interesse de um ou outro ganho, nem por isso destrói a certeza de que o centro de tudo ainda é a esperança de que a transcendência do homem faz-se no coração do outro, nunca na inteligência aprisionada no vislumbre do próprio espelho*⁶⁹. Se é verdade que o reconhecimento não constitui mera cortesia e sim uma necessidade humana vital,

⁶⁷ Ingo Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002., p. 92.

⁶⁸ Carmem Lúcia Antunes da Rocha. Op. Cit., mimeo, p. 9

⁶⁹ Carmem Lúcia. Op. Cit., mimeo, p. 19.

imprescindível se faz que seja dada a máxima eficácia e efetividade possível ao princípio da dignidade humana. Não vamos entrar aqui na discussão de se a dimensão individual da dignidade deve ou não ceder aos interesses da coletividade, não por desconsiderar a relevância deste debate, mas porque a nossa preocupação está na proteção das duas esferas. Enquanto reflexo da luta por reconhecimento, tanto a dignidade quanto a autenticidade devem ser objeto de tutela, a dimensão individual dissociada da cultural irá invariavelmente importar em uma forma de degradação do *self*.

Também não iremos aqui aprofundar a questão de se o princípio da dignidade tem caráter absoluto ou relativo, comungamos da posição defendida por Alexy que, na condição de princípio, ele pode ser realizado em diversos graus. Isso não significa defender, e ao que parece essa não era a intenção do jurista alemão, que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, possa ser sacrificada, até porque ela é intangível, inalienável e irrenunciável. Ocorre que em um determinado caso concreto podemos ter o princípio da dignidade de uma parte colidindo com o mesmo princípio da outra parte. Numa sociedade como a nossa em que a dignidade da pessoa humana é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida com frequência, seja pelo incremento da violência, seja pelos altos índices de exclusão social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas⁷⁰, esta não parece ser uma hipótese descabida. Nesse caso, encará-la de forma absoluta implica em reconhecer que o direito não poderá dar uma solução coerente ao caso em questão. Somos tentados a aceitar que o princípio da dignidade tem um peso abstrato maior em relação aos demais direitos fundamentais, em função das matérias essenciais que a conformam, mas isso não é suficiente para defendermos seu caráter absoluto, pois teoricamente, as circunstâncias do caso podem inverter essa relação de precedência, que é sempre condicionada. Quando dissemos acima que nossa preocupação está na defesa da dignidade em todas as suas dimensões, não há outra alternativa senão apostarmos em seu caráter relativo, isto porque, se no caso de colisão entre dois princípios da dignidade optarmos por resolvê-lo de acordo com a ponderação de interesses⁷¹

⁷⁰ Cf. Ingo Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana.*, op. cit., p. 127.

⁷¹ A ponderação de interesses veio substituir, no processo de aplicação do direito, o modelo da subsunção tradicionalmente utilizado. Teve sua origem com os adeptos da jurisprudência dos conceitos, posteriormente fora retomada pelos seguidores da jurisprudência dos valores e o sentido por nós empregado segue o entendimento de Robert Alexy que estabeleceu a seguinte lei de

idealizada por Alexy, no recurso à proporcionalidade em sentido estrito ⁷², a decisão judicial adequada será aquela que menor infringir os princípios das duas partes, dando assim, o máximo de alcance possível ao princípio para ambas as partes. Isso é, a nosso ver, garantir a todos igual consideração e respeito.

A Constituição brasileira de 1988 pode ser qualificada como uma ‘Constituição da pessoa humana por excelência’, uma vez que tem como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-normativa, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷³ É a partir deste princípio que se estrutura e se desenvolve ‘legitimamente’ a República Federativa do Brasil. A perspectiva normativa da dignidade humana representa os principais anseios de uma sociedade que, depois de um longo período de silêncio, se pôs às ruas a clamar por redemocratização. Sem respeito à dignidade não há democracia⁷⁴, ela é condição de possibilidade de seu exercício, ela se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e representa a luta de cada povo pela realização de suas vocações e necessidades⁷⁵. Aqui, entendemos a democracia como o regime político capaz de oferecer ao homem uma estrutura sóciopolítica destinada a permitir-lhe realizar-se como ser livre, vocacionado a viver segundo as suas concepções individuais de bem e em igualdade de condições para que cumpra o seu destino⁷⁶. O respeito a este princípio mostra-se numa postura de vida e na compostura da convivência:

ponderação: *Quanto maior é o grau de satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.*[Alexy, op. Cit., p. 161]. Esta forma de pensar, em primeiro lugar impede que admitamos a existência de uma hierarquia entre princípios ou de um princípio absoluto, e em segundo lugar permite que ponderemos, por exemplo, a soberania popular com os direitos humanos. A grande garantia do modelo de ponderação contra o arbítrio repousaria no dever de motivação das decisões judiciais, pois só através da motivação é o juiz irá conquistar a adesão racional do público, convencendo o auditório a propósito da justiça e razoabilidade da decisão por ele tomada. Nesse sentido, ver Daniel Sarmento, op. Cit., pp. 119 e ss.

⁷² Willis Santiago Guerra Filho descreve a proporcionalidade em sentido estrito da seguinte maneira: haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do ‘mínimo’ em que todos devem ser respeitados. Cf. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pp. 60-68.

⁷³ Ingo Sarlet. *A Eficácia ...*, op. cit. P. 115.

⁷⁴ Afirma Carmem Lúcia que “Sem dignidade não há democracia e sem esta todos os fundamentos constitucionais da organização política da sociedade brasileira são postos por terra e a Constituição, de Carta da Libertação torna-se Lei de Libertos, válida somente para quem esse estágio já atingiu, mas que os tornam cúmplices de todas as formas de indignidades contra todos os outros”, op. cit. Mimeo, p. 11.

⁷⁵ Cf. Carmem Lúcia Antunes da Rocha. op. cit. Mimeo, p. 4.

⁷⁶ Carmem Lúcia, Idem, mimeo, p. 10.

*mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a si confere e no cuidado que ao outro depende*⁷⁷.

Apesar de nossa tentativa de conceituar minimamente a concepção normativa da dignidade, e das inúmeras empreitadas desenvolvidas no âmbito do Direito Constitucional contemporâneo⁷⁸, somos obrigados a reconhecer que a obtenção de uma definição objetiva e universalmente aceita acerca do princípio da dignidade está longe de ser alcançada. A sua delimitação depende e deve depender de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada. Afirma Dworkin que qualquer pessoa tem o direito de não ser tratada de forma indigna, mas qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui essa indignidade, critérios que variam conforme o local e a época⁷⁹. As sociedades democráticas contemporâneas são compostas por um pluralismo e uma diversidade de valores tais que o conteúdo deste princípio, para que seja um legítimo representante da luta por reconhecimento de uma determinada comunidade, não pode ser imposto de maneira fechada pelo Direito. A sua redução a um conteúdo mínimo, mais facilmente de ser determinado, pode excluir valores de grupos ou pessoas que terão aviltadas a sua dignidade. Do mesmo modo, uma compreensão extensa de seu significado, pode acabar por inviabilizar a sua tutela. Não nos resta outra alternativa senão fomentar a discussão democrática⁸⁰ do tema para que o sentido adotado brote do seio da sociedade, de maneira a que o Direito sirva apenas como um instrumento eficiente de sua proteção.

⁷⁷ Idem, p. 4.

⁷⁸ Apesar de não constituir um conceito acabado acerca da dignidade, Ingo Sarlet a define como *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [aqui o autor utiliza-se dos parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde], além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*. Em *Dignidade da Pessoa Humana*, op. Cit., p. 62.

⁷⁹ Apud, Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana ...*, op. cit., p. 57.

⁸⁰ Como destaca Hasso Hofmann, a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo. Apud Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana ...*, op. cit., p. 56.