

A validade do princípio da dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo

Christiane Splicido¹

Resumo

O presente estudo visa discorrer acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na hermenêutica jurídica contemporânea, sob a luz do pós-positivismo, abordando a origem e evolução histórica sobre tal princípio e pelo próprio Direito para chegar ao atual modelo principiológico que segue e vincula todo o ordenamento jurídico contemporâneo.

Palavras-Chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Pós-Positivismo – Interpretação Normativa – Regras e princípios.

Abstract

The present study contemporary aims at to discourse concerning the application of the beginning of the dignity of the person human being in the legal hermeneutics, under the light of the one post-positivism, approaching the origin and historical evolution on such principle and for the proper Right to arrive at the current study of the principles model that all follows and ties to the legal system contemporary.

Keywords: Principle of the Dignity of the Person Human being – Post-positivism - Normative Interpretation - Rules and principles.

¹ A autora é graduada em Direito pela Instituição Municipal de Ensino Superior de Assis/SP. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (núcleo de Londrina/PR). Também, pós-graduada em Direito Previdenciário pela Universidade Anhaguera - UNIDERP. Ainda, é Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Atualmente, é Professora Universitária na Faculdade do Vale do Juruena – AJES, Juína/MT, Brasil, 2012.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal consagra no artigo 1º, III, como princípio universal, como seu fundamento, a dignidade da pessoa humana, resultando na obrigação do Estado em garantir um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhes a subsistência.

A dignidade da pessoa humana é o primeiro valor, o qual pode ser considerado como fonte de todos os demais. É da natureza social do homem que decorre a preocupação de todos com o respeito à dignidade.

Contudo, o Direito realiza-se com a interpretação da lei, a qual, necessariamente, deve levar em consideração a realidade social, política, econômica e cultural da sociedade, e sempre pautada à luz dos princípios constitucionais e direitos fundamentais juntamente com o método da ponderação de bens.

Assim, para se fazer justiça deve-se colocar plenamente em prática os dispositivos constitucionais, para somente assim, satisfazer os anseios dos cidadãos brasileiros e respeitar seus direitos fundamentais - direito a uma vida digna. E o estudo dos princípios vem validar o ordenamento jurídico, pois “sem a presença destes a Constituição Federal não passaria de um aglomerado de normas que teriam em comum apenas o fato de estarem reunidas no mesmo diploma jurídico, sem se apresentar, dessa forma, como um todo sistemático e congruente”².

Os princípios possuem carga valorativa e ética que juntamente com a normatividade das regras constituem instrumentos utilizados pelos juízes no momento do julgamento do caso concreto e pelos próprios cidadãos no momento da realização de seus direitos.

Por fim, com o presente estudo demonstrar-se-á que a Constituição Federal ou qualquer outro código de leis não pode ser apenas um conjunto de regras sem possuir nenhuma carga valorativa, moral, ética, principiológica. Assim, o motivo de tratar os princípios juntamente com o pós-positivismo, sendo que este não se pauta em bases pétreas, mas sim em hipóteses, havendo uma compreensão muito mais além da letra fria da lei, sem desprezar o direito positivo. O que vale então é a norma obedecer a uma diretriz principiológica que dê fundamento de validade ético e moral para a mesma.

² BASTOS, C. R. Curso de Direito constitucional. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 154.

1 – CONCEITUAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Ao se tratar de princípios, necessário se faz denominar a terminologia enfocada, em razão da polissemia da expressão “princípio” que é derivado do latim *principium* (origem, começo) em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começaram a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou origem de qualquer coisa.

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, desta forma, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

Desse modo, exprimem sentido, mostrando a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em axiomas, e, por outro lado, possivelmente o mais importante, é em virtude da condição elevada que assumem os princípios jurídicos para o conhecimento e aplicação do direito³.

Os princípios jurídicos são os pontos básicos, os quais servem de apoio para o início da aplicação dos dispositivos jurídicos, pois são a base do Direito. E, neste raciocínio, incluem-se os fundamentos da Ciência Jurídica, em que se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, as quais traçam as noções em que se estrutura a própria ciência. Assim, são considerados como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.

Para Miguel Reale⁴ os “princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais”, os quais constituem alicerce a fim de garantir a concretude de um conjunto de preceitos, o que nada mais é do que um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Há, ainda, princípios que não são explícitos, que não resultam de evidências, mas nem por isso deixam de ter validade dentro do ordenamento.

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989. p.433.

⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 60.

Nesta mesma linha de pensamento, com o intuito de ratificar, pode-se citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ de que

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Atualmente, não se fala em aplicação auxiliar dos princípios, sendo eles dotados de juridicidade. Muito embora os princípios possuam certa vagueza e generalidade, o que permite que sejam aplicados a vários casos distintos ou correlatos, eles possuem significados determinados, o que não significa que sejam imprecisos.

Por serem os princípios de natureza aberta, ampla, acompanham a evolução social, adequando-se às inúmeras situações práticas. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio com *status* de garantia constitucional. Poder-se-ia, então, dizer que tal princípio é um princípio fundamental? Tal resposta comporta certa subjetividade, pois depende do que o operador do sistema de princípios e fundamentos entende por dignidade da pessoa humana, servindo como fonte de resolução jurídica.

Para alguns autores brasileiros, princípios jurídicos fundamentais carregam uma carga axiológica, bem como política, a fim de estruturar o Estado e suas decisões. Com isso, os princípios jurídicos fundamentais, enquanto valor, foram positivados na Constituição Federal de 1988.

Desta forma, devido à importância que os princípios apresentam para o ordenamento jurídico, necessário se faz distingui-los das regras, para então adentrar no campo fértil da dignidade da pessoa humana.

1.1 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. p.230.

Relevante mencionar que os princípios distinguem-se das demais regras em diversos aspectos, podendo ser pelo conteúdo, em que os princípios incorporam primeira e diretamente os valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam mediatamente, num segundo momento, como também pela apresentação ou forma enunciativa, que é vaga, ampla, aberta dos princípios, contra uma maior especificidade das regras.

Os princípios incidem sempre, porém, normalmente mediado por regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou ser afastados apenas para o caso concreto.

Assim, se por sua vez as regras incidem direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral, porém não exaustiva, conclui-se que princípios e regras traduzem expressões distintas ou variedades de um mesmo gênero: normas jurídicas.

Segundo a lição de Juarez Freitas⁶, os princípios distinguem-se das regras, como argumenta em sua obra,

não propriamente por generalidades, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios (dada à fundamentalidade dos mesmos), sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos, devam preponderar.

Ainda, segundo a referida distinção pode-se dizer que as regras obrigam, proíbem ou permitem alguma coisa, enquanto que os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”⁷.

Assim, por princípios se depreende espécies de norma, que são, lógica e qualitativamente, diferentes das regras, ainda que ambos possuam igual positividade. São, numa palavra, princípios expressos constitucionalmente, princípios positivos.

Ensina Herbert Hart⁸ que, na busca sobre a natureza do Direito, há certas questões principais recorrentes e uma delas refere-se a que o sistema jurídico consiste, em geral, em regras. Ele mesmo constrói um modelo complexo, o Direito como a união entre regras primárias e regras secundárias, que é, assim, “a chave para a ciência do direito”.

Regra esta que, enquanto padrão de comportamento, “um guia de conduta da vida social” não é, de forma alguma, uma ideia simples. Há, por conseguinte, necessidade de

⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. Malheiros: São Paulo. p.56.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 1988. p.1123.

⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbelkian, p. 91.

assinalar os diferentes tipos. Assim, distinguem-se as regras primárias e as regras secundárias. Aquelas determinam que as pessoas façam ou se abstenham de fazer certas ações; estas asseguram às pessoas a possibilidade de criar, extinguir, modificar, julgar as regras primárias. Segundo as palavras de Hart⁹ “as regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, público ou privado”.

Por sua vez, as regras secundárias são de três tipos, a saber¹⁰:

a) de reconhecimento (*rule of recognition*), permitem definir quais as regras que pertencem ao ordenamento, tendo por escopo eliminar as incertezas quanto às regras primárias; b) de alteração (*rules of change*), que conferem poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias e eliminar as antigas, impedindo, assim, que sejam estáticas; c) de julgamento ou de adjudicação (*rule of adjudication*), dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, num caso concreto, foi violada uma regra primária.

Por sua vez, o jusfilósofo norteamericano Ronald Dworkin¹¹, sucessor de Herbert Hart na *Cattedra de Jurisprudence* na Universidade de Oxford, objetiva apresentar as insuficiências seja do positivismo seja do utilitarismo. Para tanto, valer-se-á, sobretudo, da diferença, de caráter lógico, entre princípio e regra. O direito é, pois, para ele um sistema de regras e princípios.

Por meio dos chamados casos-limites ou *hard cases*, Dworkin mostra que quando os juristas debatem e decidem em termos de direitos e obrigações jurídicas, eles utilizam *standards* que não funcionam como regras, mas trabalham com princípios, política e outros gêneros de *standards*.

Desta forma, para Dworkin os princípios são exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral. Consequentemente, “a validade de um direito dependa não de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais”¹², inexistindo a dicotomia entre questões de direito e questões de justiça, em que se supera a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo.

Afirmar que os juristas empregam princípios e não regras é admitir que são duas espécies de norma, cuja diferença é de caráter lógico. Embora orientem para decisões

⁹ HART, Herbert L. A. *Ibidem*, p. 91.

¹⁰ HART, Herbert L. A. *Op. Cit.* p. 102 e ss.

¹¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2010. pp. 33 e ss.

¹² CHUERI, Vera Karam de, Filosofia do Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM editora, 1995, p. 85.

específicas sobre questões de obrigações jurídicas, diferem pela feição da orientação que sugerem. Assim, as regras indicam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando ocorrem as condições previstas.

Um princípio não estabelece as condições que tornam sua aplicação necessária. Ao contrário, determina uma razão que impulsiona o intérprete numa direção, mas que não demanda uma decisão específica, única. Assim, pode acontecer que um princípio, numa certa circunstância, e frente a outro princípio, não prevaleça, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, muito menos que deixe de pertencer ao sistema jurídico.

Já as regras, ao contrário dos princípios, são aplicáveis em todo seu conteúdo literal. Aos elementos por elas estabelecidos, verificar-se-á se a regra é válida, aceitando a consequência aplicável ou, então, a regra é inválida e, em tal caso, não influi sobre a decisão.

Conclui-se, assim, que os princípios possuem uma proporção de importância que as regras não têm, pois quando os princípios entram em conflito, para resolvê-lo é necessário ter em consideração a proporção relativa de cada um. Necessário valorar todos os princípios concorrentes e controversos que ele traz consigo, a fim de encontrar uma conciliação entre eles.

As regras não possuem esta proporção. Contudo, não se pode atribuir maior valor a uma regra do que a outra dentro do sistema jurídico, no sentido de que, se duas regras colidem, uma prevalece sobre a outra em virtude de sua maior dimensão.

Cabe salientar, portanto, que se duas regras colidem, então uma delas não pode ser válida, conseqüentemente, cada sistema jurídico possuirá meios que possibilitem regular e decidir tais conflitos. A este conflito a doutrina denomina antinomia, que são resolvidas pelos critérios: cronológico, hierárquico, da especialidade.

O pensamento de Ronald Dworkin é retomado, dentro do sistema da *civil law*, pelo constitucionalista alemão Robert Alexy¹³, que, considerando o modelo do jusfilósofo americano *demasiado simple* busca formular *un modelo más diferenciado*.

A teoria dos princípios de Robert Alexy¹⁴, bem como a distinção entre princípios e regras, constitui o marco de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais e, com ela, o ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites

¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 99.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Ibidem.*, p. 81.

da racionalidade no âmbito destes direitos, tornando-se a base da fundamentação jusfundamental e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Assim, sem uma perfeita compreensão desta distinção, própria da estrutura das normas de direito fundamental, é impossível formular-se uma teoria adequada dos limites dos direitos fundamentais, quanto à colisão entre estes e uma teoria suficiente acerca do papel que eles desempenham no sistema jurídico.

Para Robert Alexy, princípios são mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, e que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Este é o ponto decisivo para distinção das regras¹⁵.

Por sua vez, as regras, guias de conduta, são normas que somente podem ser cumpridas ou não, as quais contêm determinações fáticas e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não apenas de grau.

Entretanto, a distinção entre regras e princípios se mostra mais claramente nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. Embora apresentem um aspecto em comum, diferenciam-se, fundamentalmente, na forma como se soluciona o conflito.

Assim, os conflitos de regras se resolvem na dimensão de validez, ou seja, somente podem ser solucionados introduzindo-se uma regra de exceção, debilitando o seu caráter definitivo, ou declarando-se inválida uma das regras. Com efeito, uma norma vale ou não juridicamente e, se ela vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua consequência jurídica¹⁶.

Então, o conflito entre duas regras há de ser solucionado por outras regras, pelos critérios cronológico e hierárquico, concluindo Alexy¹⁷ que *lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez*.

De sua banda, a colisão de princípios se resolve pela proporção, tal como o expressa Ronald Dworkin. Quando dois princípios entram em colisão, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica

¹⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 88.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 88.

que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos.

2 – BREVE ESTUDO SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Portanto, tratando-se do princípio da dignidade da pessoa humana útil mencionar sua origem, bem como sua evolução ao longo dos anos, para após referendar sobre o que vem a ser dignidade, antes de adentrar ao princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição Federal de 1988.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE HUMANA

2.1.1 ORIGEM

Por conta da ausência de significado para a terminologia “pessoa” dentre os povos antigos, Aristóteles falava apenas em “homem”, que para os gregos era um animal político ou social. Antigamente, não existia expressão que configurasse a personalidade, tendo em vista que o termo *persona* deriva do latim.

O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.

O valor maior da pessoa humana tem a afirmação dos direitos específicos de cada homem, bem como o reconhecimento de que sua vida social não se confunde com a estatal, além de provocar um “deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade”¹⁸.

Immanuel Kant traduz em sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes” que “autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a

¹⁸ REALE, Miguel. Questões de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 46.

natureza racional”¹⁹ e cada vez que acrescenta-se uma experiência à dignidade, diminui-se a mesma proporção de sua pureza e valor.

Só por meio da experiência, a razão se libertará do desconhecido na teoria, porquanto, no domínio da prática, a razão está a serviço de si mesma. O que significa não procurar as normas do agir humano na experiência, pois isso significaria submeter o homem a outro homem. E o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.

Para Kant, pois, a razão prática possui primazia sobre a razão teórica. A moralidade significa a libertação do homem, e o constitui como ser livre. Assim, pela experiência, ao reino dos fins, que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação relativa. “Só o homem não existe em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo”²⁰.

Para Kant, pois, o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa.

2.1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE HUMANA

O conceito em questão partiu do latim *dignitas* e foi construído ao longo dos anos, chegando ao século XXI com valor supremo, estruturado a partir da razão jurídica.

A dignidade é garantida por um princípio, sendo, portanto, plena. Como já acerca dos princípios, a dignidade também deve passar ilesa pelas conturbações que atingem a sociedade, sendo invariável.

Com isso, imprescindível apontar a dignidade da pessoa humana como intangível, sendo obrigação de todo o poder público respeitá-la e protegê-la. Nota-se, portanto, que a dignidade nasce com a pessoa “que exactamente nesta pureza da sua origem reside a sua

¹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997. p. 79.

²⁰ KANT, Immanuel. *Ibidem*. p.68.

dignidade para nos servirem de princípios práticos supremos”²¹, sendo inerente a sua essência e definida a partir das experiências históricas. “O ser humano é digno porque é”²².

E como desde os primórdios, o homem não vive sozinho, mas sim no meio social, a preocupação com sua dignidade aumenta, pois

chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.²³

Toda pessoa humana traz consigo a dignidade, independente de sua situação social, pelo simples fato de existir, como já se referia Kant que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo”²⁴. E é justamente pelo fato do homem existir e coexistir em sociedade que a dignidade pode aumentar ou diminuir, devendo-se acrescer um limite social à garantia desta, isto é, haverá dignidade ilimitada desde que não se viole outra ou a de outrem. Aqui vale lembrar que nem a própria dignidade é permitida a violação, cabendo ao Estado o dever de preservar quaisquer situações que coloquem em risco a dignidade humana.

Continuando com o pensamento kantiniano

Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chama *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio.

Esse raciocínio explica a autonomia da dignidade, sendo esta reproduzida pela capacidade racional do ser humano, de pensamento. Com isso, Kant aponta que a autonomia da vontade é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, pois

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando um coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.

O entendimento de Kant parece ser o ser o mais adequado quando concilia a dimensão axiológica com a noção de autonomia, racionalidade e moralidade concebidas

²¹ KANT, Immanuel. *Op. Cit.* p.46.

²² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Op. Cit.* p.49.

²³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Op. Cit.* p.49.

²⁴ KANT, I. *Op. Cit.* p. 68.

como fundamento e conteúdo da dignidade, pois justifica os direitos humanos fundamentais.

Desta forma, o pensamento kantiniano e as demais teorias que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana, privilegiando esta acima de outras espécies em função do racionalismo, sofre muitas críticas por conta do antropocentrismo. A começar por Hegel que considera um ser humano com dignidade a partir do momento em que este se torna um cidadão, o que não significa que seja desde o seu nascimento, conforme afirma Kant.

Com Hegel vislumbra-se o reconhecimento da capacidade jurídica, isto é, a competência do ser humano em ser sujeito de direitos, estendendo-se a todas as pessoas. O pensamento de Hegel demonstra a atribuição de direitos no sentido da noção de personalidade jurídica e não mero objeto de direitos a própria nota distintiva da dignidade da pessoa humana.

Com isso, Hegel se distancia do pensamento de Kant, o qual é o predominante deste estudo, bem como da maioria dos autores estudiosos sobre o tema. E, mesmo assim, a dignidade da pessoa humana, mantém-se ocupando lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, o que explica a sua qualificação como valor fundamental da ordem jurídica.

Encontra-se, ainda, o termo dignidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela ONU, fundamentando-se nos princípios dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos há o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”²⁵, bem como a reafirmação da fé dos povos das Nações Unidas na dignidade e no valor da pessoa humana.

No século XVIII, em que se presenciava o jusnaturalismo, tem-se como pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. A ideia de que o homem, por sua mera natureza humana, é titular de direitos, que justamente possibilitou o reconhecimento dos direitos humanos e a proteção também dos fracos e excluídos, e não apenas dos que foram

²⁵ POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. Edições Loyola. São Paulo, 2001. p.123.

contemplados com direitos pela lei, por contratos, em virtude de sua posição social e econômica.

E, por meio do pensamento cristão e humanista, o entendimento humanista de Jacques Maritain precedeu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual afirma que “a filosofia dos direitos humanos repousa sobre a ideia da lei natural”²⁶, apresentando deveres e direitos fundamentais e princípios de boa conduta.

Para Maritain a base dos direitos humanos está em sua natureza, expressão da lei natural, fundados na dignidade da pessoa humana, colocando em evidência o ser humano enquanto pessoa.

Nessa mesma linha de raciocínio, Sarlet ressalta que “a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão”²⁷. Logo, a religião cristã traz, exclusivamente, no que tange ao conceito de dignidade da pessoa humana, referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus.

Por fim, partindo do pensamento do cristianismo conclui-se que todo ser humano, e não apenas os cristãos, possuem um valor que lhe é próprio. Nota-se, portanto, que não há na Bíblia um conceito puro acerca do que vem a ser dignidade, mas sim uma concepção do ser humano, a qual perdura nos dias atuais.

2.2 INSERÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA COMO *STATUS* CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal vigente é garantista, ou seja, ela é um instrumento que visa garantir o mínimo necessário para que os cidadãos tenham uma vida digna. Nela tem-se consagrado a dignidade da pessoa humana em forma de princípio constitucional, que é um elevado postulado constitucional, por meio do qual há a efetividade, ou deveria haver, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Ingo Wolfgang Sarlet²⁸ entende-se por dignidade da pessoa humana

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

²⁶ POZZOLI, Lafayette. *Ibidem*. p. 129.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.ed. ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 32

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. p. 70.

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, 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.

Com este raciocínio, pode concluir-se que a Constituição Federal de 1988 concede à dignidade da pessoa humana o caráter de principal direito fundamental constitucionalmente garantido, agindo como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas pelo ordenamento jurídico.

Quando da abordagem do conceito de dignidade, necessário foi tratar da evolução histórica do termo e seus estudiosos, obrigatoriamente adentrando ao campo religioso. Mas aqui, juridicamente observando, não há como vincular o princípio à religião, sob pena de ser um “obstáculo à própria universalização e – neste sentido – um fator impeditivo de uma globalização da dignidade num contexto multicultural”²⁹.

Assim, para assegurar a validade intercultural do princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte a alcançar vinculatividade mundial, o próprio conteúdo e significado do princípio deve ser necessariamente compreendido como interculturalmente válido e secularizado, portanto, mediante renúncia a qualquer concepção religiosa.

A aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana é um dever social, em que o operador do Direito se vê obrigado a gerir sua atuação social pautado em tal princípio estampado na Carta Magna.

Nos dizeres de Rizzatto Nunes³⁰

é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Nota-se que o referido princípio é válido em qualquer contexto, a se pautar, por exemplo, no respeito dos direitos sociais que a Constituição Federal de 1988 traz no artigo 6º vinculado ao *caput* do art. 225, atribuindo direitos mínimos a uma vida digna ao cidadão

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*. p. 46.

³⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Op. Cit.* p.51.

e, que somado aos direitos fundamentais, pode-se dizer que a Constituição Federal está a caminho da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

No tópico acerca dos princípios tratou-se sobre estes como fundamentais e, após a explanação sobre dignidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que este “enquanto expressão positiva do valor fonte do ordenamento constitucional brasileiro (...) o valor que ele traduz será chamado a conformar, orientar e limitar a opção realizada”³¹.

Contudo, nesta esfera poderia se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como absoluto, ainda que correndo o risco de relativizar os outros diversos princípios que são tão importantes quanto este. Entretanto, há que se explicar que tal princípio é absoluto em seu conteúdo axiológico, portanto, seu valor é absoluto. Diferente de seu conteúdo normativo que deve observar os limites de sua incidência. Ademais, sempre será difícil estabelecer o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, pois muito embora haja um caso em concreto a ser aplicado, há o lado da normatividade e o entendimento axiológico, momento em que se analisa o papel do intérprete na construção do conceito e na aplicação de sua extensão.

Em análise do termo dignidade no tópico acima, nota-se que é valor intrínseco ligado à pessoa humana, o qual nasce com o homem e o acompanha até a sua morte. Neste porte, pode-se falar em natureza absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a Constituição Federal a colocou em seu mais elevado patamar axiológico, como condição humana, que identifica o homem como ser único e especial.

Assim, apesar das críticas feitas ao princípio em questão no sentido de ser absoluto, partindo-se do pressuposto que a dignidade é inerente ao homem, que nasce e morre com ele, tem conteúdo axiológico, logo conclui-se ser um princípio fundamental absoluto.

3 – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PÓS-POSITIVISMO

3.1 O PÓS-POSITIVISMO

³¹ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental**. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010. p. 108.

A crise do positivismo se dá numa época em que o homem passou a se preocupar mais com os direitos fundamentais e sociais, o que necessitava de um novo paradigma para dirimir as demandas independentemente das leis. O positivismo não trata de ética, moral ou princípios, reconhecendo única e exclusivamente a “letra fria” da lei. Com isso, o Direito é equiparado à legislação e afastado da filosofia.

Desta forma, o positivismo recebeu severas críticas, encontrando no Brasil defensores da irrestrita relação entre diferentes elementos: o fato social, o valor, e, é óbvio, a norma jurídica (Miguel Reale e outros).

Em nível mundial, outros pensadores, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, sustentam a mesma linha de raciocínio. Inicia-se, pois, o pós-positivismo jurídico, uma fase que atribuiu maior importância não somente às leis, mas aos princípios do direito. E os princípios, analisados como espécies de normas, tinham, ao contrário das regras, ou leis, um campo maior de abrangência, pois se tratavam de preceitos que deveriam intervir nas demais normas, inferiores, para obter delas o real sentido e alcance, a fim de garantir os direitos sociais do homem.

No pós-positivismo, os princípios jurídicos deixam de possuir apenas a função integratória do direito, conquistando o *status* de normas jurídicas vinculantes.

O campo de abrangência do direito torna-se maior com a interpretação das leis por meio dos princípios e vice-versa, pois se uma lei carece de ética ou moral, ali está o princípio para salvaguardá-la, aplicando-a ao caso concreto.

Costumeiramente, a falência do positivismo relaciona-se com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos que por conta da legalidade da época causaram “inúmeras injustiças e ofensas à dignidade da pessoa humana. Ao cabo da segunda grande guerra, as idéias de um ordenamento jurídico desvinculado do problema da legitimidade, porque indiferente a valores ético-políticos, bem como de uma legislação formalista e afastada do valor supremo da justiça, não mais gozavam do reconhecimento pela comunidade jurídica ocidental”³².

³² Texto escrito por Ricardo Maurício Freire Soares. Disponível em: http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/arquivos/downloads/artigos/reflexoes_sobre_o_pos_positivismo.doc Acesso em 17 de janeiro de 2011.

Seguindo o pensamento, tem-se o ilustre professor Luís Roberto Barroso³³, construindo uma ideia textual, acentua, com propriedade

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnava o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito

Nota-se, portanto, que o positivismo é incompatível com as teses do pós-positivismo jurídico, uma vez que se afasta das noções de direito e moral. Com a afirmação dos ideais pós-positivistas, percebe-se que já não se fala em nosso ordenamento acerca da distinção entre normas e princípios, mas sim entre as regras e princípios (ambos são manifestações da norma), conforme capítulo primeiro.

O conceito de pós-positivismo ditado por Paulo Bonavides³⁴ trata-se de uma nova espécie de positivismo, o pós-positivismo, em que há a construção de elementos normativos vinculados à colocação de princípios na própria prática jurídica.

Com a união do positivismo e do pós-positivismo o ser humano passou a ter seus direitos fundamentais garantidos, tornando-se mais digno, bem como as relações econômicas evoluíram e para encaixá-las no contexto atual tirou-se proveito das ideias mais convenientes e prudentes de duas teorias antagônicas.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

Assim, os princípios agora dotados e utilizados com certa carga normativa, vinculam e determinam posturas na sociedade. Além de terem papel garantido na esfera infraconstitucional, atuam de forma suprema no ordenamento jurídico de um Estado, proporcionando-lhe validade. Ao terem alcançado este *status* constitucional, positivado, os princípios transpuseram a validade ética e se encontram também com validade legal de vinculação diante da regulação social.

3.2 A DIGNIDADE HUMANA E O PÓS-POSITIVISMO

Nos termos acima, positivismo jurídico resulta da aplicação da lei e, ainda que empírica que a mesma não precisa ir de encontro a imperativos éticos e morais.

Assim, o espaço para questionamentos é imenso no que tange à aplicação e validade dos princípios, haja vista que, de acordo com a doutrina, as normas jurídicas se dividem em normas-regras e normas-princípios.

A fim de destaque, as normas-regras são as leis positivadas e as normas-princípios, é auto-explicativa também, pois se vinculam aos princípios gerais do direito, como a dignidade da pessoa humana, que vão de encontro aos supramencionados imperativos éticos, que se tornam leis a serem cumpridas e possuidoras de igual normatividade que as normas-regras.

Tal entendimento é ratificado por Guimarães³⁵, quando afirma que “tornou-se comum mencionar na boa doutrina que as normas jurídicas são compostas de normas-regras e normas-princípios, assim, sem embargos de já não subsistir a divergência no que tange a noção de que princípios e regras são tipos de normas, ambos dotados de imperatividade”.

Essa divisão se pauta no fato das normas-princípios estarem ligadas ao ser titular do direito, assim, possuindo carga moral de avaliação e de conteúdo que, por isso mesmo, precisam ser diferenciadas das demais regras.

O ilustre professor Reale³⁶ define princípios como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”. Assim, referir-se à dignidade da pessoa humana, será mesmo capaz de mencionar que tal princípio não

³⁵ GUIMARÃES, L. C. F. Princípios Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal. 2006. Disponível em: <www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=87>. Acesso em: 11 dez. 2011.

³⁶ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303.

constitua um imperativo ético a ser seguido, uma verdade a ser contemplada no ordenamento?

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme já abordado, está elencado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, possui e preenche o ordenamento jurídico de uma carga valorativa *sui generis*, visto este não constituir um mero conceito.

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana constitui o princípio basilar pelo qual se tem o respeito e as garantias apresentadas pela constituição a todos os cidadãos, ratificando que todos têm o direito à própria dignidade, bem como suas características objetivas e subjetivas. Este princípio com *status* de garantia constitucional é instrumento de vinculação do ordenamento jurídico, não podendo falar em mera regra do dever-ser, nem mesmo apresenta sanção para o seu descumprimento. Assim, tal ordenamento deve guiar-se por esse conceito, como também na aplicação do direito tal princípio não pode ser posto de lado, conforme assevera Grau³⁷

a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, acarretou ao reconhecimento dos princípios como normas fundamentais de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.

É importante salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra um vasto campo de aplicação e validade, como, por exemplo, nas ações previdenciárias nos casos de concessão de benefício de prestação continuada assistencial, o qual é destinado às pessoas portadoras de deficiências ou idosas (acima de sessenta e cinco anos). Contudo, nem sempre tal princípio é respeitado em via administrativa (INSS), tendo o titular do direito que recorrer à via judicial para ter sua dignidade validada.

Muito se fala em dignidade da pessoa humana, mas por se tratar de valor subjetivo a normatividade deixa a desejar quando se trata de respeito para com os cidadãos. Esta norma-princípio é de suma importância nas relações cotidianas, sejam elas de cunha profissional ou pessoal, pois a dignidade é valor inerente ao ser humano, o qual é dividido em três camadas: a orgânica (material), a psique (mental) e a espiritual³⁸.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 97.

³⁸ Pensamento humanista de Jacques Maritain que, em sua obra **Maritain e o Direito**, defende que a dignidade pode ser afetada tanto por meio de objetos quanto lançados contra a camada orgânica como faca disparos de uma arma e até mesmo agressão física, como também pode ser violada por meio de agressões verbais as

Sobre esta tendência de inserção dos princípios em textos legais dispõe Barroso e Barcellos³⁹, “os princípios, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas”.

Por fim, o Direito está cada vez mais principiológico do que normativo. Há uma visível transição do Direito normativista para o Direito axiológico. Então, a importância dos princípios como instrumento para superar a rigidez normativa e alcançar a razão e a justiça. A mudança de paradigma teve muita contribuição de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Superadas as decisões em que qualquer menção a valores éticos ou morais não eram consideradas na aplicação e interpretação do direito, surge o pós-positivismo. Juntamente com as regras, os princípios têm sido de suma importância na aplicação das normas jurídicas por completarem o ordenamento com essa mesma carga ética e moral antes não contempladas.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado como fundamento basilar do ordenamento jurídico, mesmo que sem impor nenhuma sanção quando não observado, é utilizado como norteador ético e vinculador de uma moral necessária ao ordenamento, surtindo efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

A ordem jurídica passou a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, suscetíveis a valores jurídicos positivados, na qual a ideia de justiça desempenha papel fundamental, inclusive no processo ideal.

A construção da decisão judicial galgada na principiologia da ponderação de bens passa necessariamente pela devida fundamentação, pois caso em sentido contrário, tudo haveria de ser tido como violação a algum princípio constitucional e comportaria um tipo de solução impregnada das percepções particulares de cada juiz.

quais atingem a camada espiritual. Desta forma, não há necessidade de ferir as três camadas para ferir a dignidade, basta “machucar” apenas uma que tem-se a dignidade burlada.

³⁹ BARROSO, L. R.; de BARCELLOS, A. P. O Começo da História. **A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**, in: BARROSO, L. R. **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 34.

Com acima visto, resta inegável a aplicação prática da ponderação de bens no sistema legal brasileiro, em razão da natureza aberta dos princípios constitucionais especialmente em relação à regulação do direito do trabalho.

O valor da dignidade da pessoa humana e o direito à prova estão intimamente ligados, haja vista que a existência da concessão do benefício assistencial pode ser considerado como elemento preponderante para a manutenção da família e auto-sustento do cidadão, garantindo por fim a completude do ideal de existência do ser humano dentro do convívio em sociedade com harmonia.

E nesse caminho, não se pode dizer que existam direitos de maior magnitude em relação a outros, pois a medida exata do valor a ser atribuído a cada um, há de ser examinada em cada caso concreto levando em conta todas as peculiaridades que possam ser tidas como relevantes.

Desta forma, o resultado do presente trabalho contribuiu para a aquisição de conhecimentos um tanto aprofundados no assunto sobre a dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo, a fim de efetivar as decisões com base não só em regras, mas também com o uso de princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 1988.

CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM editora, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. Malheiros: São Paulo.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbelkian.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental**. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. Edições Loyola. São Paulo, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva. 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V.III. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.